16 T.Sani 1935

Sayı: 8

1258

ADLİYE

CERİDESİ

5172

Vekillik tarafından ayda bir çıkarılır mecmua

AĞUSTOS 1935

29/XI/35

T.C. KÜTÜPHANESİ

İSTANBUL
HALK Basımevi
1935

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

ADLİYE

Ceridesi

Sayı: 8 Ağustos 1935

İÇİNDEKİLER

Hukuk nazariyesinin kurumuna doğru *Prof. Es. Arsebük*

Şehadet ve Pisikolojisi » *Dr. Fahri*

Hukuk fikri etrafında düşünceler *F. A.*

Federal mahkeme kararları *Profesör Es. Arsebük*

Mecmuaya bastırılmak istenen her yazı doğrudan doğruya Vekilliğe gönderilir. Mevzuu tamamlanmamış makaleler veya eserlerin neşrine başlanamaz. Her yazı 10 satırı geçmiyecek şekilde bir hülâsayı ihtiva etmelidir. Basılmıyan yazılar geri verilmez.

47

48

Hukuk aleminde çıkan değerli yazilar serisi: III

HUKUK NAZARİYESİNİN KURUMUNA DOĞRU

Yazan: İhering

1. GENEL BİR BAKIŞ

"Roma hukukunun ruhu„ adlı kitabımın dördüncü cildinin sonlarına doğru, o zamana kadar rastladığım güçlüklerin hepsini geride bırakan çok mühim bir mesele ile karşılaşmıştım: Hukukun umumî bir nazariyesi yapılabilir mi idi? Bu meseleye temas etmekliğimin sebebi vardı: Eski roma hukukunun tarihte geçirdiği safhaları tetkik ettikten sonra hukukun farik bir vasfını meydana çıkarmak istiyordum. Fakat tetkikatımı ilerlettikçe, derinleştirdikçe, araştırmalarım sağlam bir temel bulamıyordu. Eserime devam edemez bir hale düştüm. Bu sebepten eserimi baştan başa kendim kurmağa mecbur kalıyorum.

Burada - zannolunabileceği gibi - felsefî bir muadele ortaya atmıyorum. Bilâkis hukukun amelî bir sahasında kalacağım. Maksadım hukukun şimdiye kadar bilinmemiş veya inkâr edilmiş bir prensipini tanımak değil; belki yanlış anlaşılan veya gözden kaçan bir çok hadiselerin mahiyetlerini anlatmaktır. Eğer bu tetkiklerim hukuk alanında (sahasında) geniş bir araştırma zeminini ortaya koyabilirse ne mutlu; Bunun ehemmiyetini ancak hukuktaki genişliğin kıymetini anlamayanlar inkâr edebilir.

Şimdi size mevzuumu anlatayım:

"Hak„ dediğimiz zaman iki ilke (unsur) nin varlığını teslim ve kabul etmiş olur. Bunlardan birincisi o hakkın sahibidir. Mülkiyet, malikin; tasarruf, mutasarrıfın; irtifak, intifa eden kimsenin bulunmasına bağlıdır. Şu halde birinci kural "kaide„ mızı ileri sürebiliriz:

Sahipsiz bir hak olamaz.

Hakkın ikinci ilkesi muhtevadır. Muhtevası olmıyan bir hak tasarlanamaz (tasavvur edilemez). Bu da ikinci kuralımızdır.

Maddiyat alanında olduğu gibi hukuk aleminde de gerek ayınlar ve gerek vakıalar mutlak bir infirat *(isolement absolu)* halinde kala-

mazlar. Bilâkis hukukî hadiselerin haricde yaptığı tesirleri daima görmekteyiz. Mesalâ bir çocuğun dünyaya gelmesi, bir adamın ölümile terekenin açılması hep birer vakıadır. Fakat doğan çocukla yalnız ana babanın, tereke ile yalnız varislerin menfaatleri mevzubahs olmaz. Bu vakıalar etrafında yüzlerce, binlarce menfaatler harekete gelir. Çocuğun hastalıksız ve sağlam olaram büyütülmesi, iyi terbiye edilmesi, okutulması ile bütün insanlık alâkadardır. Sonra büyüdüğü zaman elde edeceği haklar, girişeceği taahhütler de böyledir.

Hiç saklamayayım; bana bu ilmî yolculukta arkadaşlık edecek olan okuyucular pek çetin bir mesaiye hazırlanmalıdırlar. İlim alanında bu güne kadar açılıp hazırlanmış yolları bırakarak hiç kimsenin geçmediği, gitmediği ülkelerde yalnız başına dolaşmak her halde zevkli bir şey değil. Benim bile pek çok kereler cesaretim kırıldı. Eğer hukuk kaidelerini aramak aşkı beni rahatsız etmeseydi, tetkiklerimi bitiremiyecektim.

2. HUKUKUN AKSÜLÂMELLERİ : LES EFFETS REFLEXES DES DROITS

"Hukukun aksülâmelleri„ sözile anlatmak istediğim ma'na şudur: Gerek hukukî olsun, gerek iktısadî bulunsun, her hadisenin meydana geldiği tesirini gösterdiği tabiî bir sahası vardır. Fakat bir hadise bazen bu tabiî saha dışında kalan kimselerin menfaatlerine müessir olur. İşte bu hallere aksülâmel diyorum. Nasıl ki odamda yaktığım lâmbanın verdiği aydınlık penceremden dışarı taşar ve sokoğın karanlıklarında lekeler bırakır; herhangi bir hakkın kullanılması da, o hak sahibine tamamen yabancı olan bir menfaat aleminde öylece tesirler yapar

Ayni hale fiziyoloji alanında dahi tesadüf ederiz. Neşeli bir kahkaha, bir ana ile sevimli yavrusu arasındaki şefkat manzarası, her hangi bir acıyı anlatan levha bütün bunlar ruhumuzda akisler bırakır; ve bu akisler ihtiyarımız haricinde tesirlerini gösterir.

Hukuktaki aksülâmeller, tıpkı fiziyolujidekiler gibi iki farik hassayı haizdirler.

Birincisi — Burada iradenin yeri yoktur. Yani hakkı kullanan kimse bu aksülâmeli istihdaf etmez; bir ölüm vakıasının bizi teessüre düşürmek için meydana gelmemesi gibi.

İkincisi — Aksülâmel, kendisine sebep olan hak alanından uzak bir çevrede (muhitte) meydana gelir; eli sıkışan bir adamın ayağını kaldırması gibi.

Hukukun yeni bir diyarını görmek ve orada tetkikler yapmak is-

tiyen bir hukukçunun başlangıçta herkesçe bilinen esaslardan uzaklaşması, okuyucuların bitarafane bir surette hadiseleri takdir etmelerine engel olur. Bunun için ben de malûm esaslardan yürümeğe çalışacağım.

Yep yeni bir tetkik ve tetebbu ülkesine gidebilmekliğimiz için hadisenin şu üç bakımdan tahlil edilmesi lâzımdır:

1 — Hukuktaki aksülâmellerin ilk sebebini sübjektif hak sahibinde yani hakkın kendisile doğrudan doğruya alâkadar olan kimsenin şahsında aramalıyız. Bu arama bize aksülâmelleri doğuran sebepleri gösterecektir.

2 — Aksülâmel hadisesinin mahiyetini tahlil etmeliyiz.

3 — Ve nihayet aksülâmel hadisesinin esaslarını bulmalıyız

Şimdi şu çizdiğimiz plan dairesinde ilerlemeğe çalışalım:

3. AKSÜLÂMELLERİ DOĞURAN SEBEPLER

Gerek mevzuun kolayca anlaşılabilmesi ve gerek uzun uzadiye yazı yazmak mecburiyetinin hasıl olması için herhangi bir hakkı kullanan kimseyi A. ve bu hakkın kullanılmasından müteessir olan yani fayda veya zarar gören kimseyi de C. harflerile ifade edeceğim.

Şimdi A. nın kendine ait bir "hak„ ile olan alâkası ya devamlı veya muvakkat olur. Her iki surette dahi bu alâka ya bir "hak„ kı veya bir "vakıa„ "*fait*„ yi ifade eder. Bu izahata göre aksülâmel hadisesinin birinci bakımdan (yani sebepler bakımından) tahlili için çizdiğimiz proğramı takip edelim:

1 — Devamlı olan alâkalar = *Des rapports permanants* — Bunu ikiye ayıracağız:

a) Maddî alâka = *fait*. — Suların taşmasından ileri gelecek olan hasardan topraklarımı korumak için yaptırdığım setler, komşularımın da tarlalarını muhafaza eder. Kezalik kendi istirahatim için kendi evime yaptırdığım kalöriferden evimdekilerin hepsi fayda görürler ve nihayet yine kendi keyfim ve zevkim için çiçeklerle süslediğim balkondan, bütün görenler keyiflenirler. Bu gibi hadiseleri hangi bakımdan tetkik ederseniz ediniz bunlarda hukukî bir mahiyet göremezsiniz. [1]

b) Hukukî alâka = *rapport juridique*. — Burada mesele değişir. Meselâ bir küçükle müştereken malik olduğumuz Bir gayrı menkulün diğer bir gayrı menkul üzerinde irtifak hakkı vardır. Her ikimizde bu hakkımızı uzun müddet kullanmadık. Müruru zaman oldu. İrtifak

[1] İhering böyle demekle beraber bu günkü hukuk telâkkisi maddî alâkalarda hak sahibini pek de serbest bırakmamıştır. Medenî kanunumuzun komşu haklarına dair olan 661 inci maddesine bakınız.

hakkımız sakıt olur mu ? Hayır ; niçin ? Çünkü irtifak hakkı ikiye bölünemez. Binaenaleyh kanun hükmünce düşmesi icabeden "hak„ kım küçüğün hakkı dolayısile sakit olmaktan kurtuluyor, daha açık bir tabir ile A. nın yanı küçüğün hakkı C. nin hakkı yâni benim hakkım üzerinde bir aksülâmel yapıyor.

Şimdi görünüşte buna benzeyen diğer bir misal daha alayım : Bana ait bir gayrı menkul üzerinde nezaret hakkını haizsiniz. Ben tabiatile sizin hakkınızı ihlâl edecek bir harekette bulunamam. Fakat evinin mevkii itibarile size ait olan bu haktan (nezaret hakkından) akte tamamen yabancı olan bir komşunuz da istifade ediyor. Şu halde komşunuz, hiç bir hakka sahip olmadığı halde, sanki bir hakkı varmış gibi intifa etmektedir. Demek ki sizin hakkınıza yapışık bir parazit unsur var. Fakat bu hal sizi hiç bir haktan mahrum bırakmıyor; yani size karşı müessir degildir. Binaenaleyh onun varlığına tahammül etmeğe borçlusunuz. Daha açık söylemek lâzımgelirse hukuk burada " kanunî bir tufeylilik = un parasitisme légal „ esasını kabul ediyor. Fakat sizin bulunmamanızdan istifade ederek irtifak hakkınızı ihlâl edici bir harekette bulunursam komşunuz müdahale edemez. Niçin ? Çünkü benim taahhüdümde nisbî bir mahiyet var. Yalnız size karşı bir borç, bir taahhüt altına girdim. Binaenaleyh komşunuzun istifade etmesi bir hakka değil bir vakıaya dayanır.

Şu izahat, pek tabiî olarak mühim bir itirazınıza yol açacaktır. Diyebilirsiniz ki (aksülâmel) dediğiniz hâdisenin hukukla bir münasebetini görmüyorum. Bunun kaynağı bir vakıadır. Deminki misalde nezaret hakkına tecavüz edilmesinden dolayı komşunuz müdahale edemiyor. Fakat sizin de bir irtifak hakkı (meselâ nezaret) olmaması ihtimalini göz önüne getiriniz. Meselâ ben henüz arsamda ev yaptırmamış isem, gerek komşunuz ve gerek siz, her ikiniz de aynı sıfatla manzaradan istifade edeceksiniz. Demek ki komşunuzun herhangi bir nezaretten istifade etmesi, sizin bir irtifak hakkına sahip bulunmaklığınıza bağlı değildir.

Bu itiraza verilecek cevap şudur : Vakıâ bu hâdisede — bu hâdise diyorum ; çünkü diğer hâdiselere aşağıda temas edeceğim — A. nın hakkı, C. yi istifade ettiriyor. Bu istifade keyfiyeti, hakkın kullanılmasından doğan bir vakıadır. Şu suretle bir hakkın kullanılması, o hakkın normal çevresinden tamamen hariç kalan bir menfaat âlemi üzerinde tesirler yapıyor. A. nın irtifak hakkı olup olmaması, nezaretten istifade eden C. için müsavi gibidir. Fakat bu müsavat görünüştedir. Çünkü ortada mevcut bir irtifak hakkının ihlâli ile, hiç bir hak bulunmaksızın nezaretten istifade keyfiyeti arasında birinci ihtimal lehine bir fark vardır. Zira C.nin menfaati üzerine müessir olan vakıaya tamamen benzeyen bir hak A. ya aittir. Bu hal C.nin vaziyetinde aldatıcı

52

bir hakkın varlığını ihsas ediyor. İşte bunun içindir ki bu aksülâmelin ismine parazit dedim.

Bir hakkın kullanılmasına dair olan bu misalde aksülâmel hâdisesi, kullanma keyfiyetinin yâni vakıanın devam etmesile varlığını muhafaza eder. Ancak menfî haklarda = *droits négatifs* yâni yapılmaması lâzımgelen hâdiselerde hak ile vakıa birbirine o kadar yakından bağlıdır ki parazit dediğimiz üçüncü şahıs (C), mutlak surette istifade eder. Bu hususun iyice kavranması için iki misal getireyim :

Birinci misâl. — İrtifak hakkını müruru zaman haddine baliğ olacak bir müddetle kullanmayan kimsenin hakkı sakıt olur. Fakat o kimsenin küçük (henüz reşit olmamış) bir şeriki varsa hakkı düşmez.

İkinci misâl. — Alacaklı borcundan vaz geçerek borçluyu ibra ederse, kefili dahi ibra etmiş sayılır. Hattâ kefile müracaat hakkını muhafaza etmiş olsa bile hükmü yoktur.

Devamlı olan alâkaları gördük ; şimdi muvakkat alâkalara geçelim.

II — Muvakkat alâkalar = rapports au faits de nature passagère.— [2] tetkik edeceğimiz kısım, umumî bir surette fiillerin aksülâmel vücuda getireceğini izah edecektir. Meselâ bir adamın şöyle bir ölüme bağlı tasarrufta bulunduğunu farzedelim : Varisim olan A. ölür veya hapse mahkûm olursa mirasım (C) ye intikal etsin. Bu vasiyetname, kanunların çizdiği hudutlar dairesinde muteberdir. Ölüm veya mahkûmiyet, C. nin varis olmasını intaç eder.

Şu suretle A. nın C. üzerinde aksülâmel yapan fiilleri ya sırf bir vakıadır veya hukukî bir mahiyeti haizdir.

Vakıaya misâl. — Aktin feshi dolayısile mülkiyeti benden nez'olunan bir mal için sarfetmiş olduğum parayı kim tazmin edecektir ? Bu meseleyi ayrıca düşünmek lâzımgelir.

Hukukî mahiyeti haiz olan misâl. — Bu bakımdan hukuk bize pek çok misâller verir.

1 — İki şerikten biri mülkiyet hakkından vaz geçerse diğeri kayıtsız ve şartsız olarak o malın tamamına sahip olur.

2 — Başkasının malını hüsnü niyetle tasarruf eden kimse müruru zamanı keserse, bundan asıl mal sahibi de istifade eder.

---

[2] Ihering bu kısmın başlığını "actes„ kelimesile ifade eder. Fakat yukarıki yazılarla aradaki irtibatı temin edebilmek ve mevzuun anlamını kolaylaştırmak için ben bu tarzda yazmağı tercih ettim. Ancak müellif pek nazarî mefhumlar üzerinde yürüdüğünden dolayı bir kaç sahife önce kullandığı tabiri bırakarak " ef'al „ kelimesini kullanmıştır.

E. A.

57

3 — Birinci derecede alacaklı olan bir dayin ipotek hakkını ıskat eylerse diğer alacaklılar birer derece yükselirler [3].

4 — Taksimi mümkün olamayan bir aynın hissedarlarından biri tarafından o ayne dair istihsal olunan hükümden diğer hissedarlar yani şerikler dahi istifade ederler.

5 — Ceza davalarında suçlu zannolunanlardan birinin beraati, bazı hallerde diğer maznunlar hakkındaki amme hukuku davasının sukutunu intaç eyler.

6 — Taraflardan olanların durumunda(vaziyet)tam bir mumaselet bulunduğu takdirde müddeaaleyhlerden yalnız birinin davayı temyiz etmesi üzerine temyiz mahkemesince ilâmın bozulması diğer müddeaaleyhlere de müessir olur. ve saire...

Verilen bu izahat, bizi üzerinde durmağa değer bir itiraz karşısında bırakır. Hukuktaki aksül'amelleri doğuran sebepleri muvakkat ve daimî alâka olmak üzere ikiye ayırmış ve muvakkat alâkaları " fiiller „ kelimesile anlatmıştık. Bu suretle yaptığımız taksimde acaba bir çapraşıklık, bir tenakuz göre çarpmıyor mu ? filhakika tarlalarımı korumak için yaptırdığım set, komşularımın topraklarını da muhafaza ediyor. İstihsal ettiğim nezaret hakkından yanımdaki ev sahibi de faide görüyor. Fakat bu istifade, nereden doğuyor. Set ile irtifak hakkından mı ? yoksa setin yapılmasını veya nezaret hakkını temin eden akitlerden mi ? set, inşanın, irtifak hakkı, aktin bulunmasına bağlı değil midir? halbuki gerek seddin inşası ve gerek akit en geniş manâsile kullanmakta olduğunuz akit " ef'al = actes „ mefhumunda dahildir. Şu halde hukukî aksül'amel hâdisesini bazan esere (set ve nezaret hakkı); bazan da müessire (inşa ve irtifak akdi) atfediyorsunuz. Bu ise manasız bir şeydir.

Bu mühim sualinizin cevabına bundan sonraki satırlarda tesadüf edeceksiniz.

---

[3] Kanunu medenimizin 786 ıncı maddesinde şöyle deniliyor : " Bir gayrı menkul üzerinde muhtelif derecede rehinler tesis olunursa bunlardan birinin terkini, alacaklıyı serbest kılan dereceyi geçirmez. Malik terkin olunan rehinin yerine bir diğerini tesis edebilir.„ Görülüyor ki vazıı kanun burada büsbütün başka bir esas kabul etmiş ve böylece feragatin re'sen doğurabileceği bir aksülâmel hâdisesinin önüne geçmiştir. Şu suretle derecesinden vazgeçen alacaklı diğer alacaklılara değil belki borçlusuna bir iyilik yapmak istiyor. İşte vazıı kanun da derecesinden vazgeçen alacaklının arzusuna hörmet etmiş oluyor. Vakıa maddenin son fıkrasında " sonradan gelen alacaklılara serbest derecelerden istifade etmek hakkını veren mukavelelerin muteber olması tapu sicilline o yolda şerh verilmelerine bağlıdır.„ Yolunda bir hüküm varsa da bu hüküm aksülâmelin işbu misalde gösterilen mahiyetinden biraz uzaklaşıyor ve evvelce yapılmış olan bir mukavelenin yerine getirilmesi mahiyetini iktisap ediyor. *E. A.*

4. AKSÜL'AMEL HÂDİSESİNİN MAHİYETİ

İşbu mahiyeti esaslı bir surette tahlil edebilmek için aksül'amel hâdiselerinin ne gibi şekiller arzettiğini gözden geçirmek lâzım gelir. Bu muhtelif şekiller arasında bilhassa dikkatimizi çeken bir şekil vardır ki ona bir az evvel temas etmiştim. Fakat burada yine tekrar edeceğim. Çünkü muhtelif şekillerin tam bir plançosu, gözlerimizin önünde bulunmalıdır.

I — Hukuktaki aksül'ameller evvel beevvel ya bir hak veya bir vakıâ suretinde görünürler.

Meselâ nezaret hakkımdan komşumun istifadesi bir vakıâ, şerikimin küçük olmasından dolayı kullanılmıyan irtifak hakkının mururu zamanla sakit olmaması bir haktır.

Kezalik bir müşterek mal hakkında şerikimin bir hüküm elde etmesi benim menfaatim üzerinde bir aksül'amel husule getirir. Bu bir haktır. Fakat şerikimin müşterek milk üzerindeki sarfiyatı hukukî değil iktisadî mahiyeti haizdir; binaenaleyh bir vakıadır.

II— Aksül'amelin hasıl ettiği netice ya faideli veya mazarratlı olur.

Faideli olmasına dair yeniden misal getirmeğe lüzum görmüyorum. Çünkü yukarıdan beri getirdiğimiz misaller hep faydalı neticeler veren aksül'amellerdir.

Mazarratlı olması ihtimaline gelince burada dahi netice ya bir vakıadan veya bir haktan husule gelir:

Vakıaya misal: Komşumun bahçesinde kazdığı kuyu beni sudan mahrum bırakabilir.

Hakka misal: Bana aid taşları bilmiyerek binasında kullanan ve bu kullanışta hüsnü niyeti olan adamın hareketi taşlar üzerindeki milkiyetimin kaybolmasına müncer olur.

III — Aksülâmel daimî veya muvakkat olur.

Bu taksime 3 numaralı bahiste tesadüf etmiş ve hâdiseyi hak sahibi bakımından tetkik eylemiş idik. Şimdi burada hiç bir hakka sahib olmadığı halde aksülâmel tesirile istifadeye koyulan kimse bakımından tedkik edelim:

Şayed aksülâmelin kaynağı, muvakkat bir alâkada bulunursa bu, adeta diğer menfaatlerin sahalarına uzanan bir gölge gibidir. Alâkanın devamı müddetince gölge de devam eder ve alâka kesilince aksülâmel de biter.

Meselâ bir küçüğün, yaşının küçük olmasından dolayı haiz bulunduğu imtiyaz bu muvakkat alâka (yani yaş küçüklüğü) devam ettiği

müddetce, küçükle birlikte şerik olan kimsenin haklarında müessir olur. Fakat küçük ölür veya gayri menkul maldaki hissesini bir başkasına satarsa artık bu imtiyaz, ölüm veya satış tarihinden itibaren devam etmez. Daha açık bir tabirle "yaş küçüklüğü„ nün mazideki hükümleri bakidir. Fakat atî için hiç bir tesiri yoktur.

Şimdi bu söylediklerimizle aşağıdaki misalleri mukayese edelim:

Define bulan kimse, bulduğu definenin yarısını gayri menkul sahibine vermeğe borçludur [4]. Binaenaleyh defineyi bulduktan sonra bu keşiften vaz geçerek gayri menkul sahibini hakkından mahrum bırakamaz.

Kezalik birinci derecede alacaklı olan bir kimse, alacağından vazgeçerse, alt tarafta bulunan ipotekli alacaklılar birer derece yükselirler. Derecesinden vazgeçen alacaklı bu neticenin önüne geçemez.

Bu misaller bize şunu anlatır: Bazı hallerde aksülâmelin neticelerini hukuk önceden tesbit etmiştir. Demek ki fesh olunamazlar. Binaenaleyh yukarıdanberi yaptığımız taksime dördüncü bir şekil ilâve etmeliyiz.

IV — Aksülâmelin hasıl ettiği netice ya izale edilebilir veya edilemez.

Eğer aksülâmel, bir vakıadan ileri gelmiş ise izale edilebilir. Bir haktan doğmuş ise izale edilemez. İşte bunun içindir ki yalnız nazarî değil belki amelî pek çok faydaları ihtiva eylemelerinden dolayı aksülâmellerin hak veya vakıa suretinde tecelli ettiklerini söylemiştim. Zira hak devamlıdır. Vakıa ise devam etmez, muvakkattir.

Bu nokta bir kere hakkile kavranılırsa hukukî hâdiselerin tahlilindeki güçlükler pek çok hafifler. Her halde yanlış neticelere düşmekten kurtulursunuz.

Şimdi aksülâmel hâdisesini diğer bir bakımdan daha tetkik edeceğim. Bu suretle mes'ele gözlerinizin önünde daha ziyade canlanacaktır. Böylece yukarıdaki mühim itirazınızın cevabına da temas etmiş olacağım.

Şu dört hâdiseyi sıra ile ele alalım:

1 — Size kefil oluyorum.

2 — Arsanızda bir define buluyorum.

3 — Birinci derecedeki ipotek hakkımdan vazgeçiyorum.

4 — Bahçemde kazdırdığım kuyu, sizin kuyunuzu susuz bırakıyor.

Bütün bunlarda benim bir hareketim, bir fiilim var. Fakat hareketlerim aksülâmelleri daima aynı mahiyette tecelli etmiyor. Çünkü en son misaldeki hareketimin aksülâmeli bilâ vasıta ve doğrudan doğ-

[4] Kanunu medenî, madde : 676

ruya menfaatinize müessirdir. Halbuki üç evvelki misalde hareketimin neticeleri diğer bir şahıs vasıtasile tecelli eder. Demek ki :

V — Akşülâmel ya bilvasıta olur veya ortada bir vasıta olmaksızın tecellî eder.

Vasıta ile olan aksülâmel hak, vasıtasız olan aksülâmel ise vakıadır. Daha açık söyliyelim. Üç evvelki misaldeki aksülâmeller hukukî = juridique mahiyeti haizdirler. Halbuki dördüncü misalde böyle bir mahiyet görülemez.

IV — Aksülâmelin tesirleri ya küllî veya cüz'î olur.

Kaideten hak sahibinin hakkını kullanması keyfiyeti doğrudan doğruya veya dolayısile hakka sahip olmıyan bir adamı da müteessir eder. Fakat bu tesirin bütün neticeleri tamamen bir şahıs üzerinde toplanmaz. İşte bunu anlatmak için bu iki tabiri kullanmağa mecbur kaldım.

*
* *

İşte hukukî aksülâmel hâdiselerinin mahiyetini tahlil edebilmek için lâzım olan ilk malzemeyi böylece toplamış olduk. Artık mevzuun esasına girebiliriz.

Her hangi bir hareketin hukuk alanında meydana getirdiği aksülâmelin iç yüzünü tahlil için mevzuu ayırıb parçalamak ihtiyacını duyuyorum. Burada yalnız cüz'î aksülâmelleri tahlil edeceğim. Küllî aksülâmellerin başlı başına tetkiki lâzım gelir.

Kaideten gerek kuyu kazmak gibi bir vakıai sırfe olsun ve gerek irtifak akdi gibi bir hakkın kullanılmasından ileri gelsin, her hangi bir hareketin yalnız alâkalı olan şahıslar üzerindeki tesirini göstermesi lâzım gelir.Fakat muhtelif ve birbirine zıt menfaatleri yekdiğerine örgüleyen bu günkü ilerlemiş medeniyet, bu esas kaideyi pek istisnaî bir hale sokmuş ve fiil ve hareketlerin, alâkalı olmıyanlar üzerinde tesirler vücude getirmesi, asıl kaide haline gelmiştir. Filhakika, aksül'amel lerin göründükleri muhtelif şekillere göz gezdirdiğimiz zaman üç esas karşısında kaldığımızı anlarız :

Birinci esas : mekânda benzerlik (identité de la situation locale).

Malik olduğum nezaret hakkından komşumun istifade etmesi mekânlarımızdaki benzerlikten ileri gelir. Kira akdindeki ecri misil, satıştaki semeni misil, hep bu esasa dayanmaktadır.

İkinci esas : halde benzerlik = (identité de la situation juridique.)

Buna kazaî benzerlik te diyebiliriz. Müddeaaleyhlerden yalnız birinin davayı temyiz etmesi üzerine, temyiz mahkemesince ilâmın bozulması, diğer müddeaaleyhe de tesir eder. Kezalik suçlu olarak mahke-

meye sevk edilenlerden birinin beraeti diğerleri hakkındaki âmme davasının düşmesini intaç eder. Bu misallere yukarlarda dahi rast gelmiştik işte bu hâdiselere kazaî benzerlik esasına şahit olmaktayız.

Üçüncü esas: irtibat = Connexité.

Terekenin mirasçılar tarafından kabulü üzerine alacaklıların varis olanlara müracaat etmeleri kazaî benzerlikten değil belki kabul keyfiyetine bağlı olan bir hukukî hâdisedir.

Bu izahattan anlayoruz ki hukuktaki aksül'amellerin kaynağı, ister hukukî mahiyeti haiz olsun, ister olmasın mutlaka bir fiil ve harekettir. Bunun hukuk felsefesindeki ismi ise " kazaî alâka = rapport juridique „ dir. Binaenaleyh aksül'amel keyfiyeti iradeye tabi olamaz.

Ziyanın ardından gölgenin gitmesi gibi her hangi bir alâkanın vücudu da bir aksül'amele vücut verir. Bunun önüne geçmek her hangi bir harekette bulunmaktan, daha açık söyliyelim, hakkını kullanmaktan vaz geçmekle kabildir.

Aksülâmelin cebrî ve iztirarî surette tecellisi, pek çok hallerde vazı kanunu bile güçlüklere sokar. Meselâ bir adamın ölümile tereke onun mirasçılarına intikal eder. Fakat ölüme mirasçı sebebiyet verirse kendisi mirastan mahrum kalır. İşte burada vazı kanun aksül'amelin önüne geçmek için bir hüküm koymağa mecbur kalmıştır.

Bu tafsilâttan sonra hukukî aksül'amelin esasını aydınlatacak olan farik hatlara temas edebiliriz.

5. AKSÜLÂMEL HADİSESİNİN ESASLARI

Birinci esas Aksülâmel hadisesinin meydana gelebilmek için kazaî veya maddî alâkaların vücudu şarttır.

Hukukan akitler iki bakımdan tahlil edilmelidir:

1. — Akdin bizatihi kendisindeki hükümleri bakımından; meselâ size karşı olan borcumu ödüyorum, aramızdaki ekonomik bilânço bu suretle muvazeneli bir hal almış oluyor. Burada doğurucu vakıa =(fait générateur) muayyen hükümleri meydana getirir.

"Doğurucu vakıa„ nın ne demek olduğunu, bundan evvel anlatmıştık; demiştik ki her hak, varlığını, doğurucu bir vakıaya borçludur.

Şimdi akitleri bu bakımdan tahlil edersek aksülamel hadiselerine rasgelemeyiz, aksülâmeller tetkik pilânımızın tamamen arkasında kalır. Göreceğimiz şey hukuk kumaşının ters ve yüz renkleri ve örgüleridir. Meselâ; müruru zaman. Bundan şu manayı anlarız: Taraflardan biri herhangi bir hakkını kullanmamış. Bundan dolayı mal üzerindeki

mülkiyetini gaip ediyor. Diğer taraf ise daimî bir kullanma neticesinde o mala sahip oluyor.

Kezalik alacak dediğimiz zaman bu kelime bize iki kişinin mevcudiyetini gösterir: Alacaklı ve borçlu.

Ve Nihayet ödeme = paiement keyfiyeti, alacaklı ile borçlunun ökonomik hallerinde yekdiğerine objektif bakımından müsavi olan bir tesir meydana getirir.

2. Akdin bizatihi kendisinde (özünde) olmıyan ve fakat herhangi bir alâkanın bulunması dolayısile tecelli eden hükümleri bakımından; meselâ define bulan kimse bulduğu definenin yarısını gayri menkul sahibine vermeğe borçludur. Fakat gayrimenkulün sahibi yoksa bu borç da tahakkuk etmez yani aksülamel meydana gelemez. Demek ki (define keşfi) vakıasında esas prensip bulunan şeyin paylaşılması değildir; belki kaide icabı, bulan kimse defineye sahip olur. İşte görülüyor ki aksülâmel, vakıanın özünde = mahiyetinde bulunmayan bir alâkadan yani mülkiyet alâkasından meydana gelmektedir.

Kezalik terekeyi kabul eden varis, ölünün terk ettiği mallara sahip olur. (Tereke kabulü) mefhumu hukukisindeki prensip işte bundan ibarettir. Müteveffanın vasiyet olunan kimse gibi, alacaklı gibi eshabı matlubu varsa hukukî aksülâmele şahit oluruz. Demek ki burada da aksülâmel, akde tamamen yabancı olan bir alâkadan ileri geliyor. Terekeden hiç bir alacak iddia edilmezse bu aksülamelde tabiatile meydana gelemez.

İkinci esas : Aksülâmel hâdisesi akitte istihdaf edilmez. Fakat hukukî bir zaruret olmak üzere kendiliğinden tecelli eder.

Filhakika terekeyi kabul eden mirasçının, tereke borcu ile alâkadar olmamak istemesi hiç bir hüküm ifade etmez. Yani burada mirasçının rizası var mı yok mu aranmaz. Demek ki aksülâmel hiç bir zaman bir aktin hedefini teşkil edemez. Şayet ederse, o zaman hâdise bir aksülâmel olmaktan çıkar, aktin mevzuu olur [5]. Meselâ mirasçı terekeyi kendi namına ve kendi hesabına kabul eder. Fakat bu kabulden bir netice doğar ki o da tereke borçlarına karşı muhatap olmaktır. İşte bu muhatap oluş, mirasçının yaptığı bir hareketin (yani kabulün) zarurî bir neticesidir.

---

[5] Ihering bir hâdisenin aksülâmel sayılıp sayılamaması arasındaki farkın pratik neticelerini anlatmıyor. Fakat bunun tatbikatta büyük bir ehemmiyeti vardır. Çünkü hâdise, aksülâmel mahiyetinde ise rıza ve rızadaki butlân sebepleri aranamaz. Aksülâmel mahiyetinde değil de aktin istihdaf ettiği bir gaye (mevzu) ise rizaların uygunluğuna dair bütün hukuk prensipleri aranmak lâzımgelir.

E. A.

59

Üçüncü esas : Aksülâmel, akitte doğrudan doğruya alâkası görülemiyen kimselerin menfaatleri üzerinde kendini gösterir.

İşte kaynaklarını, mahiyetlerini, hususiyetlerini bir çok misallerin yardımile tesbit edebildiğimiz hukuktaki aksülâmellerin şimdi umumî nazariyelerini kurmağa çalışalım.

AKSÜLÂMEL NAZARİYESİ

Şimdi tatbikatta karşımıza çıkabilecek meselelerin hal şekillerini gösteren kaidelere temas edebiliriz. Burada vakıalardan doğan aksülâ melleri tetkik etmeyeceğim. Bu kabil aksülâmellerin umümî faideleri yalnız onları teşhis edebilmekte görülür. Bu hukukçu hâdiselerin cereyanı arasında tesadüf ettiği herhangi bir aksülâmelin bir vakıadan ileri geldiğini anlarsa artık o aksülâmelin hiç bir hukukî kıymeti kalmaz.

Bir hakkın kullanılmasından doğan aksülâmellere gelince burada yalnız faydalı olan aksülâmellerden bahsedeceğim. Zararlı olanlar mevzuumuzdan hariçtir. Bu sözlerimle zararlı aksülâmellerin tatbikattaki ehemmiyetlerini inkâr ettiğimi sanmayınız, Bunların da büyük ehemmiyetleri vardır. Ancak zararlı aksülâmeller için umumî kaideler koyamadığım bütün uğraşmalarım boşa gitti. Bu noksanın ikmalini yetişecek hukukculara bırakıyorum. Binaenaleyh tetkiklerimde, zararlı aksülâmellerden bazıları üzerinde bir az durduktan sonra faydalı aksülâmellere geçeceğim.

Şimdi her şeyden evvel bahsimizin ilk kısımlarında (kazaî alâka = rapport juridique) tabirile ifade ettiğimiz hukuk mefhumunun tatbikattaki ehemmiyeti derecesini kavramağa çalışalım. Aşağıdaki sualler bize bu hususta açık fikirler vermeğe kâfi gelir :

1 — Bir aksül'amel ne dereceye kadar kazaî bir mahiyet alabilir?

2 — Aksülâmeller, aksül'amel hâdisesine sebep olan kimsenin, o hareketten vaz geçmesine ne dereceye kadar bağlı kalırlar ?

3 —Aksülâmelin meydana getirdiği iktişapta kazaî mahiyet var mı? iktisaba dair olan hükümler acaba burada tatbik olunabilirler mi ?

4 — Aksül'ameli meydana getiren kimsenin iradesi aksül'amelin tecelli etmesinde hudutsuz bir kudreti haiz midir? aksül'amelin tesirlerine maruz kalan kimse, asıl failin mutlak surette keyfine tâbi olur mu ?

5 — Aksül'amel dolayısile istifade eden kimsedan, o aksül'amele sebep olan şahsın, istifade derecesile mütenasip bir ivaz istemeğe hakkı olur mu ?

Bu suallerden birincisini halletmiştik; demiştik ki aksül'amel ya bir vakıadan veya hukukî bir fiilden doğar. İkinci suale ise aksül'a-

mellerin nevilerini tahlil sırasında bunların feshedilebilip edilemiyeceği noktasında durmuş ve bu bakımdan onları ayırmıştık. Fakat verdiğimiz izahat pek noksandır. Binaenaleyh bu ikinci suali diğerleri ile birleştirerek tetkikata devam edeceğim. Anlaşılıyor ki halli lâzım gelen üç mes'ele karşısındayız.

Birincisi: aksül'amel neticesinde hasıl olan iktisabın hukukî mahiyeti;

İkincisi: aksül'amele sebep olan kimsenin salâhiyeti derecesi ve aksül'amel dolayısile hakları ihlâl olunan şahsın nasıl himaye görebileceği;

Üçüncüsü: aksül'amelin faideli tesirlerine uğrayan şahıstan asıl failin müstesna hallerde bir ivaz istemesi.

Şimdi bunları sıra ile tetkik edelim:

Birinci mesele — Aksülâmel neticesinde hasıl olan iktisabın hukukî mahiyeti.

Herhangi bir akit neticesinde (satış akti, kira akti gibi) elde edilen iktisap ile aksülâmelin meydana getirdiği iktisap = acquisition arasındaki fark, en basit hukuk fikrine sahip olanların bile gözlerinden kaçmayacak derecede açıktır. Filhakika, bir aksülâmel dolayisile A nın bir filinden C istifade ediyor. Halbuk bu (C). A, nın ne mirascısıdır, ne müşterisidir, ne de kiracısıdır hattâ ne de kendisine mal hibe ettiği kimesedir. Demek ki bu iktisapta bir akit bir mukavele veya bir intikal esaslarına tesadüf edemiyoruz. Şu halde madem ki A ile C arasında iktisabı meydana getirecek bir akit yoktur; bu iktisabın ne gibi bir mahiyet arzetmekte olduğunu aramaklığımız lâzım gelir.

Bu suale cevap verebilmek için yukarılardan beri verdiğimiz izahatın, getirdiğimiz misallerin yardımile hukuktaki aksülâmeli tarife çalışalım:

Aksülâmelin tarifi: Aksülâmel, bir diğerinin fiil ve hareketi sebebile bir kimse lehine husul bulan bir iktisaptır ki idarî bir aktin vücuduna ihtiyaç göstermeksizin tecelli ettiği saha dahilinde tahakkuk eder.

Esasen Roma hukukcuları aksülâmeldeki bu mahiyeti aşağı yukarı keşfetmiş gibi idiler ve aşağıda göreceğimiz veçhile bu keşifleri pek doğru idi.

Şimdi bu tarifi yaptıktan sonra birinci meselemizin izahı için ispati lâzım gelen noktaları tesbit edelim:

a) Aksülâmel bir iktisap vasıtasıdır.

b) Bu iktisap tarafların rızalarına bağlı değildir.

c) bu iktisabin şekli, bilvasıta iktisap mahiyetinde değildir.

61

d) Bu iktisap, diğer birinin mamelekinden bir şey eksilmesini intaç etmez.

e) Ancak hususî bir mukavele aksülâmelden doğan iktisabı, akitten doğan iktisap haline sokabilir.

f) Aksülâmele sebep olan kimsenin iradesindeki sakatlık aksülâmelin doğurduğu iktisap üzerinde hiç bir tesiri gösteremez.

Filhakika :

a) Aksülâmel bir iktisap vasıtasıdır. Ancak burada iktisap = acquisition kelimesini hukuk lehçesinin tayin ettiği mahdut bir manada değil; belki soysal ve ekonomik bakımları da ihtiva eden şamil bir manada telâkki etmeliyiz. Daha açık bir ifade ile iktisap kelimesine vereceğimiz mana şudur : " Hukukî vaziyetimizde husule gelen bir iyilik (amélioration) „ bu salâh malî bir kıymeti ihtiva edebileceği gibi, mali olmayan bir ferahlığı da haiz olabilir. Bu kabil iktisapların tahdidî bir surette tesbitine imkân yoktur. Cemiyetin, ferdin, medeniyetin telâkkileri burada mühim birer âmildirler. Bununla beraber meselenin aydınlanması için bir kaç misal getirmeği faydasız bulmayorum :

Birinci misal : Muhtevası (mevzu = objet = contenu) maddî bir menfaati ihtiva eden hukukî, iktisaplar, aşağıdaki hâdiselerde bu mahiyetteki iktisaplara tesadüf ediyoruz :

1 — Diğerin milkinde keşfolunan define ; burada bir milkiyet meydana gelir.

2 — Baba, çocuklarının ma melekine dahil olan mallar üzerinde bir intifa hakkı vardır.

3 — Mirasçılardan biri tarafından terekenin kabul olunmayarak reddedilmesi, diğer mirasçıların hisselerini artırır. Yani miras hakkı çoğalıyor.

İkinci misal : Menfî haklar iktisabı. Bir aktin icrasına kefil olan kimsenin, eda ile mutalip olabilmesi için evvelce borçluya müracaat etmelidir [6]. Borçludan istifa imkânı olmadığı takdirde kefilden istenir. İşte bunu temin için borçlu akti yaptığı sırada bir şart koyabilir. Bu şart kefil lehine menfî bir hak vücude getirir.

[Kanunumuzda bu esas kaide olmak üzere kabul edilmiştir. Yani borçlunun böyle bir şart ileri sürmesine hacet yoktur. Kefile de aynı zamanda müracaat edilebilmek için kefaletin borçlar kanununun 487

[6] Borçlar kanununun 486 ıncı maddesine bakınız. Asıl borçluya müracaat etmeden evvel kefile müracaat olunursa kefilin itiraza hakkı vardır. Buna Fransız hukukunda bénefice de discussion derler.

62

inci maddesi hükmüne uygun bir şekilde yapılması lâzım geliyor. Ticaret kanununun 642 inci maddesi ise bunun tamamen aksidir, yani orada, bu şartın ileri sürülmesi icap eder. Aksi takdirde kefiller dahi asıl borçlular gibi mutalep olurlar. 25 Mart 1931 tarihli ve 36 numaralı tevhidi içtihat kararına bakınız. Resmî ceridenin 26 Mayis 1931 tarih ve 1806 numaralı nüshası

Üçüncü misal: alacaklının borçluyu ibra etmesi kefili, kefaletten kurtarır; ve kefil tarafından alacaklıya gösterilmiş olan rehin de sahibine teslim olunur [7].

Dördüncü misal: evvelki derecelerde bulunan ipotekli alacaklılardan birinin ortadan çekilmesi.

Beşinci misal: müşterek alacaklılardan biri tarafından borçlu aleyhine dava açılması hasebile müruru zamanın kesilmesi.

Bu son iki misalde faideli aksül'ameller vardır. Filhakika alt taraftaki ipotekli alacaklıların teminatı ziyadeleştiği gibi dava açılarak müruru zamanın kesilmesi suretile de diğer müşterek alacaklıların mameleklerinde bir ziyadelik husule gelir.

Bütün bu hallerde aksül'amelden faide gören kimse için yani (C) bir müktesep hak meydana geliyor. Binaenaleyh C. nin akde yabancı kalması, hiçbir hizmeti geçmemesi ve hattâ aksül'amelin vücude getirdiği faideleri benimsememesi iktisabın mahiyetini bozmaz.

Bu izahat, yukarlarda söylediğim bir mütaleânın aksini iddia gibi görünüyor. Filhakika, aksül'amellerin feshi kabil olmadığını iddia etmiştim. Halbuki şimdi mutlak surette bir müktesep hak vücude getirdiğini söylüyorum. Bu iki ifadeyi nasıl temin etmeliyim ?

Mes'ele zannettiğinizden çok kolaydır. Çünkü aksül'ameller muayyen bir alan dahilinde tecelli ederler. Her aksül'amel bu tecelli hudutlarını kendi hususiyetinden alır.

Meselâ bir küçükle müştereken bir gayri menkulde tasarruf eden kimse, müruru zaman haddine baliğ olacak bir müddet zarfında mevzuu muhtevası " geçmek „ ten ibaret olan bir irtifak hakkını kullanmamış olursa müruru zaman işlemez. Çünkü — bunu yukarıda da görmüştük — irtifak hakkı ikiye bölünemez. Bu suretle (yaş küçüklüğü) müruru zamanın işlemesine mani olur. Fakat küçük, gayri menkuldeki hissesini şerikine veya başka birine satarsa artık aksül'amel devam etmez. Ancak bu satış keyfiyeti, evvelce kesilmiş bulunan müruru zamanın iptalini de icabettirmez. görülüyor ki fesh olunabilen aksül'amellerdeki hüküm geçmiş zamana değil; gelecek zamana aittir.

[7] Borçlar kanununun 492 inci maddesine bakınız.

67

Aksül'amelin tamamen iptal edilmesi yalnız bir hususta olabilir. Meselâ sizden bir arkadaşınız muayyen bir para istikraz etmek istiyor. Siz de veriyorsunuz. Ancak borçlunuz sizden parayı karzen aldıktan sonra kendi müverrisinin terekesini de kabul ediyor. Terekeden alacaklı olanlar bittabi mirasçı aleyhine — ki sizin borçlunuzdur — dava açıyorlar ve alacaklarını ilâma bağlatıyorlar. Neticede anlaşılıyor ki tereke gırtlağına kadar borca batmıştır. Terekenin bütün varlığı borçların ancak ve yalnız küçük bir kısmına yetişebiliyor. Şu halde borçlunuzun size karşı olan eda kudreti tamamen azalmıştır. Artık sizin alacağınızı ödeyecek bir halde değildir. Binaenaleyh mirasçının terekeyi kabul etmesi ile aleyhinizde zararlı bir aksül'amel meydana gelmiş oluyor. Bu aksül'amelin tesirlerini gidermek için (terekeyi kabul) keyfiyetinin iptal edilmesi lâzım gelir. Meselâ borçlunuzun kabul ehliyetine sahip olmadığı anlaşılırsa o zaman bu kabul hükümsüz addedilir, siz de bu zararlı aksül'amelin tesirlerinden kurtulursunuz.

b) Aksül'amel neticesinde husule gelen iktisap, tarafların rizalarına bağlı değildir.

Hukuktaki aksül'amellerin nasıl meydana geldiklerine bakmak, bu kaidenin doğruluğunu kavramak için kâfi gelir. Alacağından vaz geçen kimse barçlusunun mamelekini artırmıştır. Alacaklının kasdı borçlusuna bir iyilik etmek olsa ve bu arzusunu borçtan vaz geçtiği zaman açıkça söylese dahi borçlunun mameleki diğer alacaklılar lehine bir ziyadelik kaydeder. Binaenaleyh bu ziyadelikten diğer bütün alacaklılar tabiatile istifade ederler. Borçlunun akıl zayıflığı veya bunaklığı diğer alacaklılar lehine olan iktisap üzerinde hiç bir tesiri yoktur. Çünkü bu alacaklıların iktisapları kendi hukukî alâkalarının bir neticesidir. Burada kendi borçlularının rizası hesaba katılmaz.

c) Aksül'amelin vücut verdiği iktisap, bilvasıta iktisap mahiyetinde değildir.

Filhakika bilvasıta iktisapta, vasıta olan kimse bir iktisap aletidir. Meselâ müvekkili namına bir mal iktisap eden vekilin vaziyetinde evvelâ müvekkilin rızası, saniyen kendisinin mesaisi bulunmak lâzımdır. Halbuki aksül'amelde bu sıra tamamen altüst olur. Çünkü asıl failin rizası yoktur; ve iktisap eden kimsenin ise hiç bir mesaisi bulunmaz. Sonra aksül'amele meydan veren kimse yalnız kendisi için çalışmıştır. Halbuki bu çalışmadan kısmen bir başkası fayda görüyor. Vakıâ bu istifadenin hasıl olması için medenî telâkkilerin vücut verdiği tesadüfler de işe karışır. Fakat hiç bir zaman aksül'amel, iradî bir fiilin hedefi sayılamaz.

Meselâ A benim mirasçımdır. Tanzim ettiğim vasiyetnamede şöyle diyorum: Eğer A şöyle bir harekette bulunursa mirasım (C) ye intikal edecektir. Mirasçı olan A nın tayin ettiğim hareketi yapması (C) yi mirasçı yapar. Fakat, diyebilirsiniz, şayet mirasçım isterse miras (C) nin olsun yolundaki vasiyetname dahi bu hükmü ihtiva etmez mi? Şu halde arada ne fark vardır?

Cevap — Her iki muamele dahi amelî neticeleri bakımından birdir. Fakat hukukî mahiyetleri bakımından aralarında büyük farklar var. Birinci şekildeki vasiyetnamede C nin varis olması birinci mirascının hareketi sebebiledir, İkinci vasiyetnamede ise vasiyetin devri neticesinde o varis, benim varisim olmaz; belki varisimin, mevhubünlehi olur. Demek ki aralarındaki fark şudur: Birinci vasiyetname bir aksülâmel neticesinde hüküm ifade eder ve tesirini gösterir. İkinci vasiyetname ise bir hibeye vücut verir. Şu halde aradaki muamele hibe olunca, aktin bütün hükümleri — rızanın fesadı ve butlanı gibi meseleler — tabiatile mevzubahstir.

d) Aksülâmel neticesinde hasıl olan iktisap diğer birinin mamelekinden bir şey eksilmesini intaç etmez. Filhakika diğer kimseden mal iktisap etmekde iki unsurun bulunması lâzımdır:

Birincisi — Maddî unsur = élément materiel. Yani gerek karşılığında bir şey verilsin, gerek verilmesin diğer bir mamelek arasında bulunan bir servetin benim mamelekim arasına geçmesi. Bu geçiş, her iki tarafın karşılıklı ve uygun rızalarile olur [8]

İkincisi — Şahsî unsur = élément personnel yani satışta alıcı ile satıcının, kirada, malsahibi ile kiracının, hibede, hibe edenle kendisine hibe olunan kimsenin bulunması.

Halbuki aksülâmel hadiselerinde bu iki unsurdan hiç biri yoktur. Filhakika hiçbir mamelekten bir servet eksilmediği gibi açık veya kapalı olarak beyan edilmiş bir rıza dahi yoktur. Binaenaleyh bazı şahısların vaziyetlerine taallûk eden tahdidî hükümler (Ehliyetsizlik vesairede olduğu gibi) bizatihî aksülâmelden doğan iktisaba mani teşkil etmezler.

Bizatihî diyorum, çünkü iktisabın objektif şeklinde, aksülâmel neticesi olmaktan başka bir ziyadelik varsa mesele değişir. Meselâ farz ediniz ki medenî kanunumuzda şöyle bir hüküm var:

"Karı koca arasında hibe yapılamaz„ [9]

[8] İşte bundan dolayıdır ki müruru zaman bu iktisaptan tamamen ayrılır. Müruruzamandan istifade eden kimse, vakıa bir diğerinin mamelekindeki bir serveti kendi mameleki arasına sokuyor. Fakat burada o diğerinin rızası yoktur.

[9] Bu misali medenî kanunumuzun umumî hükümlerine uygun bir hale getirebilmek için şu suretle değiştirmekliğimiş lâzım gelir; Karı koca arasında mahfuz hisselere tecavüz edecek şekilde hibe yapılamaz.

65

Şimdi hibe akdini sair akitlerden ayıran hususiyeti bulalım: Herkes bilir ki bu hususiyetin ancak şu suretle anlatılması mümkündür. Hibe eden kimsenin mamelekinde hasıl olan eksilmeye mukabil, kendisine hibe yapılan kimsenin mamelekinde hasıl olan ziyadelik.

Demek ki her ne suretle olursa olsun karı koca arasında işbu hususiyeti gösteren bir muameleye rasgelirsek anlarız ki aksülâmelden doğan iktisap kisvesi altında bir hibe yapılmıştır. Bu takdirde ise tatbikı lâzımgelen hüküm başkadır. Filhakika, kanun maddelerinde ister yazılı olsun ister olmasın hukukta şu kaide caridir : Kanunun emredici mahiyette olan hükümlerini ortadan kaldırmak için yapılan muameleler batıldır.

Bir kaç misal bize yukardaki izahatı kolayca anlaşılır bir hale koyacaktır.

Meselâ karınızla müştereken bir şeye malik bulunuyorsunuz. Bu müşterek olan şey de bilfarz bir piyanko biletidir. Siz piyankodaki bilet hissenizi karınıza terkettiniz. Piyankoya tek başına iştirak eden karınız birinci ikramiyeyi kazandı, Şimdi bu bir hibe midir ? Hakikatta hayır!, çünkü mülkiyetinizden vaz geçmeniz, mutlak surette malı karınıza bağışladığınız manasına gelmez. Begenmediğiniz bir bastonu sokağa atıyorsunuz. Yoldan geçen bir adam o bastonu aldı. Fakat o adam sizden bir baston almıyor; belki sahipsiz bir mala el uzatıyor. Daha açık söyleyelim, o adamın iktisabı sizin terketmekliğinizin bir aksülâmelidir. Demek ki hareketinizin tabiî neticesi, o hareketin istihdaf ettiği bir gaye manasına gelmez. Eğer bu manaya gelmiş olsaydı ceza dahi suçun hedefi olurdu. Şu halde hareketimin hedefi diğerine bir mal temlik etmekten ibaret olursa hibe mevzuu bahsolabilir. Bu takdirde milkiyetten feragat, yapılan hareketin zahirî şekli demek olur. Çünkü objektif bakımdan hibenin gösterdiği hususiyet iki mamelekten (yani hibe edenle kendisine hibe yapılan kimselerin mameleki) birinin azalmasına mukabil diğerinin çoğalması keyfiyetine bir de sübjektif unsur yani mal bağışlamak arzusu ilâve ediliyor. Binaenaleyh tamamen bir hibe akdi karşısındayız.

Meseleyi bir az daha derinleştirelim. Bir malı yalnız terketmekte menfî bir hareket var. Halbuki temlikte yapılan hareket müsbettir. Beğenmediğiniz bastonu sokağa atmakla yalnız menfî bir harekette bulunuyorsunuz. Halbuki piyanko biletindeki hissenizi karınıza vermekle hareketiniz müsbettir. Demek ki kanunun emredici hükümlerine muhalefet etmiş oluyorsunuz. Binaenaleyh hareketinizde butlan var.

Kezalik karısındaki alacağını ibra eden veya karısının mülkü üze-

rindeki irtifak hakkından vaz geçen kocanın hareketinde dahi bir hibe görmek lâzımgelir.

Başka bir misal daha getirelim : Meselâ karınızın A dan 1000 lira alacağı var siz de A nın mirasçısısınız. A ölüyor. Terekesi borçlarının ancak pek az kısmını ödeyebiliyor. Buna rağmen siz terekeyi kabul ve karınıza bu 1000 liraya mirasçı sıfatile veriyorsunuz. Şimdi siz terekeyi kabul etmemiş olsaydınız karınızın terekeden ancak 10 lira alabileceğini farzediniz. Demek ki terekeyi kabul etmiş olmanız neticesinde karınız 1000 liraya sahip oluyor. Bu bir hibe midir ? Aktin zahirî görünüşüne nazaran hayır. Çünkü sizden karınız bir şey almadı ; belki hareketinizin neticesi olarak bir iktisapta bulundu. Fakat bu iktisap sizin mamelekinizden 1000 liranın azalmasını ve karınızın mamelekinde de aynı miktar bir çoğalmayı intaç etti. Demek ki hâdisede hibenin objektif unsuru vardır. Eğer bu neticeyi elde etmek için (subjektif unsur) terekeyi kabul ettiğiniz sabit olursa hibe akdinin objektif ve subjektif bütün unsurları var demektir. Binaenaleyh iktisab, yapılmış olan bir aksülâmelin neticesi sayılmaz ; belki hibe addolunur

Fakat karınızın kabul ettiği bir tereke var. Siz bu terekeden (vasiyet olunan kimse) sıfatile alacaklı bulunuyorsunuz. Size vasiyet olunan para miktarı terekedeki hakkınızdan vazgeçiyorsunuz. Bu bir hibe midir ? Zahiren evet. Fakat hakikatte hiç de böyle değil. Çünkü sizin mamelekinizden bir şey eksilmiyor. Binaenaleyh hibenin objektif unsuru yoktur.

e) Hususî bir mukavele aksülâmelden doğan iktisabı, akidden doğan iktisab haline ifrağ eder.

Meselâ mirasçı olarak tek bir kızı bulunan bir kimse " mirasım kızımındır. Fakat kabul etmezse filân adam varisim olsun „ diyor. Şimdi bu kız ile o adam evleniyor ; ve kız " babamın mirasını ben kabul etmiyeceğim sana intikal edecek. Bu benim cihazım olsun „ yolunda bir taahhüdde bulunuyor. Bu taahhüd muteberdir. Fakat artık burada aksülâmel esasları tatbik olunmaz. Çünkü başlı başına lüzum ifade eden bir akid karşısındayız. Binaenaleyh hâdisede akidlerin rıza beyanına taallûk eden esasları tatbik olunmak lâzım gelir.

f) Aksülâmele sebeb olan kimsenin idaresindeki sakatlık, aksülâmelin doğurduğu iktisab üzerinde hiç bir tesir gösteremez.

Aksülâmel, mevcudiyetini, ona sebeb olan kimsenin (asıl fail) iradesinden almaz. Belki bu iradeye tamamen yabancı kalan hususî şartlar aksülâmele vücud verir. İktisab için irade lâzım olmayınca asıl fa-

67

ilin yanılması, aksülâmel neticesinde hasıl olan iktisabın butlanını icab ettirmez.

Meselâ alacaklılardan birinin ipotek hakkından feragat etmesi, kendisinden sonra gelen alacaklıların birer derece ilerlemelerini intac eder. [10]. Feragat eden kimse benim maksadım borçluma bir iyilik yapmaktı. Madamki alacaktan vazgeçmekliğim borçlumu istifade ettirmiyor. Hareketimin hedefi kalmamış demektir. Binaenaleyh feragatten vazgeçiyorum „ diyemez. Görülüyor ki asıl failin hareketinin saikı (borçlusuna iyilik etmek) ile hasıl olan netice (diğer alacaklıların istifade etmesi yekdiğerinden büsbütün ayrıdır. Hukuk bu gibi hâdiselere butlan izafe etmez. Çünkü buna benzer hâdiselerde butlan esasını kabul edersek bir suçlunun " ben şu cezaya çarpılmak için bu suçu işlemiştim. Halbuki siz bana başka bir ceza veriyorsunuz„ yolundaki iddiasının da dinlenmesi lâzım gelir.

Kezalik her hangi bir malın yalnız bir parçasına malik olan kimse kendi milkiyet hissesinden vaz geçerse o mal, diğer şerikin müstakillen milki olur. Feragat eden kimse " ben şerikimi A zannediyordum. Halbuki B imiş. Feragattan vaz geçtim " diyemez. Çünkü yuharıda gördüğümüz veçhile terk keyfiyeti menfî bir harekettir. Biraz evvel getirdiğimiz baston misalinde olduğu gibi. Fakat hibede, hibe olunan kimsenin şahsındaki hatadan dolayı hibe edenin rücua hakkı vardır. Çünkü hibe bir temlikdir. Yani icabî bir akittir. Halbuki terkte bu mahiyet yoktur.

Ve nihayet terekeyi kabul etmiş olan mirasçının " ben terekenin bu kadar çok borcu olduğunu bilmiyordum„ yolundaki iddiası dinlenmez.

Mes'elenin iç yüzüne hakkile girebilmek için görünüşte ayni mahiyet arzeden diğer bir misal daha alayım:

Büyük mağazalardan birinin camakânında teşhir olunan bir malı beğeniyorsunuz. Bu mal üzerindeki etikette şöyle bir rakam yazılı: 8,10 siz bunu 8 kuruş 10 para sandınız. ve malı satın aldığınızı mağaza sahibine bildirdiniz. Şimdi teşhir bir icaptır. Satın almak istemeniz bir kabuldür. Binaenaleyh tamam olmuş bir satış akdi karşısındayız. Fakat malın parasını vereceğiniz zaman anladınız ki fiat 8 kuruş 10 para değil 810 kuruştur. Siz şimdi 810 kuruş vermeğe borçlu musunuz ? Hayır ! Fakat bilmiyerek kabul etmiş olduğunuz bir terekeden dolayı binlerce lira zarara uğradığınız halde geri dönemiyorsunuz. Bu iki mes'ele arasındaki fark neden ileri geliyor ?

Bu farka vücut veren sebep şudur. Siz 8 kuruş 10 para mukabilinde be-

[10] Bu yazının 3 numaralı notuna bakınız.

ğendiğiniz malı almağa muvafakat ettiniz. Muvafakatinizin şumul sahası işbu meblâğ ile mahduttur. Rakamların lira ve kuruş olduğu anlaşılınca, satış aktinin size yüklediği borç, rızanızın hudutlarını aşmış olur. demek ki aktin meydana gelmesi için lâzım olan karşılıklı rıza ortada yoktur. Halbuki terekeyi kabul eden mirasçı, terekenin bütün varlığını alacak ve borçlarile birlikte üzerine almış oluyor. Terekenin borçlu olması bu hukukî neticenin husulüne bir engel teşkil etmez. Çünkü yalnız borç değil, alacak da mirasçıya geçer. Kaldı ki terekenin intikalı için mutlaka borç olmak da lâzım gelmez. Terekenin hiç bir borcu olmayabilir. Fakat satın aldığınız bir malın mutlaka bir bedeli vardır. Bedelsiz satış olmaz. Şu halde bedel, satış akdinin mahiyetinde mündemiç bir unsurdur. Bedelde iki taraf arasında uzlaşma olmayınca satış da yapılamaz.

İkinci mes'ele — Aksül'amele sebep olan kimsenin salahiyeti derecesi ve aksül'amel dolayısile hakları ihlâl olunan şahsın nasıl himaye görebileceği.

Burada dahi yukarda kullandığım A ve C harflerini kullanacağım.

Asıl fail = auteur principal = A

Aksül'amelden bir fayda veya zarar gören = C

Şimdi C üzerindeki tesir bakımından B mutlak surette kendi fiil ve hareketine sahip midir ? Yukardanberi verilen izahatı dikkatle okumuş olan okuyucular bu suale müsbet bir cevap vermekte hiç de tereddüt etmezler. Çünkü hakkını kullanan kimse, bu kullanma keyfiyeti ile yalnız kendi menfaatını istihdaf eder. Halbuki menfaatı dairesinde hareket, herkes için tabiî bir haktır. Hukuk bu alanda hak sahibine hiç bir takyidat koymaz ve koyamaz. Çünkü bu suretle bir kimsenin hakkını kullanmasını takyit etmek, hak sahibini, hak sahibi olmıyan kimse menfaatına hakkını kullanmaktan mahrum bırakmak demek olur. Bu esası, bu prensipi kabul ettiğimiz gün, hukuk kendi kendini mahveden bir tenakuz içine düşer. Bununla beraber asıl failin hareketlerine hiç bir kayıt koymazsak zararlı aksül'amellerin önüne geçmek ve zararlarını azaltmak imkâni de kalmaz. Fikrimce esas prensip olarak takyidin olmamasını kabul ve aksül'amelin fena tesirlerini de bugünkü medeniyet için lüzumlu bir fenalık olarak telâkki etmeliyiz. Menfaat telâkkilerini gittikçe insicamlı ve yekdigerine bağlı bir hale getiren bugünkü medeniyetin gittiği yol bu neticeyi meydana getiriyor.

Filhakika mes'eleyi kavrayabilmek için alacaklı ile borçlu arasındaki münasebetleri tetkik edelim :

Pek tabiîdir ki borçlunun her hangi bir hareketi (bir yere gitmesi, bir ziyafet vermesi...) alacaklının menfaatlerini pek yakından alâkadar eder. Borçlunun çalışması, tenbel oturması, borçlarını artırması veya

69

eksiltmesi hep alacaklının hukukuna müessir olan şeylerdir. Fakat meselâ alacaklıyı korumak için borçlunun bütün hareketlerini bir mürakabe altına almak lâzım gelse, en küçük bir hareketimizde vazıı kanunu karşımızda görmekliğimiz icab edecek. Meselâ borçlu bir mal satın alıyor. Acaba aldandı mı? Acaba bu satın alma keyfiyeti onun mamelekinde bir eksiklik yaptı mı? Hep bunları aramamız lâzım geliyor. Çünkü bu, kabul olunan prensibin pek tabiî ve pek zarurî bir neticesidir. Fakat hukuku bu dereceye kadar muamelelerimizin teferruatına soktuktan sonra hareket serbestisi denilen şey de kalmaz: Mirasçı, " benim mirastaki hisseme müessirdir „ diyerek kendi murisinin tasarruflarına müdahale eder. Her hangi bir şahıs kendisini (vasiyet edilen kimse) farzederek vasiyet edebilecek olan kimsenin hareketlerine karışmakta kendisinde bir hak görür. Bu takdirde ise hak sahibi, hiç bir hakkı olmıyanların elinde bir oyuncak haline düşer. Görülüyor ki Aksülâmelin zararlı tesirlerini göz önünde tutarak asıl failin yani hak sahibinin hareketlerini takyid etmek, hukukan pek de kabil olmaz.

Verdiğim bu izahatı esaslı daha doğrusu ana bir kaidenin açık bir şekli ifadesi olmak üzere kabul edebilirsiniz. Çünkü zararlı aksülâmellere hudud koyabilmek onların mütad haddi aşacak derecede zarar yapmalarına meydan vermemek için bazı hükümler konulması fikrimce lâzımdır. Ancak bu hükümler bir kıstasa tâbi olmalıdırlar. Ben bu kıstası =(Criterium) tayin edemedim. Yalnız şunu diyebilirim ki bir hakkın kullanılmasında başkasına zarar vermek kasdı varsa, hak sahibinin hareketlerini takyid etmek kanun vazıı için mümkün olur.

[Bu tafsilât medenî kanunumuzun bir çok karanlık noktalarını bize aydınlatıyor. Filhakika bu satırlar sayesinde medenî kanunun ikinci ve üçüncü maddelerindeki hükümlerin neden dolayı konulduğunu iyice anlıyoruz. Hele ikinci maddenin ikinci fıkrası - ki " bir hakkın sırf gayri ızrar eden suiistimalini kanun himaye etmez „ şeklinde yazılmıştır - ile " Ihering „ in bu yazıları arasında ifade farkından başka bir şey yoktur.

Kezalik yukarıki tafsilât " haksız yahud ahlâka (adaba) mugayir bir maksad elde etmek için verilen bir şey geri alınamaz „ yolunda bir hükmü ihtiva eden borçlar kanununun 65 inci maddesini dahi bize açıkça anlatmaktadır. Biliyoruz ki bu hüküm ilk defa olarak Alman medenî kanununun 817 inci maddesi ile kanun maddeleri arasına konulmuştu [11]. Müellif R. Saleilles başta olduğu halde Fransanın yüksek

[11] Alman kanunu medenisinin bu maddesini Türkçeye çeviriyorum.
Madde : 817 — Eğer irat prestation'un istihdaf ettiği gaye kabul eden kimse

hukukcuları bu esası kabul etmemişlerdir. Meselenin ruhunu kavrayabilmek için bu gibi mukaveleler karşısında ne gibi bir yol takip edilmek lâzımgeleceğini araştıralım. İki ihtimal hatıra gelebilir :

1 — Ya bu gibi mukavelelere karşı gözlerimizi yumar, bu davaları mahkemelere sokmayız.

2 — Veya mukaveleleri kabul ederek istirdat davasını dinleriz.

Fransız hukuku ikinci şekli ; Türk, İsviçre ve Alman hukukları ise birinci şekli kabul etmişlerdir. Fakat her iki şekilde de netice değişmiyor. Çünkü daima kanuna karşı sui kastta bulunan ve binaenaleyh aynı derecede haksız olan iki adam karşısında kalıyorsunuz. Kanunumuz parayı alan adamı, Fransa kanunu ise veren kimseyi himaye ediyor. Halbuki her ikisi de himayeye lâyık değillerdir.

Vakiâ ilk bakışta Fransız esası daha doğru ğibi görünür. Çünkü " haksız mal iktisabı „ esasını kabul etmeyen bir kanun (madde : 61) parayı alan kimseyi himaye etmemesi lâzımgelir. Halbuki 65 inci madde ile kanun bu adamı açıktan açığa himaye etmiş oluyor. Vakıâ İsviçre kanununun esbabı mucibe lâyıhasında " kanuna sui kastta bulunan kimselerin, adaletin nimetlerinden istifadeye hakları olamaz „ yolunda bir cümle vardır. Fakat bu, hukukî olmaktan ziyade edebî bir delildir. Hukukçu olmayan kimseler bu sebebin güzelliği karşısında kanunun hükmünü kabul edebilirler. Fakat bu sebep bir hukukçuyu doyurmaz.

Jhering'in bu yazıları, bize buradaki inceliği anlatıyor. Filhakika memnu bir gaye için para sarfeden kimsenin himayesi cemiyet namına zararlıdır. Demek ki o adam elinde para bulundukca hep bu kabil gayeleri meydana getirmek için çalışacak. Binaenaleyh onu para gibi kuvvetli bir vasıtadan mahrum bırakmak lâzımgelir. Halbuki parayı alan kimse, o memnu işi, elinde para bulunduğu halde bile yapmamıştır. Demek ki paranın, memnu taahhüdü yapmayan kimse elinde kalmasında tehlike yok. Bundan zararlı aksülâmeller meydana gelemez. Şu halde kanunumuzun kabul ettiği esasın Fransız esasına müreccah olduğunu teslim etmekte hiç de tereddüt etmiyorum.]

Buraya kadar aksülâmele sebep olan kimsenin salahiyeti derecesini tetkik ettik. Şimdi bunun ikinci kısmına, yani aksülâmel dolayısile hakları ihlâl edilen şahsın ne gibi hallerde ve ne suretle himaye görebileceğini araştıralım.

---

için kanunun menettiği şeylere veya ahlâka (adaba)aykırı bir hareketi icap ettirmekte ise o kimse aldığı şeyi geri vermeğe mecburdur.

Fakat eda eden şahsa dahi aynı yolsuz hareket isnad olunabilirse istirdat caiz olmaz; meğer ki yapılan eda bir taahhüde girişmeğe münhasır ola. Böyle bir taahhüdün yerine getirilmesi için verilen şey geri alınamaz.

Aksülâmellerde hakim olan esaslı kaideler üzerinde daha fazla durmağa lüzum görmeksizin istisnalara geçeceğim. Hukukun bu cephesinde çok tuhaf hususiyetler vardır.

Filhakika bu alanda nazariyat, büyük bir atalet içinde yüzdüğü halde, hadiselerle daima yakından temasa mecbur kalan kanun vazıı bir takım nazım hükümler koymak suretile pek çok faaliyete sarfetmiş ve uğraşmıştır.

Mevzuu anlayabilmek için her şeyden evvel mes'elemizi açık bir surette ve bütün çıplaklığile ortaya koyalım. Yukarılardanberi verdiğimiz izahat bize gösterdi ki hukukta aksülâmeller mutlaka iki hakkın çarpışmasına meydan veriyor. Bazı hallerde bu iki haktan biri netice itibarile diğerini akamete uğratıyor. Halbu ki kaideten her hak, kendi sahası dahilinde kayıtsız ve şartsız olarak serbestçe kullanılmalıdır. Bir hakkın kısmen veya tamamen akamete uğraması hukuk için bir tehlikedir. Binaenaleyh aşağıdaki sualleri halletmeğe borçluyuz:

1 — Hukuk bu tehlikeye neden dolayı göz yumuyor.

2 — Eğer buna mecbur ise bu tehlikenin hudutlarını makul bir daire içersine alamaz mı?

3 — Bu suretle tahdit için elimizde nasıl bir ölçü vardır?

[Müellifin fikirlerini elden geldiği kadar kanunlarımızla karşılaştırmak ve kanunumuzun ana prensiplerinden bir çoğunun illetlerini gösterebilmek için bazı yerlerde aslından ayrılıyorum. Bu şekilde bir yazıyı türkçeye çevirmenin güçlüğünü tamamen takdir ederim. Fakat bu yazılarla hukuk kültürümüzün yükselmesine çalıştığım için bu tarzı ihtiyar ettim. Böylece kanunumuzdaki maddeleri daha güzel ve daha esaslı bir şekilde anlamış oluruz].

Meselâ medenî kanunumuzun 659 uncu maddesi kanunî şuf'a hakkından ve 661 inci maddesi komşu hakkından bahseder. "Komşuluk hakkı„ dediğimiz şey bir akitten mi doğar? Böyle bir hakka vücud verebilmek için rizaların karşılıklı ve birbirine uygun surette beyan edilmesine lüzum var mıdır? Hayır! Biri İstanbuldan, diğeri Samsundan gelen iki kimse Ankaranın muayyen bir mahallesinde biribirine bitişik iki ev satın alıyorlar. Bu iki kimse arasında hiç bir tanışıklık yoktur. Buna rağmen kanun kendiliğinden ortaya bir (komşuluk hakkı) çıkarıyor. Niçin? Çünkü bu iki komşudan herhangi birinin fiil ve hareketinin neticeleri kendi milkiyeti sahası içinde kalamaz; dışarıya taşar. Bu imkânsızlık bir vakıâdır. Fakat bu vakıâyı kabul etmek birinin diğerini daimî surette rahatsız etmesine izin vermek manasına gelmez. Binaenaleyh burada kanun vazıı iki komşudan her birinin yekdiğerile çarpışan menfaatlerini göz önüne alır. Faydalarını, za-

rarlarını, meşruiyet derecelerini ölçer. Amelî bakımdan hiç bir hükmü olmıyan, hiç bir şey ifade etmiyen mantıkın zincirleme kaidelerine kendini kaptırmaz. Bu suretle hukukun ilerlemesine, olgunlaşmasına en büyük âmil teşkil eden umumun istirahati hissile mantıkın maddî kat'iyeti arasında bir uzlaşma vücuda gelir. İşte bu uzlaşmaya hukukta nasafet = équité diyoruz.

İşte bu nasafet esasıdır ki kanun vazına hadiselerin hususiyetlerini düşündürür ve araşdırtır. Bundan dolayı umumî prensipler, ana kaideler koydurtmaz. Filhakika bazan vazı kanun, bir hakkın kullanılmasını ister, onu kolaylaştırır, onun doğurabileceği aksülâmelleri hiç hesaba katmaz. Sonra bazen aksülâmellerin neticelerini hesaplayarak hak sahibini, hakkını kullanmaktan meneder. Zarurî ihtiyaçlar karşısında zarurî ve mübrem olmıyanlar, büyük menfaatler karşısında küçük menfaatler feda olunur ve nihayet bazen hakkın kullanılmasına mani olmaz; Fakat zarar gören kimseye, gördüğü zarardan dolayı bir şey istemek hakkını verir ve saire ve saire..

Bütün bu yazdığımız şeyler mevzuumuzun aydınlatılmasında, isbatında bize rehberlik edecektir. Vakıâ aksülâmellerin tesirleri bakımından ne gibi hâdiselerde vazı kanunun işe müdahale edebileceğini, etmesi lâzım geleceğini tesbit etmiyoruz. Fakat bunları birer birer tesbite kalkmak, imkânsızlığı, mümkinata sokmağa uğraşmak demektir. Bununla beraber bir nokta üzerinde durmağı faideden halî bulmuyorum.

Biraz evvel "bir hakkın akamete uğraması„ tehlikesinden bahsetmiştim. (Akamete uğratmak = mettre en échec) her hangi bir hadisenin ileride meydana getirebileceği neticelere mâni olmak, o neticelerin önüne geçmek demektir. Şu halde (hal=présent) in iptali, (gelecek zamanın = avenir) akim kalmasını intaç eder. Hak müstakbelde değil belki hal=présent'de mündemiç bulunmasına göre hukukta bu telâkki nasıl tasavvur edilebilir?

Bir hakkın akamete uğraması iki suretle mümkün olur:

Birincisi : müstakbele gelecek zamana muzaf olan haklarda meselâ vasiyet ile şarta bağlı borçlarda [12] olduğu gibi. Bu alanda hakkın vücut bulabilmesi sonradan hâdis olacak vakıâların meydana gelmesine bağlıdır. Vasiyette, vasiyet yapan kimsenin ölümü ; şarta bağlı akitlerde şartın tahakkuku gibi.

İkincisi : filhal mevcut haklarda — meselâ alacakı borçlusunun is-

---

[12] Kanunu medenînın 461 ve müteakip maddelerile borçlar kanununun 149, 151 inci maddelerine bakınız.

tikbali ile alâkadardır. Borçlusu iflâs eder veya terekesi borçlarını ödeyemiyecek bir halde iken vefat eylerse alacaklının eline bir şey geçmez. Vakıâ, kanun alacaklıya bir mutalebe hakkı verir. Fakat bu, alacağın mutlaka ödeneceği manasına gelmez. Dava etmek hakkı ile paranıza kavuşmak arasındaki farkı bilmiyorsanız alacaklılara sorunuz!

Kezalik medenî kanunumuzun 24 üncü babında (madde: 901 — 909) tafsil olunan istihkak mesaili de filhal mevcut haklara bir misal teşkil eder.

Demek ki gerek filhal mevcut olsun ve gerek müstakbeldeki vakıaların meydana gelmesine tâlik edilmiş bulunsun bir hak daima akamete uğrayabilir [13].

Şimdi bu günkü hukukumuzun akamete mâni olduğu hâdiselere temas edelim [14]:

«— Miras mes'eleleri: mirasa taallûk eden hâdiselerin neticeleri daima müstakbele matuftur. Muris burada fiil ve hareketile istikbale hâkim yani istikbalin tevlit edeceği neticelere mâni olabilir. İşte bunun içindir ki vazıı kanun:

Evvelâ — Mirasçıların haklarını korumağa kendisini borçlu görmüştür.

Saniyen — Terekenin kabulünde alâkadar olanların haklarını korumuştur.

Medenî kanunumuzun miras bahislerinde bu iki noktanın gözüktüğü hükümler pek çoktur. Meselâ 452 inci madde mahfuz hisselere tecavüz edilemeyeceğini söylemek suretile murisin tasarruf nisabını tahdit ettiği gibi 545, 546, 548, ve 557 inci maddeler dahi terekenin kabulünde alâkadar olanların menfaatlerini korumak için sevkedilmiş bu-

---

[13] Şuraya dikkat edilmelidir ki bir hakkın akamete uğramasile borçlar kanunumuzun 21 inci maddesindeki (gabin = lésion) arasında zahirî bir benzeyiş vardır. Filhakika her ikisi de A nın hareketinden ileri geliyor. Fakat C nin zararı A hakkını kullanmasından ileri geliyorsa aksül'amel kaideleri, gelmiyorsa yani A hakkının hudutlarını C aleyhine olarak aşmış ise 21 inci madde hükmü tatbik olunur. Daha açık bir tabirle hakkın akamete uğraması, kanunun cevaz verdiği bir netice, gabin ise kanuna aykırı bir hareket olur. Fakat vazıı kanunun, akamete müsaade etmediği hallerde aksül'amel suretile hakkı akim bırakmak acaba bir gabin sayılmaz mı?

Eğer hâdiseleri kanunen memnu veya caiz suretinde ayırırsanız bunun da bir gabin sayılması zarurîdir. Fakat hukuk gabin kelimesine muayyen bir ma'na vermiştir. Bu itibarla bu hal hukukan gabin değildir.

[14] Bu hususların tetkiki için ilk defa hâdiselere hâkim olan iğfal, hile gibi sübjektif unsurları tasnif ederek mes'eleyi ta esasından halletmek istedim. Fakat elde ettiğim neticeler doğru çıkmadı. Bu sebepten daha amelî bir yoldan gitmeği tercih ettim. *Ihering*

lunmaktadır. Ihering bu bahisleri uzun uzadıya tetkik ve vazıı kanun için bu bapta gidilmesi zarurî olan yolları birer birer gösterir.]

b - Bağlamlar = Obligations meseleleri : Bu bahiste dahi mevzuumuzu alâkadar eden maddeler vardır. Çünkü vazıı kanun, alacaklıya ait olan bir hakkın borçlu veya üçüncü şahıs tarafından akamete uğratılmasına meydan vermez. Meselâ :

1 - Borçlu olan kimse borcunu aynen ve tamamen (restitutio in integrum) edaya mecburdur. Eda ehliyetinin ortadan kalkması (Captis diminitio) borçluyu, bu mecburiyetten kurtaramaz. İşte bu hâdise, borçlunun şahsile bir hakkın akamete uğramadığına bir misaldir.

2 - Kezalik borçlunun alacaklısından hile ile mal kaçırması caiz değildir.

3 - Alacağının tahakkuku bir şarta bağlı olan alacaklı, iflâs masasına kabul olunursa, diğer alacaklılar itiraz edebilirler. Bu hâdise dahi üçüncü şahsın filile akamete uğramadığına bir misal teşkil eder [15].

Üçüncü mesele. — Aksülâmelin faydalarından istifade eden üçüncü şahıstan asıl failin müstesna hallerde ıvaz istemesi.

Esas itibarile aksülâmelden zarar gören şahsın asıl failden nasıl tazminat istemeğe salâhiyeti yoksa, asıl failin de, fayda gören şahıstan öylece ıvaz talebine hakkı yoktur. Fakat bu iki kaideden birincisinde bir çok istisnalara tesadüf ettik. İkinci kaide dahi istisnasız değildir. Çünkü A nın C den ıvaz istemeğe salâhiyeti bulunduğu yerler vardır.

[Bahsin bu kısmını Ihering çok geniş bir bakımdan tahlil etmiştir. Hukuk tarihinde bu telâkkinin değişiklikler geçirdiğini, vazıı kanunların ne kadar tereddütle ilerlediklerini Roma hukukundan getirdiği bir çok misaller yardımile anlatıyor. Bundan sonra da işbu bakımdan hâdiseye hâkim olması lâzım gelen ana prensiplerin nelerden ibaret olması lâzım geleceği meselesine temas ediyor; diyor ki:]

Aksülâmelden fayda gören kimseden, asıl failin ne gibi hallerde ve ne gibi şartlar dahilinde ivaz isteyebileceğini tesbit edebilmek için hâdiselerin mutat ve tabiî cereyanlarını göz önüne getirelim: tatbikatta tesadüf edilen vakıaların yakından tahlili bize bazı yollar gösterebilir.

Bir deniz tehlikesi karşısındayız. Büyük dalgalarla çırpınan bir gemi var. Burada iki ihtimal hatıra gelebilir:

1 — Büyük bir dalga geminin güvertesindeki malları denize sürüklüyor ;

2 — Tehlikenin önüne geçmek için, kaptan, yükünün bir kısmını denize atıyor.

---

[15] İcra ve iflâs kanununun 197 inci maddesine bakınız.

Şimdi kaza savuştu. Gemi, geriye kalan mallarla salimen limana girdi. Gerek dalgaların tesirile olsun, gerek kaptanın fiil ve hareketile bulunsun geriye kalan malların limana gelebilmesi yükün hafiflemesinden doğan bir neticedir. Demek ki mallarımın gaip olmasına mukabil sizin mallarınız kurtuluyor. Ben sizin zararınızın önüne geçmiş, ona siper olmuş oluyorum. Bu hal sizin hakkınızda faydalı bir aksülâmele meydan verdi. Şimdi sizden bir ıvaz isteyebilir miyim?

1 numaralı ihtimalde hayır!.

2 „ „ evet.

Mademki netice birdir. Aradaki fark neden ileri geliyor? Çünkü evvelkisindeki fedakârlık iradem haricinde olmuş, ikincisinde ise benim iradem - çünkü kaptan kanunen benim vekilimdir - bu fedakârlığa meydan vermiştir. Hukuk, iradesiz tahakkuk eden, yapılan fedakârlıkların tazmini esasını kabul edemez. Çünkü bir dakika için birinci ihtimalde ıvaz esasını kabul ediniz. Bütün semavî afetlerin (dolu yağması gibi, suların taşması gibi, yıldırım düşmesi gibi) meydana getirebileceği zararların müştereken tazmini lüzumuna cevaz vermiş olursunuz.

Meselâ düşman ordusu şehri bombardıman ediyor. Gülle benim evime isabet etti. Şu suretle arka tarafta bulunan evinizin hasara uğramasına ben engel oldum. Çünkü evim sizin için bir siper vazifesini görmüştü. Şimdi size karşı "hasarımı tazmin ediniz„ yolunda bir iddiada bulunamam. Demek ki ıvaz esasının kabulü için:

Evvelâ — Diğerlerinin selâmeti namına fedakârlık yapan şahsın iradesi lâhik olmalıdır. Bu iradenin ihtiyarî olması veya bir mecburiyet altında tecelli etmesi arasında fikrimce hiç bir fark yoktur.

Saniyen — İstifade derecesi maddeten tayin olunabilmelidir. Hukuk, ıvaz için bu şartı da arar. Meselâ evinizi belediye istimlâk etti. Yol genişledi. Bu suretle arkada bulunan evim geniş ve güzel bir caddeye çıkmış oldu. Bundan ben istifade ediyorum. Binaenaleyh şerefiye vermeğe borçluyum. Fakat bir yangın oldu. Bunu söndürmek için bir kaç evi yıktılar. Bu suretle evim yangından kurtuldu. Bundan ben ne dereceye kadar istifade ettim? Bunun tayini kabil değildir. Evi yıkılanlara karşı tazminat vermeğe borçlu degilim. Vakıâ belediyeler bu suretle evi yıkılan kimselere tazminat verirler. Fakat bu, hukukî mahiyeti haiz bir şey değildir. Belki adalet hissinin doğurduğu idarî bir tedbirdir.

Aksülâmellere ait bahsi burada bitiriyorum. Üçüncü şahıs lehine yapılan mukavelelere hiç girişmedim. Hukuka intisap edenler, müdafaa ettiğim esasların bu gibi mukavelelerde dahi tesirini kolayca görebilirler.

Türkçeye çeviren:
Profesör: Es. Arsebük

ŞAHADET ve PSİKOLOJİSİ

YAZAN : Profesör Dr. Fahri

ÖN SÖZ

Hukukî ilimler sahasında yer tutanlar, ister hâkimlik ve avukatlık gibi meslekî faaliyetler safında bulunsunlar, ister sadece ilmî zevke, ilmî amaca bakanlar sırasında olsunlar, bu sutunlarda dokunacağım mevzuları hiç yadırgamıyacaklardır. Mevzu; ilmî usullerle şahadetin tenkidi, ilmî miyarlarla şahidin tahlilidir. Değerli hukukçularımızın — tıpkı lâboratuarlarda yapılan bir fiziyoloji tecrübesinde bulunur gibi — beni alâka ile seyir ve takib edeceklerini umarım.

Şahid, hâdiselerin karanlığı üzerine vuran bir ışığa benzetilebilir. Hukukî ve cezaî hâdiseler âlemine asırlardanberi aynı pencereden sızan bu ışık acaba o hâdiselerin şeenî (Réel) kıymetini tamamen aydınlatmakta, hakikati olduğu gibi göstermekte midir? Yoksa vakıaları — bir çok sebeblerle — olduklarından aykırı, olduklarından başka şekil ve renklerle bozub değiştirebilen şübheli bir aydınlık mıdır? Bunu açıkça bilib anlamakta büyük faideler vardır.

Adlî dosyalar, acı bir lisanla, bize elim hâdiseler, feci menkabeler söylemektedir. Bu menkabelerden, en vazıh vakıaların bile bazan çok hüsnü niyet sahibi ve dikkatli müşahidler tarafından, hakikate, şeenniyete uygun olmıyarak tesbit edildiği kolaylıkla anlaşılır.

Teknikle (Technique), ilmî vesaitle tartılan bir şahid ifadesi içinden ekseriya — hakikat aleyhine olarak — bir miktar dara çıkarmak icab eder. Bu neden böyle oluyor? Niçin şahid doğruyu göremiyor, ve doğru söyleyemiyor? şahadeti bozan sebebler, şahadeti hatalı yapan âmiller nelerdir? Bunları ancak dekik ve ilmî bir tahlille anlamak kabildir. Şahadetin ilmî tetkiki bize evvelâ şüphe etmekte haklı olduğumuzu gösterecek. sonra, şahidin ifadesindeki iğrilikleri özletmenin, hataları bulub ölçmenin yollarını öğretecektir.

Ötedenberi hâkimlerin şahidlerde bir takım vasıflar aradığı muhakkaktır. Bu araştırma bir şüpheyi ifade eder. Doğruyu olduğu gibi ve doğruca söyliyenler bulunacağına inanıldığı nispette, bir çok sebepler tesirile doğruyu söylemiyen, söyliyemiyenler bulunduğu da kabul edilmiş ve esası şüpheye varan bu tasnif, şahitlerin kıymeti üzerinde hâkimleri araştırmalara sevk etmiştir.

Muhakeme usullerini tayin eden kanunlarda şahitlerin evsafını sayan maddeler, bu şüphenin şekillenmiş birer ifadesidir.

Ancak şahitler ortasında yapılan mutat ve kanunî tenkihat ilmî değildir, sadece amelîdir. Ve hiç bir zaman tama yakın bir emniyetle "bu şahit doğruyu söyliyecektir, doğru söylüyor„ inanını vermeğe kâfi olamaz. Tecrübe ve feraset şahit seçiminde, şehadet tenkihinde iyi ve sadık bir mihk değildir. Şahidin evsafı, şehadetin kıymeti üzerinde ilmin ne dediğini behemehal bilmek lâzımdır. Bu bilgiyi bize tecrübî psikoloji (Psychologie expérimentale) adlî psikoloji (Psychologie judiciaire) verecektir. Tecrübî psikoloji, insanın ruhî hayatına ait hadiseleri, muhitî ve haricî müessirat ile insan ruhu arasındaki kaynaşmanın esaslarını, aldığımız intibaların ruh potasında nasıl tahammür ve tebellür ettiğini ve dışa, içtimaî muhite nasıl kabarıp taşdığını gösteren bir ilimdir. Biz bu ilmin adesesini şahidin ruhî kıymetleri, ruhî teamülleri üstüne tutacak, "ictimaîi ruhî„ hadiseleri bu ilimlerin miyarile tahlil edeceğiz. Yapacağımız tetkik, değerli hâkimlerimizin, bilhassa ceza hukukile meşgul olan arkadaşlarımızın alâka ve dikkatini çekerse duyacağımız kıvanç büyük olacaktır.

***

BAŞLANGIÇ

Şahit; gören, işiden, havvasile duyan ve bu suretle elde ettiği bilgileri bir hadiseyi aydınlatmak için söyliyen kimse demektir. İngiliz hâkim ve filosoflarından Bentam (Bentham) "şahitler adaletin gözü ve kulağıdır„ diyor. Soysal düzenler sahasında adalet yapısı kurmak işini üzerine alanlar her devirde şehadetten istifade etmişlerdir. Şahit bilhassa ceza hadiselerinde suç ispatının biricik mihveri sayılmıştır.

Bir insanın şerefine hattâ hayatına dokunan işlerde, mahkemelerce verilecek hükümlere dayak olan şahadetin tenkit ve tetkiki her hukukçu için pek gereklidir.

Monteskiyo (Montesquieu) nun bilinen bir sözünü burada bir kez daha tekrarlayalım: "Bir kişiye karşı yapılan adalet, umuma çevrilmiş bir tehdittir.„

(La Bruyére) diyor ki "ceza görmüş bir suçlu, kötüler için dokunaklı bir ibret teşkil eder. Ancak bir suçsuzun mahkûmiyete uğraması da bütün namuslu insanları heyecan ve endişeye düşürür. Masum bir kimsenin suçlu yerine gittiğini sonradan öğrenen hâkim bizzat o zavallıdan daha çok kaygulanmaz mı? Kendim için hırsız veya katil

olamam derim, fakat günün birinde böyle sayılmaklığım mümkün değildir diyemem!„ [1]

Müellif haklıdır; görmek, duymak, işitmek, her zaman için doğruyu doğru görmek, ve doğruyu doğru işitmek, doğru duymak manasına gelmez. Bir şey veya vakıa ancak az veya çok, hata şartları dahilinde idrak edilebileceği gibi idrak (Perception) ile o şey veya hadisenin evvelce idrak edilmiş hayallerini, yeniden şuur sahasına çekip hatırlamak ve muhite bildirmek ameliyesi arasında geçen zaman yolu üzerinde de birçok tufeyli hatâ arızaları, kata dikenleri biter. İşte bu arızalı, dikenli yoldan geçerek mahkemeye ulaşan şahadet, zedelenip bozulmamış, şe'niyete (Realité) hakikate (Verité) uygunluğunu muhafaza etmiş ise hâkimlerin taliine gıpta etmek iktiza eder.

Fakat ne de olsa şahitten yüz çevirmek, şehadet beyyinesini reddetmek kabil değildir. Yapacağımız iş — ön sözde söyediğim gibi — şahidin daima hakikati görüp işittiğinden ve doğru söylediğinden şüphe etmek, hangi sebep ve tesirlerle yalan veya hataya düştüğünü etraflıca bilmek ve ifadelerini kovvetli bir murakabe ve tenkide tâbi tutmaktır. Şahit dediğimiz isbat âleti, yaşayan hâdiseleri, havasına, ahlâkına, zekâsına ve zekâsının muayyen bir zaman veya mekânda ibraz ettiği tahavvüllere göre kesip biçen bizatihî müteharrik bir âlettir, telleri muhtelif amillere, muhtelif şeraite göre değişik sesler verebilir.

Sıhhat ve katiyet bu âletin şıarı değildir. Her zaman sarih ve tam sesler almak mümkün olamaz. Bu aletin makineleri şahidin ahlâkî, teessürî, zihnî bütün şahsiyeti, baştan başa ruhî cihazı demektir. Hizmetinden müstagni kalamıyacağımız bu aleti faaliyete getirirken bütün arıza veren köşelerini, kötü ses çıkaran perdelerini bilip düzeltmek, hiç olmazsa bozuklukların derecesini göz önünde tutarak vereceği inanı ona göre ayar etmek lâzımdır. Bunu da ancak tenkit ve tahkik (Critique et Censure) ile yapabiliriz.

Şahadetin intikadî mevzuu üzerinde ilk değerli mesaiyi veren ülemadan Hans Gross, Stern, Ch. Binet, Lipmann, Claparède isimlerini saygı ile anarız.

Bu zevat (Psychologie expérimentale) tecrübî ruhiyat sahasında özlü çalışmalarile temayüz etmişlerdir. Bilhassa Claparède (Géneve) de Psychologie judiciaire kursları açmış, İtalyada profesör (Lante de Sanctis) tecrübî adlî ruhiyat kursları tesis etmiş. Profesör Brugia Polonyada (Boulogne) ve keza adlî ruhiyat, tecrübî ruhiyat kursları tertib eylemiştir. Bütün bu mesainin hedefi daha emin, daha sağlam tedbirlerle şahidi murakabe etmek, adalete, mahkemelere; mühtaç ol-

[1] Les caractères. La Bruyère, on dördüncü bap.

duğu beyyineleri - hakikate mümkün olduğu kadar uygun vasıflarla değerlendirerek - sevk etmektir [1].

ŞEHADETLERİN UYGUNLUĞU VE AKLÎ İTİYATLAR

Bir vak'a hakkında toplanmış ifadelerin uygunluğu, o ifadelerin doğruluğu hakkında emniyet verici bir delil gibi telâkki edilir. Madem ki mantık kaidelerine göre "irtibat hakikatin kıstasıdır„ , bir hâkim beyyinelerin değerini ölçmek için mantık usullerini tatbikten daha muvafik bir iş yapabilir mi? Bir hadiseye ait dosyanın kıymeti, onu teşkil eden anasırın ahenkli terkibile anlaşılmaz mı?

Eğer mustantık; bir bina yapan mimarın her taşı ayrı ayrı tetkik ve sağlamlığını anladıktan sonra yerine koyması gibi, hadisenin dört yanını, toplanmış delillerin kıymetini, biribirlerile olan uygunluk ve tecanüsü kemali itina ile gözden geçirmiş ve bütün teferruatı kanaat verici bir tarzda sağlamlaştırmış ise yukarıdaki suale evet cevabını verebiliriz.

(Hans gross) diyor ki: herhangi bir vak'ada şahitlerden birisi, ötekilerin ifadesine, yahut başka delillere uymayan bir ifade verirse evvelâ yapacağımız şey — bu son şahidin ifadesini hiç nazarı itibara almadan — hadiseyi yeniden tertip ve teşkil etmektir. Eğer bu şahidin ifadesi katılınca, dosyada evvelce tesadüf edilmeyen bir takım güçlükler, hakikate aykırı gibi görünen vaziyetler meydana çıkıyorsa o zaman şahidin sözlerini itimatsızlıkla karşılamak ve müşahedelerinin doğru eğri taraflarını dikkatle murakabe etmek lâzımdır. Yoksa şahitlerden bir tanesi, öteki şahitlerin ifadelerine aykırı bir ifadede bulundu, veya sözleri şu veya bu delile uymadı diye alelıtlak bu tek şahidi reddedivermek caiz değildir. Eski bir lâtince darbı meselde söylendiği gibi (Testis unus testis nullus) "bir şahit, hiç şahit„ demektir kanaatinde ısrar edersek körükörüne hataya düşmüş oluruz. Şehadet, manevî vakıalardandır, riyaziye usullerile tahmin ve takdir edilecek kemmiyetler değildir. (Bacon) "şehadet sayılamaz, onu tartmak icap eder„ demektedir. Ancak tartmak için kullanacağımız terazinin gözüne de kuru kuruya mantığı koyarsak yine hataya düşebiliriz. Mantık

[1] Belçikada Edmand Picard isminde bir âyan azası 1889 da intişar eden bir yazısında şu sözleri söylemiştir: "Hakimlere keşif muamelelerini, tahkik usullerini öğretmek için uğraşıp duruyoruz. Fakat en mühim mesele ile, yani şehadetin tetkiki, murakabesi işlerile onları meşgul etmiyoruz. Halbuki öğrettiklerimiz bir şekilden ibarettir. Öğretmeği ihmal ettiklerimiz ise mazrufun zarfa nisbeten haiz olduğu kıymet derecesinde değerli ve tetkika lâyık hadiselerdir„.

terazisi kâfi derecede hassas değildir. Aldatıcı rakamlar da verebilir. En iyisi şahadeti teesürî ruhiyat ilminin yeni mu'talarile (Les nouvelles données de la psychologie Affective) tartmaktır. Meseleyi bu yönden şöyle genişletmelidir:

Evvelâ bir şahidin sözlerindeki ahenk ve tecanüs, sonra muhtelif şahidlerin ifadeleri arasındaki uygunluk ayrı ayrı nazarı dikkate alınmak icab eder.

Birinci halde daha ciddî, daha ihtimamlı davranmalıdır: Bir şahidin ifadeleri heyeti decmuası tenakuz ve tebayünden âri, muntazam bir kül halinde ise emniyet verir. Bu küllün unsurları içinde tezadlar, tenakuz ve tebayünler görürsek bir parçasının veya tümünün doğruluğundan kuşku duyarız. Fakat bu gibi hallerde şahide derhal kasdî bir yalancılık eklemek te gerekli değildir. Evvelemirde tenakuzlar, mübayenetler husule getirebilecek diğer sebebleri de itina ile araştırmak yakışır.

Şayed şahidin bir yalanını tutarsak — ifadesinin biribirinden ayrı parçalara ayrılması kabil olmadığı ahvalde — inansızlığımızı bütün bu sözleri üzerine yaymak adetimizdir.

Halbuki şahid hâkimleri beyanatının yalnız bir parçası üzerinde aldatmağa niyet etmiş olabilir, ve öteki kısımlarında hakikati ifade eden işe yarar tafsilât bulunabilir.

Binaenaleyh hattâ yalan söylediğini açıkça anladığımız bir şahidin ifadesinden yalanın umumî heyete sari olub olmadığını anlamadan şahsın bütün beyanatına " sahtedir „ etiketini yapıştırmamalıdır.

Şahidin sözlerinde yalan değil de, bir aldanış, bir hata, gayri kasdî olarak vakıayı tahrif eden bir bozukluk görürsek yine çok dikkatli ve tedbirli olmağa mecburuz: O zaman da bu hatanın menşelerini bulmağa, ve yanlışlık, aldanış, hata ediş dolayısile şahadet heyeti umumiyesinde yekpare bir galat tevellüd edib etmediğini araştırmağa savaşmalıdır. Eğer galat bütün ifadeyi değil de yalnız bir parçasını bozuyorsa işimiz kolaylaşır. Menşeini ve sebebini bulduktan sonra bu yanlışlığı şahide bile tashih ettirmek kabildir. Ve küçük bir Retuşla (Retouche) şahadetten azamî faide temin olunabilir. Bunu yapamasak dahi bozuk parçayı çıkardıktan sonra galatsız kısımla hâdiseyi tavzih ettirmek mümkündür.

Şimdi kaziyenin tersini alalım, yani şahidin ifadesini — başda söylediğimiz gibi — tenakuzdan âri, düzgün ve müselsel addedelim. Acaba böyle oluşu sözlerinin doğruluğuna mı delâlet eder? Hiç te değil.. Alışkın ve zeki bir kimse istediği zaman gayet düzgün, fakat ha-

kikate tamamen mugayir tasniatta bulunabilir, ve uydurduğu sözlerde, — mantıka uygunluk itibarile — bir düşkünlük görülmez.

Eğer şahadetin manevî ve batınî değerini takdirde mantık kıstası kâfi olsaydı hiç zahmet çekilmez, bu teraziye vurduğumuz zaman fikirler muvazeneli duruyorsa şahidin doğru söylediğine hükmediverirdik... Hakikate ulaşmak için mantığın açtığı yolda yürümekten daha kolay ne olabilir?..

Fakat mes'ele öyle değildir. Evvelce de söylediğimiz gibi mantık; riyaziyenin bu eski arkadaşı manevî hâdiseleri tartmak için seçilecek terazilerin kötülerindendir.

Meselâ; bizzat mantığın aynı kıymeti takdirde — hiç te sağlamlığını kaybetmeden — düştüğü tezada bakınız: " İrtibat mantık kaidelerine göre, hakikatin kıstası „ idi değil mi? Bunu terazinin bir kefesine koyunuz... Yine mantık kaidelerine göre " irtibat ve insicam şeklî bir arzdır. Şekil ise muhtevası hakkında fikir vermez „.. Bunu da öteki göze koyunuz.. Tamamen iki zıd fikirle dolu kefeler ortasında mantık ibresi hiç kımıldamamaktadır... Hangisine inanmalı? Mantık ölçüsü iki fikre de aynı pahayı biçti?. En iyisi mantıkı ölçü gibi kullanmamalıdır.. Görüyorsunuz ki, " şahidin ifadesinde irtibat ve insicam vardır, mantığa uygun söylüyor. „ Diye bu ifadeyi doğru kabul etmek bizzat mantığa göre caiz değildir...

O halde yapılacak iş, tek bir kimsenin ifadesindeki düzgünlük veya bozgunluğu heman mantık adesesile gözden geçirerek karar vermek değil, hâdisede tecrübî psikoloji (Psychologie) köşesinden bakarak şahid ve şahadet üzerine müessir olan bütün teferruatı itina ile tasnif ve murakabe etmektir.

Eğer vak'ayı bir çok kimseler görmüş ise bunların ifadeleri arasındaki uygunluk ve benzerlik. — hakikati isbat yönünden — daha kuvvetli, daha inan verici bir kıymet halini alır.

Usuliyatın (Metodologie) bir mütearefesi vardır: Müteaddid ve muhtelif şahidlerin aynı hâdiseleri görüb tesbit ettikleri ahvalde: şahidler nekadar çok olur, ve görme şartları da nekadar değişik bulunursa hâdisenin hakikate uygunluk ihtimali o kadar artar.

Fakat o zaman da sözlerde ve müşahedelerdeki bu uygunluğun tamamile hakikati görmüş olmadan başka bir sebebe atfedilmemesi için bazı noktalara da ehemmiyet vermelidir:

1 — Şahitler ne doğrudan doğruya, ne de bilvasıta birbirlerile ihtilât etmemeli, bekleme yerlerinde ayrı ayrı bulundurulmalıdır. Bu suretle suçlu lehine veya aleyhine olarak cürüm mahiyetinde bir anlaşma

yapmaları, yahut biribirlerini telkin altında bulundurmaları şüphesi bertaraf edilmiş olur [1]

2 — Şahitlerden herbiri kendi hesabına — marazî yahut tabiî mahiyette — ayni hata sebeplerile aldanmış olmamalıdır.

A) Marazî sebeplere misal olarak Mütevem delilik, aile deliliği, ma'şerî salgınlar gösterilebilir. Bu gibi ahvalde aynı marazî temayül eşhası, muayyen istikametlerde hakikati değiştirmeğe şu veya bu kimseyi ithama sevk eder.

B) Tabiî sebeplerden mühimmi şudur: Muhtelif şahitler bilhassa menfaatlerine dokunmayan, kendilerini doğrudan doğruya alâkalandırmıyan teferrüat ve tafsilât üzerinde aynı tedaii efkâra tutularak ve aynı idrak itiyadına, aynı temayüllere uyarak muayyen bir istikamet üzerinde aynı aldanışa, yahut müşabih hatalara uğrayabilirler. Claparède bu ruhî kadiseyi tecrübelerle isbata muvaffak olmuştur. Bu müellife göre fertlerin ruhuna hâkim olan nev'î temayülât o kadar müessirdir ki, şahsî farklar ne olursa olsun biribirinden tamamen ayrı şehadet eden kimseler dahi hata üzerinde ittifak edebilirler Şehadette kemmî kıymet, keyfî kıymete müsavi değildir. Bir "çokluk„ hatada ittifak edebilir. (Kemmî zaaf) bir "azlık„ doğruyu söyliyebilir. (Keyfî kuvvet)

Bu hadise J. Sully ismindeki müellif tarafından ifade edilen "illusion„ lar kanununa bağlanmaktadır. Şöyle ki, bizim için az mutat olan, az bir ehemmiyet ibraz eden, dolayısile ihmal edebileceğimiz bir hadise ile kerşılaşınca, kendimizi daha mutat, daha alışılmış, daha iyi tanınmış hadiselere göre ayar ederek, bu yeni hadiseyi, eski ve alışkın olduğumuz özenle gözden geçiririz.

"Biz mutat aklî tecrübe hudutlarımız ötesinde yer almış, yahut uzviyetimizin istisnaî bir halinden doğmuş, ihsaslarla meşgul olduğumuz zaman mutavassıt idrak sahamızda, her günkü idrak sahamızda evvelce yer ve şekil almış itiyatlarımızı, o yabancı ihsasın değerini ölçmekte ölçü gibi kullanırız. [1] „

Bu kanunun doğruluğunu, dinî hurafeler, an'anevî ve bilgisizliğe dayanan soysal talâkkiler de isbat eder:

Tanrı mefhumu, aklî tecrübe hudutlarımız dışında beliren bir fikirdir. Onu anlayabilmek, tanıyabilmek için mutavassıt idrak sahamıza

---

[1] Köylerde vukua gelen hâdiselerde, yahut şehirlerde geç haber alınan vak'alarda bu tedbire baş vurmak hemen hemen faydasızdır. Adliye harekete geçmezden çok evvel şahitler arasında tam bir anlaşma yapılmış, yahut muhtelif sahalardan doğru müessir olan bir telkin dalgası bütün şahitlerin kanaatini aynı istikamete sürüklemiş olur. Erken müdahale edilmiş vakayide ve şahitlerin yekdiğerile tanışmadığı ahvalde müessir bir tedbirdir.

87

getirmeğe çalışırız. İptidaî dinler, çok tanrılı uluslar bu mücerret mefhumu putlar ve heykellerde kalıplandırıp, hudutlandırmışlar, tanrıya veya tanrılara insanlar arasıda cari itiyatlara, hususiyetlere benzer gösteriş, söz ve iş izafe etmişlerdir. Zira aklî tecrübeleri hududu ötesinde yer almış bir fikri her günkü idrak sahalarına getirmeden teşhise, itiyatları haricinde tanımalarına imkân yoktu.

Tanrıyı sınırlandırmaktan çekinen, lâmekânileştiren yüksek vasıfta dinli cemiyetlerin şuuru da önüne geçilmez yaklaştırmalarla bu ameliyeyi yapmışlardır.

İslâmlıkta Tanrının ne biçimde görüleceğini anlatan istiare "Rab ayın on dördü gibi görülecektir.„ ifadesi bu yaklaştırmanın bir delilidir. Duada ellerin yukarı açılması gök yüzünü allahın durduğu yer sandığımızı gösterir. Biz semayı azamet ve kudretin tecelli ettiği, büyük ve esrarlı hâdiselerin, hem güzel hem korkunç bir takım hareket ve gösterişlerin şekillendiği bir mekân olarak tanır, Allahı da o büyük, ve sonsuz mekâna yakıştırırız. Cenneti maddî zevkler, cehennemi maddî işkence ve azaplarla ifade ederken bile söylediğim yaklaştırmayı yapıyoruz.

"Burak„ ın kanatlı at şeklinde tasavvuru, meleklerin kanatlı olarak düşünülüp resmedilişi hep bu takribe delildir. Diyebilirim ki hepimiz şimşekten daka fazla gök gürültüsünden korkarız. Işık bizde tatlı, neş'eli duygular fikri uyandırır. Ümit ve sevinç duyumları canlandırır, halbuki kalın ve mehip sesin vasatî idrak sahamızda bıraktığı iz, korku izidir, ezik ve korkak bir eğilme, bir baş eğme intibaıdır. Onun için tehlikenin başımız üzerinde şaklayan kamçısından, şimşekten değil de uzak ve kaba bir gürültüden çekinir, titreriz. Şöyle hulâsa edelim:

Biz idraklerimizde meçhulü malûme uydurarak tefsire kalkışır, yeni mutâları (Donnée = mutâ) eskilerile anlamağa uğraşır ve âdetlere aykırı düşen tasavvurat içine (tasavvur = Représentation) mutat tedailerle hasıl olmuş ve dimağın terkip ameliyesine uğrayarak tamamlanmış tasavvurları sokarız.

Bu keyfiyet " aklî itiyat „ kanunu umumisine tâbidir : Zekâ evvelce ne vücude getirmiş ise, aşağı yukarı yeniden onu yapmağa meyyaldir.

Profesör Klapared « Claparéde » başka bir formül teklif etmektedir. Bu zat diyor ki " herhangi bir şahit, hafızasının vuzuhuna, sadakatine değil, şahadet ettiği şey veya hâdisenin mevcudiyeti, şu veya bu vasıfta olduğu hakkında beslediği zan ve ihtimale müsteniden cevap verir. „ Bu nefsî "Subjectif„ yahut ruhî " Psychologique „ zan, kaynağı-

84

nı hem itiyatlar zemininden alır, hem de mantık ve muakale sahasından temin eder.

Zan ve tahminlerimizde itiyadın müessir olduğunu göstermek için meselâ bir B. C. D. mudilesi (Le complexus) tasavvur edelim. Bu mudilenin üç unsurunu daima bir arada, yani imtizaç ve iltisak şartları içinde görmeğe alıştığımız mefruz olsun. Aynı mekân ve şartlar dahilinde bunlardan meselâ sade B. C bir arada bulunsa da D mevcut olmasa biz yine mudileyi B. C. D. şeklinde görmeğe temayül eder, D yi ilâve ederiz. Yahut şey veya hâdise B. D. C. biçiminde yahut D. B. C. tarzında veya büsbütün aykırı olarak B. E. D. suretinde tavazzu etse dahi biz onu evvelce görmeyi itiyat ettiğimiz B. C. D. örneğinde tanımağa temayül ederiz. Bu, tamamile şe'nî bir müşahede, havassımızın aydınlığı altında aydınlanan bir hâdise değil itiyatlarımıza bağlı, zan ve tahmine müstenit bir tanıyıştan ibarettir.

Davber "Dauber„ ismindeki müellif itiyadın, birbirine uygun müşahede ve şahadetleri nasıl doğurduğuna dair vasfî tecrübeler yapmıştır:

Bu zat ders verdiği sınıfa hergün elinde kitap dolu bir çanta ile girmektedir, Girer girmez şapkasını kapıdaki bir çengele asmakta, ve elindeki çantası ile masanın önünde oturarak çıkardığı siyah kaplı bir deftere talebeye ait notları kaydetmektedir. Bir gün kasten itiyadını değiştiriyor: Sınıfa girince, evvelâ dosdoğru kürsüye çıkmış sonra geri dönerek şapkasını kapıdaki çengele asmıştır. Elinde çantası yoktur, ve talebeye ait notları mahut siyah deftere değil, beyaz bir kâğıda işaret etmektedir. Ertesi günü «15„ kadın talebesine şu sualleri soruyor:

1 — Dün sınıfa girer girmez doğruca nereye gittim ?

2 — Elimde ne taşıyordum?

3 — Notlarımı nereye yazdım?

Birinci suala talebeden ikisi yanlış, on üçü doğru cevap vermiştir. İkinci ve üçüncü suallere yedisi doğru, sekizi yanlış cevap vermiştir. Talebenin müştereken hata etmesi sebebi nedir ? Kendilerini hususî surette alâkadar etmiyen bir hâdise üzerinde, yeniden yaptıkları müşahedeyi itiyatlarına göre ayar etmişlerdi.

Davber " Dauber „ ikinci bir tecrübesinde 153 talebeye biri kumral, diğeri siyah saçlı iki profesörün saçlarının rengini sormuş ve cevapları bir kâğıda yazarak kendisine vermelerini rica etmiştir.

Aldığı netice şudur:

85

Bildirilen renkler		4 üncü sınıftan 49 talebe	7 inci sınıftan 35 talebe	8 inci sınıftan 30 talebe	9 uncu sınıftan 39 talebe	Yekûn
Siyah saçlı profösör için	Siyah	30	28	28	39	125
	Esmer	13	3	0	0	16
	Kumral	3	4	2	0	9
	Kır	3	0	0	0	3
Sarı saçlı profösör için	Kumral	12	19	20	26	77
	Kırmızı	8	0	1	7	16
	Sarı	5	0	0	0	5
	Beyaz	0	2	0	1	3
	Gümüşî	0	2	0	0	2
	Siyah	6	8	4	0	18
	Esmer	13	4	0	4	21
	Kestane	3	0	5	0	8
Cevapsız		2	0	0	1	3

Talebenin ve o memleket halkının saçları koyu renkli idi. Binaenaleyh görmege alışkın oldukları saç rengine nazaran cevap vermişlerdi. Şe'niyete değil, itiyatlarına uygun bir köşeden hâdiseyi müşahade etmişlerdi.

86

Her günkü hayatta daima başımıza gelen ufak tefek aldanışları hatırlayınız. Meselâ elektriğini açarak girmeniz icap eden bir odada, kısa bir zaman için karanlıkta bir şey aradığınızı farzediniz. Çıkarken yine elektriği söndürmeğe alışkın olmaktan mütevellit bir mihanikiyetle düğmeyi çevirir ve farkında olmadan odayı aydınlatmış olursunuz. Odaya girince karanlığı idrak etmediniz, aydınlıkta bulunuyormuş gibi meşgul oldunuz, çıkarken itiyada uyarak düğmeyi, çevirdiniz ve farkında olmadan odaya ışık verdiniz. Daima aynı yerde görmeğe alıştığınız bir iskemleyi kaldırmış olsam bile oturmak istediğiniz zaman o iskemlenin bulunduğu tarafa teveccüh edecek ve ciddiyetle, iskemle varmış gibi oturmağa çalışacaksınız. Onun yerinde olmadığını ancak mütehayyir bir dikkatle araştırdıktan sonra fark edebilirsiniz.

Kalem, defter, saat gibi üzerinizde taşıdığınız ufak tefek eşyayı herhangi bir sebeple, bulmağa alışğın olduğunuz yerlerden başka bir tarafa koymuş olduğunuz ahvalde, icap edince, onları aynı yerde arar, bulamayınca yanınızda olmadığına hükmedersiniz. Halbuki araştırırken eliniz yine ceplerinizde o şeylere temas bile etmiştir fakat havvasınız alışkın olmadığı bu yabancı ihsası idrak haline getirememiştir.

Bir şeyi, masa üzerinde aynı noktada görmek itiyadındasınız. O şeyin yeri cüz'î değiştirildiği zaman - gözünüzün önünde dursa bile - görmeden bakar, masa üzerinde bulunmadığına kani olursunuz.

Adlî tatbikat sahasında iyi niyetleri söz götürmez şahitlerin - zatî veya muhitî - telkinlere, itiyatlara uyarak müştereken eğri şehadet ettiğine ve bu sebeple bazan zararlı ve feci neticeler hasıl olduğuna dair misaller vardır.

Doktor "Helvoig„ şu vak'ayı zikrediyor :

Bir fabrikatörün F.... isminde kötü huylu bir oğlu vardır. Bir çok defalar ufak tefek mahkûmiyetlere de uğramıştır. Bir gün ansızın çalıştığı büroyu, bir emniyeti sui istimal vak'asını müteakip terkediyor. Patronuna yazdığı mektupta : " Eğer kendisi hakkında şikâyette bulunulursa intihar edeceğini„ bildiriyor. Bu sirada civarda başka bir suçtan dolayı kovalanan diğer bir delikanlı kendini öldürüyor. Üzerinde " ismim Moriturus'dur. Hüviyetimi aramayınız „ yazılı bir kâğıt çıkıyor. Bu adam kimdir diye merak ediyorlar, üstünü başını araştırıyor eşyalarına bakıyorlar. Bu eşyaları görünce bir çokları - hattâ bu meyanda arkadaşları, patronu ve babası dahil - ölen kimsenin F.... olduğuna hükmediyorlar. Ancak bir müddet sonra hakiki F... canlı bulunup tevkif ediliyor ve mahkûm oluyor. Bütün şahitler hata ettiklerini anlıyorlar.

Bu hâdisede şahitlerin birbirlerine yaptıkları telkinler şüphesiz mü-

essirdir. Fakat daha ziyade bıraktığı mektubun muhitte husule getirdiği intiba üzerinde bulunan eşyaların benzerliği - herkesin müterekkip bir dikkat içinde bulunduğu sırada-bütün müşahedeleri mutad ve muntazar hâdise etrafında toplamış ölünün yanlış teşhis edilmesi neticesine ulaşmıştı. " Lailler et vavoen „ in naklettiği şu vak'a pek müessirdir. [1]

1793 senesinde Fransada büyük bir adlî hata işlenmiştir : Eks"Aix„ şehrinde kunduracı Löruj " Lerouge „ idam edilmiştir.

Bu adamı yakından tanıyan on şayanı itimad kimse kendisini gündüz, sokakda oturduğu evin sahibini vurub öldürürken gördüklerine şahadet etmişlerdi.

Bir müddet sonra başka bir suçtan dolayı ölüm cezasına uğrayan diğer bir şahıs idam sehpası üzerinde papasa elim bir itirafta bulundu: Lörujun idamına sebeb olan cinayeti bu adam işlemişti. Yalnız bu işi becerirken başına bir Peruka " Perruque „ geçirmiş önüne de Lörujun önlüğünü takmıştı. Mübhem ve sathî bir benzeyişin tevlid ettiği "İllusion „ la aldanan şahidler katilin Löruj olduğunu ifade ederek biçarenin ölümünü hazırlamışlardı.

Tabibi adlî Viber " Vibert „ in tesbit eylediği şu hâdise de pek manidardır :

1903 senesi ağustosunun 11 inci günü Pariste toprak altı trenlerinin Menilmontan " Ménilmontant „ istasyonunda zuhur eden yangında kesif duman dalgaları yine toprak altında Lakron " La couronne „ garına hücum etmişti. Hâdise sırasında bu istasyonda bulunan yolcular, ittifakla bildirmişlerdir ki duman hücum ederken bütün elektrikler de sönmüştür. Halbuki lâmbalar yanıyordu, ve şahidler yekpare bir hataya düşüyorlardı, Dumanla aydınlığın örtülmesi onlarda, elektriklerin birden sönmüş olduğu intibaını uyandırmıştı. Ziya hissinin zevali, ziya menbaının intifasile kabili izah olabilirdi. Şahidler mütad hayatta aldanmış, yanmakta devam eden elektrikleri sönmüş telâkki etmişlerdi. Fransova Gorfun " Francois Gorphe „ anlattığı vak'a da şayanı istifadedir :

Bir kış günü öğleden sonra bir çok kimseler açık bir otobüsle Liburn "Libourne„dan Bordo "Bordeaux„ ya gidiyorlardı. Bordoya vardıkları zaman yolculardan 25 yaşlarında madmazel " M... „ tilki derisinden manşonunu yanında göremeyince arabaya koşuyor, fakat orada da bulamıyor. Otobüsün arka tarafında akrabasından bir madamla iki madmazel arasında oturan " M... „ manşonunu seyahate çıkarken yanına aldı-

[1] Les erreurs judiciaires et leurs causes: Lailler et vovœn Paris, Pédan 1897

ğına sureti kat'iyede kani idi. Madamla madmazeller onu teyid ediyorlardı: Manşonun kuyruğu yolda giderken ruzgârla sallanarak yüzlerine bile dokunmuştu. Demek ki manşon yolun son yarısında kaybolmuştu. Kafile Liburn'a avdet edince madmazel " M... „ manşonu evde buldu, ve son derece mütehayyir oldu. Eğer hâdise başka şartlar içinde olsaydı belki de bir kaç suçsuz ittiham edilecekti. Müellife göre aldanışın sebebi şudur:

Madmazel " M... „ manşonu yeni almış ve o zamana kadar onunla otobüse, otomobile filan binmemişti. Ancak diğer madmazellerden birisinin böyle bir manşonu vardı, ve bir arada vakit geçiren bu kızlar arasında bu manşon mutad ve müşterek hatıralar uyandırmıştı.

Eski, benzer ve müşterek hatıralar, yabancı bir hâdise önünde, itiyadın tahrikile, hatada birleşmeğe sebeb olmuştu. Breslav da adlî müşavir Haylber " Heilbert „ bunu andırır bir vak'a zikrediyor:

Dostlarından bir hâkim mutad olarak yanında siyah bir çanta taşır, ve her gün devam ettiği bir lokantada dostlarile birlikte yemek yermış. Bir gün lokantadan eve dönüşte çantanın yanında olmadığını görünce lokantaya telefon edib soruyor. Patron çantanın orada olmadığını, ve fakat hakikaten lokantaya çanta ile geldiğini tasdik ediyor. Bütün dostları da çantanın yanında olduğunu ifade ediyor. Ancak çanta ertesi günü mahkeme salonunda bulunuyor.

ŞAHADETTE HAKİKAT VE HATALAR

Reybiyundan " Reybî Sceptique „ filosof Monten " Montaigne „ " başkalarının şahadeti bizi hakikate ulaştıramaz. „ Diyor. Fakat hâkim zaruretin icabı önünde zararın, ehvenine katlanarak şahidi dinlemeye ve onun ifadesi içinden hakikatle hatayı ayırd etmek için uğraşmağa mecburdur.

Klasik tarife göre hakikat; şey "Objet„ ile bilgi "Connaissance„ arasındaki uygunluktur.

Şey "Objet„ veya şe'niyeti " Réalité„ hadisevî manasında alır, ve hakikat nisbetinin enfüsî olduğunu göz önünden uzak tutmazsak bu tarifi kabul edebiliriz.

Hakime göre bu nisbet çifttir. Yani kendisi hakikatle, hadise ile doğruca temasda değildir. Bilgisile "şey„ arasındaki münasebet bilâ vasıta olarak teşekkül etmez. "Şey„ ile olan münasebeti bilvasıtadır. Bir şahit - şey nisbeti birde hâkim - şahit nisbeti mevcuttur. Hakikat; kendisine ulaşmadan evvel şahidin benliği arasından geçecektir. Mühim olan aradaki ikinci had dır, şahittir. Bunun için hakimin mümkün

mertebe gayrı şahsî kalması lâzımdır. "Şey„; şahıs haddi - şahit - vasıtasile ve şey - şahıs nisbeti marifetile araştırılacaktır. Fakat bu nisbet enfüsî olduğu için araştırmalarımız bizi tenasübün yalnız bir haddine, şahsa, götürür.

Meselenin çetin ve gayrı makul tarafı da meçhulün bir hadden çıkarılması zaruretindedir.

O zaman, hiç çaresiz hadlerin yerini değiştirerek malumu meçhul ve meçhulü malum farz etmek ve - muğlâk bile olsa - bu usul ile vaziyetteki güçlük ve uygunsuzluğun giderileceğini beklemek icap eder. yani, şahidin - şahıs - tayin ve takdiri matlup - şey - yerine ikame olunan bir benzer - şey - önünde, sabık şartlarında muhafazası kaydile, nasıl hareket edeceğini bilmek usulü tecrübe olunur. Hele bu ameliye sırasında asıl "şey„ tamamile meçhul değil de kısmen malûm ise mesele çok kolaylaştırılmış demektir.

***

Eğer hakikat hataya, yani zıddına nazaran tamamile başka evsafı haiz olsaydı ikisini biri birinden ayırmak zahmetsiz, kolay bir iş olurdu. Halbuki mesele hiç te öyle değildir.

Manten "Mantaigne„ diyor ki: "doğru ile eğrinin yüzü biri birine pek uygundur. İkisinin de tavur ve edası yekdigerinin aynıdır. Biz de her ikisine aynı gözle bakıyoruz.„ [1]

Filösof Mag şu mütalâadadır: "hakikatle hata aynı ruh Fonction üf'ule„ lerinden sayılır. Aynı kurallara uyarak faaliyete geçer ve bizi ya doğru, yahut eğriye ulaştırır. Ancan her yönden yapılmış itinalı bir murakabe bizi hatadan koruyabilir.„ [2]

Meseleyi daha iyi kavramak için şöyle bir muadele kuralım: Bir adlî uzuv (muayyen bir şahıs) ve bir de adlî mesele (muayyen bir şey) vardır. Kendimizi (şahıs) mevkiinde değil de (şey) yerinde bulunuyoruz farzedelim. Göreceğiz ki (şahsa) karşı (şey) tekdir, hakikatte bir teklik karakteri vardır, bu muadele ile ancak (tek) bir şe'niyet ifadesi elde etmek mümkündür. Halbuki bu görüş, bu karar yerinde değildir. Bu muadelenin (şey) haddinde namütenahi neviden ifadelerle değişen hayalî mahiyette, hayalî bünyede sayısız hatalarla karşılaşmak mümkündür.

(Mantaigne) eğer diyor, hakikat gibi yalanın da bir tek yüzü olsaydı vaziyetimiz pek emin olurdu. Zira o zaman (doğru) diye, yalancının söylediği şeyin tersini kabul ederdik, iş biterdi. Fakat ne çare ki hakikatin ters yüzünde yalan tarafında geniş bir saha ve yüz bin suret vardır. Fisagorcular (Les pythagoriciens) İyiliği muhakkak ve mahdut, kötü-

[1] Essais üçüncü kitap, bap XI

[2] La connaissance et l'erreur , Mach

lüğü meşkûk ve nâmahdut addederlerdi. Doğrusu da budur. Bir yol doğruya ve iyiliğe gider, bini aykırı düşer. [3]

Binaenaleyh herhangi bir adlî hadisede (doğruyu) bulmağa savaşırken, yolumuzun bir (eğri) çıkmazına sapmaması için tedbirler almamız gereklidir.

Tedbirlerin başında da şahadeti tenkit etmek, ve hataları tanımak için onları tasnif ve tahlil eylemek ve adetâ bir hastalıkla uğraşır gibi "eğriliğin„ arazını, korunma ve tedavi yollarını bilmek gelir.

Eğrilikler ikiye ayrılır:

1 — İstiyerek vücuda getirilen eğrilikler: yalanlar

2 — İstemeden yapılan eğrilikler: Bilhassa hatalar.

Yalanlar da iki nev'e ayrılır.

1 — Müsbet yalanlar.

2 — Menfi yalanlar

Müsbet ve menfi yalanlar bir çok çeşitleri ihtiva eder. Aşağıdaki tasnif bu bapta bir fikir vermeğe kâfidir.

A : — Müsbet yalanlı	B: — Menfi yalanlı
Baştan başa icat	Tam tecahüller
uydurmalar, tasniler	Saklayışlar
İlâveler	Şahadet sırasında ortadan kaldırış
Tağyırler	Unutuşlar
İzamlar	Takliller
	Hafifletmeler

Aldatmak kasdile şöylenilen tam yalanların yanı sıra az çok hataya yaklaşan ve inanarak aldanışın değişik mertebe ve derecelerinde yer tutan yarı yalanlar da vardır. Meselâ:

1 — Çocuk yalanları:

Bunlar bilerek uydurulmuş (oyun) yalancıkları olup mahsus bir şe'niyetle karışık tahayyül mahsulâtıdır.

2 — İhmal yalanları:

Bir telkin tesirile, ve şahidin eğri ile doğruyu ayırt etmekten üşenerek telkini kabul ediverdiği ahvalde vukua gelir.

3 — İhtiras yalanları:

Şahit kuvvetli bir ihtiras tesirile ve şuurunun açık bilgisi olmadan vak'ayı tahrif ediverir.

4 — Kurup uydurma yalanları:

[3] Essais, birinci kitap bap IX

91

Bu nevi yalanlar şöyle tekevvün eder: Tahayyülü mantığa ve akla rapteden bağlar gevşemiştir. Vak'alar dikkati çeken hikâyeler şekline sokulmuş ve tarih ile masal ayırt edilmez hale gelmiştir.

5 — Bu nevi bazan marazî derecelere yükselir ve Mitomani "Mythomanie„ (yalan deliliği) ismini alır. Şahit durup dururken, hiç çekinmeksizin kendini ve başkalarını suçluluğa götürecek ağır yalanları uydurur.

Yalanlarla hatalar kıyafet ve şekil itibarile birbirine benzerler görünüşte ayırt etmek güçtür. Her ikisinde de tesiri veya marazî aynı sebepler âmildir. Yalnız şu "subjektif„ vasıf onların farikasını teşkil eder : yalan şe'niyeti baştan başa tüm bir ilâve ile kabartır, hata onu sadece bozmakla iktifa eder. Hatalarda daha hususî olarak iradî murakabe noksanı da müessirdir.

Yapacağımız etüd içinde hatalarla nasıl meşgul olacaksak yalanları da aynı itina ile gözden geçireceğiz.

Hataların mütaleasını kolaylaştırmak için onları tasnif etmek gereklidir. Bu tasnif muhtelif esaslara değişik bakımlara göre bir çok istikametlerde yapılabilir.

Meselâ :

1 — Hataları şahadetin mevzuuna göre ayırmak kabildir. Eşhasa, Eşyaya, mvekilere, keyfiyete, ef'ale, hareket ve sözlere müteallik hatalar diye tasnif etmişlerdir.

2 — Mevzuun genişliğine, varlığına, hülâsa füshatine " etendue „ göre ayrılabilir. Bu suretle umumî ve hususî hatalar teşekkül eder.

Umumî hatalarda bozukluk eğrilik şahsa yapışıktır. Böyle bir kimsenin doğru görmesine imkân olmaz. Şahadet heyeti umumiyesi itibarile kusurlu ve eğridir. Hususî hatalarda, aldanış, şahadete mevzu olan hâdiselerden birisi etrafında toplanır "şeye,, mütealliktir, şahsa değil...Daha kolaylıkla düzeltilebilir.

3 — Hata, şahidin zihnî üf'ulelerine " Fonctions intellectuelles „ uyarak, onun bir neticesi gibi doğar. Bu yönden görüş; idrak hafıza, tahayyül, hüküm ve irade aksamalarından ileri gelen aldanışları ihtiva eder.

Meselâ :

A — idrakte hata, görmeye, İşitmeye, koklamaya müteallik olabilir. Yahut bir kaç hassayı birden alâkadar eder. Bunun sonucu olarak da, dikkatsizlik çukurları, yanlış zanlar, havas illüzyonları " illusion „ , tahmin ve takdirde eğrilikler, varsanı " hallucination „ lar husule gelir.

B — hafıza hataları; şahsın vak'ayı müşahede ettiği an ile, tebliğ ettiği zaman arasında, veya bildirdiği sırada tekevvün eder. Zihnî hayaller ağır ağır silinmiştir, fikirler daralmış veya genişlemiş, toplanmış veya yayılmıştır. Hatıralar, darma dağınık olmuş, sözler yanlış anlaşılmıştır.

C — tahayyül hataları : bu nevi aldanışlar, hatıratın " retouche „ edilmesi, yaratılmış hayallerle, hatırlanmış hayallerin birbirine karıştırılması sonucile husule gelir.

D — İrade ve temyiz bozukluğundan ileri gelen aldanışlarda ise şahıs tevarüt eden, yahut telkin edilen fikirlere hemen uyuvermiş, ve meşkûk bünyeli hatıratı — zihnî mürakabesi zaif olduğu için, kontrol etmeden, olduğu gibi kabul eylemiştir. Zaif akıllıların yalanları bu makanizma ile vücut bulur.

Hatalar şu suretle de ayırdedilebilir :

1 Taviz ve ikame hataları :

Bu nevi aldatışlarda bir " şey „ bir " şahıs „ bir " mevki „ bir " fiil „ veya bir " söz „ yerine gayri şe'nî olan diğerleri ikame edilir. Meselâ anahtar . bir rüvelver, kadın ; bir erkek müdafaa hareketi, bir saldırış sanılır.

2 — Değiştirme hataları :

Bu suretle aldananlar, bir şey veya bir şahsın vasıflarında, bir mevki veya filin şekil ve suretinde, bir cümlenin manâsında değişiklikler yaparlar. Meselâ : boş bir tüfengi dolu, sarışın bir adamı esmer, ormanı çalılık, alelâde bir uzaklaşışı bir kaçış telâkki ederler.

3 — Atıf ve izafe hataları :

Bu nevi hatalar, şe'nî olan bir şey, bir şahıs, bir mevki yerine gayri şe'nî olan diğerlerini koymakla vücut bulur : Bir şey veya bir şahsın evsafı ötekine atfedilir, bir şahsın fili veya sözü diğerine izafe olunur. Meselâ mağduru mütecaviz zannetmek, yana atılan bir silâhı caddeye doğru sıkılmış sanmak gibi . . .

Bundan başka hâdise veya şahsın evsafında kemmî ve keyfî eksiltmeler husule getirmekle mevsuf ve unutmalara merbut hatalarla, yine aynı sebebe bağlı, arttırma hatalarını, bir iş, bir fiil, bir sözün yanlış anlaşılıp, yanlış tefsir edilmesinden mütevellit aldanışları vak'anın bir parçasını uydurmakla muttasıf icatlardan ileri gelen hataları ve nihayet bir şey, bir şahıs veya bir filin kemmî veya keyfî kıymetleri üzerinde yanlış tahminler yapmakla vasıftar takdir hatalarını [mesafe, eb'ad, irtifa, sür'at ve adet üzerindeki tahminlerde yanlışlar bu seriye dahildir] şahadetin bozukluğu sebeplerini iyice anlamamamıza yardım edecek şekilde tasnif etmek kabildir.

* * *

Hatalar, sebeplerine menşe'lerine göre de tasnif edilirler. Bu sebepler tabiî veya marazî olabilir. Ancak marazî sebepler bir çok ahvalde, tabiî esbabın kabarıp büyümüş olanlarıdır. Aralarındaki hududu vazıh bazı bir çizgi ile ayırmak her zaman kabil değildir.

1 — : İCADLAR (LES İNVENTİONS)

Tahayyülün karışık ve kuralsız fazlalığından ileri gelir. Hayaller, hakikatin müsbet ve sarih icablarına bağlı olmağa katlanamazlar. Yabu hakikat üzerinde, süsler, işlemeler yaparlar, yahud baştanbaşa düzüb uydururlar.

Yalancılarda, (ancak yalanda icad işine irade de karışır, mubalâgacı hayalperverlerde, hurafe sevenlerde, ve tahayyülî hezeyan hastalarında müşahede edilen vetirenin aynıdır. Tahayyülün bu irileşib kabarması keyfiyeti idrak ve hafızanın üstünde geçer, maamafih az çok onları da hesaba katar.

2 — : VARSANILAR (LES HALLUCİNATİONS)

Bir nevi toptan icaddır. Fakat yukarıda anlattığımız şekilden şu cihetlerde esaslı ve cezrî olarak ayrılır: Bir defa varsanı iradeye hiç boyun eğmeden teşekkül eder. Taallûk ve tekabül etmesi icab eden bütün şe'niyetlerin dışında, otomatik olarak tam bir idrak gibi şey'ileşmiş nefsî bir belirtiş (representation) dur. Varsanı ile illüzionu da birbirinden ayırmalıdır.

İllüzyonlar şe'niyetlerin kaba taslak bir surette tahrif edilmesi, yahud üzerlerine zait unsurlar ilâve edilerek değiştirilmesile munsaf tabiî bünyede ruh hâdiseleridir.

Varsanılar ise her günkü hayatımızda görülen illüzyonların zıddına olarak marazî ruh hâdiseleri olub, muakale yolile aslâ tashih edilemezler.

İç hayattan doğarlar, gayri meş'ur vasıftadırlar. Dıştan gelen mahsusatı ve şuurun müdahalesini kabul etmezler. Bunları düzeltmeğe kalkışmak, suyu pınarına doğru akıtmak kadar güçtür.

3 — : KONFABÜLATİONLAR (LES KONFABÜLATİONS)

Zaman geçtikçe, hafızamızda birikmiş olan hatıralar, ötesinden, berisinden kemirirler. Tanıdığımız, bildiğimiz çehre ve isimlere vaktile müşahede ettiğimiz hâdiselere aid hatıralar yıpranır. Bu yıpranış, bazan hatıratın tümünü birden dağıtıp parçalar, bazan bir parçası üzerine musallat olur.

Biz, geçmiş günleri hatırladığımız zaman, hatıraları o yırtık, pırtık kıyafetlerile, yarı silik, yarı kopuk bir halde belirtip meydana çıkarmayız. Mümkün mertebe bozuk yerleri kopukları, eksikleri tamamlamaya çalışırız. Her hangi bir hatırayı komşu bir hatıra, yahut benzer bir hâdise ile yamar, yahut baştan başa icatlar yaparak yırtık kalan köşeyi kendi dokuduğumuz kumaşla örmeğe savaşırız. Maksadımız kafamızda boş kalan yeri — ne ile olursa olsun — tıkamaktır.

Ancak ; tabiî hallerde bulunduğumuz zaman noksan hatıraları bütünlemek ibramına karşı makul ve meş'ur bir mukavemet gösterebiliriz. Unuttuğumuz vak'aların boş bıraktığı yerlere şu veya bu hatıra tapasını — uysun, uymasın — sokmağa, yahut tamamen hayalî bir ceht ile uydurduğumuz hatıratı bu boşluklara tıkmağa çalışmayız.

Bazı marazî hallerde ise, en yakın mazilere ait olan saha üzerinde derin ve sık boşluklara tesadüf edilir. Hafızamız adetâ delik deşiktir. Bir takım hatırat vahaları çöl gibi boş, çıplak duran ruhî sahamız üstünde uzak saraylar gibi görünmektedir. İşte o zamanlar bize tamamen gayrı şuurî bir tarzda — yenilmez ilcalara uyarak — bu çukurları doldurmağa, çöl üstündeki uzak vahaları bir hayal yeşermesile birleştirerek mamureler yapmağa savaşırız. Hafızamızdaki delikleri — gayrı meş'ur olarak — muhayyel hatıralarla tıkamak cehdile mevsuf olan bu ruhî ameliyeye konfabülasyon ismi verilir.

(Türkçe iyi bir terim bulamadığım için kelimeyi aynen kullanıyorum)

O halde hülâsaten ifade edelim konfabülasyon denilen tamir ameliyesi otomatik olarak icra edilen, uygun ve alışılmış nidailerden, istidlâl ve telkinlerden malzeme alarak — kaybolmuş unsurları tavizen — kafaya yeni hatıra binaları kuran bir yapıcılıktır.

Konfabülasyon illüzyona yaklaşır. Her ikisinde de çalışma makanızması normaldır. Tedaî, telkin, istidlâl yolundan gidilir. Yalnız konfabülasyonu doğuran hâdise anormaldir. Bir de illüzionda hatırat adacıkları daha sıktır. Ufak köprülerle bu adaları biribirine bağlamak kolayca mümkündür. Ruhî bir ceht ile bu dağınık parçalardan yekpare bir kıt'a yapılıverir. Konfabülasyonda ise hatıralar hemen tamamile silinmiş, unutuş fırtınası geçtiği yol üzerinde birkaç izden başka bir şey bırakmamıştır.

Bu hale en ziyade alkoliklerde, yaşlılarda, başına şiddetli darbeler indirilen kimselerde tesadüf edilir.

4 — YANLIŞ TEFSİRLER «LES FAUSSES INTERPRETATIONS»

Bu ruhî halete uğrayan kimsede, bütün aklî melekeleri, heyecanlar, hâkim, kuvvetli ihtiraslar, ve fikri sabitler, etrafında dar, mahdut bir

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

65

sahada tekâsüf eder. Tabiî sayılacak mahiyette olanlarından, basitlerinden tutunuz da marazî bünyede olanlara, çok karışık dolambaçlı tefsirlere kadar derece derece yükselir. Şahidin ifadeleri gayri meş'ur olarak tefsirat istikametine döner, hâdiseyi ancak ihtiras ve heyecanının, sabit fikirlerinin idare ettiği bir köşeden, bir pencereden görür. Tefsir haletinin hüküm sürdüğü ruh sahası üstünde, idrak, mülâhaza, muhakeme, her şey, bu haleti ruhiye hesabına ve hakikat aleyhine yanlış deliller, yanlış kararlar hazırlayan birer cihaz gibidir. Dikkatimiz inhisar altındadır. İdrak mütemadiyen yanlışa ve eğriye bakar. Hafızamız bile mütemadiyen bu sapık ruh için muhayyel deliller toplar. Hülâsa kafamızın içinde tam bir [Derebeylik] vardır, bu Derebeyi bütün ruh melekelerini kendi hesabına kullanır.

Tefsir haleti yukarıda işaret ettiğimiz gibi normal bir sempatiden başlayarak, şedit ihtiraslara kadar uzanabileceği gibi bunun ötesine de geçerek pisikozların [Psykose] carî yalçın, marazî sahaya dahi tırmanır. Ve bu sahada deliliklerin en inatçısı, en kötüsü, biçiminde karar kılar, ve şahadeti her şeklile mütemadiyen ve zararlı bir surette bozar.

5 — İllüsion lar [Les illusions] his galeti diye tercüme edilirdi. Bunu olduğu gibi almak muvafık olur zannındayım.

İllüzyon, idrak ve hatıralarımızı bozan, eşyanın aslî mahiyetine uygunsuz hükümler vermemize sebep olan bir [ruh haleti] dir. Eşya, ve hâdiseler hakkındaki ıttılaımız, bilgimiz, şe'niyete uymamak vasfını almış, muvakkat ve zaif bir inhirafa, bir değişikliğe uğramıştır.

Tefsirlerden bir çok cihetlerde ayrılır, şöyle ki :

1 — Tefsirler, sabit ve uzvî inhiraflardır, illüzyonlar vazifevî ve geçicidir.

2 — Tefsirler nefsîdir, illüzyon hem nefsî, hem şey'îdir.

3 — Tefsirde, makanizma bozuktur. Ancak onu husule getiren kafa tersliğinin düzelmesile geçebilir, şuûr işe karışsa bile düzeltemez. Halbu ki illüzyonlar mümarese ve tedbir ile, azaltılır, yahut yok edilebilir. Şuûrun, dikkatin ufak bir yardımile, düştüğümüz bataktan çıkabiliriz. İllüzyonlar ; ekseriya hakkında şahadet ettiğimiz mevzuun ihtiva ettiği güçlükler ve incelikler karşısında doğar. İdrak ve hatıratımızda kopuk kalan tarafları tamamlamak, boş, hayal plâkalarını doldurmak esas ve ihtiyacile belirip doğar. Bu ameliye, mantıkî mülâhaza, tedaî faaliyeti, veya her ikisile de intaç edilir. Yaratıcı muhayyelenin de illüzyon sahnelerini tertipte çok yardımı görülür. Şahitte taşkın bir zihin faaliyeti vardır : vakayie tâbi olacak yerde vakayii kendi zihnî terekkübatına tâbi tutar, ve onu ya müşahede edilmiş, yahut hafızada

kalmış kırık dökük unsurlarla ve taakkul yardımile [à l'aide du raisonnement] kurar.

İllüzyonlar, idrak ve hatıraları perçinleme sıralarında tekevvün edebileceği gibi, hatıraların muhafazası, yahut davet ve ihzarı sırasında da hasıl olabilir.

Meselâ, farzedelim ki, herhangi bir (şey) in mükevvin unsurları A. B. D. E. den mürekkep olsun, fakat şahit bunun yalnız A. B. E. unsurlarını görmüş bulunsun. O zaman ya noksan olan D. yerine, B ile E arasında görünmesi mantıkî olan C. yi kor, (taviz hatası) yahut mantıkan bu terekkübü ikmal eden bir F. unsuru ilâve eder, (ekleme hatası) yahut eğer B. ahengi bozar görünmekte ise onu kaldırıverir, (kırpmak hatası) yahut unsurların yerlerini değiştirir, ve A. B. D. E. yerine daha uygun bulduğu A. D. B. E. teşekkülünü ikame eder.

Şemaşını, makanizmasını çizip gösterdiğimiz bu misallerde illüzyon muhakeme vasıtasile, mantıkı tamim yolile ve taakkul zemini üzerinde yükselmiştir. Hadiseyi eğri mantık, çarpuk muhakeme bozmuştur. Bazen âdetler, andırışlar ve yakınlıkların dokuduğu bir tedaî nesci de hâdiselerin aslî ve hakikî bünyesini örtüp illüzyonlara sebep olabilir. Meselâ şahit B. ile D. arasında daima bir C. görmek itiyadında ise A. B. D. E. hadisesini A. B. C. D. E. şeklinde müşahede eder.

Eğer gördüğü şey, evvelce müşahede ettiği ve unsurları A. C. D. E. den mürekkep bir (şey) veya (hadise)ye benziyorsa bu defa da A. B. D. E. formülünü A. C. D. E. şeklinde tesis ediverir, ve hulâsa her yönden, türlü makanizma ile hakikati bozar, hadiseleri şe'niyetine uygun olmıyan tarzlarda tesbit eder, yahut evvelce normal ve şe'nî hatlarla çizilmiş bir (vak'a) veya (şey) hatırasını davet veya ihzar ederken değiştirip, bozabilir. Bu suretle de yanlış, kötü şehadetler yapar.

Adlî edebiyatta bu çeşit hatalara dair bir çok misaller vardır. Meşhur "Dreyfus„ davasında şahitlerin çoğu illüzyonlara kurban olarak yanlış ifadeler vermişti. Kunduracı Le rouge davasında itiyadın, benzerliğin tesis ettiği illüzyon, bir masumu dar ağacına çıkardı. Sırası geldikçe illüzyonların sebep olduğu facialara dair çok ma'nalı vak'alar zikredeceğiz.

97

HUKUK FİKRİ ETRAFINDA DÜŞÜNCELER

Aşağıdaki okuyacağınız satırlar Âyandan ve Brüksel üniversitesi profesörlerinden " Edmond Piccard „ ın " Hukuku sırfe „ (Le droit pur) adlı kitabından alınmıştır. Bu eser 1908 de Pariste basılmıştı. Müellif 40 sene süren bir çalışma devresinde hukuk üstadlarının bütün düşüncelerini, bütün yazılarını inceden inceye tahlil etmiş ve kafasında topladığı bu bilgileri sentetik bir tarzda tatlı bir lisanla bize anlatmıştır. Hukuk kültürümüzün yükselmesine çalışıldığı bir sırada bu kitabın Türkçemize çevrilmemesi, yabancı dil bilmiyenlerimize karşı affolunmaz bir suçtur. Bu başlık altında zaman zaman çıkacak yazılar, işte bu kitaptan alınıyor. Fransızca bilenlerimize kitabın aslını okumalarını tavsiye etmemek elden gelmez.

1. — BU KİTAB NİÇİN YAZILDI ?

Kırk seneden ziyade bir zamandanberi hukuk ülkesinde dolaşıyor ve yaşıyorum. Tıpkı inatçı bir haşerat âlimi, bir nebatat mütehassısı gibi karşıma çıkan binlerce mefhumları sıra ile topladım; birer birer tahlil ettim. Bunun için beynim durmadam dinlenmeden çalıştı, işledi. Çok kere sevinçler duydum; çok defa da yeislere kapıldığım gibi.

Başlangıçta, bu geniş ve heyecan verici ülkede ancak teferruata rastladım. Hattâ bu hal uzun zamanlar devam etti. Sanki genel görünüşler, benim için hiç bir zaman mevcud değillermiş; hepsi ortadan kayboldular. Öğretenler, bu mefhumların kıymetinden ya şübhelenmiyor yahud da onlara karşı çok mühim bir his taşıyor gibi görünüyorlardı. Çoklaşıb kaynaşan hususiyetlerin karma karışıklığı onlarda mübhemiyeti örtüyordu. Bilgilerini bir sıraya dizmek için bazı esaslar bulmak ümidile bu satırları okumağa başlıyan kimse, hukuk sahasına girişini takip eden ilk zamanlardaki fikrî haletinin müphem ve belki de karışık durumunu, vakıaların son dereceye varan bolluğunu, bütün bunları bir arada zapt ve rapt altına almanın yarı imkânsızlığını göz önüne getirsin ve metod sahibi coşkun bir hukukçunun bu karışıklık karşısında ne kadar rahatsızlık duyacağını da hatırlasın. Uzun zaman, hattâ, belki de bu dakikada hakkın tecellisindeki ahenk ve vuzuh yokluğunun vicdanına ağır vazifeler yükleyip yüklemediğini ve bu noksandan kurtulmak ihtiyacı, hayatının büyük düşüncelerinden beri olup olmadığını kendi kendinden sorsun.

Bu tereddütlerin verdiği sıkıntıyı ve hattâ hüznü aşarak içten ge-

len tabiî bir ısrar ile, tereddütleri dağıtmağa elverişli gördüğüm çalışmalara koyuldum. Gençliğim bunları vazifelerim arasına koymuştu ; ve ben, olgunluk çağınca büyük bir istekle kendimi onlara verdim.

Hukukun haşmetli binasını, kuvvetli yapılışının devamlılıkları içinde bulmak ve göstermek, büyük bir aşk gibi, fikrimin ardı arkası kesilmiyen bir meşgalesi oldu. Ben ona, içinde kendi hukukî terbiyemin de müessir olduğu ferdî bir hısle, ve belki de bana varlığımı veren ve beni yetiştiren çevreme hizmet etmek arzusundan gıdalanan kuvvetli bir kardeşlik hissile sürüklendim. Öyle bir zaman oldu ki bu sosiyal mekanizmanın genişliği içinde vazifem, daha evvel de denenmiş fakat ifrata varmıyorsam, şimdiye kadar çok eksik bir derecede tahakkuk ettirilmiş bu işi bana yükletiyor gibi geldi. Ve ben verimi bu kitap olan işime büyük bir gayretle atıldım. İşe başladığım vakit, içine dalacağı derin suyun önünde uzun uzun nefes alan bir adam gibi cesaretimi topladım. Acaba bu satırlar, umduğum tesirleri yapacaklar mı ? Hukukun bir işçisi, bir sanatkârı olan ben, onu tam anlatacak kelimeleri bulabilecek miyim ? bilemiyorum. Fakat bu yazılarım, bu büyük sosiyal kuvvete dair araştırma ve düşüncelerimin en kat'îsi olduğunu sanmaktayım. O sosiyal kuvvet ki tarihin ilk zamandanberi, insanî kaynaşmayı, En enerjik ve en trajik bakımlardan idare ve ilham etmiş gibidir. Çok kere, onu meydana getiren fikirleri kalemle ifade etmeği denerken bana "hukukî vasiyetname„ mi hazırladığım hissi geldi. Yani uzun ve bazan eksantirik bir savaş müddetindeki yorucu sa'yimin önüme yığdiği fikrî mamelekin ölüme bağlı tasarruflarını yapar gibi oldum. "her büyük felsefe, onu yapanın öz itiraflarıdır.„ Hukukun hizmetkârlarına faydalı olmak ümidinin bir hale gibi süslediği bu mamelekten tecerrüt hissindeki tatlılığı, okuyucunun anlaması hoşuma gidecektir.

2. — ANSİKLOPEDİ, İŞTİKAK, MUHTELİF İTİBARLAR

Hatırlıyorum, yazmağa başladığım eseri başkaları tamamlamağa çalışmışlar, hattâ ona bu kelimeyi bir etiket gibi yapıştırmışlar: Hukuk ansiklopedisi.

Kendisinden iki ma'na fışkıran vuzuhsuz bir tabir... Ansiklopedi tabiri gerek iştikaka göre gerek kullanışı itibarile ne anlatıyor? Bir bilgiler dairesini içine alan bir topluluğu ihata eden terbiye muhiti, fakat uzunluğuna değilse bile genişliği nereye kadar gider? Bu daire muhiti içinde hangi mesafeyi ihtiva etmesi lâzım? Nısıf kutrunun uzunluğu nedir? Mevzu, hukukun orada tam bir dairesini çizmek midir? ve kelimenin tam ma'nasile hukuk ansiklopedisi, eğer muvaffak olmuş

bir tanesine tesadüf olunursa (15 inci asrın Pic de la Mırandole'i gibi ki zamanının bütün alimlerine sahip imiş) denilebilir mi ki o, hukuk ilminin bütün teferruatını, bütün esaslarını toplamıştır? İstenilen ansiklopedi bu mudur?

Yoksa bu geniş daireden en küçüğüne geçilerek yalnız profan'ları tatmin edebilecek üstün körü malûmat mı vermek, o malûmat ki tam bir cehaletle bir arada kaynaşır. Bilirsiniz, bazı kitaplar vardır ki herkese hitab eder. Vücudumuz için cilt ne ise hukuk için de bu kitap odur. Asıl ve derin hakikatlerle irtibatı olup olmadığı belli bile değil. öyle ince bir tabaka ki ehemmiyetinin azlığından dolayı hiç bir tehlikeye meydan vermeksizin her türlü tesirlere uğrayabilir. Acaba tabirden bu harcı âlem ansiklopedi mi kast olunuyor?

Fakat bu günkü üniversitelerin ders programlarında heman değişmez bir halde görünen bu dersin içine ne gibi şeyler konulmalıdır? Bu sual karşısında sıkıntı ve kararsızlık gösteren bir takım telâkkiler var. Bazı hukukçular rasyonel bir hal çaresi aramaktan kendilerini alamıyorlar.

Filhakika bazı kimseler, ihtiyaçlarımızı karşılayan kanunları olduğu gibi bütün teferruatile karışık ve çok defa ilk bakışta tuhaf görünen şeklile talebe karşısına çıkarmanın tehlikeli olacağını sanarlar. Çünkü talebenin zekâsı, hiç beklenmeyen bir manzara karşısında kalıyor. Bunun önüne geçmek için tecrübeden alınan umumî izahlar — ki bunlar mevzuu mübhem bir şekilde anlatan ve fakat aldıkları hal şekillerile çok defa aradaki bağları kesilen nâkil hatlardır — talebeyi alıştırmak ve kuvvetlendirmek zarureti vardır. İşte ilk dersler için yapılabilecek ansiklopedi olsa olsa budur. Bu, yüksek tedris müesseselerinde halâ rağbet görüyor. Verimindeki azlığa, kavrayıştaki cimriliğe rağmen en faydalı şekil gibi görünen de budur. Hukuk ansiklopedisi diye tamtıraklı isim konan eserlerde işte umumiyetle buna tesadüf olunuyor.

Diğer bazı kimseler ise büsbütün başka bir bakımdan düşünürler: İmtihanlar için, diploma almak için idarece istenilen malûmat kifayetsizdir. Hukukçu olmak kabiliyetini haiz bir istidadın olgunluğunda bu malûmat serisi pek çok boşluklar bırakır. Bunun neticesi hukukçunun fikren malûl ve sakat kalmasıdır. Şu halde başka kitablarda bulunmıyan şeyleri pek derinlere gitmeksizin içine toplıyacak hususî derslerle bu boşlukları tıkamak ve doldurmak lâzım. Bu fikirde bulunanlar, işte bu suretle bir yardımcı ders vücude getirmiş oluyorlar.

İşte içinde bu kadar muhtelif mânâlar uçuşan tek bir kelime... Hukukta her kelimenin böyle bir çok mânâsı var: Âdeta bir Babil

100

kulesi. Fakat iş bu kadarla da kalmıyor. Avrupa ve Amerika ırkları milletlerinden birinin tatbik ettiği kanunlar zümresini alınız. Hukukun saymakla bitmiyen unsurlarını sıra ile dizen ve geniş bir müfredat defteri olan kanunlar mecmuasına, ilmî ve kazaî içtihatlara bir göz gezdiriniz. Onlara da hukuk ansiklopedisi adını vermişler. Bu bakımdan bu kitablara ulusal ansiklopedi de denilebilir.

3. — RASYONEL MÂNÂDA HUKUK ANSİKLOPEDİSİ

Bu mefhumun daha ilmî bir formülünü yapmak ona mümkün olan salâbeti vermek zamanı artık geldi. Hukukun ister nazarî ister ilmî hayatında göze çarpan en büyük müşkülât, teferruatının karışıklığı ve çokluğudur. Buna bir de daimî değişme unsurunu ilâve ederseniz mahiyetindeki güçlüğü anlarsınız. Riyazî mes'elelerde olduğu gibi adlî tüzel alanda dahi " zaman „ ve " mekân „ değişikliklerine rağmen bitmez tükenmez kaidelerle karşılaşıyoruz. Alçıdan yapılmış heykelleri ayakta tutan demir teller gibi bu hukuk ilminin de bir çatkısı olacaktır. Teferruatının çokluğu ona nisbî bir mahiyet veriyor. Fakat bu nisbîlik altında " mutlak „ ı ifade eden bir vahdet durmakta. Bu çokluk arasında daima aynı unsurlar görüyoruz. Ayrılıklar nekadar derin olursa olsun mücerred kardeşlikleri teyid eden ve aile birliklerini gösteren müşabehetler daima göze çarpıyor. Mübhemiyetler ve karanlıklarla dolu olan bu mıntakalara nüfuz edilince onları biraz aydınlatabilmek için hayaller çoklaşır. Esaslı bir mânâ anlatmayan ve adeta alfabenin tek harfleri gibi görünen bu düsturları terkib etmek ondan umumî prensiplere yükselmek hukuk ansiklopedisinin yapması lâzım gelen bir vazife midir ?

Bu büyük nisbetlerle inkişaf eden ansiklopedi, bütün hukuk ilminin ahenkli bir görünüşü, onların en yüksek prensipleri, gizli mekanizması, umumî nazariyeleri, esas çizgileri, ana fikirleri velhasıl kelimenin felsefî mânâsile tam " şekli „ ni gösterir. Âdeta muhtelif parçaları birbirine tutturan ve onları ayrı ve müstakil bir varlık gibi ortaya çıkaran bir şeydir. Burada başlıca kısımların esaslarını görürsünüz. Hukuk ilmini geniş bir " bütün „ lüğün içinde her şeyin bir bölmesi bulunan bir dolab gibi temsil eder. " Tabiatte „ de yazılı hukuk düsturlarını sayar. Hukukun ebedî durumlarını, tanrısal (ilâhî) plânını çizer. O, büyük, ucu bucağı görünmiyen hukuk binasının mimarî ilmini öğretir. O, toprağa bağlı olmıyan bir ilimdir. Hiç bir kanun, hiç bir değişme onu mahvedemez. İsterseniz daha az asıl olan bir teşbih

101

kullanayım : Hukuk mabedinin sayısız dairelerine girmeğe yarayan, ideolojik kilitleri açan anahtarlardır.

Bir kelime ile ansiklopedi hukukun bel kemiğidir ve hakkın kanunlarından teşekkül etmiştir.

4. — HUKUK ANSİKLOPEDİSİNİN MANEVÎ VE TATBİKÎ AMACI

Hukuk ansiklopedisini bu suretle anlattık ve onun terkibini ve varlığının ilmî mahiyetini meydana koymuş olduk. Şimdi onun amacına (hedefine) gelelim.

Bir zamanlar Fransız maarif nazırı olan *Victor - Cousin* ansiklopediyi güzel ifadelerle anlatmıştır. Ben bunu nakledeceğim. Bununla beraber göstereceğim ki bir şeyin muhassas olduğu ciheti tayin etmek esasını tavsif etmekten kolaydır.

1840 da bir hukuk ansiklopedisi dersinin açılması görüşülüyor ve bunun hukuk öğretme alanındaki boşluğu dolduracağı sanılıyordu. O zaman *Victor - Cousin* diyordu ki : " Genç talebe bizim mekteplerimize girdikleri vakit hukuk ilmi onlar için hem haritasını, hem dilini hiç bilmedikleri yeni bir memleket gibidir. Bunlar, önce medenî hukuka ve sonra Roma hukukuna çalışmağa koyuluyorlar. Hukuk ilminin genel plânını bilmeden okudukları derslerin yerlerini iyice kavramadan başlanılan bu dersler ya onlara usanç veriyor. Çünkü özel tetebbudaki çoraklık bu neticeye götürür. Veyahud teferruat ile uğraşmayı âdet edinerek genel görüşlere karşı nefret ediyorlar. Bu türlü öğretme usulü derin ve esaslı tetebbulara çok az müsaittir. Uzun zamandanberi, bütün iyi düşünenler, bir ilk hukuk ilmî dersini talebeye göstermek lüzumunda ittifak etmektedirler. Öyle bir ders ki talebeye hukuk ilminin labirentinde yol göstersin ve bütün kısımlar hakkında genel bir görüş versin. Onlardan her birinin ayrı ve özel mevzuile beraber onları birleştiren iç bağları göstersin ve öğretsin. Hukuk tahsilinde takib edilecek genel usulü, her ilim şubesinin istediği daha doğrusu lüzum gösterdiği özel tadillerle kuracak bu alandaki mühim yazıları tanıtacak bir ders. Böyle bir ders, hukuk ilmini, ona vereceği birlik karakteri vasıtasile gençliğin gözlerinde yükseltir ve talebenin çalışması ve açılıp serpilmesi üzerinde iyi bir tesir yapar.

Victor - Cousin ilâveten diyordu ki hukuk ilminin bütünlüğünü göstermek ve onun ruhunu ve birliğini kavramak lâzımdır. Böyle bir hukuk ansiklopedisi talebeye cömert bir sevgi hissi verir, fikirlerde ve ruhlarda hukuk hissini, hukuka hürmeti yerleştirir ve onları bir gün - hususî surette tahsilini isteyecekleri kısım ne olursa olsun - ilmin bütün şubelerile alâkadar eder. (Bitmedi)

Türkçeye çeviren : *F. A.*

162

şu taahhüde giriyor: Bu gayri menkulü 350 frank komisyon mukabilinde 63.000 ve olamadığı takdirde 65.000 franga ve her halde imkân dairesinde ucuz almağa çalışacak ve satın aldıktan sonra da bu gayri menkulü mösyö Mattmann'a satacaktır. Bu taahhüde karşı müddei, müddeaaleyhe şu teminatı verdi:

1 — Mösyö Mattmann gayri menkulü mutlaka satın alacaktır.

2 — Bu muameleden dolayı kendisi hiç bir resim ve masraf vermiyecektir.

Müddeaaleyh gayri menkulü 21 Şubat 1930 da 60.000 franga satın aldı. Müddei bunun üzerine kendisine 350 frank komisyon bedelini ve 8106 frank masraf parası verdi. Gayri menkul 26 şubatta Mösyö Mattmann'a ferağ edilecekti. Fakat müddeaaleyh ferağ günü gelmedi. Göya radikal parti komitesinin ısrarı üzerine gayri menkulü bu arada mösyö Ling'e yani bayie tekrar satmıştı ve 4 mart 1930 da, aldığı masraf ve komisyonları bir bankaya tevdi etti.

Bunun üzerine müddei, zarar ve ziyan davası açtı. Avans verdiği masraflardan başka ayrıca mahrum kaldığı kâr dolayısile 5.500 frank istedi.

Müddeaaleyh davanın reddini istedi. Çünkü, diyordu, aralarındaki mukavele bir vekâlet akdi değil, belki bir gayri menkulün satış vaadidir. Resmî şekilde yapılmadığı için bu mukavele muteber olmaz. Esasen böyle bir mukavele de âdâba uygun değildir.

Wilbsau mahkemesi 31 birinci kânun 1930 tarihli kararile davayı reddetti. Bununla beraber mahkeme müddeaaleyhi kendi ikrarı veçhile 8456 franga ve faizlerine mahkûm etti ve müddeiyi de bazı vesikaları müddeaaleyhe vermeğe mecbur tuttu. Mahkeme şu esası kabul etmişti: Tarafların arasındaki mukavele, bir gayri menkulün satışı vaadidir. Borçlar kanununun 22 ve ve 216 «213» ıncı maddeleri hükmüne uygun surette şekle riayet olunmadığı için hükmü yoktur.

Müddei bu hükme karşı istinaf etti. Lucerne kanton mahkemesi mukavelenin şekle uygun bulunup bulunmadığını tetkik etmedi. Yalnız mukavelenin âdâba muhalif olduğunu söyledi. Çünkü, müddei evvelce gayri menkul sahibi ile görüşmüş ve ona iyi bir müşteri bulacağını vaat etmişti. Sonradan Mattmann ile mukavele yapması arada bir menfaat ihtilâfı doğuruyordu. Çünkü müddei bir taraftan mal sahibi namına bahalı satmağa borçlu idi; diğer taraftan ise Mattmann hesabına ucuz almağa çalışacaktı. Şu halde müddeaaleyhi ortada bir âlet gibi kullanmakla ikinci taahhüdünü yerine getirmeğe uğraşıyordu. Çünkü ne-

103

kadar ucuz alabilirse o kadar kârı vardı. Müddei mademki gayri menkul sahibine karşı giriştiği taahhütlere muhalefet etmişti; o halde âdâba uygun bir harekette bulunmamış demekti.

Müddei federal mahkemeye müracaat etti.

Fedaral mahkeme davayı reddeyledi.

[Hulâsa edilmiştir]

Esbabı mucibeden alınan fıkralar

Borçlar kanununun 22 inci maddesinin 1 inci fıkrasına göre mukavele yapma vaadi, bir akdin ileride inşa edilmesine dair yapılan bir mukaveledir. Yine ayni kanunun 216 «213» ıncı maddesinin 2 inci fıkrası ise çok açık olarak şu hükmü ihtiva eder: «Gayri menkule ait satış vaadi, resmî senede bağlanmadıkca muteber olmaz.» Bu suretle kanunun koyduğu esas yani kanun iki tarafın menfaatleri için akıtlerin sıhhati bir nevi şekle riayeti icap ettirdiği takdirde bu şekil, o akdin yapılması vaadine de tatbik olunur esası teyit edilmiş demektir. Bununla beraber, diğer taraftan, alelâde vekâlet — ki bununla vekil hukukî bir muamelenin ifasını taahhüt eder — hiç bir şekle tâbi değildir. Hattâ vekilin yapacağı muamele muayyen bir şekle tâbi tutulsa dahi hüküm böyledir; gayri menkul satışına vekâlette olduğu gibi federal mahkemenin neşredilmeyen ve *Osterwalder* ile *Göhwiler* arasındaki ihtilâfa dair olan 8 birinci teşrin 1930 tarihli kararında bu fikir hâkim olmuştu. (Müellif *Becker* borçlar kanunu madde 216 «213» not: 11, *Oser* aynı kanun madde: 11, not: 14. madde: 216 «213» not: 11; Alman hukuku için Alman medeni kanunu madd: 313 [2]).

Demek ki bilinmesi lâzım gelen mesele şudur: Burada bir mukavele vaadi mi vardır; yoksa müddeinin emri üzerine bir gayri menkulü satın almak ve onu diğer birine satmak gibi bir vekâlet mi mevzubahstir? Borçlar kanununun 22 inci maddesinin 1 inci fıkrasındaki tarif bu sualin halline kâfi gelmez. Çünkü hiç bir şekle riayeti icap ettirmeyen alelâde bir mukavele, müddeaaleyhi atiyen bir mukavele yapmak taahhüdüne sokabilir. Kezalik bunun aksi de mümkündür. Şu halde meselenin halli için kıstas, her iki tarafın gerek vaidde gerek mukavele akdi

---

[2] Maddenin Türkçesini yazıyorum :

Madde : 313. — Bir toprak üzerindeki milkiyeti nakletmek için yapılacak taahhüt hâkim veya noter huzurunda yapılmak suretile resmî bir hal iktisap etmelidir. Bu şekle riayet edilmeksizin yapılan bir mukavele, heyeti umumiyesi itibarile muteber olur; eğer teslim yapılır ve ferağ muamelesi tapuya tescil olunur ise.

104

taahhüdünde değişmemesi yani tarafların aynı adamlar olması değildir. Meselâ şu iki hal tasavvur edilebilir:

Birincisi : Bayi, müşteriye kendi gayri menkulünü temlik etmek için tevkil edebilir. (Müzayede ile satışta bu mümkündür.)

İkincisi : A ile B arasında bir mukavele yapma vaadi olabilir. Bu vaat mucibince A, B ile değil belki üçüncü bir şahıs X ile mukavele yapacaktır Esasen mukavele vaadi ancak üçüncü şahıslarla olacak münasebetlerde mevzubahstir. Her iki tarafın aynı olması lâzım gelen hadiselerde mukavele vaadi istisnaîdir. (Müellif *Von Tuhr*'un eserine bakınız, cilt: 1, sahife: 235 [3]).

Müddeaaleyhin müddei ile yaptığı mukavele Mösyö Lingg'in gayri menkulünü müddeaaleyhin satın alması hususudur. Müddeaaleyhin ilk borcu bu gayri menkulü kendi namına satın almaktan ibaretti. Satın alınacak gayri menkul bedelinin malûm olmamasından sarfı nazar edilse bile — ki zaten malûm olamazdı. Çünkü bu satıcının iradesine tabi bir

---

[3] Federal mahkemenin ne demek istediğini kavrayabilmek için aşağıdaki yazıları okumak lâzım gelir. Müellif *Von Tuhr* bu bahsi çok açık bir lisanla anlatıyor. Bu hukukçunun fikirlerini misallerle anlatacağım.

Akid yapmak vaadinden şu anlaşılmalıdır : Vaade girişen taraflardan biri veya her ikisi diğer bir mukavele yapmağı taahhüt ederler. Bu diğer mukavele dediğimiz şey " esas mukavele „ dir. Yani burada size şu malımı satacağım veya şunu hediye edeceğim gibi bir vaat mevzubahis değildir. Çünkü aksi takdirde en mühim muameleler meselâ satış akdi bir vaat şeklini alması gelirdi. Çünkü bütün mukaveleler icradan evvel birer vaatten başka bir şey değillerdir. Şu halde akit yapmak vaadinde üç kişi vardır ki üçüncüsü vaat aktinden hariçtir. Meselâ *A*, *B* ye üçüncü bir şahıs olan *X* ile bir mukavele yapmak vadinde bulunuyor : Ona ödünç para vermek veya ona bir mal satmak gibi. Bu misal bize akit yapmak vadinin mahiyetini anlatır. Çünkü bir taraftan vaat *A* ile *B* arasındadır ve bu vaadin mevzuu *A* ile *X* arasında yapılacak diğer bir mukaveledir. Diğer taraftan A ile X arasında yapılan esaslı mukavele var. Fakat *A*, *B* ye onunla bir mukavele yapmağı vadederse bu mukavele vaadi demek midir ? Bunda çok şüpheliyim. Çünkü *B* ye vaat suretile giriştiği taahhüt onu zaten bağlamıştır. Binaenaleyh ikinci bir akte lüzum yoktur. Meselâ size kefil olacağım dediğim zaman bu söz ciddî ve usulü dairesinde tesbit olunmuş ise zaten kefalet olmuştur. Kezalik size bir malı satmağı veya kiralamağı vadedersem kira veya satış akdi yapılmış demektir. Şu halde yeni bir akid yapmağa lüzum kalmaksızın malı size teslim etmekliğim lâzım gelir. Eğer bazan bu kabil vaatlere tevessül olunuyorsa bunun sebebi bazan malın muayyen bazan da mal fiyatinin henüz belli olmamasındandır. Meselâ Avrupaya ısmarladığım bir malı satın almak istiyorsunuz. Fiyatinin bana kaç kuruşa mal olacağını henüz bilmiyorum. Belki ısmarlamış olduğum mal sizin hoşunuza gitmez. İşte ancak bu takdirde aynı taraflar arasında mukavele yapmak vaadi tasavvur edilebilir.

E. A.

şeydi — müddeaaleyh, mukavelenin icra edilmemesi halinde ancak vekil sıfatile mesul tutulabilirdi. Müddei ile gayri menkul sahibi arasında evvelce yapılmış olan ve gayri menkulün 66 000 franga satılması için müddeinin çalışacağına dair olan dellallık mukavelesi burada hesaba katılamaz. Şu halde müddeaaleyhin müşteri sıfatile bir taahhüde girmesi mevzubahs değildir. Bilhassa müddei ile müddeaaleyhin borçlar kanununun 112 «111» inci maddesi hükmünce gayri menkul sahibi lehine bir şart koşdukları da kabul olunamaz. Çünkü evvelâ bu üçüncü şahsın yani bayiin şarta riayet olunmasını istemeğe hakkı olacaktı. Halbuki bu, bayiin kendi fiili idi. Saniyen gayrı menkulün bedeli henüz kararlaştırılmamıştı.

Şu halde pek haklı olarak şu sual sorulabilir. Şayet müddeaaleyhin bu taahhüdü gayrı menkulü satın alına aktinin icrasına kâfi gelseydi bu mukavele vadi resmî şekilde mi yapılmak lâzım gelecekti. İlmî içtihatlara göre mademki gayrı menkulün satılması veya alınmasına dair bir irade izhar olunuyor ; o halde bunun resmî şekilde olması lâzımgelir (müellif *Rossel*'in eserine bakınız. Sahife : 292; muhalif reyde bulunanlar : *Oser*, borçlar kanunu, madde : 216, «213» not : 11; *Becker* aynı madde numara 6), Müellifler arasındaki bu ihtilâfın hâdisede bir tesiri olamaz. Çünkü müddei, kendi namına satın almak için bir vekâletname vermemiştir. Kezalik federal mahkemenin 25 haziran 1924 tarihli kararı da bu hâdisede ileri sürülemez, Çünkü federal mahkeme işbu kararda, noterden yapılmış resmî bir vesikayı, ancak müşterinin taayyün etmesine bağlı kılmıştır. Filhakika o davada bir vekil vardı ve o vekil takarrür eden şerait dairesinde alıcı çıkmazsa kendisi alıcı vaziyetine girecekti.

Bununla beraber burada meselenin kat'î surette halledilmesine lüzum yoktur. Filhakika müddeaaleyh ikinci bir taahhüt altına girmişti. Çünkü satın aldığı gayrı menkulü satacağını mukavele vadi sırasında söylemişti. Bu âdi bir vekâletin hududunu aşan bir akittir. Müddeaaleyh aldığı gayrı menkulü mösyö Mattmann'a 65,000 frank bedel mukabilinde satmağı da vadetmişti. Şu halde müddeaaleyh burada bir gayrı menkul bayii sıfatını almıştı. Vakıâ bu vaad mösyö Mattmann'a karşı değil belki müddeiye karşı yapılmıştı. Fakat herhalde Mattmann alâkadardı. Demek ki üçüncü şahıs lehine bir şart vardı. Çünkü ilerde bu üçüncü şahıs, borçlar kanununun 112 «111» inci maddesinin 2 inci fıkrası mucibince bu taahhüdün icrasını isteyebilirdi. Filhakika müddei, mösyö Mattmann'ın bu gayri menkulü alacağına emniyeti vardı, ve bu hususta teminat ta vermişti. Şu halde üçüncü şahsın (yani Mattmann'ın) gayri

106

menkulü istemek hakkı aşikârdır. Şüphesiz ki müddeaaleyhin taahhüdü şu şarta muallâk idi : Gayrı menkul sahibinin malını satması, fakat bu hususiyetin hâdisede tesiri yoktur. Kaldı ki müddei, temyiz lâyıhasında tarafların yekdiğerine uygun bulunan rızalarına istinaden gayrı menkulü kendi namına ferağa müddeaaleyhin mecbur tutulacağına da kail oluyor. Eğer bu ifade doğru ise hâdisedeki akit vekâlet değildir. Eğer hakikaten müddeaaleyh, müddeinin talebi üzerine satın aldığı gayrı menkulü ona ferağa mecbur idi ise bu sadece taraflardan birinin arzusuna muallâk olarak yapılan bir satış olurdu (*vente sous condition potestative*) şu halde gayrı menkul satışlarına dair olan hükümlerin cari olması icap ederdi. Esasen bu fikir bu gibi hâdiselerde, müellifler tarafından da kabul edilmektedir.

I inci hukuk dairesi. — M. M. Thélin, Honegger, Weiss, Robert, Engeler, Bolla ve Andermatt. — Lucerne avukatlarından Dr. Riedweg ve Dr. H. Studer.

---

92. FEDERAL MAHKEME

HAKSIZ MUAMELELERDEN DOĞAN BORÇLAR. — Bir kamyon altında ezilen 5 ve 8 yaşında iki çocuk. — Ana ve babanın açtıkları tazminat davası. — Davanın kamyon şoförü ile iş sahibine karşı açılması. — Yardımdan mahrum kaldığından dolayı ve manevî tazminat olarak hükmolunan meblâğ.

[B. K. 43, 44, 45 fıkra : 3, 55]
" B. K. 43, 44, 45, fıkra: 3, 55 „

1. Emniyetle kamyonu sevk edemiyecek derecede yorgun olan bir şoför yola çıkmakla bir kusur işlemiş olur; bu gibi halde patronunun kendisine verebileceği her hangi bir işi yapmaktan imtina etmelidir (esbabı mucibenin 1 numaralı fıkrası) .

2. Başkalarını istihdam eden kimse kendi kusuru bulunmasa dahi, işçisinin iş gördüğü bir sırada yaptığı zarardan dolayı mes'uldür. Bu mes'uliyetten ancak borçlar kanununun 55 inci maddesinde yazılan delili getirmek suretile kurtulabilir (2 numaralı fıkra) .

3. Şoförünün bütün gün kamyonda çalıştığını ve bu itibarla kamyonu emniyetle sevk ve idare edemiyecek kadar yorgun ve asabî bir hale düştüğünü bilen iş sahibi, şoförünü kamyonla birlikte yeni bir işe sevk ederse kusur işlememiş olur (aynı fıkra) .

157

4· Sahip olduğu kamyonun frenlerindeki bozukluktan dolayı istihdam eden sıfatile (madde : 55) mes'ul tutulamıyan kimse borçlar kanununun 58 inci maddesi hükmünce değil belki 41 inci maddesi hükmünce mes'ul tutulur (aynı fıkra).

5. Çocuklara karşı nezaret vazifesini yerine getiremiyen ana ve babanın kusuru, ana ve babaya karşı dermeyan olunabilirse de haklarını isteyen çocuklara karşı dermeyan olunamaz. Hattâ ana ve baba çocuklarının kanunî mümessili gibi hareket etmiş olsalar bile hüküm böyledir (3 numaralı fıkra).

6. Küçük bir çocuğu ezen bir otomobil, çocuğun seyrüsefer nizamlarına muhalefet ettiğinden bahisle onun da müterafık kusuru bulunduğunu iddia edemez. Bununla beraber çocuğun bu yoldaki hareketi, borçlar kanununun 43 çüncü maddesi hükmünce tayin olunacak tazminatın şumulünde nazara alınabilir (4 numaralı fıkra).

7. Kaideten, çocuk, ana ve babasının müstakbelde yardımcısı addolunur. Binaenaleyh küçük bir çocuğun ölümü, ana ve babanın lehine, yardımcıdan mahrum kalmış olmaktan doğan bir tazminata yol açabilir (6 numaralı fıkra).

8. Müstakbel yardımcı olmak sıfatile ana ve baba lehine çocuklarının ölümündan dolayı tazminat hükmolunduğu takdirde, işbu tazminat miktarından, çocuk yaşamış olsaydı onun tahsil ve iaşesi için sarf edecekleri para miktarı indirilemez (7 numaralı fıkra).

M. : *Dietrich - Walder.* — **M. A. :** *Gobbi* ve *Tribo*
3 şubat 1932

[R. M. Mecmuası, cilt : 58, kısım : II, sayfa : 29]

A. Luiggi Gobbi, 1899 doğumludur ve Zurich de yemiş satan bir tacirin yanında şoförlük eder. Gobbi 1929 senesi mayısının 30 uncu günü, patronunun 2 tonluk bir kamyonunu sevk ediyordu. Bâle şehrine gitti. Orada bir yere mal teslim etti ve aynı gün geri geldi. Yanında Dante Pini adlı 16 yaşlarında genç biri vardı. Gobbi, yola sabah saat 6 ya gelmeden çıkmıştı. Saatte vasatî 35 kilo metre sür'atle gidiyordu. Yolda tekerlekleri tamir için üç defa durmağa mecbur oldu. O gün hava çok sıcaktı. Hararetin derecesi, sabah saat sekizde 16 buçuk, öğle vakti 26,6, akşam on sekizde 21,7 idi. Gobbi pek çok susadı ve o gün iki veya üç büyük bardak bira içti. Dönüşte Augst de durdu. O kadar yorgundu ki gözlerini açamıyordu. Bir çeyrek saat kadar uyudu.

Akşam, Zuriche gelir gelmez Gobbi patronundan şu emri aldı: Derhal Bauerstrasseye git ve portakal getir. Heman yola çıktı. Yolda lâstik tamircisine uğradı. Saat 18 buçuğa doğru kamyonile Feldstrasse caddesine doğru yollandı.

Paul ve Walter Dietrich adlı iki çocuk — ki biri 921, diğeri 924

108

doğumlu idi — işbu cadde üzerinde kâin 130 numarada ana ve babalarile birlikte oturmakta idiler. Mektepten geldikten sonra birer dilim ekmek aldılar ve analarının iznile civar parkta tekerlekli kunduralarile kaymak için çıktılar. Freiheim lokantasının önündeki yaya kaldırımın kenarında duruyorlardı. Tam bu sırada oradan geçmekte olan Gobbinin kamyonu bu çocuklara çarptı ve onları öldürdü. Kamyon büyük bir kavis çizdikten sonra durabildi.

Jürinin iştirakile kurulan ceza mahkemesinin 18 şubat 1930 tarihli kararile Gobbi, tedbirsizlikle ölüme sebebiyet vermek suçundan beraet etti. Fakat muhakeme masrafları kendisine yükletildi.

B. Çocukların ana ve babası 27 şubat 1930 tarihinde şoför ile patronu aleyhine 15.000 franklık bir tazminat davası açtılar. Tarafların verdikleri istida ve lâyıhalara göre bu para şu kalemlerden terekkül ediyordu :

a)	Cenaze masrafları için	793	— .	Frank
b)	Paulun yardımından mahrum kalınması için	2865	90 .	»
c)	Walterin » » » »	2451	80 .	»
d)	Manevî tazminat	10000	— .	»

Müddeaaleyhler davanın reddini istediler.

Zurich bidayet mahkemesi 11 şubat 1931 tarihli kararile davayı kabul ve hükmetti.

Müddeaaleyhlerin müracaatı üzerine Zurich kantonu yüksek mahkemesi, 2 Eylül 1931 tarihli karar ile bidayet mahkemesinin hükmettiğ tazminatı 6000 franga indirdi. Yardımdan mahrum kalmalarından dolayı istenen tazminatı kabul etmedi.

Her iki taraf bu karara karşı ıslah yolile federal mahkemeye müracaat ettiler. Müddeiler, isteklerinin hepsinde haklı olduklarını müddeialeyhler davanın reddi lâzım geleceğini ve olamadığı surette 6000 frank tazminatın indirilmesini söylediler.

Federal mahkeme müddeilerin müracaatını kabul ve müddeaaleyhlerinkini reddetti. Zurich kanton mahkemesinin 2 Eylül 1931 tarihli kararını iptal eyledi. Ve her iki müddeaaleyhi 13 Mart 1930 tarihinden itibaren yüzde 5 faizile birlikte ve yekdiğerine müteselsil olarak 15.000 franga mahkûm etti.

Esbabı mucibe :

1. İlk mahkeme kaza meydana geldiği zaman Gobbi nin kamyonu çok fazla sür'atle sürmekte olduğunu kabul etmiştir. Buna mukabil yük-

109

sek mahkeme şahitlerin ifadelerine göre şöförün caddeye büyük bir süratle çıkmadığına kani olmuştur. Bu son kanaat vakıaların takdirine dairdir. Binaenaleyh federal mahakim teşkilâtı kanununun 81 inci maddesi mucibince federal mahkemeyi takyit eder.

Her ne olursa olsun şöförün kusuru inkâr edilemez, Çünkü bir kere bidayet mahkemesinin kabul ettiği veçhile - ki bunu yüksek mahkeme dahi zımnen kabul etmiştir - şöför yolu dönerken yapmağa mecbur olduğu işaretleri vermemiş ve bu suretle çocukların yaya kaldırıma çıkmaları için onları ikaz etmemiştir. Demek ki tam lâzım olan yerde bir dikkatsizlik yapmıştır. Köşedeki evin, görüş sahasını kapamış olması, ve yaya kaldırım üzerinde oldukça bir kalabalık bulunması gibi şeyler şöförün bilhassa dikkatini celbetmeli idi. Halbu ki o dalgınlıkla çocukları hiç görmedi. Yanındaki Pini ise, çocukların bulunduğunu ancak yarım metro mesafeden görebildi. Pini de kendisi gibi dalgındı. Çocuklar sersemce kendilerini tekerleklerin altına atmadılar. Şöför onları, dikkat etseydi 10 - 15 metro mesafeden görebilirdi. İki yolun birleştiği bir yerden geçen ve sur'atini azaltmamakla beraber lâzım gelen dikkat ve itinada bulunmayan şöförün kusuru ağırdır. Bu ağırlığı ziyadeleştiren bir hâl daha vardır ki onun da hesaba katılması lâzım geliyor. Filhakika burada mahallenin iki büyük mektebi vardır. Ve çocuklar tekerlekli kunduralarla kaymak için daima oradaki parka giderler. Demek ki yolda çocukların bulunması ihtimali göz önünde tutulmalı idi. Şöför Gobbinin yorgun olması bir maazeret teşkil etmez. Çünkü ya bütün kuvvetini sarf etmesi veya - şayet buna imkân görmiyorsa - işi kabulden imtina eylemesi lâzımdı. Vakıâ işçi tarafından iş sahibine karşı bu yolda bir cevap verilmesi, işçi için pekde faydalı bir şey olmaz. Ve bunun için işçinin çok cesur olması lâzım gelir. Fakat yorgun bir şöför tarafından idare edilmekte olan bir kamyon, o kadar büyük tehlikelere meydan verir ki bu tehlikeler karşısında işçilerin, işi kabul etmemeleri esası bir zaruret halini alır. Hadisede Gobbi nin patronuna karşı yorgunluğundan bahsettiği veya işi yapmamak istediği isbat edilmemiştir. Diğer taraftan bir iş sahibinin bu şerait altında işçisine verdiği bir emri geri alması en iptidaî bir düşüncenin neticesidir.

Seyrüsefer nizamnamesinin 33 üncü maddesi şoförlerin kullandıkları makine sür'atine hâkim olmalarını emreder. Halbuki Gobbi ne kadar dikkatli davranmış olursa olsun kamyonun sür'atine hâkim olamazdı, Çünkü ilk mahkeme tesbit etmiştir ki şoför, Feldstrasse caddesine girdiği zaman ayak frenini kullanmağa hiç de niyeti yoktu. Bunu Gobbi

110

şöyle izah ediyor : Ayak frenini kullanmak makineyi bozar. Bunun için daima el frenini kullanırım. Bu ifade otomobilcilerin vazifelerine karşı ne kadar ihmalkâr bulunduklarını gösterir. Otomobilin çabuk eskiyeceği fikri, hiç bir zaman ayak frenini kullanmaktan otomobilcileri alıkoyamaz: Bununla beraber işin esası başka olduğu anlaşılıyor: Polis tarafından yaptırtılan fennî keşifte ayak freninin işlemediği ve bundan dolayı da Gobbinin işbu freni kullanmadığı meydana çıkmıştır. Tam lâzım olduğu zamanda eli direksiyonda olduğu için, el frenini kullanamadı. Binaenaleyh alelâde sür'atle gitseydi bile Gobbi makinesine hâkim olamıyacaktı. Bu cihet çok açık bir surette anlaşılmıştır.

Nihayet ceza davasındaki şahitlerin ifadelerine istinaden birinci ve ikinci derece mahkemelerin tesbit ettikleri vakıalara ve eksper Schwarz ın teknik raporuna nazaran Gobbinin bu şekilde hareket etmesi ile çocukların ölümünü intaç eden felâket arasında bir ıllıyet rabıtası vardır.

2. Borçlar kanununun 55 inci maddesi hakkındaki federal mahkemenin içtihadına göre iş sahibi Tribo, hiç bir kusuru bulunmasa dahi maiyetinde istihdam ettiği Gobbinin hizmet görürken yaptığı zarardan mes'uldür. Bu mes'uliyetten kurtulmak için hal ve maslahatın icap ettirdiği bütün dikkat ve itinalarda bulunduğunu isbat etmesi lâzımgelir (resmî kararlar mecmuası, cilt : 45, kısım : II, sahife : 86 ve 647; 47, II, 412, 49, II, 94; 56, II, 287 ve 289; 57, II, 43). İşbu hâdisede iş sahibi olan Tribo, kendisini mes'uliyetten kurtaracak olan bu delili getirememiştir. Yapılan zararın önüne geçmek için Tribo, bu meş'um yolculuğu şoförüne emretmemeli idi. Çünkü şoförünün yorgunluğu ve asabiyeti böyle bir iş yapmağa imkân vermiyordu, gerek şoförün ve gerek muavini olan Pininin dikkatsizliği onların bütün gün çalışmış olmasından ileri gelmişti. Böyle sıcak bir günün sabahından ta akşamına kadar kamyon sevketmenin icap ettirdiği maddî ve ruhî yorgunluğa mal yükletip boşaltmak ve yolda lâstikleri tamir etmek gibi şeylerde ilâve edilirse şoförün ne derece takatsiz düşeceği kolaylıkla anlaşılır. Şoförünün gördüğü işi bilen ve yorgunluğunun ne gibi tehlikelere meydan vereceğini hisseden iş sahibi ona istirahat edecek vakit bırakmaksızın yeni işler tahmil ederse artık tehlikenin önüne geçmek için hal ve maslahatın icap ettirdiği dikkat ve itinalarda bulunduğunu iddia edemez. Bilâkis büyük bir tedbirsizlik yapmış olur. İşin acele olması keyfiyeti de hesaba katılamaz. Çünkü seyrü seferin emin bir şekilde olması bir çok yüksek menfaatlerin himayesi noktasından zarurîdir.

Tribo, ayak freninin işlememesinden dolayı iş sahibi sıfatile değil belki kamyon sahibi sıfatile mes'uldür. Bu bozukluk şoför Gobbinin

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

471

arabaya hâkim olamaması sebeplerinden birini teşkil eder. Şahitlerden bir çoğunun ifadesine nazaran çocuklardan birine arabanın ön tekerlegi dokunmamış ve arka tekerlek çocuğu ezmiştir.

3. Müddeaaleyhler, çocuklarının sokakta oynamalarına izin veren ana ve babanın hareketlerinde bir müterafık kusur gördüklerini söylüyorlar. *Métein* ile *Pélissier* arasındaki ihtilâfa dair verdiği 14 şubat 1915 tarihli kararda (Resmî kararlar mecmuası, cilt; 41, kısım: II, sahife: 227) Federal mahkeme demişti ki haklarını isteyen bir çocuğa karşı ana ve babanın dikkat ve ihtimamda bulunmamak suretile işledikleri kusur ileri sürülemez; hattâ bu davayı çocukları namına ana ve baba açmış olsalar bile hüküm yine böyledir. Fakat hadisemiz için çok ehemmiyetli olan şu sözleri de ilâve etmişti: «Şüphesiz ki ana ve baba kendilerine ait bir hakkı dava ettikleri takdirde — meselâ çocuğa gelen bir kazanın kendileri için bir takım masrafları mucip olması veya aile-yardımcıdan mahrum kalmış bulunması gibi — müddeaaleyh onların kusurunu ileri sürebilir. (Resmî kararlar mecmuası, cilt: 33, kısım: II, sahife: 503) Şu halde müddeaaleyhlerin bu hususa dair müdafaalarını birer birer gözden geçirmek icap ediyor.

Kazanın vukua geldiği tarihte, zabıta tarafından çocukların sokakta tekerlekli ayakkabı ile kaymaları açıkça yasak edildiği doğru değildir. Bu hususa dair 4 haziran 1913 tarihli nizamname şu hükümleri havidir:

« Madde 3 , Fıkra 3 — Eğer seyri seferin ihlâline sebebiyet verdikleri veya kendileri için bir tehlike bulunduğu takdirde çocuklar umuma ait yollarda oynamamalıdırlar.»

« Madde 12 : Fıkra 3 — Seyrüseferin emniyetini bozacak veya ihlâl edecek olan arabaların kullanılması yasaktır.»

İşbu maddelerde tekerlekli ayakkaplarından (des trottinettes) bahis yoktur. Esasen ilk mahkemenin tesbit ettiğine göre bunlar, o tarihte sokakta gezme vasıtalarından olmak üzere tanınmamıştı. İşbu davaya sebep olan kazanın vukuundan bir kaç hafta sonra emniyet dairesi yukarıdaki hükümleri tefsir etti; ve halka şöylece bildirdi: « Binaenaleyh tekerlekli ayakkapların gerek caddeler ve gerek yaya kaldırımları üzerinde kullanılması yasak edilmiştir.»

Zabıta tarafından sarahaten yasak edilmemiş olsa bile seyrüşeferin tekâsüf ettiği bir yol üzerinde çocuklarını hareketi bir muvazeneye tâbi olan tekerlekli kunduralarla sokağa koyuvermenin çok tehlikeli olacağını ana ve babanın hesaba katmaları lâzım gelirdi. Fakat buna mukabil o kunduralarla parkta oynamağa giden ve en kısa yolu takip ettikle-

142

ri ve yolda tekerlekli kunduraları ayaklarına takmadıkları surette hiç bir tehlikeye maruz olamamaları icap eden çocuklarını ana ve babanın oyundan menetmesi hatıra gelemezdi. «Umumî bağçeye girmeden evvel kunduraların kullanılmasını menetmek için ana ve babanın çocuklarına refakat etmesi onlar için bir vazife değildir. Esasen bunu yapmak bir çok aileler için imkânsızdır. Müddeaaleyhlerin fikrince, otomobiller çıktıktan sonra çocuklar artık sokakta yalnız gezemezler. Bu düşünce yanlıştır. Müddeiler, çocuklarının doğruca parka gittiğine haklı olarak inanabilirlerdi ve hakikaten de çocuklar parka gidiyorlardı dava dosyasına nazaran çocuklar yolda tekerlekli kunduralarını giyerek oynamışlardı. Bilhassa Gobbi onları ezdiği zaman bu kunduralar ayaklarında değil idi. Kezalik bu kunduraların onları yolda oyaladığı da isbat olunamamıştır. Eğer Freiheim lokantası önünde çocuklar yaya kaldırımdan yola indilerse bunun sebebi orada kalmak ve oynamak için değil belki yolu geçerek parka gitmek içindi. Şu halde bu kunduraların kazada kiç bir tesiri olmamıştır. Bu şerait dahilinde çocukların ana ve babasına ne gibi bir kusur atfolunabileceğini anlamağa imkân yoktur.

4. Yaşlarının küçüklüğünden dolayı çocuklara da bir kusur isnad edilemez (müellif *Oser* in borçlar kanunu şerhi, madde : 44, not : 7). Eğer çocuklar seyrüsefer kaidelerine aykırı bir harekette bulunmuş iseler bu, borçlar kanununun 44 üncü maddesi bakımından değil, belki 43 üncü maddesi bakımından zararın miktarını tayin için hesaba katılır. Bununla beraber dava dosyasında, çocukların böyle bir harekette bulunduklarını teyid edecek bir şey yoktur. Çocuklar sokakta koşmuyorlardı. Hattâ içlerinden büyüğü — şahit Barchtoldun ifadesine göre — yolu geçmek için yaya kaldırımdan inmeden evvel sağına ve soluna bakmıştı.

5. Defin ve saire masraflarının 793 franktan ibaret olduğu hakkındaki iddiaya karşı hiç bir itiraz serdedilmemiştir. Bu sebebten bu hususun tetkikine hacet kalmaksızın mezkûr meblâğın müddeiler lehine hükmolunması lâzım gelir.

6. Federal mahkemenin kararlaşmış bulunan içtihadına göre yardımcı mefhumu, yalnız ölümü intaç eden kaza zamanında geriye bıraktığı mühtaçlara yardımda bulunmakta olanlara münhasır değildir. Belki hayatın verdiği tecrübelere nazaran yakın veya uzak bir zamanda yardımda bulunacağı anlaşılan kimse dahi yardımcı mefhumuna girer (Resmî kararlar mecmuası, cilt : 16, sayfa : 816 ; 22, sayfa : 1226 ; 33, II, 88 ; 35, II, 285 ; 44, II, 66 ; 53, II, 126). İşte bu sebeble federal mahkeme ço-

cukları, bir çok hâdiselerde, ana ve babalarının müstakbel yardımcısı olarak tanımıştı. Kanton yüksek mahkemesi, bu içtihadın fazla geniş olduğunu ve çocukların yardımcı sayılamıyacağını kabul etmiştir. Bu düşünce yanlıştır, Çünkü borçlar kanununun 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrası yardım mefhumunu tesbit etmek için hangi zamana bakılacağını göstermemiştir. Yani haldeki yardım mı göz önünde tutulacak; yoksa müstakbel dahi hesaba katılacak mı? Federal mahkemenin işbu fıkraya verdiği mânâ şu fikre istinad eder: Bir tesadüf neticesi olarak yardım edecek bir hale gelmeden evvel bir kazaya kurban giden bir kimsenin ölümünden mutazarrır olanlara tazminat verilmemek açıktan açığa bir adaletsizliği himaye etmek demektir.

Kanton yüksek mahkemesi, şu düşünceyi de ileri sürüyor: Çocukların çok küçük olmalarına göre bunların ileride ana ve babalarına hakikaten bakıb bakmıyacakları hiç te malûm değildir. Kaldı ki bidayet mahkemesi çocukların ana ve babalarına 10 sene müddetle ayda 50 frank vermek suretile bakacaklarını kabul ediyor. Bu mülâhaza doğru olabildiği kadar yanlış ta olabilir. Şu halde kabul edilemez.

Hiç şüphesiz kanton yüksek mahkemesinin yürüttüğü mantık dairesinde alâkadarlara beyyine külfeti yükletilmiş olursa henüz hayatını kazanamıyan çocukların ölümünden dolayı ana ve babalarına tazminat verilmesine imkân kalmaz. Çocukların ana ve babalarına bakabilme kabiliyetleri ve bu husustaki arzu ve iradeleri — mahiyetleri itibarile — meşkûk olan unsurlardır. Çünkü bütün bunlar ileride çıkabilecek ihtimaller neticesinde anlaşılabilir. Şu halde burada delillerin kâfi gelmemesi mevzuu bahsolamaz. Binaenaleyh kanton mahkemesinin muayyen olmamasi sebebile işbu iddiayı kabul etmemesi doğru değildir.

Fakat, federal mahkemenin bir çok vesilelerle teyid eylediği veçhile (yukarıda zikri geçen kararlara bakınız), işlerin mutad cereyanı göz önüne getirilse — ki bu, hayatın verdiği tecrübeden başka bir şey değildir — çocukların günün birinde ana ve babalarına kısmen de olsa bir müddet için yardım edebileceklerini hâkim nazara alabilir mi idi? Bu sualin hiç tereddüt edilmeden müsbet surette halli lâzım gelir. Dava dosyasına nazaran ana ve baba pek güç bir hayat şartları içinde bulunuyorlar ve çocuklarının yardımına mühtaçtırlar. Hattâ ilk mahkeme babanın sıhhî sebeplerden dolayı kısmen çalışamamakta olduğunu da tesbit etmiştir. Çocuklar büyüyünceye ve kendilerine yardımı dokunacak bir hale gelinceye kadar ana ve babanın yaşayıp yaşamıyacağı meselesi ise, hayat istatistiği ihtimalleri üzerine hesap edilir. Çocukların yar-

dım edebilecek kabiliyette bulunup bulunmayacakları noktasının anlaşılması için şunlara bakılmak lâzımdır: Çocuklar vücutca sağlamdılar. Binaenaleyh gerek fikren ve gerek cismen mutat tarzda büyüyebilirdi. Şu halde ilk mahkemenin kabul ettiği nisbet dairesinde ana ve babalarına ileride yardım edebilirlerdi.

Kanton mahkemesi diyor ki çocukların ana ve babalarına yardım etmeleri mutat bir hâdise olmaktan ziyade istisnaî bir haldir. Tecrübe bunu isbat ediyor. Umumî bir tarzda ileri sürülen bu düşünce, müddeilerin şeraitini haiz kimseler için hiç te doğru değildir. Fazla olarak, çocuklar hayatlarını kazanacak bir çağa geldikleri zaman alelekser ana ve babalarının yanında kaldıklarını ve masrafa iştirak ettiklerini kanton mahkemesi kabul ediyor. İştirak ettikleri masrafın bir kısmı ana ve babanın ihtiyacına karşılıktır.

Kanton mahkemesinin son bir düşüncesi daha var; diyor ki acaba çocuklar, ana ve babalarına yardım edecekler mi? Bu sualin halli için medenî kanunun 328 « 315 » inci maddeye bakmak lâzımdır. İşbu madde hükmünce zarurete düşmüş olan ana ve baba çocuklarından nafaka isteye bilir. Kaldı ki iyi terbiye gören bir çocuk bu vazifeyi kendiliğinden yapar.

7. Çocuklar ölmemiş bulunsaydı ana ve baba onları büyütmek ve okutmak için 9072 frank para sarf edeceklerdi. Müddeaaleyhler, yardımdan mahrum kalınması sebebile istenilen paradan bu meblâğın indirilmesini talep ediyorlar. Bu mülâhazayı teyid için de Bâle - Ville kanton istinaf mahkemesinin bu yolda koyduğu bir prensibi ileri sürüyorlar. Elde edilen kârın zarardan indirilmesine dair olan ve zarar ve ziyan işlerinde tatbik olunan kaide, yardımcıdan mahrum kalınan hallerde tatbik olunmaz. Çünkü bu hakikatlere karşı göz yummak demektir. Her sene bir tasarruf sandığına çocukları için sarf edecekleri şeyi müddeilerin yatırmasını ve böylece çocuklar yardım edebilecek bir hale geldiği zaman o paradan istifade etmelerini müddeaaleyhler isteyemezler. Çünkü müddeilerin iki çocukları daha dünyaya geldiğini farz ediniz. Ortada tasarruf sandığına yatırılacak para kalmaz. Fakat yardımcıdan mahrum kalmak fiili bakidir. Bu misal açık bir surette gösterir ki bu gibi tazminatların takdirinde hesaba katılacak kâr ve zarar unsurları başkadır. Çünkü müddeaaleyhlerin iddiası doğru olsaydı çocukların ölümü tarihine kadar ana ve babanın yaptıkları masrafları da indirmek lâzım gelecekti. Çünkü bu masraflar faydasız olarak ihtiyar olunmuştu. Müddeiler bu noktayı çok haklı olarak ileri sürmektedirler.

Müddeaaleyhlerin dedikleri veçhile fazla yapılan masrafları, ölüm dolayısile sarf edilmeyen paraları, bir tacir hesabı carisi gibi kalem

145

kalem hesap etmek, hukukî hissiyata karşı en ağır bir hörmetsizlik olur. Çünkü bu mütaleanın vardığı netice nihayet şudur: Çocuğun doğumu zararlı bir hadisedir: Ölümü kârlı bir iş olduğu gibi, işte bundan dolayıdır ki bu gibi zarar ve ziyanların hesabında kâr ve zarar unsurları kalem kalem geçirilmez. Çünkü yardımdan mahrum kalmaktan ileri gelen zarar tam manasile para tazminatı değildir. Bunun mahiyetini meydana çıkarabilmek için aşağıdaki hadiseyi hatırlamak lâzımdır: Bir diğerine yardım etmekle mükellef olan kimse, henüz yardım borcu tahakkuk etmeden evvel, ona hayatını te'min edecek bir sermaye verdiğini ve epeyi zaman sonra yardım mükellefiyeti tahakkuk eylediğini farz ediniz. Şimdi yardıma mühtaç olan nafaka alacaklısı, kendisine evvelce verilen sermayeyi her hangi bir işte batırmış olursa nafakadan doğan alacak sakıt olur mu? Yani nafaka borçlusu ben kanunî vazifemi yaptım başka bir şey tanımam diyebilir mi? Tabiatile böyle bir iddiada bulunamaz. Çünkü nafaka davalarına karşı takas ve mahsup iddiaları dinlenmez. Kaldı ki mes'elede bir amme hukuku manzarası vardır. Çünkü ölen çocuklarına sarf edecekleri parayı tasarruf etmeyen ana ve baba umumun sırtına yükletilmiş demektir. Halbu ki bir zarara meydan veren kimse ammenin aleyhine olarak o zararın tazmininden kurtulamaz; meğer ki nafaka alacaklısının maddî bir kâr elde ettiği isbat edile.

8. Manevî tazminata gelince, şu mes'elenin halline lüzum yoktur. Geriye kalanların uğradıkları büyük acıdan dolayı, hiç bir kusuru olmayan ve fakat borçlar kanununun 55 inci maddesi hükmünce kendisinin zararla mes'ul edilmemesi hakkında bir beyyine getirmeyen iş sahibinin manevî zararla mahkûm edilmesi doğru olur mu? Yoksa iş sahibi borçlar kanununun 47 inci maddesi hükmünce mi mahkûm edilmelidir? Bu ikinci maddeye göre mahkûm edilebilmek için kusurun bulunması şarttır.

Hadisede bu sual halledilmeden bırakılabilir. Çünkü yukarıda görülduğü veçhile kamyon sahibi Tribo ölümü intaç eden kaza ile sıkı bir surette illiyet rabıtası olan ağır bir kusur işlemiştir. Diğer müddeiaaleyh Gobbi dahi oldukça ağır bir ihmalde bulunmuştur.

Manevî zarar mıktarı hakkında, federal mahkemenin 6 Mayıs 1931 tarihli kararı bir mikyas olarak alınamaz. Çünkü bir doktorun hastalığı teşhisde yanılması ile yol kazası arasında bir münasebet yoktur. Şunu unutmamalıdır ki çok acı bir şekilde ve bir ande yegâne zevklerini teşkil eden iki sevimli çocuklarını kaybetmelerinden ileri gelen ana ve babanın büyük teessürü bu tazminatın mıktarına müessir olur. Çocuklarının ölümünü haber alınca yapılan ve dosyasının verdiği malûmata naza-

ran uzun müddet çalışamıyacak bir hale gelen ananın sıhhatında yaptığı fena te'sir göz önüne getirilirse istenilen 10.000 frank manevî tazminatın hiç te mübalegalı olmadığı anlaşılır.

Şu halde bidayet mahkemesinin kararını olduğu gibi kabul etmek lâzımdır.

I inci hukuk dairesi. — M. M. The'lin, Honegger, Ursprung, Robert, Engeler, Bolla ve Andermatt. — Zurich avukatlarından Dr. S. Spivak ve Dr. Fritz Schiller.

Düşünce. — Bir otomobil kondüktörünün yorgunluğu dolayısile verilen vazifeyi kabul etmemesi hakkında federal mahkemenin 23 mart 1932 tarihli kararını da görmek lâzım gelir. Bu kararda deniliyor ki:

«Yorgunluktan bitkin bir halde olduğunu hisseden ve yolda uykusuzlukla mücadele edemiyeceğini anlayan bir kondüktör direksiyona geçerse tedbirsizlik etmiş olur; binaenaleyh mesuldür. Otomobili idare eden ve kendisininkinden başka diğerlerinin de hayatını elinde tutan bir adamın uyuklamağa hakkı yoktur. Uykusuzluğa dayanamıyacağını anlayan bir şoför yoluna devam edemez.»

İş sahibinin mesuliyeti hakkında dahi 27 eylûl 1930 tarihli kararda faydalı cümleler vardır.

Sabahın yedisinden beri çalışan bir şoföre gece işi veren iş sahibi borçlar kanununun 55 inci maddesindeki zarardan kurtuluş beyyinesini getiremez.

İşbu kararın 2 numaralı esbabı mucibesinin son fıkrasında «Tribo ayak fireninin işlememesinden dolayı iş sahibi sıfatile değil belki kamyon sahibi sıfatile mesuldür» deniliyor. Bu cümleden kamyon sahibinin borçlar kanununun 58 inci maddesi hükmünce mes'ul tutulduğu anlaşılmamalıdır. 58 inci madde bina sahibinin mes'uliyetine dairdir. bu mesuliyet yalnız:

a) Binalarda,

b) Binalara benzeyen veya onların mütemmim cüzülerini teşkil eden şeylerde,

c) yere merbut şeylerde,

d) Müstakilen — velevki muvakkat olsun — muayyen bir yerde kullanılan şeylerde,

Varit olabilir. Burada borçlar kanununun 41 inci maddesi mucibince kamyon sahibi mes'ul tutuluyor.

Bu kararda borçlar kanununun 43 ve 44 üncü maddeleri arasındaki farka işaret olunmuştur. Fakat kararda bu farkın neden ibaret olduğu

117

açıkça gösterilmiyor. Bu sebepten bu farkı diğer kararlar yardımile anlatalım,

Federal mahkemenin 6 mart 1928 tarihli kararına göre (Resmî kararlar mecmuası, cilt: 54, kısım: II, sahife: 138). 44 üncü maddenin 1 inci fıkrası ancak mutazarrırın mes'ul olduğu hallerde tatbik olunur. Kendine ehliyetsizliği dolayısile mes'uliyet teveccüh etmiyecek olan mutazarrır hakkında bu fıkra tatbik olunmaz. Halbüki 43 üncü maddenin 1 inci fıkrası ehliyetsizlik halinde de tatbik edilir. Çünkü hâkim gerek zarar gören ve gerek zarara sebep olan kimselerin vaziyetlerini hesaba katar. Şu halde tazminatın indirilmesi için ehliyetsiz olan mutazarrırın da hareketlerini göz önüne alır.

---

93. FEDERAL MAHKEME

İPOTEKLİ BORÇ SENEDİ. — 10,500 franklık hâmiline ait ve her altı ayda beşer yüz franklık itfa taksiti itası şartını havi ipotekli borç senedi. — Borçluya haber verilmeksizin senedin devrü ferağı. — Evvelki hâmillere 9,000 franklık itfa taksidi ödenmesi. Borçlunun mütebaki 1,500 frangın itası mukabilinde senedin iadesi talebile son hâmil aleyhine açtığı dava. — Hâmilin resülmalin tamamı olan 10,500 frangı talep etmesi. — Borçlunun iki derece kanton mahkemesi ve federal mahkeme tarafından kabul edilen davası.

[K. M. : 821, 862, 866, 873, 874 ; İc. İf. K. : 41]
" K. M. : 793, 831, 835, 842, 843 ; İc. İf. K. : 45 „

Bir ipotekli borç senedini iktisap eden kimse, alacağın mikdarı hakkında yalnız senette gösterilen meblâğa istinat edemez. Bu senedin tekmil mündericatını öğrenmeğe ve bilhassa senette muayyen zamanlarda ödenecek itfa taksitleri meşrutsa, bu taksitlerin ödendiği hakkında senette veya tapu sicillinde bir kayıt ve sarahat olmasa bile, bunların ödendiğini farzetmeğe mecburdur.

Kanunu medenînin 874 üncü maddesinin 3 üncü ve 862 inci maddesinin 1 inci fıkralarındaki mânada senevî taksit tâbirinden faizden ayrı olan itfa taksitleri anlaşıldığı gibi senette nazarı itibare alınmış olması şartile faize merbut olarak ödenen taksitler de anlaşılır.

Kanunu medenînin 862 inci maddesinin 2 inci fıkrasındaki mânada resülmalin kısmen tediyesi tâbirinden münhasıran senette mevzu bahsolmadığı resülmale mukabil verilen taksitler anlaşılır.

Senelik taksit tâbirinden bir seneden fazla fasılalarla ödenecek resülmal tediyeleri de anlaşılabilir mi? (Federal mahkeme tarafından mahfuz tutulan mesele)

K: 93

118

Mübdei : Terraingenossencheft — Müddeaaleyh ; Gut
1 Temmuz 929

A. Müddeiler Zurich'de Friesbergstrass'te kâin 40 numaralı ve üzerinde 25 haziran 1913 tarihinde 10,500 frank için faizler ve itfa taksitleri hakkında aşağıki şartlar dairesinde tesis edilmiş bir ipotekli borç senedi mevcut olan bir gayrı menkulün sahibidirler :

« Borç 10,500 frank ; 5 kânunusani, 5 nisan, 5 temmuz, 5 teşrinievvel tarihlerinde ödenecek senevî % 5 faizli ; 5 nisan ve 5 teşrinievvelde vadeleri hulûl eden altı aylık beşer yüz franklık itfa taksitli. Alacaklı 6 ay evvel ihbar şartile her zaman resülmalin tamamını istemek hakkını haizdir. »

Uzunca bir zaman bu ipotekli borç senedinin alacaklısı G. R. Schimidt namında bir zattı ; bu zat senedi teslimi meşrut rehin suretile birbirini müteakip Société de Banque Suisse ve Banque Populaire Suisse ve - 14 temmuz 1924 de - Zurich'teki Union de Banques Suisses müessesselerine vermiştir. Fakat borçlu ancak 14 mart 1927 tarihinde senedin Union de Banque Suisse'e teslimi meşrut rehin suretile verildiğinden haberdar edilmiştir. Bundan sonra 20 haziran 1927 tarihinde bu müessese, senedin mülkiyetinin 5 nisan 927 deki faizlerle beraber müddeaaleyh şirkete geçtiğini de borçluya bildirmiştir. Binaenaleyh 14 mart 1927 de vuku bulan ihbara kadar borçlular 9,000 franga baliğ olan faiz ve itfa taksitlerini senedin kendilerince malûm olan hâmiline ödemişlerdir ; bu kabilden olarak 1924 temmuzundan itibaren vadesi hulûl eden beş taksit M. G. R. Schimidt » hesabına makbuz vermiş olan Banque Populair Suisse müessesesine ödenmiştir. Taksitlere mütedair hiç bir kayıt senede dercedilmemiştir.

B. Bu dava ile müddeiler, ipotekli borç senedinin borçlusu sıfatile, mütebaki 1500 frangın ödenmesi mukabilinde mezkûr senedin geri verilmesini istemektedirler. Müddeaaleyh 9,000 franga çıkan taksitlerin ödenmiş olmasına itiraz etmemekle beraber senedi Union de Banques Suissesden muteber bir surette iktisap etmiş olduğunu ve bu müessesatın da mezkûr senedi 10,500 frank kıymetinde olarak kendisine iktisap ettirmiş bulunduğunu iddia ederek iadeden imtina etmektedir. Müddeaaleyhe göre Schimidt senedini Union de Banque Suisses'e teslimi meşrut rehin suretinde verdiği zaman tahsil etmiş olduğu taksitlerden bahsetmemiştir. Müddiler bu itfa taksitlerinin senede dercettirilmesini ihmal etmekle, evvelce vâki olan ödemelerine rağmen, borcun tamamen mes'ulü olmaları icap

119

eder. Müddeaaleyh bundan maada ancak 4000 frangın tediyesi mukabilinde senedin iadesine mecbur olabileceğini, çünkü 1924 temmuzundanberi senet Union de Banques Suisses'e merhun olduğu ve resülmale mukabil verilecek itfa taksitlerinin ifasının muteber olması için senet hâmiline ödenmesi lâzım geldiği halde ödenen 2500 franklık taksitin Banque Populaire Suisse'e ödenmiş bulunduğunu da dermeyan etmektedir.

Kanton mahkemelerinin iki derecesinde de dava kabul edilmiştir. Zurich Kantonu mafevk mahkemesinin kararı 12 mart 1929 tarihlidir.

Müddeaaleyh, federal mahkemeye müracaat etmiş ve 1 nisan 1927de kabzedilen 550 frangın tenzili şartile 10,500 frank ödenmeden veya 4000 frank 5 teşrinievvel 1926 tarihinden itibaren % 5 faizle tesviye edilmeden ipotekli borç senedini geri vermeğe mecbur olmadığından bahisle kararın nakzını istemiştir.

Mümeyyezün aleyhler ise müddeabih ancak 1500 franktan ibaret olduğu cihetle temyiz talebinin kabüle şayân olmadığını; bundan maada nakzı talep edilen hüküm kanuna uygun olduğundan dolayı da mezkûr talebin reddi lâzım geldiğini iddia etmişlerdir.

Federal mahkeme temyiz talebini reddetmiştir.

Esbabı mucibe :

1. Evvelemirde müddeabihin kıymetine mütedair itirazın halli lâzım gelir. Her nekadar dava arzuhalinin metninde de yalnız 1500 frangın ödenmesi mukabilinde ipotekli borç senedinin geri verilmesi istenilmekte ise de bu iddia, müddeaaleyhin senette tasrih edilmesi lüzumunu iddia ettiği 9000 franklık alacağın hukukan mevcut olmadığının tesbitini tazammun etmesine göre müddeabihin kıymetini bu meblâğın tayin etmesi lâzım gelir. Bu itibarla federal mahkeme temyiz müracaatini kabul edebilir.

2. Kanton mahkemesi, bir ipotekli borç senedini iktisap eden kimsenin senedin metninde gösterilen meblâğı tetkik ile iktifa edemiyerek tekmil muhtevasını tetkik mecburiyetinde olduğu, hususî faizlere, itfa taksitlerine, rehinlere... İlh. bakması icap ettiği yolundaki fikre haklı olarak iştirak etmiştir. Bu keyfiyet ipotekli borç senedi muamelâtında icabı halin kendisinden beklenmesini kabul ettiği bir dikat ve ihtimamdır. (K. M, madde 3 fıkra 2) alacağın veya rehnin mevcudiyeti senedin heyeti mecmuasından husule geldiğine göre kanunu medenînin 866 «835» ıncı maddesine göre bunların vüs'at ve şumulünü tesbit için de ipotekli borç senedinin metnine istinat olunabilir. Eğer senet mündericatı borçlunun aynı zamanlarda ödenecek itfa taksitleri vermek mecburiyetinde ol-

duğunu gösteriyorsa senedi iktisap eden kimse (tabiî hal olmak itibarile) borçlunun borçlarını ifa ettiği esasından hareket etmek ve bu suretle alacağın bu itfa senetleri derecesinde azaldığını kabul eylemek mecburiyetindedir. Taksitlerin ödendiği farzedilince, senede göre alacağın miktarını hesap etmek kolaydır.

Filhakika senedin hâmili sıfatile, iktisap eden kimse tesadüfen tedahülde kalmış taksitleri istemek hakkını haizdir. Fakat itfa taksitleri muntazaman tesviye edilmişlerse, bu hususta senette veya tapu sicillinde bir kayıt mevcut olmasa da bu tesviye ile borçlu iktisap edene nazaran da beraet etmiş olur.

Federal mahkemeyi takyit edecek bir tarzda kanton mahkemesi tarafından tesbit edilmiş olduğu veçhile Zurich piyasasında senevî itfa taksitlerinin her defasında senede veya sicil kaydına geçirilmesi müteamil olmamasına göre müddeaaleyhin vadesi gelen taksitleri ödenmemiş addetmesi kuvvetli bir esasa müstenit değildir. Bu teamül karşısında senedi iktisaptan evvel bu hususlara dair malûmat almak külfeti müddeaaleyhe terettüp eder. Müddeaaleyhin iddiası veçhile senedi iktisap edene terettüp eden taksitlerin tediyesi hakkında malûmat almak külfetinin bu nevi rehin senetlerine müteallik muamelâtı karıştırabilecek mahiyette olup olmadığını tetkike mahal yoktur. Filhakika bu senetlerin iktisadî kıymeti rehnin mevzuunun kıymetine ve ipotek teminatına (ipotekli borç senedinde de) borçlunun tediye kabiliyetine bağlı olduğundan senedi iktisap eden her cihetten tahkikat yapmak mecburiyetindedir; ve bunların yanında tediyesi meşrut itfa taksitlerinin ödenmesi keyfiyetinin tespiti ikinci derecede kalır; bundan maada, kanton hâkimi, Zurich piyasası banka müesseselerinin reynamelerine istinaden bu gibi senetleri iktisap edenlerin bu senetlerin iktisabından evvel itfa taksitleri hakkında malûmat almak mecburiyetinde olduklarını göstermiştir. Mümeyyiz, bu vecibenin, vadesi hulûl etmiş kıymetli evrakı hiç kimsenin hüsnü niyetle iktisap edememesi neticesini doğuracağını ve bu keyfiyetin de bu evrakın tedavülüne mâni olacağını iddia etmektedir; fakat bu itiraz esaslı değildir, çünkü bu halde iktisap eden, senedin henüz tedavül etmesi hasebile vadesinin hulûl etmiş olmasına rağmen muhtevasının ödenmediğini istidlâl edebilir. Fakat kısmen tediyede kanunu medeninin 873 «842» üncü maddesine göre borçlunun senedin iadesini istemeğe hakkı yoktur. Bu itibarla senedin henüz alacaklının elinde bulunması, yukarıda söylendiği veçhile, itfa taksitlerinin muntazaman verilmiş olması karinesini bertaraf edemez.

MİLLÎ KÜTÜPHANE
ANKARA

121

3. Kanunu medeninin 874 «843» üncü maddesinin 3 üncü fıkrasının tapu sicilline kayıt veya senede dercettirilmiyen tadilâtın - binaenaleyh senede dercedilmemiş resülmal itfa taksitlerinin - senette meşrut senevî taksit tediyesi şeklinde vukuu halinde hüsnü niyetle iktisap edene karşı da dermeyanı kabil olduğu hususunda nazarı dikkatini celbetmekte bulunduğunu da bu mülâhazalara ilâve etmek lâzımdır.

Mümeyyiz; Leemann'ın şerhinin 874 «843» üncü maddeye müteallik (13 üncü notuna) istinaden, bu maddedeki «senevî taksit» tabirinden munhasıran bu tabirin dar manasile yani faize ilâve şeklinde vaki ödenmenin anlaşılması lâzım geldiğini yoksa «senevî taksit» tabirinin geniş manasının yani faizde müstakil olarak muayyen bir meblâğın tesviyesi manası anlaşılamıyacağını itirazen dermeyan etmektedir. Fakat kanun bu iki tarzda «senevî taksit» arasında—Leemann'ın da kabul ettiği veçhile — 862 «831» inci maddede bile bir tefrik yapmamaktadır: «senevî taksit» tabirinden senette meşrut olan muntazam ve mecburî senelik vadeli taksitlerin tesviyesi anlaşılır. Esaslı olan nokta taksit bedellerinin muntazam olmasıdır, yoksa her defasında ihtiva ettikleri meblâğın ne tarzda hesap edileceği keyfiyeti değildir. Buna mukabil 862 «831» inci maddenin 2 inci fıkrasında mevzuubahs olan resülmal üzerinde tediye tabirinden de - kanunun hükmü bu yolda bir takyidi ihtiva etmemekle beraber - muayyen zamanlarda talebi mümkün olmıyan, senette meşrut bulunmıyan, hususî bir itilâfa müsteniden vuku bulan ödemeler anlaşılır. Bu tefrik kanunun ruhuna uygundur, zira geniş ma'nada «senevî taksit» tabirinin 862 «831» inci maddenin 1 inci fıkrasına muhalif olarak, ikinci fıkrasındaki senette meşrut olmıyan gayri muntazam taksitlerin yanına, konulması, bu hükme tâbi tutulması için zahirî bir sebep yoktur; bilâkis her iki tarzdaki senevi taksitleri bir cihette ve senette meşrut olmıyan gayrı muntazam taksitleri diğer cihette addetmek ve bunları biri birinden farklı olarak tefsir eylemek daha doğru ve kabili izahtır; eğer taksitlerin muayyen zamanlarda ödenmesi senedin hükümlerinden ise bu hal alacaklı ile borçlu arasında alacaklıya hakkını her defasında senedi ibraz suretile ispat etmeği lüzumsuz gösterecek ve borçluya alacağın devir ve ferağı hakkında kendisine bir haber verilmedikçe eski halin devam etmekte olduğunu farz ettirecek bir vaziyet ihtas eder. Kanun bu vaziyetleri nazarı itibara almış ve hüsnü niyetle iktisap eden ve üçüncü şahışlara bir zarar vermeksizin bunu böyle yapmıştır. Zira üçüncü şahıs senedin mündericatı hasebile bu tediyelere dikkat edecek ve müteakip taksitlerin bizzat kendisine ödenmesi hususunda borçluyu ikaz imkânına malik olacaktır. Se-

122

net mündericatına göre ödenmesi mecburî olmıyan taksitler ise tamamen başka türlüdür. İktisap eden kimse bunları anlamak imkânına malik değildir. Bu sebep bu ikinci vaziyette borçlunun tediye zamanında alacaklı olduğu tahakkuk eden kimseye ödemiş olmadıkça beri olamıyacağı hakkındaki hükmü izaha kâfidir.

Binaenaleyh 862 «831» inci madde kanunda iki tarz senevî taksit arasında bu tâbirin dar ve geniş manalarında bir fark gözetmeğe müsait değildir. Bu tefrik bu sebeple evvelce 874 «843» üncü maddeye konulamamıştı.

Bu hükmün gayesini düşünmek lâzımdır: 874 «843» üncü maddenin 3 üncü fıkrası borçluyu iki defa ödeme tehlikesinden muhafaza etmek içindir. Binaenaleyh senevî taksitler ne suretle tesbit edilmiş olurlarsa olsunlar bu himaye temin edilmelidir.

4. Hâkim olan nazariyeye göre İcra ve İflâs kanununun 41 «45» inci maddesinde «senelik taksit» tabirinin ancak yukarıda bu tabirin dar manası diye tavsif edilen manayı ihtiva ettiği doğrudur. Bununla beraber bundan bu tarzda bir delil çıkarılamaz, zira bu tefsir ancak borç için takip hukukuna taallûk eder. İcra ve İflâs kanununun 41 inci maddesinin gayesi, rehinin paraya çevrilmesi, haciz veya iflâs yollarından birinin intihap hakkını ancak faizlerde olduğu gibi (K. M. 818. fıkra 3, «790») muvakkat rehinle temin edilmiş alacaklar için muhafazadan ibarettir. Bu noktai nazarı ancak faizden ayrılmayan ve 821 «793» inci maddeye dahil bulunan itfa taksitleri gayri menkul rehinle temin edilmiş faizler mahiyetinde addedilebilir. Zira rehinin muvakkat teminatından istifade edebilen ancak bu faizlerdir.

Kanundaki mânasile senevî taksit tâbirinden, senet hükümlerine göre vadeleri bir seneden fazla bir fasıla ile gelecek müsavi veya gayri müsavi resilmal ödemeleri de anlaşılabilir mi? Bu hâdisede bu meseleyi halle mahal yoktur, zira taksitlerin her sene ödenmesi meşruttur.

Bu sebeplerden dolayı müddeaaleyh, senedin Union de Banque Suisse tarafından feragatin ihbarından evvel müddeinin ipotekli borç senedine tevfikan ödemiş olduğu 9.000 franga baliğ olan tekmil taksitleri, bu tediyelerin fariğ müessesenin iktisabından evvel veya sonra vâki olduğunu tetkik etmeksizin kabule mecburdur.

II inci Hukuk dairesi. — M. M. Soldati, Rambert, Strebel Lench, Bloche, Hablützel ve Affolter. — Me. Honegger ve Me. P. Willi, Zurich Avukatlarından.

K : 93

123

94. FEDERAL MAHKEME

AYRILIK KARARINI TAKİP EDEN BOŞANMA. — Karı kocadan biri tarafından ayrılık müddeti zarfında işlenilen kusur. — Sonradan ikame olunan boşanma davası esasında manevî zarar mukabili olarak tazminat talebi. — Ret.

[K. M. 151 ve 152]
[K. M. 143 ve 144]

Kanunu medeninin 151 inci maddesinin 2 inci fıkrasına tevfikan kusuru takdir edebilmek için evlilik bağının derin bir surette haleldar olduğu bir zamanda işlenmiş olsa dahi evlilik mefhumuna muhalif her hareketin nazarı itibara alınması lâzımdır.

M. : *Madam Hartens* — M. A. : *Hartens*
21 mart 1929

5 mayıs 1924 tarihinde Zürich mahkemesi taraflar arasında üç sene için ayrılık kararı verdi. Bir uzlaşma vaki olmadığı cihetle müddei 1917 sanesi mayıs nihayetinde boşanma davasını ikame etti.

Müddeaaleyh boşanmaya muvafakatini beyan etmekle beraber kanunu medeninin 151 ve 152 «143 ve 144» inci maddelerine istinaden 20000 frank tazminat istedi.

Zürich bidayet mahkemesi boşanmaya 8 mayıs 1928 tarihinde hüküm eyledi; çocukların sureti tevdii ve bunlara verilecek nafaka hakkında karar verdikten sonra müddeaaleyhin diğer isteklerini reddeyledi.

Taraflar bu karar aleyhine kanton mahkemesine müracaat ettiler.

10 teşrinisani 1928 tarihli ilâmile Zürich kanton mahkemesi çocuklara verilecek nafaka hakkında karar verdikten sonra bidayet mahkemesinin tazminata mütedair kararını tasdik etti.

Kanton mahkemesi ayrılık kararından beş ay sonra müddeaaleyhin Zürichte mukim G. H. Egli müessesesi tarafından müddei aleyhine şikâyetname verilmesine ve bu suretle müddeinin hırsızlıktan dolayı bir gün hapse mahkûm olmasına sebebiyet verdiğini görmüştür.

Mahkeme müddeaaleyhin bu hareketinin evliler arasındaki uçurumun

aşılmaz bir hale gelmesine ve bu suretle evlilik bağının kat'î olarak kopmasına bais olduğunu kabul etmiştir.

Binaenaleyh 151 ve 152 inci maddeler müeddasına nazaran kabahatsiz değildir.

Müddeaaleyh federal mahkemeye de müracaat etmişse de talebi reddolunmuştur. (Hulâsa)

Esbabı mucibeden alınan fıkralar

İddia olunan fiil evlilik bağının çözülmesine sebep olsa bile behemehal 151 «143» inci maddenin 2 inci fıkrasında zikrolunan şeraiti câmi bir kabahatin vücudu kabul olunamaz. Kusuru takdir edebilmek için evlilik mefhumuna muhalif her hareketin, bu hareket evlilik bağının evvelce derin bir surette haleldar olduğu bir zamanda işlenmiş olsa dahi, nazarı itibara alınması lâzımdır.

Binaenaleyh evlilerden birinin, kendi kusuru olmaksızın evlilik bağının haleldar olması halinde, 151 «143» inci maddesinin ikinci fıkrasının bahşeylediği hakları gaip etmeksizin evliliğin kendisine yüklediği vezaif hilâfında hareket edebileceğini kabul hak ve nısfete mugayir ve binaenaleyh ruhu kanuna da gayri mutabık olacaktır.

Kaldı ki hâdisede müddeaaleyhin makul bir saika istinat etmeksizin sırf intikam hissile kocasını ihbar ederek evlilik baki kaldıkça karı koca arasında caiz görülen hareketlerin hududunu aşırı derecede geçmiş olduğunu fazla teşriha lüzum kalmaksızın kabul etmek lâzımdır.

Bu sebebe mebni tazminat istemek hakkını tamamen gaip etmiştir.

II inci Hukuk dairesi. — Rossel. Jaeger, Rambert, Strebel, Brodtbeck Leuch, ve Hablützel: — M. Gutmann ve Dr. Reich Stein Zürichte avukat.

---

95. FEDERAL MAHKEME

MİRAS HAKKINDAN İSKAT. — Şeriki bulundukları komandit şirketinin tasfiyesine müteallik aralarında çıkan dava esnasında oğlunun pederi aleyhine vaki ağır ittihamatı ve cezaî takibat yapılması için şikâyetname vermesi dolayısile mirastan iskat. — İskat edilenin davası. — Kanunun ruhuna nazaran iskatın istinat ettiği

125

ef'alin aile vazifesini ihlâl eder mahiyette olmadığına dair defi. — Vasiyet edenin afvı davası. — Ret. — Federal mahkeme tarafından reddedilen tashihi karar talebi.

[K. M. 271, 477]
" K. M. 260, 457 „

1 — Aralarında muallakta bulunan bir dava dolayısile oğul tarafından baba aleyhine isbatsız kalmış bir takım ağır ittihamlarda bulunmak ve esassız olarak cezaî takibat için şikâyetname vermek Kanunu medenînin 477 "457„ inci maddesinin ikinci fıkrası müeddasına nazaran makul bir iskat sebebi teşkil eyler.

2 — Mirastan iskattan, ancak ölüme bağlı tasarruflar için sevkolunan şekilde rücu olunabilir.

Rücu, vasiyet edenin iskat edileni affettiği kanaatini doğurabilecek inandırıcı hallere istinat edemez.

M. : *Dukas* — M. A. : *Stern ve consort*
4 temmuz 929

Müddei ve mümeyyiz Albert Dukas ile babası arasında azasından bulundukları komandit şirketinin tasfiyesi münasebetile dava çıkmıştı. Müddei babası aleyhine haysiyeti kırıcı bir takım isnadatta bulunduğu gibi hassaten bazı muhasebe evrakını gûya tahrif ettiği iddiasile cezaî takibat yapılması için bir şikâyetname de vermişti.

Baba vasiyetnamesinde oğlunu şu tarzda miras hakkından iskat etmiştir : « Oğlum Albert'i kanunu medeninin 477 «457» inci maddesinin ikinci fıkrasına tevfikan mirasımdan tamamen iskat ediyorum. Aile vazaifini ağır surette bozması onun kat'iyen kabili tavsif olmıyan hareketinde mündemiç ve bu hal D. ve şürekâsı komandit şirketinin tasfiyesine müteallik dosya ile sabittir. Oğlum komandit şeriklerimden mühim bir kısmını kaybetmekliğime sebep oldu. Benim vesaya ve ricalarıma tamamen mugayir olarak yegâne sermayedarı ve binaenaleyh bütün malî mes'uliyetlerini yüklenmiş bulunduğum şirketin tasfiyesine muhalefet etti. Yalan olduğunu bildiği bir takım vakıaları iddia ve beni yani babasını bir çok defalar cürümle ittiham eyledi, Tamamen esassız olduğunu bilmesi icap ettiği halde benim aleyhimde şikâyetname dahi verdi. Uzun seneler muallâkta kalan bu dava ve bunun cereyanı esnasında aleyhimde serdeylediği mânasız ittihamlarla sıhhatimi bozdu. Oğlumun

126

marazî bir hali olduğunu kabul etmek mecburiyetinde bulunmakla beraber ef'al ve harekâtında o derece fenalık mevcut ve babasına karşı mükellef olduğu vazifeleri o derece ihlâl etti ki onu mirasımdan tamamen iskat zaruretinde kaldım... »

İskat edilen iskat şartının iptali için mahkemeye müracaat ve vâkıaları inkâr ettiği gibi bunlar isbat edildiği takdirde dahi aile vazifelerinden birinin ihlâli mevzuu bahsolmadığı cihetle iskat için kâfi bir sebep teşkil edemiyeceğini ve nihayet affedildiğini iddia eyledi.

Dava kanton kazaî mercilerince reddedildi.

İskat edilen tashihi karar zımnında federal mahkemeye müracaat eyledi.

Federal mahkeme talebi redetti.

Esbabı mucibeden alınan fıkralar ;

1 — Eğer müddei tarafından murisi aleyhine serdolunan kabahatler esaslı değil idise, müddeinin aile vazaifini ağır surette ihlâl ettiğini bilâtereddüt kabul ıztırarında bulunduğumuza göre, müteveffa bu sebebe istinat ederek kanunu medeninin 477 «457» inci maddesinin ikinci fıkrasına tevfikan onu mirastan iskat edebilmek salâhiyetine maliktir. Müddeinin iddiası veçhile «aile vazaifi» tabirile yalnızca kanunen [1] tahmil olunan vazaifin anlaşılmak lâzım gelip gelmediğini veyahut bu maddenin aynı zamanda aile birliğinin doğurduğu sırf ahlâkî vazaifi ihlâli de tazammun edip etmediğini tetkike mahal yoktur. Filhakika burada gayrı kabili münakaşa bir tarzda kanunî bir aile vecibesi karşısında bulunuyoruz. Oğul isbatsız kalan isnadatile kanunu medeninin 271 inci maddesi mucibince baba, ana ile çocuklarının yekdiğerine karşılıklı olarak borçlu bulundukları yardım ve hürmet hislerini ağır bir tarzda ihlâl etmiş ve kendisini suçlu mevkiine düşürmüştür. Müddei pederile kendi arasında ancak iş münasebetinin mevzuu bahsolduğunu ve bu vadide vasiyet edene karşı oğul sıfatile değil, fakat müsavat dairesinde ve onun bir şeriki sıfatile hareket ettiğini işaret etmek için yanlış olarak federal mahkemenin 2 mayıs 1926 tarihli kararına istinat etmektedir. (R. O. 25 II S. 115 : J. D. T. 1926, 466 - 7 hülâsa.)

Filhakika babasile iş münasebeti olan bir oğuldan çocukların baba ve analarına karşı borçlu bulundukları riayet dolayısile kendi menafiini

[1] Bu mesele ancak 477 inci maddenin ikinci fıkrasının Almanca metni muvacehesinde mevzuu bahsolabilir.

177

ihmal etmesi istenemez. Fakat bu nokta istisna edilmek şartile oğul babasına karşı riayette bulunmak külfetinden vareste kalamaz. Eğer aralarında bir davanın çıkmasından kaçınılamazsa oğlun, babanın kendisile davada bulunmaktan duyduğu teezziyi aralarındaki ihtilâfın istilzam etmediği bir takım namussuzca usullere müracaat suretile fazlalaştırmaktan bile veliye tevakki etmesi lâzımdır. Her nekadar müddei vazıı kanunun ispatsız kalmış bir şikâyetnameyi aile vazifelerini ihlâl mahiyetinde telâkki etmediğini ispat için bu mealde Scherrer tarafından vaki olan teklifin kavanin encümeninin ekseriyeti tarafından badelmüzakere reddedilmesi keyfiyetini ve 477 « 457 » inci maddenin tarihçesini serdeylemişse de (encümenin zabıtlarına müracaat sahife 180) bu delil inandırıcı mahiyette değildir. Zabıtname mevzuubahs teklifin neden dolayı reddedildiğini göstermemektedir. Bunun müddei tarafından iddia olunan sebebe istinat ettiği de kabul olunamaz. Bilâkis encümen bu hâdisenin benzerlerini başka bir kayda ihtiyaç kalmaksızın âm ve şamil bir tarzda sevketmiş olduğu aile vazifelerinin ağır surette ihlâli mefhumuna ithal etmek lâzım geleceği cihetle bu tarzda bir ilâveyi lüzumsuz addetmiştir.

Nihayet müddeinin vasiyet edenin mevzubahs isnadattan çok fazla muztarip olmaması dolayısile kanunu medenînin 477 inci maddesinin ikinci fıkrasının tatbiki için muktazi şeraitin bulunmadığı yolundaki iddiasına gelince bu def'i dahi makbul olamaz.

Zira hakikaten bir fiilin yalnız başına objektif olarak ağır bir surette müteessir edecek mahiyette olduğu görülür ve vasiyet eden bu sebebe istinat ederek mirastan iskata tevessül eylerse onun çok fazla müteessir olduğunu kabul etmek lâzımdır. Hilâfını ispat iskat edilene düşer. Halbuki vasiyet edenin iskat sebebini öğrenir öğrenmez derhal iskata şuru eylememesinden bu mâna çıkarılamaz. Baba ile oğul arasındaki tabiî bağlar netayici bu derece ağır bir çareye baş vurmazdan evvel babayı oğlile bir uzlaşmaya sevkedecek kuvvettedir. Fakat nihayet oğlunu iskata karar verirse bu teahhür onun çok fazla müteessir olmadığını kabule imkân bahşolamaz.

2 — Vasiyet edenin affının lühuku dolayısile iskatın hükümsüz kaldığına dair müddeinin son def'inin tetkikı kalıyor. Kanton kazaî mercileri bu nokta üzerinde tevakkuf etmeksizin affın umumî bir surette İsviçre hukukunda iskatı ortadan kaldırabilecek veya vasiyet eden tarafından evvelce sadır olan iskatı hükümsüz bir hale ifrağ edebilecek bir tesiri olup olmadığını tetkikten istinkâf ve bu def'i kabul etmemiştir. Müsbet veya menfî olarak meseleyi halleden (meselâ Alman kanunu

128

medenîsi § 2337. Avusturya kanunu medenîsi § 772 ye müracaat) bir takım mevzuat hilâfına olarak İsviçre kanunu medenîsi bu meseleye dair hiç bir sarahati ihtiva etmemektedir. İlim sahasında reyler kanunun bu sukutunun afvin iskat üzerinde hiç bir tesiri bulunmadığını işrap edecek mahiyette olmadığı ve iskat sebeplerine göre bunu nazarı dikkate almak icap ettiği ve bu sebeple tahsisen derpiş etmeğe lüzum olmadığı merkezindedir (Tuor, K. M. şerhi mad. 477 No. 19, sahife 174). Bu tarzı mütalâaya iştirak olunamaz. İptal etmek maksadile tasarrufun bozulması hali müstesna olmak üzere vasiyet suretile vaki tasarruflardan kanunu medenîmiz nehcine nazaran ancak vasiyet şeklinde yapılacak ölüme bağlı yeni tasarruflar ile rücu olunabilir (rücu veya yeni tasarruf). Filhakika vazıı kanun yalnız vasiyet şeklinde bir tasarruf ile ifade edilebilecek olan iskatta bu esasa bir istisna vaz ve hiç bir şekle tâbi olmaksızın alelâde bir irade izharını rücu için hukukan sahih bir sebeb addetmek isteseydi, bunu metni kanunda sarih bir ifade ile beyan etmiş olması lâzım gelirdi. Halbuki tarihçeden de anlaşıldığı veçhile kanun kastî olarak bu yolda bir sarahati ihtiva etmemektedir. Zira kanun vasiyet edene iskattan rücu için bir takım kolaylıklar vermektedir. Halbuki iskattan vazgeçmiş olduğunu isbat çok karışık ve müşkül şekil olacaktı. (Mütehassıslar encümeninde Hubert takriri sahife 126 Avant - projet cilt 1 sahife 391). Vazıı kanunun vazıh bir surette taayyün etmiş hukukî bir vaziyeti ihdas faidesi bulunan bir tarzı halli kabulünde çok isabet vardır.

Zira ruhiyat tecrübelerinde çıkan esaslara göre iskatı iptal arzusunda bulunan bir mûsi ekseriya vasiyetnamesini tadil yani iskatı sarahaten fesih veya tasarruf imha etmek hususunda şiddetli bir ihtiyaç duyacaktır.

Bazı vakayi için hilâfı tasavvur olunsa ve müddeinin arzusu hilâfına bir iskat yaşamış bulunsa dahi her ne bahasına olursa olsun menedilmesi icap eden bariz bir adaletsizlik karşısında bulunmuş olmayız. Zira vasiyet edenin iskattan vazgeçmesi hakıkatte iskat edilenin kusurunu ortadan kaldırmış olmaz.

İkinci Hukuk dairesi. — Hablützel, Leuch, Strebel, Rambert, Soldati, Bolla, Ursprung. — Bâle avukatlarından Me. E. Kron.

---

96. FEDERAL MAHKEME

MİRASIN TAKSİMİ. İADE. Baba tarafından müddeaaleyh olan oğluna nakden 30,000 frank ve aynen 4,000 frank bedel mukabilinde ziraî bir gayrı menkulün satımı. — Pederin ölümü. — Diğer oğulların müddeaaleyh tarafından mülkün istihsal kıymeti ile satış fiatı arasındaki farkın terekeye iadesine mütaallik davaları. — Mülkün istihsal kıymetini 39,000 frank olarak tesbit eden adlî keşif. — Müddeilerin iddialarının 8000 frank için kabulü. — Tarafların Federal mahkemeye müracaatı. — Müracaatın kısmen kabulü ve iade olunacak meblâğın 5,000 frank olarak tesbiti.

[K. M. 527 No. 1 ve 2, 619 [1], 626, 629, 630]
" K. M. 507 No. 1 ve 2, , 603, 606, 607„

1 — Federal mahkemenin içtihadına nazaran ziraî bir mülkün satımı satış fiyatı istihsal kıymetinden aşağı ise terekeye iadesi muktazi bir teberrudur.

2 — Bir gayri menkulun istihsal kıymetinden dûn bir fiyata satılmasından ibaret olan teberru satılan gayri menkulün bir parçası tarafından değil satış bedelinin bir kısmı tarafından temsil olunur. binaenaleyh o gayri menkulün kıymetindeki temevvücata tâbi değildir.

3 — Mirasçılardan biri tarafından kendi hissei irsiyesinde kazanılan kâra diğerlerinin iştirak edebileceklerine mütedair kanunu medeninin 619 uncu maddesi hükmü iade halinde kabili tatbik olmayıp ancak bir gayri menkul mirasçılardan birine taksim esnasında tefviz edildiği takdirde tatbik olunur.

M. : *Heer* — M. A. : *Heer*

30 haziran 1929

A. 3 Mart 1912 tarihli mukavele ile bu davadaki tarafların pederi olan zat Elben'de kâin emvali gayrı menkulesini bilcümle hayvanat,

---

[1] İsviçre kanunu medenisinin 619 uncu maddesi Türk kanunu medenisine alınmamıştır. Türkçesi şudur:

Madde 619 — Terekenin taksimi tarihinden itibaren geriye doğru on sene zarfında bir gayri menkulün tamamı veya bir kısmı mirasçılardan birine satış kıymetinden aşağı bir fiyatla verilmiş ise diğer mirasçılar bu hakkı taksim esna-

mobilye ve teferruatile beraber müddeaaleyh Ulrich Heer'e sattı. Satış bedeli berveçhiati tesviyesi kabil olmak üzere 30,000 frank olarak takarrür eyledi. 16,915 frank gayrı menkulü takyit eden ipoteğin kabulü, 13,000 frank da âkitler beraberce yaşadıkları müddetçe faiz işlememek ve yalnız alıcı tarafından satıcıya cep harçlığı olmak üzere senevî 50 frank verilmek şartile satıcı lehine ipotekli borç senedi ihdası ve mütebaki 85 frank ta peşinen tesviye suretile temin edilmişti. Bundan başka satıcı kendisi ve karısı için hayatları müddetince satılan evde hakkı sükna muhafaza ediyordu; ve nihayet alıcı baba ve anasının mesaisini kendisine tahsis etmeleri şartile onları iaşe ve onlara bakmak külfetini tahammül ediyordu. Satıcı ile karısı takriben dört sene müddeaaleyh ile birlikte yaşadılar. Aralarında çıkan bazı anlaşamamazlıklar dolayısile 30 teşrinievvel 1916 tarihinde hesaplarını aşağıda yazılı olduğu üzere katederek onu terkettiler : Müddeaaleyh 1 teşrinisani 1916 tarihinden itibaren 1 mayıs 1917 de tesviye mecburiyetinde olduğu satış bedelinden arta kalan 13000 frank için % 5 faiz verecek, ebeveyninin hakkı süknasını 2400 frank mukabilinde satın alacak ve o zamana kadar tediye edilmemiş 85 frangı da tesviye edecek ve nihayet mukarrer olan cep harçlığını eda külfetinden vareste kalacaktır.

B. tarafların babası 15 kânunusani 1917 de iki vasiyetname bırakarak vefat eyledi. 19 temmuz 1914 tarihini ihtiva eden birincisinde karısının kanunen kendisine mülk ve kaydı hayatla intifa suretile isabet edecek emvali muhafaza etmesini şart koşuyor ve 5 teşrinisani 1916 tarihini taşıyan ikincisinde müddeaaleyhe hissei mahfuzasını terkederek bunu mahrum ettiği kısmı müddeilere bağışlıyordu.

Müddeiler 3297,30 franga baliğ olan terekenin taksimi sırasında mirasın iadesine ve binnetice haddi kanuniyi tecavüz eden vasiyetname hükümlerinin tenziline müteallik iddialarını dermeyan hakkını sarahaten muhafaza eylediler.

C. Müddeilerin hali hazırdaki davaları müddeaaleyhin terekeye 52800 frank iadesile mükellef olduğunu karar altına aldırmak gayesine müteveccihtir. Onlara göre 1912 de işletme kıymeti 30000 olmayıp 67000 franktı. 1924 tarihinde müddeaaley 1800 franklık ufak bir para muhafaza

---

sında tapu sicilline kaydedilmiş ise elde edilen kârdan hisselerini talep hakkına maliktirler.

Gayrı menkul satış kıymetine müsavi bir fiyatla satılmış ise taksim esnasında elde ettikleri miktardan fazla hiç bir şey talep edemezler.

Diğer varislerin, ıslahat, inşaat, teşçir ve mümasili esbaptan doğan fazlai kıymet üzerinde hiç bir hakkı yoktur.

131

ederek mülkün mütebaki kısmını 81,000 franga satmıştı. 10,000 franklık bir tezayüdü kıymeti ıslahat neticesinde husulü farz olunsa dahi iade edilmesi lâzımgelen 43,000 franklık bir meblâğ kalıyor. Terekeye iade vecibesi kabul edilmediği takdirde müddeiler terekenin 60,230 frank olarak tesbitile müddeaaleyhin kendilerine hissei mahfuzeleri nispetinde bir meblâğ tediyesile mükellef tutulmasını istiyorlardı.

Müddeaaleyh 1912 de gayrı menkullerin o zamanki kıymetlerini tediye ettiğini iddia ederek müddeilerin iddialarının reddini istiyor ve eğer 1924 te satarken bir kâr temin etmiş ise bunun mülkte yapmış olduğu ıslahat ve masariften neş'et etmiş bulunduğunu da ilâve ediyor.

D — 26 Mart 1929 tarihli kararile Thurgovie kantonu yüksek mahkemesi «müddeaaleyhin o zamanki kıymet olmak üzere 8000 frank iadesile mükellef olduğuna» karar verdi.

Yüksek mahkeme bidayet mahkemesile hemfikir olarak ehli vukuf raporuna istinaden mülkün 1912 de 33,000 frank istihsal kıymeti ve envanterde yazılı eşyaların 6000 frank kıymeti olduğunu ve bilmukabele temin edilen ıvazın 34,000 (3,000 frank alış bedeli, 1600 frank Kanunu medeninin 633 üncü maddesine tevfikan tazminat, 2400 frank ebeveynin hakkı süknasının kıymeti) franktan ibaret bulunduğunu ve bu suretle satış zamanında 5000 frank nispetinde iadeye tâbi müddeaaleyh lehinde bir teberru yapılmış olduğunu kabul etti.

Kanton mahkemesi bu ahval karşısında « teberruun baliğ olduğu miktarın geriye rücu suretile hakikî adetlerle tespitinin imkânsız bulunduğunu ve bidayet mahkemesi ve ehli vukuf tarafından tayin olunan adetlerin kat'î anasırın mevcut olmaması dolayısile alelâde bir takdire istinat ettiği ve muhakkak hakikî kıymetlerinden aşağı olmaları lâzımgeldiğini » ilâve ediyor.

İade mükellefiyetini tesbit için Kanunu medeninin 630 « 607 » uncu maddesi mucibince mirasın açıldığı gün nazarı itibare alınmak lâzımdır. Fiatların tereffüü dolayısile satış mukavelesi tarihinden murisin vefatına kadar mülkün kıymetinin 50 - 60 % nispetine yükseldiğini kabul etmek lâzımdır. Binaenaleyh iadeye tâbi olan meblâğı bu nispet dahilinde yükseltmek muvafıktır. Bidayet mahkemesi tarafından 5000 olarak kabul edilen bu mikdarın 8000 olarak tesbiti lâzımdır.

E. Müddeaaleyh Federal mahkemeye müracaat etti.

Müddeiler de müddeaaleyhin temyizine iltihak ederek müddeaaleyhin 23,700 frank ve hiç olmazsa 17,000 frank iadesine mahkûm edilmesini talep ettiler.

172

Federal mahkeme müddeaaleyhin talebini kısmen kabul ederek kanton mahkemesi kararını iptal ve müddeaaleyhi esbabı mucibeye nazaran 5000 frank itasına mahkûm ve müddeilerin talebini de tevhidi dava tarikile reddeyledi.

Esbabı mucibe;

1 — İade veya tenkis mükellefiyetini müddeaaleyh için ancak 1912 de aktedilmiş olan satış mukaveleleri kısmen ıvazsız kalmış olduğu yani kısmen ıvazlı kısmen ıvazsız bir hibe muamelesi, bir negofium cum donationoe müvacehesinde bulunduğumuz takdirde mevzuu bahsolabilir. Ziraî bir gayri menkulün satışının tenkisi veya iadeye tâbi bir teberrü olup olmadığı meselesini kat'î bir tarzda halledebilmek için, federal mahkemenin muhtelif vak'alarda ittihaz etmiş olduğu mukarrerat veçhile satış zamanında mülkün haiz olduğu istihsal kıymeti nazarı dikkate almak icap eder. Binaenaleyh evvel emirde müddeaaleyh tarafından tesviye edilmiş olan satış bedelinin çiftliğin istihsal kıymetine tekabül edip etmediğini tetkik etmek lâzımdır. Hâdise bu tarzda ise mukavele tamamen infaz edilmiş olacağı cihetle ne miras hissesine mahsuben (madde 527 ve 626 No 1) «507 ve 603» ne de intifa eden kimseye kazandırmak maksadile müteveffa tarafından (madde 527 No. 4) «507 No.4 » ferağ şeklinde yapılmış bir teberrü karşısında bulunmuş olmayız.

2 — Müddeaaleyh evvelâ gayri menkulün istihsal kıymetini ve eşyayı 39,000 frank olarak tespit eden kanton mahkemesinin takdirine itirazı, bunun yanlış vesaika gayrı mütabık olduğunu beyan ve ehli vukufun 805 dönüm mesahasında bulunan araziyi 894,53 dönüm itibar ettiklerini iddia etmektedir. Hakikat halde 5 Mart 1912 tarihli satış mukavelesi mesahai sathiye olarak 802 dönüm kaydini ihtiva etmektedir. Fakat bu kaydın doğruluğu sabit olmamıştır.

Ehli vukuf tapo sicillâtını ve tedavülü eyyadı kayıtlarını badettetkik kanton meracii kazaiyesince nihaî olarak kabul edilen neticeye vardıklarını beyan ve bu fark üzerindeki mütalâalarını raporlarına dercetmişlerdir.

Bu şerait altında mesahanın 894,53 dönüm olarak takdiri, vesaika gayri mutabık addedilemeyeceği cihetle federal mahkemeyi takyit eder. Eğer mütevaffanın vakti zamanile 805 dönüm satmak istediğini farzedecek olursak borçlar kanununun 23 ve 1 inci maddelerinin tatbikini istilzam eden mesahaya müteallik esaslı bir hata karşısında bulunacağız ki bunun terekeye iade esnasında tashihi gayri mümkündür. Kaldı ki bu noktada hata-

133

nın mevcudiyeti tespit edilemez. Zira müteveffa ile müddeaaleyh arasında mukavelenin hini in'ıkadında, taraflar uzun müddettenberi mülkün hakikî mesahasını ve istihsal kıymetini işletme dolayısile bildikleri cihetle mesahanın metni mukaveleye derci keyfiyeti esaslı bir rol oynamamıştır. Mesaha ancak ehli vukuf nazarında haizi ehemmiyettir. Bunlar satış mukavelesini bu noktaya müteallik mevcut kayıtların hakikate uymadığını anladıktan sonra takdirlerine esas olmak üzere almamakta isabet etmişlerdir. Emvali menkulenin istihsal kıymetlerinin 6,000 frank olarak tesbitine gelince dosyaya konan iki sigorta poliçesine nazaran bunların iştira kıymetleri 4526 ve 6408 frank olarak tayin edildiği cihetle dosyada mevcut vesaika ademi mutabakati iddia edilmektedir.

Fakat biri 1906 ve diğeri Kânunuevvel 1912 yani malların tesliminden dokuz ay sonraki tarihi taşıyan bu iki poliçeden müddeaaleyhin hakikaten almış olduğu şeyleri meydana çıkarmak imkânı yoktur. Bu vesaik kanton mercilerinin bu poliçelerden maada tarafların ibraz ettiği bilcümle vesaik nazara alınarak hâkimlerin her birinin hayattaki tecrübesine ve umumî bilgisine istinat eden takdirlerinin hilâfını ispattan âcizdir. Binaenaleyh bu takdir federal mahkemeyi bağlar.

3 — Diğer taraftan müddeaaleyh kanunu medenînin 633 üncü maddesinin bahşettiği asgarî 3,000 frank için hakkı davasının ve kendisinin tahammül ettiği 1912 senesinde 5,000 franklık bir sermayeye tekabül eden ve senevî 8,000 franga baliğ olan nafaka mükellefiyetinin nazarı itibara alınması icap ettiğini beyan ederek kendi mukabil ıvazının 38,000 frank olarak tespitini istemektedir.

Müddeaaleyh pederine karşı ifa edilen hidematın 16,000 frank olarak tespitini ne sebebe binaen azımsadığını izah etmemektedir.

Binaenaleyh bu noktayı tetkike mahal yoktur. Nafaka mükellefiyetine gelince müddeaaleyhin 1916 da yapılan tasfiye esnasında bu vecibeye mukabil pederine ancak 2400 frank borçlandığını işaret etmek lâzımdır. Vakıâ satıştan itibaren dört sene geçmesi dolayısile bu borcun ehemmiyeti 1912 ye nispetle azaldığı gibi karı ve koca Heer'lerin de muhtemel hayat müddetleri de tenakus etmiştir. Fakat karı koca Heer tarafından bu dört sene esnasında ifa olunan hidemat ve müddeaaleyhin bu devre esnasında satış bedelinin bakiyesi olan 13,000 frank için faizi tediye etmediği nazarı itibara alınırsa bu fark üzerinde durmamalıdır.

Bu şerait altında, Kanton mahkemesi tarafından munsifane olarak kabul edilen mikdarı tenzil için hiç bir sebep mevcut değildir

4 — Yukarıda mezkûr sebeplere binaen müddeaaleyhin aile çiftliğini

1912 deki istihsal kıymetinden beş bin frank aşağısına almış olduğunu bidayet hâkimlerile beraber kabul etmek lâzımdır.

Müteveffa tarafından bu mikdara tekabül eden bir mukabil ıvaz elde edilemediği için müddeaaleyh müteveffanın satış bedelini o zaman kasten aşağı olarak tesbit ettiği mikdar nispetinde Kanunu medeninin 626 ıncı maddesinin ikinci fıkrasına tevfikan terekeye iade ile mükelleftir. Aksi takdirde (kısmen vaki) bir teberru mevzuubahs edilemez. Halbuki Kanton mahkemesi ahval karşısında babanın mülkini çok ucuza sattığını bilmediğini kabul etmemiştir. Bu sadece babanın müddeaaleyhe işletmeyi kıymetinden az bir fiata sattığını anladığını ifade eder. Şüphesiz bu suretle müddeaaleyhe temin ettiği menfaatin ehemmiyetini yani 5000 frank fazlai kıymetini veyahut talep olunan fiatın istihsal kıymetinden dûn olduğunu müdrik bulunduğunu iddia demek değildir. Murisin vefatından sonra hakikate yakın olarak hangi kıymeti kabul ettiğini yakinen tespit imkânı yoktur.

Bu husus hakkında başka bir emarenin mevcut olmaması dolayısile şahsî takdirinin ehli vukufunkilerden farklı olmadığını ve binaenaleyh takarrür eden fiatın hakikî yani istihsal kıymetine tekabül etmediği nispette bir teberru yapmadığını bilmediğini kabul etmek lâzımdır.

Müteveffanın Müddeaaleyhe teberruun baliğ olduğu mikdarda bir menfaat temin etmek isteyip istemediği noktası dahi ispat edilememiştir. Bilakis müddeaaleyh bizzat gerek pederinin ve gerekse kendisinin bu muamele ile böyle bir menfaat teminini hatırlarına bile getirmediklerini iddia etmektedir. Vaziyet bu merkezde ise bir menfaat temini kastı yoktu.

Böyle bir kastın fıktanı, Kanunu medeninin 629 «606» ıncı maddesi müeddasına nazaran bir teberru yapmak kastının mevcudiyetine mâni değildir. Zira kanun 629 «606» uncu maddenin ikinci fıkrasında teberru yapmak kastile, bir menfaat temini kastını sarahaten yekdiğerinden tefrik etmiştir. Bu sonuncu diğerinden daha ileri gitmektedir. Bir teberru binaenaleyh menfaat temini gayesi olmaksızın yani muahharen iade kaydile de vaki olabilir.

5 — Kanton hâkimi 5,000 franklık teberrüun nakden değil gayri menkul şeklinde aynen vâki olduğu ve binaenaleyh kıymetinin gayri menkulünkile aynı nispette olarak yükseldiğini kabul etmektedir. Bu tarzı mütalâa ile teberrüun, 5,000 frangın milkin tamam kıymetile mütenasiben olduğu gibi, milkin tamamına nispetle kıymeti tezayüt eden bir gayri menkul parçasile temsil edildiğini açıkça bildirmektedir. Bu noktai nazar

kabul edilemez. Muhtelif akıtları tazammüm eden mukavelelerde ve her halde hâdisemizde olduğu gibi teberrü tediye olunan fiatın bir kısmı tarafından temsil edildiği takdirde teberrüun mevzuu satılan şeyin bir kısmı şayii olmayıp fiatın bir kısmıdır. Satanın maksadı malının bir kısmını satarak kısmı mütebakisini bağışlamak değildir. Belki tamamını satarak, hakikî fiattan aşağı bir bedelle iktifa etmektir. Bu hâdiseyi bir miktar paranın hibesi haline tanzir etmelidir. Teberrüun miktarı satış mukavelesinin mevzuunu teşkil eden malın kıymetindeki temevvücattan azade olarak aynı kalır. Bu tarzı telâkkiye göre malın bedeli tamamen tediye edilmemiş olduğu halde dahi arızî olarak vâki kıymet tezayüdü satılan şeyin tamamına nazaran müşterinin istifadesini intaç edecektir; bilmukabele kıymet tenakusu tehlikesi yine kendisine terettüp etmektedir. Böylece müddeaaleyhin iade ile mükellef olduğu teberrü mirasın açıldığı zamanda dahi (K. M. 630 fıkra 1) « 607 fıkra 1 » 5,000 frank olarak takdir edilmek lâzımdır. Teberruun mevzuunu gayri menkulün tamamını veya bir kısmını temsil etmediği cihetle 1924 deki, müddeaaleyhin masarifi badettenzil, satış kıymetinin veya aynı tarihteki istihsal kıymetinin nazara alınması mevzuu bahsolamaz; bu nukatın tespitine müteallik tarafların iddiaları bu suretle esassız olduğu tezahur etmektedir.

6 — Müddeaaleyh bundan başka karı, koca Heer arasındaki emvalin tarzı idaresine nazaran elde edilecek kârın mütesaviyen taksimi icap etmekte olduğundan vâki teberruun ne nispet dahilinde pederinin mamelekinden geldiğinin ispat edilmesini istemektedir.

Bu tarzı telâkkiye karşı mevzuubahs malikânenin tamamen baba Heer'e ait olduğunu işaret etmek lâzımdır; bu sebebe binaen münasip göreceği bedelle satmağa salâhiyettar idi. Bulunan bu fiat eğer çok aşağı idi ise karı koca arasındaki tarzı idareden istihsal edilecek menaffi haleldar etmesi tabiîdir. Fakat valde ancak evliliğin bozulması halinde o zamanda mevcut kârdan bir hisse talep etmek hakkına malik olduğu cihetle müddeaaleyhe karşı yapılan teberru ananın mamelekinden vâki olmuş sayılamaz.

7 — Tevhidi dava tarikile vaki müracaatlarında müddeiler müddeaaleyh tarafından 1912 deki farkın müddeaaleyhin yapmış olduğu masarif tenzil edildikten sonra tamamen iadesini istemektedirler. Bunun için müddeaaleyhin bu araziyi istihsal kıymetine göre satın aldığı ve fakat satış kıymetine göre ferağ ettiğini iddia etmekte ve müşterek varis sıfatile Kanunu medenînin 619 (bizim kanuna alınmamıştır) ve 630 «607» uncu maddelerine tevfikan 1924 deki satış kıymetinden vukubulacak tenzilâttan sonra kanunu medenînin 619 (bizim kanuna alınmamıştır) uncu maddesi mucibince kazanılan kâra iştirak etmek istemektedirler.

176

Yukarda 5 numaralı bentte izah olunan sebeplere binaen 630 « 607 » uncu maddenin tatbiki için 1924 te vaki satışı nazara almağa mahal yoktur. Bundan başka iadenin mikdarını tesbit için Kanunu medeninin 619 (bizim kanuna alınmamıştır) uncu maddesinin dermeyan olunmasında çok tereddüt olunabilir.

Evvelâ bu hüküm iade değil taksim faslında mevcuttur. Saniyen metnine nazaran bir gayrı menkulün teberruu ancak taksim esnasında mevzubahs varise yapılmış olması haline maksurdur. Bu maddenin istihdaf ettiği gaye istihsal kıymetile alınmış olan bir araziden bilâhare istihsal edilen kârı ihtiva etmek üzere mirasçılar arasında 610 «589» ve 617 «595» inci maddeler ile mevzu müsavat esasının kurtarılmasıdır.

Halbuki hadisemiz böyle değildir. Bu mirasın açılmasından çok evvel mevzuubahs gayrı menkul istihsal kıymeti yani hakikî kıymetile müteveffanın arzusile kârın taksimine dair bir haktan değil ancak bir ümitten mahrum edilmişlerdir. Bununla beraber bu meseleyi daha ziyade tamika lüzum yoktur. Çünkü 619 (bizim kanuna alınmamıştır) uncu madde kıyas tarikile iadede dahi tatbik edilmiş olsa bile maddenin tasrih ettiği veçhile varisin hakkının müruru zaman müddeti 10 senedir. Bu müddet arazinin varis tarafından alınmasından itibaren başlar. Hadisemizde ise müddeaaleyh gayrı menkulü 10 seneden fazla bir müddet muhafaza etmiştir.

8 — İadeye müteallik hakları mahfuz kalmak şartile yapılan taksim esnasında taraflar evvelâ mirasın dörtte birini ayırmışlar ve çocuklara isabet eden hisselerden bir rubu indirmişlerdir; bu hisseler aşağıda olduğu üzere yeni vasiyetnameye tevfikan tevzi olundu: Müddeilerin hisselerinden ayrılan $^{9}/_{64}$ ü anaya verildi ve müddeaaleyhin hissesinden tefrik edilen $^{3}/_{64}$ dü de müddeilere verildi. Varislerin ferekedeki gayrı menkule aynı taksim tarzını tatbik edeceklerini ve iadeye tâbi mikdar hakkında mutabık kaldıklarını farzetsek dahi müddeaaleyh bu davada ancak müddeilerin hissesine isabet eden mikdarı tediye ile mükelleftir. Zira iadeyi talep hakkını muhafaza etmiş olmakla beraber ana davaya iştirak etmemiştir. Bundan başka her varis Kanunu medeninin 626 «603» ıncı maddesinin 1 numaralı fıkrasına nazaran ancak salâhiyettar olduğu yani kendi hissesini tezyit ettiği mikdar nispetinde iadeyi talep edebilir. Fakat taksim mukavelesi bu nokta hakkında sarih ahkâmı ihtiva etmediği gibi taraflar bu hususa müteallik noktai nazarlarını izah etmedikleri cihetle bu tarzı taksim ile mukayyet bulunduklarını kabul etmek mümkün değildir. Bu şerait altında Federal mahkeme, Kanton mahkemesinin yaptı-

137

ğı gibi müddeaaleyhin terekeye tesviye etmekle mükellef bulunduğu meblâğı tayin ve hattâ daha fazla olarak bu meblâğdan alâkadarlar meyanında müddei olanlara isabet eden hisseyi tesbit ile iktifa edebilir.

İkinci hukuk dairesi. — M. M. Ressel, Rambert, Strebel, Leuch, Hablützel, Blocher. — Me. A. Müller Amriswil'de avukat, Me. Holliger Romanshorn'de avukat.

97. FEDERAL MAHKEME

RAKABET MEMNUİYETİ. — Bir anonim şirketle, bu şirketten ayrılan müdiri arasında rakabetten memnuiyet taahhüdü. — Rakabet memnuiyetinin ihlâli. — Rakabet memnuiyetinin muteberiyetinin tesbiti ve mahal ve nevi madde itibarile vüs'atinin tayini ve rakabeti tazammun eder muamelelere nihayet verilmesi taleplerile açılan dava. — Davanın kabulü.

[B. K. 19, 20, 97 ve 98]
" B. K. 19, 20, 96 ve 97 „

1. Bir hakkın tesbiti davasının mesmuiyetinin tayini meselesi esas itibarile Federal mahkemenin tetkik sahası haricinde kalan Kanton usulü muhakemelerine ait bir meseledir.

2. Bir hizmet akti dolayısile taahhüt edilen rakabet memnuiyetinin muteberiyeti için borçlar kanunu tarafından konulan tahdidî şartlar, aralarında bir istihdam eden ve müstahdem rabıtası bulunmıyan şahıslar arasında takarrür eden rakabet memnuiyetine kabili tatbik değildirler.

3. Rakabet memnuiyeti şartı, taahhüt altına giren kimse bu taahhüdüne mukabil bir bedel karşılık elde etmese bile muteberdir.

4. Umumî tâbirleri ihtiva eden bir memnuiyetinin hakkaniyete uygun bir surette genişliğini tahdit ve tayin etmeğe hâkim salâhiyettardır.

5. Müddei, zararın tazmininden maada rakabeti tazammun eden muamelelere nihayet verilmesini de talep edebilir.

M. : *Minerol anonim şirketi* — M. A : *König*
21 Kânunusani 1930

A. Müddeaaleyh 1907 denberi kendi şahsî unvanı altında yağlar ve kimyevî müstahzarat ticaretile iştigal ediyordu. 26 nisan 1920 tarihinde König et Cie şirketini teşkil etti, bu şirket mumaileyhin ticaretha-

178

nesinin aktif ve pasifini üzerine aldı; müddeaaleyh bizzat eski vekili Edmond Peyer ile beraber bu şirkete iştirakte devam etti. 23 mart 1922 de kollektif şirket « Alfred König et Cie, S. A » unvanı altında bir anonim şirkete inkılâp etti. Bu şirketin merkezi Wangende Olten kurbinde idi ve Peyer idare meclisi reisliğine tayin edilmişti. Nizamnamenin tadili için 5 kânunuevvel 1925 te davet edilen heyeti umumiyenin içtimaında hissedarlar, müddeaaleyhin tekmil hisse senetlerini satmış olduğunu ve meclisi idareye iştirakine nihayet vermiş bulunduğunu öğrendiler. Aynı zamanda şirketin unvanı değişti ve « Minerol S. A » unvanını aldı. Gayesi değişmeyen şirket kimyevî müstahzarat ve yağla, içyağı ve benzin imal ve ticaretile meşgul olmakta devam etti.

30 kânunuevvel 1925 tarihinde taraflar arasında aşağıki mukavele aktedildi;

« Wangen de sabık Alfred König. et Cie S. A ve lâhik Minerol, S. A anonim şirketile Wangen'de Alfred König arasında mün'akıt eski mukavele feshedilmiş ve M. König kat'î surette şirketten çıkmıştır. M. Alfred König 1 kânunusani 1926 tarihinden itibaren 6 sene müddetle Minerol anonim şirketile ne bilâvasıta ne de bilvasıta rakabet yapmamağı taahhüt eder. Bu müddet zarfında buna mümasil bir ticaretle de alâkadar olmamağa mecburdur. Bu rekabetten memnuiyet şartı mukabilinde M. König veya halefleri 31 kânunuevvel 1926 da ödenecek olan 25,000 frank istifa edeceklerdir. 1 kânunusaniden 30 haziran 1926 ya kadar M. König şirketteki faaliyetine devam edecektir. Bu faaliyet iş seyahatlerine inhisar edecektir. Bu devre zarfında mumaileyh eskisi gibi şirketin menfaatlerini muhafazaya mecburdur. Ücret ve seyahat masrafları olmak üzere kendisine 27 teşrinisani 1924 tarihli mukaveleye müsteniden verilmekte olan tazminat ita edilecektir.

B. Müddei; müddeaaleyhin rakabetten memnuiyet şartına muhalif hareketlerini tespit etmişti; kendisini borçlarına riayet etmeğe davet ettikten ve bu davetler faidesiz kaldıktan sonra aşağıki taleplerle aleyhine dava ikame etti:

« 1. Wangende Olten kurbinde mukim Minerol anonim şirketi ile Olten tacirlerinden Alfred König arasında mün'akit 30 teşrinisani 1925 tarihli mukavelenin ihtiva ettiği rekabetten memnuiyet şartının hukukan muteber olduğunun tesbiti ve bu şart hasebile müddeaaleyhin 1 kânunusani 1926 tarihinden itibaren 6 sene müddetle müddeaaleyh ne bilâ vasıta ne de bilvasıta rekabet edemiyeceğine ve bu müddet zarfında mümasil bir ticaretle alâkadar olmıyacağına karar verilmesi.

« 2. 30 teşrinisani 1925 tarihli aktin ihtiva ettiği rekabetten mem-

nuiyet şartının müddeinin tekmil mahsulâtına ve bilhassa benzin, benzol, katran ve madenî yağlara ve bunlara mümasil olarak içyağlarına şamil bulunduğunun Soleure, Bâle - Campagne, Bâle - Vill Uri, Zoug, Lucerne, Argovie, Berne Unterwald ve Schwytz kantonlarında cari olduğunun tesbiti ve hüküm altına alınması.

« 3. Müddeaaleyhin usulü muhakeme kanununun 61 inci maddesine mevzu ceza tahdidi altında 1 kânunusani 1932 tarihine kadar ve yukarıda sayılan kantonlarda bilâvasıta ve bilvasıta müddeinin mahsulâtı üzerine ve bilhassa yukarıda sayılan mevat ve bu kabilden olarak petrol yağı üzerine ticaret yapmaktan ve bu nevi maddeler üzerine iş yapan ticarethanelerle alâkadar olmaktan men'i.

« Derecei saniyede müddeiye 31 kânunuevvel 1926 tarihinden itibaren % 6 faizle 25,000 frak itasına mecbur tutulması. »

Olten - Gösgen mahkemesi 22 mart 1929 tarihli ilâmile müddeinin taleplerinden 2 ve 3 üncü taleplerdeki mahsullerin tadadından evvel gelen « bilhassa » kelimesile « benzol » ve « petrol yağı » kelimelerini ve 3 üncü talepteki ceza tehdidi iddiasını tay ve reddetmek suretile davayı kabul etti.

Müddeaaleyhin istinaf talebi üzerine Soleure yüksek kanton mahkemesi bu hükmü 23 ağustos ve 25 teşrinevvel tarihli kararla tasdik etti.

Müddeaaleyh davanın tamamen reddi talebi ile islâh tarikına müracaat etti.

Federal mahkeme temyiz talebini red ve mümeyyezünbih kararı tasdik etti.

Esbabı mucibe :

1. İstinaf mahkemesi, kanton hukukunu tatbik ederek, müddeaaleyhin reyi hilâfına, müddeinin taleplerini tekit ve hakkın tesbiti için muktazi menfaata malik bulunduğunu kabul eylemiştir. Bu hususa mütedair karar mahkemeler teşkilâtı federal kanununun 57 inci maddesi hasebile federal mahkemenin tetkik sahasına dahil değildir.

2. Muhtelefünfih rakabetten memnuiyet şartı, muteberiyeti noktai nazarından, borçlar hukukunun, hizmet aktinde tasrih etmiş bulunduğu hükümler dairesinde tetkik ve hükmolunmamalıdır. Bu şart bir hizmet aktine dercedilmemiş olduğu gibi bir hizmet aktine mülhak bir mukaveleye de konulmamıştır. Filhakika müddeaaleyh 1 kânunusani 1926 tarihinden itibaren de yarım sene müddetle ve seyyar ticaret memuru vazi-

yetinde hizmette kalmağı vadetmiştir. Fakat müddei, müddeaaleyhin bu müddet zarfında müşterileri tanıyacağı ve işlere nüfuz edeceği için kendisini rekabetten memnuiyete mecbur tutmuş değildir. Bu şartın kabulünde saik olan keyfiyet; müddeaaleyh eskiden haiz olduğu bir ticarethanenin amiri, kollektif şerik, hissedar, meclisi idare azası ve direktör sıfatlarile, ayrıldıktan sonra anonim şirket aleyhine mahsus bir rakabet yapacak bir vaziyette olmasıdır. 1 kânunusaniden 30 haziran 1926 tarihine kadar seyyar ticaret memuru vaziyetindeki taahhüdü, mukaveleye nazaran, müddeaaleyh için fer'î ve muvakkat bir vaziyetten başka bir şey husule getiremez. Bu taahhüde, rakabetten memnuiyet şartı noktai nazarından hiç bir ehemmiyet izafe edilemez.

Hizmet akti hükümleri burada kabili tatbik olmamak itibarile, taraflar borçlar kanununun 19 ve 20 inci maddelerinin tayin ettiği hududu muhafaza etmek şartile rakabetten memnuiyet şartını münasip gördükleri şekilde tedvin edebilirler. Bilhassa bu şartın muteberriyeti mahal ve işin nev'i noktai nazarından bir tahdide tâbi değildir. Hizmet aktinde bu neviden bir tahdit, istihdam edenle işçi arasında filî bir musavatsızlığın ve tabiiyet rabıtasının mevcudiyeti dolayısile mevzudur; mevzuubahs hâdisede böyle bir vaziyete tesadüf edilmemektedir.

Muhtelefünfih rakabetten memnuiyet şartı, kanunun serbestii mukavelâtı tahdit için çizdiği hudutları aşmamaktadır. Bunun gayrı meşru olduğu iddia edilemez. Federal mahkemenin içtihadına göre eğer bu şart müddeaaleyhi iktisadî mevcudiyetini ihlâl edecek bir tarzda bağlamış olsaydı gayrı meşru olurdu; burada böyle bir mesele mevzu bahsedilemez. Müddeaaleyhin serveti vardır, iyi bir tacirdir ve ticaretin diğer bir şubesinde bir mevki yapabilmek için kâfi derecede iktidar sahibidir. 6 sene sonra yağ ve kimyevî müstahzarat ticaretine girişebilecektir. Bundan maada bu, rekabet yapmamak taahhüdüne mukabil 25,000 frank almıştır; kendi çalışmasının mahsulü yerine kaim olan bu meblâğın kendisini, rakabetten memnuiyet müddeti esnasında, iktisadî harabiden muhafaza için kâfi olduğu şüphesizdir.

3. Müddeaaleyh, hakikatte müddeinin müşterilerini tanıyamıyacağını zira yağ ticareti müşterilerinin maruf olduğunu ve garaj sahiplerile buna mümasil tacirlerden mürekkep bulunduğunu iddia etmektedir; bu itiraz kıymetsizdir ve yüksek kanton mahkemesi tarafından federal mahkemeyi bağlayacak bir surette tesbit edilen filî bir hale taallûk etmektedir. Rakabet memnuiyetini taahhüt eden kimsenin müşterileri öğrenmek sayesinde rakabet yapabilmesi imkânı mevcut olduğu takdirde rakabet memnuiyetinin meşru olacağı yolundaki kayıt, ancak hizmet aktinde caridir. Bundan maada yağ

741

ticareti müşterilerinin munhasıran bazı meslek mensuplarından ibaret ve herkesçe maruf kimseler olduğu çok muhtemel olsa da bir ticarethanenin şahsî ve daimî müşterileri de bulunabilir.

4. Müddeaaleyh, akitte taahhüt edilmiş bulunan rakabetten memnuiyet şartının tarafların hakikî maksatlarına uygun olmadığını iddia etmektedir. Bu iddianın muamelelerde hiç bir mesnedi yoktur. Müddeaaleyh, bu mühim şartın, imzasına rağmen kendisi tarafından istenildiği gösterecek ufak bir delil göstermemiştir. Kaldı ki, müddei yazılı mukavele haricinde irade ile beyan arasında tam bir mutabakatın mevcudiyetini gösterecek bir vakıalar silsilesine istinat edebilir ; bu vakıalar bir beyanın hakikat halde istenmediği ihtimalini tamamen bertaraf edebilirler; 25,000 franklık bir meblâğın tediyesi ve Minerol anonim şirketine, Mineraloelprodukten kollektif şirketine ve Zurihte Standard şirketine karşı müddeaaleyh tarafından 6 sene zarfında rakabetten içtinap etme şeklinde vaki olan tahrirî beyanlar bu kabildendir. Müddeaaleyh şifahî duruşma esnasında esassızlığı zahir olan bu noktai nazarlar üzerinde fazla ısrar etmemekte haklı idi. Aynı zamanda müddeaaleyh, müddeinin rakabetten memnuiyet şartını feshettiğini isbat etmediğinden bunun da kabulüne imkân yoktur.

5. Müddeaaleyh. 25,000 franklık tazminatın rakabetten memnuiyet taahhüdüne karşılık değil, ayda 2000 frank ücretini kaybetmesine mukabil taahhüt edilmiş olduğunu dermeyan etmektedir ; bu iddia isbat edilemediğinden, bu 25000 frangın rekabetten memnuiyet şartının karşılığı olduğunu sarahaten gösteren mukavele metnini nazarı itibara almak lâzımgelir. kaldı ki tazminat, rakabetten memnuiyet şartının karşılığı addedilmese bile müddeinin talebini kabul etmek icap eder ; zira bu kabil bir şartın muteberiyeti mukabil bir bedelin mevcudiyetine bağlı değildir. Bütün bu sebeplerden dolayı müddeinin birinci talebi kabule şayandır.

6. İkinci talebinde, müddei mahkemeden rakabetten memnuiyetin zaman ve mekân itibarile tahdidini istemektedir. Hâkim bu tahdidi yapmağa salâhiyettardır. Burada akdin bir tevsii değil bilâkis bir tahdidi mevzuubahis olmaktadır. Bu hususu tadil yolile değil akdin tefsirile ifa edilecektir. Bu tefsir hakkaniyet prensiplerine tevfikan yapılmalıdır. Müddeinin rekabetten memnuiyet şartının kararlaştırıldığı gündeki ticarî münasebetlerinin nev'i ve vüs'ati tefsire esas ittihaz edilmek icap eder. Kanton mahkemesinin tesbitine nazaran müddei, 1925 kânunuevvelinde 2 numaralı talepte gösterilen kantonlarda benzin, benzol, petrol madenî ve gaz yağları, iç yağı ticaretile meşgul oluyordu. Evvelki de-

142

rece mahkemeleri tarafından rakabetten memnuiyet şartı bu esas dahilinde kabul edilmiştir. Bu hal tarzı doğrudur; federal mahkeme diğer mahallerin ve diğer maddelerin mevcut olup olmadığını tetkik edemez; çünkü müddei istinaf mahkemesi kararını temyiz etmemiştir.

7. 3 üncü talepte, borçlar kanununun 98 «97» inci maddesi mucibince kabule şayandır. Alacaklı, zararın tazmininden maada « taahhüde muhalif olarak yapılan şeyin ref'ini » yani rakabeti tazammun eder muamelelere nihayet verilmesini istemek hakkını haizdir. Federal mahkeme, federal hukuku hususiyesinde yazılı bir (yapmamak) borcuna muhalefet halinde kantonlar tarafından tesbit edilen aynen icra yollarının borçlar hukukuna mübayin olacağı tarzındaki telâkkisini terketmiştir. Bizzat muaddel 97 inci madde federal borçlar hukukunun kanton hukukuna tevfikan icra odilebileceğini sarahaten göstermektedir.

8. Kanton mahkemesi, federal mahkemeyi takyit edecek bir tarzda, muhtelif şahitlerin beyanlarına istinaden, müddeaaleyhin muhtelif hallerde, rakabetten memnuiyet şartına muhalif hareket ettiğini tesbit etmiştir.

I inci hukuk dairesi. — M. M. Oser, Honegger. Ursprung, Weiss, Thélin, Engele ve Bolla. — Hukuk doktorlarından ve Olten avukatlarından Me. W. Stuber ve Me, P. Portmann.

---

98. FEDERAL MAHKEME

TESELSÜL. HALEFİYET. — İki müteselsil müşterek borçludan biri tarafından vaki ödeme. — Diğer borçluya rücu. — Borçlular arasındaki hususî münasebete müstenit beraat iddiası. — Talebin kabulü

[B. K. 148, 149; İc. İf. K. 86]
" B. K. 146, 147; İc. İf. K. 72 „

Müteselsil borçlulardan her birinin alacaklıya yapılan tediyeden birbirine müsavi birer hisseyi üzerlerine almağa mecbur oldukları yolundaki 148 "146„ inci maddenin koyduğu kaide ancak müşterek borçlular arasındaki hususî münasebet buna muhalif olmadığı takdirde bir kıymeti haizdir. 149 "147„ uncu maddedeki rücu ve halefiyete müteallik hüküm de böyledir.

K : 98

143

M.: *Mayor* — **M. A.:** *Constantin*
1 Nisan 1930

A. 2 teşrinievvel 1912 de doktor Crénville ezme makinelerini, mahzenini ve teferruatını 7500 frank mukabilinde, bu işin şefi olarak Istihdam ettiği St. Leonerde mukim Jeremie Mayor'a satmıştı. Bu tesisat Julien Savioz ve şürekâsı unvanı altındaki bir şarap ticarethanesinde işletilmesinde kullanılmaktadır. 12 teşrinievvel 1912 de Julien Savoiz ile Alfred Savioz ve Jeremie Mayor, Sion'da mukim Gaspard Mévillot'tan müteselsilen 6479 frank istikraz ettiler. Bu para Valaisanne halk bankasına Savioz ve şürekâsı hesabı carisine tevdi edilmiş ve şarap ticareti işlerinde kullanılmıştı.

1924 nisanında Julien Savioz tarafından faizlerle 2479 frank ödenmiş olması hasebile, borç 4000 franga baliğ oluyordu. Mayor bu mütebaki 4000 frangın vadesinin uzatılması için çalıştı.

Müteakiben borç Julien Savioz tarafından ifa edildi ve mumaileyh Mevillot'un 4000 franktan dolayı Mayor,a karşı haiz olduğu tekmil haklara halef oldu. Aynı günde Julien Savioz haklarını R: Constantin'e temlik etti.

Şarap ticareti malî müşkülâta uğradı. Julien ve Alfred Savioz fena âkıbetlerine Mayor'u da teşrik çarelerini aradılar. 29 teşrinievvel 1924 de mumaileyh aleyhine bir dava açtılar ve bu dava ile Mayor'un kendilerile beraber « Julien Savioz ve şürekâsı » kollektif şirketini teşkil etmiş olduğunu ve 2 teşrinievvel 1912 de iktisap etmiş bulunduğu menkul ve gayri menkullerin bu şirketin aktifini teşkil eylediğini ve bir tasfiyenin zarurî olduğunu tesbit ettirmek istediler.

Valais kanton mahkemesi 12 teşrinisani 1928 tarihli hükmile Mayor'un diğer iki Savioz ile birlikte bir şirket teşkil eylemiş olduğuna ve bu şirketin aktifinin bilhassa 2 teşrinievvel 1912 de Dr. Créneville'den alınan mallardan mürekkep bulunduğuna karar verdi. Bu karara göre «üç şerik arasında tasfiye maksadile bir muhasebe rü'yeti icap etmektedir.»

Federal mahkeme 1 mayıs 1929 tarihli kararile bu hükmü ıslah etti. Federal mahkeme taraflar arasında muteber bir surette hiç bir şirketin teşekkül etmediğini kabul ediyordu.

B. Constantin 1 mayıs 1926 tarihli temlike istinaden Mayor'u takip etti ve mumaileyhin itirazını ref ettirdi. Mayor 4143 frank ödedi.

Mayor icra ve iflâs kanununun 86 «72» ıncı maddesine müstenideen tesviye etmiş olduğu 4143 frangın istirdadı talebile Constantin aleyhine

bir dava ikame etti. Mumaileyh mütebaki 4000 frangın yegâne ve hakikî borçlusunun Julien ve Alfred Savioz olduğunu iddia ediyordu.

Valais kanton mahkemesi 11 eylûl 1929 tarihli hükmile davayı reddetti.

Müddei temyizen federal mahkemeye müracaat etti ve talebi kabul olundu. (Hülâsa)

Esbabı mucibe:

Dava, icra ve iflâs kanununun 86 «72» ıncı maddesine istinat etmektedir. Bu maddeye göre takibe itiraz etmemiş veya ettiği itiraz hakkında ref kararı verilmiş olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı ödemek mecburiyetinde kalan şahıs verdiğini geri istemek hakkını haizdir. Mezkûr maddenin III üncü fıkrasına göre müddeiye teveccüh eden beyyine bedelin borç teşkil etmediği hususundan ibarettir. « Borçlu olmadığı para » (indî) tâbirinden müddeinin, müddeaaleyh tarafından takip edildiği borcun ademi mevcudiyeti anlaşılmalıdır. Binaenaleyh mesele Constantin tarafından Mayor'a gönderilen ödeme emrinde gösterilen borcun mevcut olup olmadığının bilinmesi keyfiyetidir.

Müddeaaleyh mutalebe hakkını, Julien Savioz'un, Mevillot'a vaki olan ödemesi dolayısile, haiz olduğunu iddia eylediği, rücu hakkından istidlâl etmektedir. Binaenaleyh ihtilâflı mesele sadece Mayor'un Mevillot'ya karşı müşterek borçlu sıfatını haiz olup olmamasından ibaret olmayıp Savioz'un Mayor'a karşı rücu hakkının da tetkiki icap etmektedir.

Müşterek borçluluk 12 teşrinievvel 1912 tarihli senetten anlaşıldığı gibi 6 nisan 1924 tarihli senetle de tahakkuk eylemektedir.

Bu iki senetteki sarih tâbirlere nazaran müddei, Mévillot'ya karşı, iddia ettiği gibi âdi kefil suretile değil müşterek ve müteselsil borçlu sıfatile borçlanmıştır.

Şimdi Julien Savioz'un müşterek borçlu Mayor'a karşı rücu hakkını haiz olup olmadığını araştırmak icap eder. Bu rücu hakkı diğer bir sebep olmadıkça vukubulan tediyeden husule gelmez, bu keyfiyet her şeyden evvel müşterek borçlular arasındaki hususî münasebete bağlıdır. (Borçlar kanununun 148 «146» ve 149 «147» uncu maddeleri).

Kanton mahkemesi, başka bir sebep beyan etmeksizin müşterek müteselsil borçlulardan her birinin, alacaklıya yapılan tediyeden müsavi bir hisse almağa mecbur olduklarını kabul etmiştir. Mahkeme bu suretle hüküm etmekle 148 «146» inci maddenin birinci fıkrası mucibince bu kaidenin « borcun mahiyetinden hilâfı istidlâl olunmadıkça » yani borçlular arasında mevcut hususî münasebetin aksini icap ettirmedikce,

146

tatbik olunacağını gözünden kaçırmış oluyor. Bu nokta Almanca ve İtalyanca metinlerde daha sarih bir surette ifade edilmiştir. Bu hükmün esbabı mucibesi « ratiolgis » barizdir : Müteaddit şahısların alacaklıya karşı müteselsilen mes'ul olduklarını beyan etmekle beraber aralarında birinin nihaî surette borcun tamamına veya büyük bir kısmına katlanmağa mecbur olması pek mümkündür. (Bu halin arzedebileceği muhtelif ihtimaller için *von Tuhr*'un borçlar kanunu umumî hükümleri eserinin 698 ve 703 üncü sahifelerine müracaat). Kefaletteki halefiyette olduğu gibi (595 III «496» inci madde) alacaklıya tediyede bulunan kimse (veya halefleri) tarafından takip edilen müteselsil borçlu müşterek borçlular arasındaki hukukî münasebetleri itirazen dermeyan edebilir.

Mevzuubahs hâdisede 6479 franklık istikrazın J. Savioz ve şürekâsı unvanı altında işletilen şarap ticareti için yapıldığı ve bu hususta kullanıldığı gayrı kabili itiraz bir keyfiyettir. Müddeaaleyh, müddeinin bu meblâğı tamamen veya kısmen şahsî ihtiyaçlarına kullandığını idida etmemektedir. Şu halde mesele bu ticaretin kimin nam ve hesabına işlettirildiğinin tayinidir; Bu nokta hakkında Federal mahkemenin Mayor'un, Julien ve Alfred Savioz'un şeriki olmadığına mütedair bulunan 1 mayıs 1929 tarihli kararını nazarı itibare almak lâzımdır. Bu hükümden müddeinin Mevillotya karşı kendi hususî menfaati için borçlanmadığını ancak Julien ve Alfred Savioz'un menfaatleri için bir taahhüt altına girdiği istidlâl olunur. Bu halde mumaileyh onların vekili veya onlar namına vekâleti olmaksızın tasarruf eden bir kimse idi. Her iki faraziyeye göre de o şahıslardan hesaplarına yapmış olduğu masrafları meselâ Mévillot'ya vaki olacak tediyatı istemek salâhiyetini haiz olacaktı. (Borçlar kanununun 402 I. «394»ve 422 «413» üncü maddeleri). Şu halde aralarındaki husuşî münasebete nazaran müddei, nihaî bir surette Mevillot ile yapılan akitten doğan borcun hiç bir hissesine katlanmış değildir, binaenaleyh J, Savioz'un (ve bu itibarla halefi Costantin) müddeiye karşı rücu hakkı yoktur. Diğer bir hal suretine varabilmek için müddeinin, iki savioz menfaatine aktedilmiş bir borcu üzerine almak suretile bunlar lehine bir teberru yapmuk istediğini kabul etmek lâzım gelecektir. fakat böyle bir şeyi farzetmeğe bile müsait bir cihet yoktur.

Julien Savioz'un Mayor'a karşı rücu hakkı olmayınca Mèvillot'un mumaileyhe karşı olan haklarını da istıhlâf etmiş olmaz. (Borçlar kanununun 149.I. «147» inci maddesi).

Binaenaleyh dava esas itibarile kabule şayandır. Müddeaaleyhe ödenen meblağın miktarına gelince, bu nokta hakkında bir ihtilâf mevcut değildir.

K : 98

146

I inci hukuk dairesi. — M. M. Ursprung, Honegger, Weiss, Thélin, Robert Engeler ve Bolla. — Sion avukatlarından Me Mariéthot ve Me Roscier.

---

99. FEDERAL MAHKEME

DEMİRYOLLAR İŞLETENLERİN HUKUKÎ MESULİYETİ. BİNA VE DİĞER İMAL OLUNAN ŞEYLER MALİKİNİN MESULİYETİ. OTOMOBİLLER.— Tramvay yolunun dar bir saha üzerinde umumî yolun mukabil taraftan gelen nakil vasıtalarının geçmesine mahsus kısmını işgal ettiği bir noktada bir tramvay ile bir kamyon - otomobili arasında çarpışma. — Zarara oğrayan kamyon sahibinin, imal olunan bir şey addettiği şosanın maliki ve tramvayı işleten müteşebbis sıfatlarile komün aleyhine ikame ettiği mes'uliyet davası. — Kamyon şoförünün müterafık kusuru. — Kısmen kabul edilen dava.

[Demiryolları işletenlerin hukukî mesuliyeti hakkındaki 1905 tarihli kanunun 11 inci maddesi; Borçlar kanununun 41 ve müteakip ve 58 inci maddeleri]

1. Eşyaya teallûk eden hasar gibi, sırf maddî tahribat mevcut olan hallerde demir yolları işletenler ancak istihdam ettikleri kimselerin kusurundan mes'uldürler.

2. Aynî hak sahibi (meselâ bir komün) hem yolun ve hem de tramvayı işletme işinin maliki olursa, zarar munhasıran demiryolunun işletilmesinden ve inşasından münbais olmadıkça, hem umumî hükümlerin (borçlar kanunu madde 58) hem de hususî kanunun koyduğu mesuliyetlere tâbidir ve iki sıfatla mes'uldür.

3. Bir sokak (şosa, yaya kaldırımı, tramvay yolu) kanunu medeninin 58 inci maddesindeki manada imal olunan bir şeydir.

4. Umumî bir yol, seyrüsefer için bir tehlike arzettiği ve çok fazla bir masrafa ihtiyaç olmaksızın bu tehlikenin izalesi mümkün olduğu takdirde bir inşaat ayıplı addolunur.

Bilhassa dar bir saha üzerinde esasen mahdut bir surette görünen ve seyrü sefer müşkül olan bir noktada, tramvay yolunun birdenbire şosanın mukabil taraftan gelen nakil vasıtalarının geçmesine mahsus kısmını işgal ettiği ve yolun teşkil ettiği kavsin azaltılması yaya kaldırımının daraltılması ile bu tehlikeye çare bulunabileceği hallerde vaziyet böyledir.

5. Bir dönemeçten geçen ve bu noktanın (mahdut bir surette göründüğü ve tramvay yolu diğer nakil vasıtaları yolunu katettiği için) tehlikeli olduğunu bilen

147

ve önüne bir tramvay çıktığı takdirde derhal durdurabilecek bir surette arabasının süratini azaltmayan otomobilci ağır bir kusur işlemiş olur.

M.: *Schmutz ve Schiezuy* — **M. A.:** *Bienne Komünü*
20 şubat 1930

---

18 haziran 1928 de bienne - Mett de müddei şirketin şoförü tarafından idare edilen tuğla yüklü kamyonu Dalmer binasının önünde mukabil taraftan gelen şehir tramvay arabalarından birile çarpıştığı zaman Mühlestrasse'nin sağ tarafına geçmek için Postrasse'den ayrılmıştı Bu noktada binanın zaviyesi ve bir hangar, görmeğe mani teşkil etmektedir; bundan maada 1927 tarihinde yapılan bir tadilden sonra (tek) tramvay hattı bir kavis yapıyor ve bunun iç rayı mütezayiden yaya kaldırımına yaklaşıyor ve yaya kaldırımının bittiği noktada aralarında ancak 1 metro 60 santimetreden fazla bir mesafe bulunmuyordu; bu itibarla yol ile yaya kaldırımı arasında kamyonların seyrü seferine gayri kâfi dar bir sahadan başka bir şey yoktu. Bu yeri tanıyan müddeinin şöförü saatte 12 : 15 kilometre bir süratle geliyordu. Önünde saatte 15 : 17 kilometre bir süratle yaklaşan tramvay arabasını ancak tahminen 25 metro bir mesafeden gördü. Süratini arttırarak çabukça geçmeğe çalıştı. Bununla beraber tramvay arabası kamyona yanından çarptı ve ağır surette hasara uğrattı. Şöföre gelince yaralanmaksızın kurtuldu. ve tramvay arabası ise azıcık hasara uğradı.

Bu çarpışmadan sonra Dalmer binasının önündeki yaya kaldırımı, artık tramvay yolile arasında kamyonların geçmesi için kâfi bir saha açılacak bir surette darlaştırıldı.

Demir yolu işletenlerin mesuliyetine mütedair Federal kanunla borçlar hanununun 58 inci maddesine müstenit bu dava ile müddei kamyon otomobilinin tamir masrafı ile kamyonu muattal kaldığı müddetçe kendi hesabına üçüncü şahıslara yaptırmış olduğu nakliyatın masrafı olmak üzere 8906 frank istedi.

Bern kantonu istinaf mahkemesi 9 temmuz 1929 tarihli kararile 18 haziran 1928 tarihinden itibaren % 5 faiz ile beraber 3800 franga hükmetti. İstinaf mahkemesi kararında birinci kısım için 4660 frank ve ikinci kısım için de 1730 frank zarar tesbit etmişti.

Müddeaaleyh davanın reddi, aksi takdirde kanton mahkemesi tarafından hükmedilen meblâğın hakkaniyete uygun bir miktara indirilmesi talebile federal mahkemeye müracaat etti.

Müddei de iltihak yolile bir temyiz arzuhali vererek tazminat miktarının çoğaltılmasını talep etti.

Federal mahkeme iltihak yolile vaki temyiz talebini reddetti. Bilâkis esas temyiz talebini temyiz edilen ilâmı tadil ve müddeaaleyhin mahkûm edildiği tazminat miktarını 18 haziran 1928 den itibaren % 5 faizle 2130 franga tenzil etmek suretile kısmen kabul etti.

Esbabı mucibe

Maddî hasarlardan başka bir şey olmamasına göre, muddeaaleyh, tramvay işletici sıfatile ancak istihdam ettiği kimselerin kusurundan mesuldür. Buna mukabil imal edilen şeyin maliki sıfatile mesuliyeti hususunda istihdam ettiği kimselerin kusuru şart değildir. Binaenaleyh evvelemirde bu ikinci tarikı tetkik etmek lâzımdır. Müddeaaleyhin tramvay işletici sıfatile ârızî bir mesuliyetin imal olunan şeyin ayıbından mütevellit tekmil mesuliyetleri bertaraf etmesi lâzım gelip gelmediğini tetkika mahal yoktur. Sokağın maliki ile tramvay işletme işinin maliki ayrı ayrı iki hak sahibi olsaydı, birisini imal edilen şeyin maliki olmak itibarile mesuliyeti ve diğerini de bir demiryolunu işletmesi hasebile mesuliyeti noktai nazarından ve tek bir zararın tazmini için takip etmek mümkün olacaktı. Aynı hak sahibi hem sokağın maliki hem de tramvay işletme işinin sahibi olunca muzaafı mesuliyete tabi olması lâzım gelecektir. Eğer zarar munhasıran demir yolunun inşasından ve işletilmesinden husule gelmiş olursa tazminat da munhasıran demiryollarına müteda-ir hükümlerden neş'et eder ve borçlar kanununun haksız fiillerden doğan borçlara müteallik umumî hükümlerile alâkadar bulunmaz. Fakat, bu hâdisede müddei oğradığı zarara yolun fena yapılmış olması kadar tramvayın inşa ve işletilmesinin de sebebiyet vermiş olduğunu iddia etmektedir.

Bu sokak borçlar kanununun 58 inci meddesindeki ma'nada imal edilen bir şeydir; bu noktai nazardan sokağın emvali ammeden olması veya komün emvali âmmesinden bulunması büyük bir ehemmiyeti haiz değildir. Bir sokakta bir yaya kaldırımı veya (yaya kaldırımlı yahut kaldırımsız) bir tramvay yolu bulunursa imal edilen şey şosa ile yaya kaldırımının yahut sokakla cüzü mütemmimini teşkil eden tramvay yolunun imtizacından ibarettir. Bir umumî yol tahsis edilmiş olduğu seyrüsefer için kâfi derecede emniyet arzetmediği zaman vaziyeti veya inşası itibarile yapılıdır. Fakat umumî seyrüsefer için bazı tehlikeler arzeden her soka-

149

ğın vaziyeti bu itibarla yapılı olarak tavsif edilemiyeceği bedihidir; bilakis nisbetsiz bir masrafı mucip olmaksızın sokağın tehlikeli vaziyeti bertaraf edilebileceği veya tadil olunabileceği halde sokak ayıplı addedilir. İmal olunan şey yaya kaldırımile veya tramvay ayıplı bir sokaktan ibaret olursa ayıplı vaziyeti şosanın yaya kaldırımile veya sokağın tramvay yolile tanziminde mündemiç olabilir.

Hadisede vaziyet tamamen bu merkezdedir. Hat o tarzda vazedilmiştir ki, tramvay Mühlesstrasse - Poststrasse dönemecini katetmekte ve bu suretle diğer bütün nakil vasıtaları kondüktörleri için ağır bir kusur teşkil edecek bir tarzda seyrüşefer kaidelerini ihlâl eylemektedir. Yolların daima umumî seyrüsefer kaidelerine mutabık bir tarzda vaz'ını mecburî kılmak mümkün olmadığı şüphesizdir, çünkü bilhassa sağdan işlemeğe müteallik kaide ekseriya çok pahalı olan çifte hat vaz'ını icap ettirecektir. Fakat hadisede yolun ayıbı, dar bir saha üzerinde ve mahdut bir surette görünen ve seyrüsefer esasen müşkül olan bu noktada hattın birden bire şosanın umumî seyrüsefer kaidelerine göre mukabil taraftan gelen diğer nakil vasıtalarına tahsis edilmesi lâzım gelen kısmını işgal eylemesidir. Mühlesstrasse ve Poststrasse caddelerinin ayrıldığı tramvay yoluna, mukabil taraftan gelen nakil vasıtalarını müteessir etmiyecek bir tarzda daha geniş ve binaenaleyh daha kısa bir kavis vermek ne imkânsız ve ne de karışık bir işti. (Ehli vukuf raporuna müracaat), ve eğer tramvay yollarının 1927 deki tadilât esnasında yapılan mahalle vaz'ı isteniliyor idise sadece yaya kaldırımını yola muvazi olarak katetmek ve binaenaleyh bunu Poststrasse dan Mühlestrasse ye geçmek üzere çıkacak nakliye vasıtalarının geçmeleri için kâfi bir saha verecek derecede daraltmak mümkündü. 1927 den sonra mevcut vaziyetlerin çok defalar seyrüsefer için tehlikeleri tezahur etmesine nazaran bu tadilâtın derhal yapılması için daha kuvvetli sebepler mevcuttu. Bu tadilâtın yalnız bir, diğer bin frankla, müddeaaleyhten beklenilebilecek bir tarzda yapılması kabildi. Müddeaaleyh muhtelefünfih kazadan sonra bu tadilâtı yapmakla bu mahallin eski halinin kusurlu olduğunu ve bilhassa yaya seyrüsefer ihtiyacının Mühlestrasse'nin sonuna kadar bu genişlikte muhafazasını icap ettirmediğini kabul ve tasdik etmiştir. Kavsin küçültülmesi suretile aynı zamanda hem nakil vasıtalarının ve hem de yaya yürüyenlerin ihtiyaçları nazarı itibara alınabilirdi. Yolların tanzim tarzına federal demiryollar idaresi tarafından izin verilmiş olması bunun her türlü ayıptan beri olduğu hükmünü tevlit edemez.

150

Mahallin ayıplı hali ile (şosa, tramvay yolu ve yaya kaldırımı) kamyon - otomobilin tramvayla musademe etmesi arasında illiyet rabıtasının mevcut olduğuna şüphe edilemez.

Fakat kazanın diğer bir sebebi de müddeinin şoförünün muahazeye şayan hareketinde mündemiçtir. Müddei şoförünün müterafık kusurunun, borçlar kanununun istihdam edenlerin mesuliyeti hakkındaki ahkâmı dolayısile kendisine karşı dermeyan edilemiyeceğini bile iddia etmemiştir. Filhakika şoförün hareketini, cür'etkârlığından ziyade sur'ati intikalinin noksanına atfetmek lâzımdır. Her iki nakil vasıtasının riayet edecekleri sür'at nazarı itibara alınırsa şoförün tramvay arabasını gördüğü andan çarpışmanın vukuuna kadar tahminen üç saniye geçmiştir. Şoförün bu tehlikeli vaziyette arabasını derhal durdurmağa karar vermediği yani tramvayın da derhal durabilmesi şartile yegâne makul tedbiri almadığı şüphesizdir ; şoför bilâkis yolunu kesen tramvay hattından, tramvay bu kavis noktasına irişmeden çıkmak için sür'atini arttırmıştır. Fakat bu hareket, herhangi bir kimse ve hattâ tecrübesiz bir otomobilciden beklenen seri bir karar almak hususunda bir ehliyetsizlik teşkil eder. Burada hafif bir kusur vardır ve müddeaaleyh sokağın ayıplı vaziyeti dolayısile ansızın sıkıştırılmış otomobilcilerin yapabilecekleri yanlış manevralardan mütevellit bazı filî mes'uliyetleri üzerine alarak buna katlanacaktır. Bu itibarla polis nizamlarına göre tramvayın geçitteki tekaddümü ve şoförün tramvayın derhal duracağını hesaba katmamış olması haizi tesir değildir.

Bilâkis şoför, tehlikeli olduğunu bildiği bu noktada, önüne bir tramvay çıktığı zaman ihtiyatlı bir tedbir alacak ve bilhassa kavsi geçmeden evvel tramvayın önünden geçip gitmesi için ağır yüklü kamyonunu derhal durdurabilecek bir tarzda sür'atini tenkis etmekle ağır bir kusur işlemiştir ve eğer şoför (kendisince malûm olan) tehlikeli bir noktaya yaklaştığını nazarı itibara almamışsa kendisini mazur görmek mümkün olmıyacaktır; zira seyrüsefer sahasının ortasında iki istikamete giden yolun ayrıldığı ve fevkalâde bir dikkatin icap ettiği bir nokta mevzuubahstir.

Şoförün kusuru tramvay kondüktörünün bir kusurile kısmen bile müterafik değildir. Tramvay kondüktörü kamyon - otomobilin tramvay hattında da devam edeceğini nazarı itibara alarak yardım frenini hareket ettirmiş ve arabasını kamyon da durmuş olduğu takdirde çarpışmaya mâni olacak şekilde 8 m. de durdurmuştur (Ehli vukuf raporuna müracaat) bu da tramvayın sür'atinin fazla olmadığını isbat eder. Tramvayların sür'ati hakkındaki nizamlar hasebile mevzuubahs arabanın kondük-

151

törü dönemeçten evvel ve bir kere kavse girdikten sonra mukabil taraftan gelen nakil vasıtalarından doğru bir hareket bekliyebilirdi; binaenaleyh mukabil taraftan gelen bir nakil vasıtası göreceğini ve bunun kondüktörünün daha evvel geçmek isteyebileceğini ve bu itibarla arabasını dönemeçten evvel durduracağını hesaba katmak mecburiyetinde değildi.

Müddeinin mes'ul olması lâzımgelen şoförünün müterafık kusuru kazanın talî sebebini teşkil ettiğinden müddeaaleyhin mes'uliyeti ancak üçte bire hasredilmek icap eder.

Zararın miktarına gelince, bu hususta bir itiraz yoktur. Bundan maadâ bu nokta federal mahkemenin tetkik sahasından hariç maddî bir hâdiseden ibarettir.

II inci hukuk dairesi. — M. M. Soldati, Jaeger, Ranbert, Strebel, Brodtbeck, Leuch ve Hablützel. — Bienne avukatlarından Me. P. Renggli ve Me. F. Ansler.

---

100. FEDERAL MAHKEME

HAKSIZ REKABET. — Bir maden suyu sahibi tarafından İsviçrede mevcut maden sularının ihtiva ettiği mevaddı madeniye mikdarını müş'ir olmak üzere bastırılan el ilânı. — Su listesinde sondan evvelki dereceye konan bir maden suyu sahibinin davası. — Haksız rakabete istinaden iddia. — Reddolunan dava.

[B. K. mad. 48]
" B. K. mad. 00 „

İlân olunan istihsalâtın evsafile, rakip istihsalâtın evsafı arasında mukayese yapmaktan ibaret olan bir reklâm vasıtası, mukayese tamamen objektif olduğu ve hakikî esaslara istinat ettiği takdirde haksız rakabet âdadına dahil olmaz.

Rakip istihsalâtı kıymetten düşürmek veya rakibini tamamen ezmek gayesini açık bir surette istihdaf eden bir reklâm vasıtası aynı mahiyette telâkki olunamaz.

M.: *Société des Bains et Eaux d'Henniez*
M. A.: *Galleza, Leutenegger et Cie*
11 Haziran 929

A. Müddei Henniez Vaud kantonunda kâin üç maden suyu menbaı-

152

nın malikidir; bu su hem içme için, hem de tedavi banyosu için kullanılmaktadır. Müddeaaleyhler Schinzuach - Village'da Schenkenberger namile maruf maden suyu menbaının ve ıhcalarının sahibidirler. Bu su gerek içme ve gerek tıbbî bir su olmak üzere satıldığı gibi, müddeaaleyhler bazı meyvaların usaresini ilâve suretile (Sykosana) içkisi istihsal ediyorlardı.

Müddeaaleyhler sularının her biri için, ihtiva ettikleri mevaddı madeniye itibarile tasnif edilmiş, İsviçrenin başlıca maden sularının listesini muhtevi olmak üzere 80,000 el ilânı tabettirmiş ve mevaddı madeniyeyi bir kilogram suyun ihtiva ettiği miktarlarla göstermişti. Bu miktar Schenkenberger suyu için 2,5020 gr. , Rahazünser suyu için 1,3860 gr. , Eptinger suyu için 1,1338 gr. , Rheinfelden'deki Kapuziner suyu için 9,7572 gr. , Henniez için 0,684 gr. ve Walzenhauser için 0,3338 gramdan ibaretti.

Bu adetler fazla olarak irtifaları her suyun ihtiva ettiği mevaddı madeniye ile mütenasip olmak üzere siyah renkte sütunlardan mürekkep bir grafik ile tezyin edilmişti. Schenkenberger suyu % 100 ile esas olarak kabul edilmiş ve Henniez suyu 27,3 adedile sondan bir evvelki dereceyi teşkil eylemişti.

Schenkenberger suyu, ancak ihtiva etmekte olduğu (tedavi noktai nazarından tesirsiz) bulunan âdi tuz nazarı itibara alındığı takdirde ve o da çok az bir nisbette (% 101) olmak üzere Eglisan suyu tarafından geçilmekte idi.

Cetvelde müddeaaleyhlerin suyuna müteallik sütun — diğerlerinin aksine olarak — tarama ile işaret edilmişti; Eglisan suyu için 27,1 % kaydile ikinci bir sütun mevcuttu (emlâh miktarı tenzil olunduktan sonra).

7 mart 1928 tarihli mektubu ile müddei Soleure'de mukim müddeaaleyhlerin mümessili Bünzli ve şürekâsına ilânda münderiç «listenin» okuyucular nezdinde Schenkenberger'in Eglisau beraber İsviçre maden sularının en iyisi olduğu ve Henniez suyunun adî evsafta bulunduğu intibaını doğurabileceğini ihtar eyledi.

Vaud kantonu kimyagerinin mütalâasına nazaran bu liste halkı yanlışlığa götürebilecek mahiyette idi; Bir suyun kıymeti münhasıran ihtiva ettiği mevaddı madeniye miktarına tâbi olmadığı cihetle bu liste yalnızca sularda mevcut mevaddı madeniyeyi mevzuubahs etmek suretile İsviçre maden suları hakkında yanlış bir fikir husulüne sebebiyet veriyordu. Böyle bir reklâm kabul edilemez ve müddeiye zarar iras eder.

Bünzli ve şürekâsı müddeiyi davadaki müddeaaleyhlere müracaat et-

153

tirdiler. 15 mart 1928 tarihinde müddei, müddeaaleyhleri ilânları dağıtmaktan içtinaba ve halka, düşmüş oldukları hatayı bildirmeye davet eyledi. Müddeaaleyhler Prof. Dr. Hartmann d'Aran'ın bir mütekaddim mütalâasını dermeyan suretile talebi is'aftan imtina ittiler.

B. Müddei Avaran ticaret mahkemesi nezdinde ikamei dava ile borçlar kanununun 38 ve kanunu medenînin 28 «24» inci maddelerine istinat ederek aşağıdaki hususatı beyan etti.

1 — Bu «liste» nin istimalinin hüsnüniyet kaidelerine mugayir ve «liste» nin doğru olmayan kayıtları ihtiva etmekte olduğunu,

2 — Müddeaaleyhlerin atiyen bu reklâm vasıtasını kullanmaktan menedilmesini,

3 — Müddeaaleyhleri müddeiye 10000 frank veya mahkemenin tazminat olarak takdir edeceği meblâğı tediyeye mahkûm edilmesini,

4 — Müddei, masarifi müddeaaleyhe ait olmak üzere kararı üç gazetede ilân etmeğe salâhiyet verilmesini talep eyledi.

C. Müddeaaleyhler listenin tamamen doğru kayıtları ihtiva ettiğini ve binaenaleyh caiz bir reklâm vasıtası olduğunu beyan ederek talebin reddini istediler. Prof. Dr. Hartmann tarafından tanzim olunan bu liste fennî bir tahlilin neticelerini bildirmek ve bunu bir grafik ile süslemek gayesine matuftur; bu hiç bir vakit bir maden suyunun havassının münhasıran ihtiva ettiği mevaddı madeniye miktarına tâbi Schenkenberger suyunun her hususta en iyisi olduğu demek değildir.

D. 31 kânunusani 1929 tarihli kararile Argovie kantonu ticaret mahkemesi davanın «her noktai nazardan» gayrı varit olduğunu tefhim eyledi.

E. Müddeaaleyh bütün müddeiyatını tekrar ederek kararın ıslahını talep eyledi

Federal mahkeme ıslah talebini ret ve kararı tasdik eyledi.

Esbabı mucibe:

1 — Müddei, müddeaaleyhlerin ilânda münderiç « İsviçrenin başlıca maden ve içme suları listesinde » Henniez suyu Shenkenberger suyuna nazaran aşağı evsafta olarak gösterdiklerini iddia ve bu hareketlerile müstehlik halkı kendi teşebbüsüne karşı zarar iras edebilecek bir hataya düşürdüklerini beyan etmektedir. Bu hususta evvelâ şunu kayıt ve işaret etmelidir ki « liste » muhtelif suları muhtevi oldukları madenî maddelere göre tavsif ile iktifa ve diğerlerile Shenkenberger suyu arasında mukayese yapmak için istifade eylediği kimyevî mütehassısı tetkikatının netayicini ihtiva etmektedir.

K:100

Binaenaleyh bu reklâm vasıtasını kullanma suretile müddeaaleyhlerin bir haksız fiil işleyip işlemedikleri ve hassaten borçlar kanununun 48 inci maddesine muhalif hareket edip etmediklerini tetkik lâzımdır.

2 -- Bir kimsenin yanlış ilânlar veya hüsnüniyet kavaidine muhalif diğer bir takım hareketler neticesi olarak müşterileri azaldığı veya onları kaybetmek tehlikesine maruz kaldığı takdirde haksız rakabet mevcuttur; bu gibi hareketler ile zarara uğrayan şahıs, bunlara nihayet verilmesini ve kusur halinde iras olunan zararın tazminini istiyebilir.

a) « Liste » de yanlış kayıtlar bulunamamıştır. Müddei bizzat mevaddı madeniyenin (hakikî ve izafî) nisbetlerini gösteren kayıtların ve hassaten Henniez ve Shenkenberger sularına ait kayıtların doğru olmadığını iddia etmemektedir. Bundan başka İsviçredeki bütün maden sularının ve bilhassa Passung ve Meltiger suyunun mukayeseli listede bulunmaması ona yanlış neşriyat mahiyetini veremez; herhalde, liste tamamlanmış olsaydı Henniez suyu daha fena bir şekilde derecelenmiş olacağı cihetle müddei bundan dolayı şikâyet edemez.

b) Mesele bu andan itibaren « liste » nin neşrinin « hüsnüniyet kavaidine mugayir sair hareketler » şeklinde telâkki edilip edilemiyeceği hususunun bilinmesine münhasır kalıyor.

Federal mahkemenin içtihadına nazaran (*Resmî mecmua* 21, sahife: 1188 ve müteakip *Oser* 41 II 44 ve müteakıp şerh 2 inci tabi sahife: 339 ve müteakip, borçlar kanunu mad. 48 fıkra IV. hususile a. 1 ch. ve b. ; *Becker* sahife 212 ve müteakip, fıkra 6 ve müteakip) ilân olunan istihsalâtın evsafile rakip istihsalâtın evsafı arasında objektif mahiyette mukayese yapmaktan ibaret bir reklâm vasıtası, mukayese hakikî esaslara istinat ettiği takdirde, ilân olunan maddenin faikıyetini fevkalâde açık bir surette göstermiş olsa dahi mecaz olan ticarî propaganda hudutlarını geçmiş sayılamaz; bilâkis rakip istihsalâtı kıymetten düşürmek veya ticareti açık bir surette ezmek gayesini istihdaf eden bir reklâm, kanun karşısında tutunamaz. Halbuki hâdisede, velveleli bir tarzda tanzim edilmeyen bu « liste » yi yaparken müddeaaleyhlerin müddeiye karşı bu neticeye irişmek fikrini beslediklerini te'yit edecek hiç bir emare mevcut değildir. Kanton mahkemesi çok muhik olarak müddeinin iddiası hilâfına müddeaaleyhlerin bir maden suyunun münhasıran ihtiva ettiği mevaddı madeniyeye nazaran kıymetinin tesbiti icap edeceğini iddia etmediklerini kaydetmiştir. Neşriyatlarından da bir suyun başka nukatı nazardan kıymetinin takdir edilemiyeceğini iddia neticesi çıkarılamaz. Hilâfı bilâkis listenin ikinci serlâvhasından « ihtiva ettikleri mevaddı madeniye

155

itibarile » cümlesinden anlaşılmaktadır. Bundan başka Eglisan suyunda mevcut madenî bir madde olan âdi tuzun « tedavi noktai nazarından tesirsiz » olduğunu te'yit etmek suretile müddeaaleyhler fikirlerince mevaddı madeniye mikdarının yegâne âmil olmadığını işrap etmişlerdir.

Bununla beraber bir maden suyunun kıymetini tesbit için bu noktanın hiç olmazsa esaslı bir âmil olduğunu, mukayeseli cetvele göre takdir edilecek olan bu âmilin sulardan birinin intihabında müessir olabileceği noktasının münakaşaya tahammülü yoktur; fakat müddeaaleyhler Henniez suyunu mahirane bir tarzda kıymetten düşürmek suretile müddeiye behemehal zarar irasını arzu etmemişlerdir.

3 — Binaenaleyh haksız rakabetin ikinci şartı olan ticarî bir zarara duçar olmak veya müşterileri kaybetmek noktasını tetkik faydasızdır; şunu da işaret etmelidir ki halk bir maden suyunu intihap ederken onun evvel beevvel lezzetine kıymet verir veya hiç olmazsa bunu nazarı itibara alır. Müddei hususî mukabil çarelere tevessül suretile müddeaaleyhlerin propagandasile mücadele edebilirdi.

4 — İddia esassız bir surette tezahür etmektedir. Ahlâkî noktai nazardan müddeaaleyhlerin vaziyetinde rencide edici bir hal görülse dahi tahkikatın ikmali zımnında davanın Kanton mahkemesine iadesine lüzum yoktur.

I inci Hukuk dairesi. — M. M. Oser, Honegger, Ursprungs, Weiss, Thélin, Robert, Engeler ve Polla. — Dr. W. Ursprung Zürihte avukat. Dr. E. Haller Aarau'da avukat.

---

101. FEDERAL MAHKEME

TEMYİZ KUDRETİ. DELİL. TIBBÎ EHLİ VUKUF RAPORU. — Akıl hastalığına müptalâ olan bir kimse tarafından yapılan mukavele. — Hacır. — Mukaveleyi imzalamış olanlardan birinin temyiz kudreti bulunmaması hasebile vasi tarafından açılan butlan davası. — Kanton mahkemelerince bu davanın reddi. — Federal mahkeme tarafından kabul edilen ıslah talebi. — Davanın Kanton mahkemesine iadesi. — Temyiz kudreti hakkında malûmat.

[K. M. 16, 18]
" K. M. 13, 15 „

1— Federal hukuku medenîsi, bir akıl hastalığının mevcudiyetine hukukî neti-

celer atfetmiş bulunursa, hâkim, tıbbî ehli vukuf tetkikatı yaptırmadan bu akıl hastalığının bulunduğuna karar veremez.

Hâkim, ehlivukufun mütaleasile bağlı değildir ; fakat, ehlivukuf raporunun ne gibi sebeplerden dolayı kendisine kanaat vermediğini beyan ederek, bu raporu nazarı dikkate almıyabilir.

2 — Dosyanın tetkikinden yanlış olduğu anlaşılan bir hâdiseye istinat ederek hâkimin verdiği karar, dosyadaki evraka nazaran yanlış bir karardır.

3 — Temyiz kudreti, yalnız yapılan tasarrufların netayicini idrak edebilmek kabiliyetinden ibaret olmayıp aynı zamanda, yabancı tesirlere mukavemet edebilmek kabiliyetini de tazammun eder.

Temyiz kudreti, aynı zamanda hem yapılan şeyi anlamak hem de filiyata geçebilmek iktidarına malikiyet demektir.

4 — Temyiz kudretini haiz olmayan bir kimse tarafından yapılan mukaveleler, bizatihî batıldır. Böyle bir mukavele, hiç bir zaman yapılmamış hükmündedir; hattâ, bu temyiz kudretinin olmadığı diğer tarafça anlaşılmıyacak bir şekilde olsa bile bu hüküm değişmez.

M. : *Madam Frauenfelder* — M. A. : *Eugène Frauenfelder*
10 teşrinievvel 1929

Henri Frauenfelder, 1914 senesinde Schaffhouse şehrinde vefat etmiş ve mirasçı olarak, bu davadan müddei olan karısını ve Marie, Hans ve Eugène namında üç çocuğunu bırakmıştı. Bu sonuncusu Eugène, bu davada müddeaaleyhtir. Henri Frauenfelder'in kıymeti 23,515,13 franktan ibaret olan terekesi, bir taş yontma ticaretinden ve bu ticaretin yapıldığı binadan ibaretti. Ticaret işi ve bina müddeiye kalmıştı. Çocuklar kendi hisselerine karşı analarından alacaklı oldular. Müddeaaleyh validesinin işlerinin müdürlüğünü deruhte etti.

24 nisan 1923 tarihinde, müddei, resmî senetle, binayı, ticaret işini ve kendi ev eşyasını müddeaaleyhe satmıştı. Buna mukabil müddeaaleyh de, ticarethanenin bütün borçlarını üstüne almış ve validesini vefatına kadar bakıp gözetmeği taahhüt etmişti. Bu mukaveleye, her iki taraf riayet etti.

1926 senesi bidayetinde, müddei akıl hastalığı alâmetleri göstermekle, bir tımarhaneye yatırıldı. Bu müessesenin müdiri Dr. Berteschinger, müddeinin vaktinden evvel bunama hastalığına tutulduğunu ve daha bu hastalık kendisini göstermeden, gizli schrizophrénie hastalığından muztarip olduğu neticesine varmıştı. Bu tıbbî rapora istinat ederek, 26 nisan 1926 tarihinde, Schaffhouse şehri vasayet dairesi, müddeinin hacrına karar verdi ve müddeinin temyiz kudretini haiz olmadığından bahisle 24

157

nisan 923 tarihli mukavelenin butlanını talep etmek vazifesini de vasiye tevdi eyledi.

Bunun üzerine, 24 eylûl 1926 tarihinde ikame olunan bu davada, müddei tarafından satış mukavelesinin butlanını ve mukaveleden evvelki vaziyete avdete müddeaaleyhin mecbur edilmesi talep edilmektedir.

Müddeaaleyh müddeinin bazı uzvî hastalıklarını tedavi etmiş olan Dr. Moser tarafından verilen iki rapora istinat ederek, bu talebin reddini istemiştir. 17 nisan 1923 tarihli birinci raporda, Dr. Moser « bu gün (17 nisan 1923), Emilie Frauenfelder'i 1856, muayene ettim. Şimdilik aklî vaziyetinin çok iyi olduğunu gördüm. Mme Frauenfelder, imza eylediği şeyin mânasını anlıyacak kabiliyettedir » demektedir. Dr. Moser'in ikinci raporunda ise şöyle denilmektedir : « Bugün (24 nisan 1923), Mme Frauenfelder'i muayene ettim, kendisini iyi buldum. Mme Fraenfelder, yapacağı muamelenin şümulünü idrak ederek, imza edebilecek haldedir ».

Mahkeme, bir çok şahitler istima ettikten sonra, Dr. Ris tarafından müddeinin muayene edilmesine karar verdi ; Dr. Ris şu neticeye vardı : « Madam Frauenfelder'in müptelâ olduğu schizophrénie ârazile müterafık vaktinden evvel bunama hastalığı 24 nisan 923 tarihinde temyiz kudreti tamamen zayi olacak derecede vahamet kesbetmişti. Bu tarihte hastanın geçici bir iyileşme neticesi olarak temyiz kudretini bir müddet için iktisap etmiş olduğunu kabul etmek kabil değildir.

Schaffhause mahkemesi, 4 teşrinievvel 1928 tarihinde, mukavelenin aktolunduğu tarihte, müddeinin temyiz kudretini haiz olmadığı ispat edilemediğinden bahisle davayı reddetmiştir.

Schaffhause kantonu yüksek mahkemesi, 24 mayıs 1929 tarihinde bidayet mahkemesi esbabı mucibesini kabul ederek, hükmü tasdik etmiştir.

Müddei, kararın ıslahını istemiştir. Federal mahkeme, bu talebi kabul ederek, tespit eylediği esbabı mucibe dairesinde hüküm vermek üzere, evrakı kanton mahkemesine iade etmiştir.

Esbabı mucibe

1 — Federal mahkeme, en son içtihadında, federal hukuku medenisi bir akıl hastalığının mevcudiyetine hukukî neticeler atfetmiş bulunursa, hâkimin tıbbî tetkikat yaptırmaksızın, bu akıl hastalığının mevcut olup olmadığına karar veremiyecegi esasını vazetmiştir.

Bu asastan, akıl hastalığının mevcut olup olmadığı hususunda hâki

158

min ehli vukufun tetkikatile mukayyet olduğu ma'nası çıkamaz. Belki hâkim, doktorun mütalâasını tetkik ederek, bu mütalâa kanaatini tatmin etmez ise, esbabını göstermek suretile itiraza hakkı vardır. Doktorun mütalâasına rağmen, hâkim, doğru olmadığı dosyanın tetkikinden anlaşılan bazı vâkıalara istinaden, akıl hastalığının mevcut olmadığına karar verirse, kararı, dosyadaki evraka nazaran yanlış bir karardır ve binaenaleyh federal mahkemeyi takyit etmez. Emarelerden istidlâl keyfiyeti de böyledir. Herhangi bir meselede, kanton mahkemesi, doğru olmadığı dosyanın tetkikinden anlaşılan bir hadiseye istinat ederek karar verirse, bu hal Federal mahkemeyi bağlayamaz. Bununla beraber, bazı tabirlerin, dosyadaki evraka nazaran yanlış olması, federal mahkemeyi, ehli vukuf raporunu bizzat tetkike sevk edemez. Çünkü, burada esasa ait bir hâdise mevzuu bahistir ve bunu takdir, esas itibarile kanton mahkemesinin salâhiyeti dahilindedir. Böyle bir halde, dosyadaki evraka nazaran doğru olmadığı anlaşılan vakıalar artık nazarı dikkate alınmamak şartile, ehli vukuf raporunu serbest bir surette tetkik ve mahiyetini takdir zımnında evrakın kanton mahkemesine iadesi lâzım gelir.

2 — Bidayet ve istinaf mahkemeleri, 24 nisan 1923 tarihinde müddeinin temyiz kudretini haiz olduğunu kabul etmişlerdi. Ve bu neticeye şu suretle vasıl oluyorlardı: Temyiz kudreti bulunmadığını söyleyen ehli vukuf raporu kanaatin husulüne kâfi değildir. Çünkü bazı vakıalar açık bir surette müddeinin buna müstahak olduğunu göstermekte idiler.

Müddeinin aklî vaziyetine ait olup, mahkeme tarafından rapora tercih olunan vakıaların tetkiki, delâilin takdiri mahiyetinde alduğundan federal mahkemesi bu ciheti tetkik edemez. Maahaza, istinat olunan emarelerden bir kısmı vakıaların tesbiti mahiyetinde değildir. Bunlar sadece, yukarıda beyan olunan tarihte, bir kimsenin, müddeinin temyiz kudretini haiz olduğunu kabul ettiğini veyahut bu neticeyi kat'î surette göstermiyecek mahiyette alelâde vâkıalardır. Satış mukavelenamesini tanzim etmiş olan memur, akitlerin temyiz kudretini haiz olup olmadıkları meselesini re'sen tetkika mecburdu. Halbuki mukaveleyi bu memurun tanzim etmiş olması, bu meseleyi müsbet bir surette hallettiğini gösterir. Binanın satışını aralarında müzakere ederken, çocukların sarih bir surette ortaya atılmıyan temyiz kudreti meselesini müsbet bir surette hallettikleri ihtimali pek azdır. validelerinin temyiz kudretini haiz olduğunu bildikleri için, bundan hiç bahsetmiş olmamaları ihtimali de vardır. Fakat bu ihtimal bertaraf edilse dahi, burada da mukaveleyi yapmış olan memur gibi âkitlerin kendi istidlâlleri mevzuu bahstir. Hu-

156

kukun tatbikına mütedair olan ve bu sebeple hâkimi takyit etmiyen bu istidlâl, tarafların kanaatlerine istinad eder şeraitin sıhhati tahakkukunu kontrol edilmeden hiç bir delil olmak üzere nazarı dikkate alınamaz. Fakat bu kontrolu yapacak vasıtalar yoktur. Çünkü davada mukaveleyi yapan memur dinlenmiştir ve müddeaaleyhin kardeşlerile hemşiresi bu nokta hakkında isticvap olunmamışlardır. Şu halde yalnız Dr. Moser'in şehadeti kalır. Dr. Moser, 1923 senesi bidayetinde uzvî bir hastalık dolayısile müddeiyi tedavi etmiştir. Şahit olarak dinlendiği zaman müddeide vaktinden evvel bunamaya dair hiç bir alâmet göze çarpmadığını beyan etmiş ve müddeaaleyhin talebi üzerine, sureti yukarıda dercedilmiş olan 17 ve 24 nisan 1923 tarihli iki raporu tanzim etmiştir. Bu raporlara nazaran müddei «imzasının ma'nasını anlayacak vaziyette » yani « tasarrufun mâna ve şümulünü anlıyarak bir vesikayı imzalıyacak » bir vaziyette idi. Kanton mahkemesi, bir taraftan müddeinin imzalamış olduğu mukavelenin meal ve şümulünü oldukça karışık bulunduğu ve diğer taraftan Dr. Moser'in şahadetine ve mahkeme zaptına nazaran, doktorun raporlarını verdiği zaman, ne gibi bir vesikaya müddeinin imza vaz edeceğini bilip bilmediğini, tetkik etmeden bu raporlar üzerinde tevakkuf etmiştir. Bu itirazlara rağmen, Dr. Moser'in ifadatına istinaden, müddeinin aklî vaziyeti hakkında hâkimin noktai nazarı, Federal mahkemesi tarafından aynen kabul edilmek ve müddeinin, tasarruflarının, mâna ve mahiyetini anlıyacak derecede temyiz kudretini haiz olduğu neticesine varılmak lâzım gelirdi. Fakat bunun için, bidayet ve istinaf mahkemelerinin, yalnız Dr. Moser'in ifadatına müsteniden kararlarını vermiş olmaları icap ederdi. Halbuki, bozulması için federal mahkemesine müracaat edilen kararın esbabı mucibesine nazaran, yalnız Dr. Moser'in ifadatına istinat edilerek karar verilmediği anlaşılmaktadır. Binaenaleyh bu ifadat nazarı dikkate alınmadığı takdirde, kanton mahkemesinin aynı kararı verip vermiyeceği cayi teemmüldür. Kanton mahkemesi bu nokta hakkında da bir karar vermeli idi.

3 — Bundan başka, temyiz kudretine yanlış bir mâna verildiği için de, karar mucibi tenkittir. Schaffhouse mahkemesi. mukavelenin imzalandığı tarihte, müddeinin tasarruflarının mânasını anlıyacak kabiliyette olduğunu beyan etmekte, ve binaenaleyh temyiz kudretini haiz olduğunu kabul etmektedir. Temyiz kudretinden anlaşılmak lâzım gelen mâna, bir kimsenin tasarrufatının vüs'at ve şümulünü anlamasından ibaret değildir. Temyiz kudretini haiz olabilmek için, bir kimsenin bundan başka, irade ve ihtiyarı üzerinde tesir icra etmek isteyen kimselere tabiî bir

160

surette mukavemet etmesi veya kanunun dediği gibi « makul surette hareket etmek iktidarından mahrum olmaması » icap eder. Kanunda tayin edilen sebeplerden biri neticesi olarak, bir kimse makul surette hareket etmek iktidarından mahrum kalırsa, temyiz kudretini haiz olmadığını kabul etmek lâzımgelir. Kanton hâkimi, hiç bir zaman, müddeinin mukavelenin imza edildiği tarihte, serbest bir surette hareket edip etmediğini tetkik etmemiştir. Dosyada mevcut evraka nazaran, mahkemenın, bu hususta hiç bir sarahati ihtiva etmeyen Dr. Moser'in ifadelerinden, nasıl müddeinin serbest bir surette hareket edip hiç bir tesire tâbi olmadığı mânasını çıkardığı, ve bu serbestinin mevcut olmadığına dair Ris raporundaki bazı delilleri ne için nazarı dikkate almadığı anlaşılmamaktadır. Bu noktada, delâilin takdiri mahiyetinde olduğundan, kanton mahkemesi bu hususta da bir karar vermek mecburiyetindedir.

4 — İstinaf mahkemesi, bidayet mahkemesinin esbabı mucibesini kabul ederek, « kanunun menfaat, emniyet ve selâmeti » namına, temyiz kudretinin acemi bir kimse tarafından dahi anlaşılması lâzım geldiği esasını vazetmektedir. Kanton mahkemesine nazaran, bu suretle, temyiz kudretini haiz olmıyan bir kimse ile bir mukavele aktetmiş olan adam, bilâhara, diğer tarafın temyiz kudretini haiz olmadığını iddia edebilecektir, Fakat federal mahkemeye nazaran, temyiz kudretini haiz olmıyan bir kimse ile muamele yapmış olan adam, diğer tarafın temyiz kudretini haiz olmadığından bahisle hüsnü niyete istinaden defide bulunamaz. Aksi, temyiz kudretini haiz olmıyanların himayesine dair olan, Kanunu medeninin 18 «15» inci maddesindeki esasata tamamen muhalif olur.

Nihayet, mukavelede « ateyn » mevcut olmadığı cihetle, müddeinin kanunen himayesi icap eden hiç bir menfaati mevcut olmadığı ve binaenaleyh davasının reddi lâzım geleceği yolundaki mahkemenin noktai nazarı da doğru değildir. Taraflardan birinin temyiz kudretini haiz olmaması halinde mukavelename batıldır, yani hiç yapılmamış hükmündedir. Binaenaleyh hâkimin, batıl olduğuna sarahaten karar vermesi de zarurî değildir. Kanun hiç bir yerinde, bir mukavelenin butlanını iddia etmek için, himayeye lâyık bir menfaatin mevcudiyeti lâzım geldiğini söylememektedir. Hakkın suiistimali iddiasına gelince, kanton mahkemesi, pek doğru olarak, bunu nazarı dikkate almamıştır.

İkinci Hukuk dairesi. — Rossel, Soldati, Jeager,Strebel, Brodtberk, Leuch ve Hablutzel. — Schaffouse avukatlarından Dr. C. Labhart ve Dr. Schudel.

---

102. FEDERAL MAHKEME

HAKSIZ MUAMELEDEN DOĞAN MES'ULİYET. — Bir bina sahibinin mes'uliyeti. — Bir komün tarafından idare edilen deniz banyoları. — Deniz banyosu yaparken bir çocuğun boğulması, babanın komün aleyhine açtığı zarar ziyan ve tazminat davası. — İdarenin tahlisiye alât ve edevatına malik olmadığını, gölün tehlikeli mahalline bir işaret vazolunmadığını ve bekçinin yüzmek bilmediğini müddeinin iddia etmesi. — Talebin kabulü.

[K. M. 55, 59, B. K. 41, 58, 61]

" K. M. 48, 52, B. K. 41, 58 alınmamıştır. „

1 — Binanın fena yapılmasından yahut muhafazadaki kusurundan dolayı bina sahibinin mes'ul olduğu hakkındaki kaide, âmme binaları malikleri hakkında da caridir.

2 — Deniz banyosu için, deniz kenarında yapılan tesisat, borçlar kanununun 58 inci maddesinin tayin ettîği manada binadır.

3 — Borçlar kanununun 58 inci maddesinin, tayin ettiği manada bina addolunan bu gibi tesisat, kendisinden tabiî bir surette istifade edilmek için mevcudiyeti icap eden alât ve edevata malik değilse veya bu alât ve edevat na tamam veya kusurlu ise, iyi idare edilmemiş demektir.

İyi idare edilip edilmemek keyfiyetini, hâkim objektif bir tarşda bizzat takdir eder.

4 — Deniz banyosu için yapılan tesisat, bekçi olarak yüzmek bilmiyen birini ikame eden kimse, mes'uliyeti mucip bir kusur işlemiş olur.

M.: *Barmettler* — M. A.: *Buocys Komünü*

11 Eylul 1929

Josephine Barmettler namında on bir yaşında bir çocuk, 5 temmuz 1929 tarihinde, öğleye doğru denize girmek için Buoch şehrine gitmişti. Bu mahallin deniz banyoları Buochs komününe aittir ve bizzat komün tarafından idare edilmektedir. Küçük Barmettler bir kaç arkadaşı ile birlikte denize girerek, yüzmek bilmiyen kimselerin geçmemesi lâzımgelen daireyi gösteren gemi direğine dikkat etmeksizin açılmıştı. Birdenbire çocuğun ayağı kaydı ve yüzmek bilmediği için boğuldu. Arkadaşları bağırmaya başlamışlar ise de, bekçi Adelaide Wyrsch dahi yüzmek bilmediğinden hiç bir yardımda bulunamadı. Bundan başka banyo mahallinde

162

hiç bir tahlisiye âleti de mevcut değildi. Ancak bir çeyrek saat sonra deniz banyosunun yanındaki mahalde denize girmiş olan bazı çocuklar, ihtiyar bir kadının bağırması üzerine küçük kızın imdadına koşmuşlar ve tedarik ettikleri bir bahçe tarağı ile çocuğu denizden çıkarmışlardır. Fakat doktor tarafından yapılan sun'î teneffüs tecrübeleri bir netice vermeden çocuk vefat etmiştir.

Bu hâdise üzerine, çocuğun babası Theodore Barmettler, borçlar kanununun 41 «41» inci ve müteakip maddelerine istinat ederek, Buochs komünü aleyhine bu davayı açmıştır. Bu davada, müddei, zarar ve ziyan ve zararı manevî olarak 5000 frank talep etmektedir.

Taraflara 17 temmuz tarihinde tebliğ edilen 6 temmuz 1929 tarihli kararile, Nidwald kantonu mahkemesi, müddeaaleyhi 1500 franga mahkûm eylemiş ve 12 ağustos 1929 tarihinde müddeaaleyh bu kararın bozulması için federal mahkemeye müracaat eylemiştir. Müddei de, tevhider bir karar verilmek üzere federal mahkemeye müracaat etmiştir.

1 — Evvelemirde tetkiki icap eden mesele, kanton mahkemesinin bu davada, federal hukuku hususiyesini tatbik etmesi doğru olup olmadığı meselesidir. Müddeaaleyh kanunu medenînin 59 uncu maddesine istinat ederek, kanton mahkemesinin federal kanunlarını tatbik edemiyeceğini iddia etmektedir, Bu maddeye nazaran, iktisadî bir gaye takip eden cemiyetlerle dinî bir gaye takip eden cemiyetler ve kendi tahtı idaresinde bulunan müesseseler hakkında kanton hukuku tatbik edilir. Müddeinin talebi borçlar kanununun 58 « 58 » inci maddesine müstenit olmasına nazaran, bu iddia nazarı dikkate alınamaz. Mevzuubahs müessesenin, bir hukuku âmme müessesesi veya varidat temini için tesis edilmiş bir müessese olup olmadığını tetkike mahal yoktur. Çünkü federal mahkemenin hiç değişmeyen bir içtihadına nazaran borçlar kanununun 58 inci maddesindeki mes'uliyet, hukuku âmme müesseseleri malikleri hakkında da caridir. Âmme müesseseleri maliki, kendisine ait bir binanın âmmenin emniyeti için bir tehlike teşkil ettiğini görür ve buna mâni olmayarak bir zarar husule gelirse, burada artık hukuku âmme münasebatı mevzuu bahsolmaz. Bu gibi binaların maliki, efrada karşı alelâde bir şahıs mahiyetindedir. [*Rossel* 53 II s. 316 ve müteakip s. J. D. T. 1928 s. 150 bakınız. Bundan başka *Oser* 58 inci maddenin şerhi No. 15 e bakınız.]

Deniz banyosu için yapılan tesisatın, borçlar kanununun 58 inci maddesinin tayin ettiği mânada bina olduğunda hiç şüphe yoktur. [*Rossel* 41 II s. 705; İmparatorluk hukuk mahkemesinin 7 mart 1911 tarihli ka-

163

rarı, bu karar *A. Roger* tarafından tabolunan «Entscheidungen der Gerichtsund verwaltungsbehörden» mecmuasının cilt 31. s. 543 ve müteakip sahifelerinde çıkmıştır.]

Müddeaaleyh, mevzuubahs binanın maliki olmak itibarile, kanton mahkemesi tarafından nazarı dikkate alınan iki fiilden mes'uldür. Bunlar yüzmek bilmeyen kimselerin geçmemeleri lâzımgelen noktayı göstermek için vazolunan gemi direği üzerinde tehlike işaretini gösteren levhanın bulunmaması ve müessesede tahlisiye alât ve edevatının ademi mevcudiyetidir. (Bahçe tarağı bir tahlisiye âleti addolunamaz). Denize girecek olan kimselerin, tam bir emniyet dahilinde denize girmelerini temin etmek lâzımdı. Deniz banyosu çocuklara dahi açık olmak itibarile, bu emniyet noktasına daha fazla dikkat etmek icap ederdi. Bütün bu tedbirleri almak lâzım geldiğini müddeaaleyhin bilmesi lâzımgelirdi. Tahlisiye alât ve edevatının bulunmaması bir binanın fena yapılması demek olmadığından bahisle, meselenin borçlar kanununun 58 inci maddesile alâkası olmadığı da iddia edilemez, Borçlar kanununun 58 inci maddesi bir şeyin tabiî bir surette istimali için mevcudiyeti icap eden teferruat mevcut olmadığı veya natemam ve kusuru olduğu zaman o şeyin fena yapılmış olduğu şeklinde anlamak lâzımdır. Müddeaaleyh, def'an Nidwald şehri meclisinin 11 haziran 1928 tarihli sirkülerinde (Resmî gazete 15 haziran 1928. No. 24) deniz banyosu tesisatı yapacak olan komünlere icra ve ifası emredilen hususattan çok fazlası yapıldığını iddia etmektedir. Bu defi mahkemeyi tatmin edemez. Âmme binalarından birinin borçlar kanununun 58 inci maddesinde tayin edilen mânada fena yapılmış veya natamam ve kusurlu olup olmadığını anlamak için hâkim, objektif bir tarzda, delilleri bizzat takdir eder. Mevzuubahs tesisatın, bidayette yüksek bir makam tarafından emredilen şekilde yapılmış olmasının ve bu makamın yapılan şeyin gaye ve mevcut ihtiyaçlara nazaran tesisatı kâfi görmesinin hiç bir ehemmiyeti olmadığı gibi bu sirkülerin bilhassa zabıtai ahlâkiyeye ait bazı kavait vazetmek maksadile yazılmış olduğunda da hiç şüphe yoktur. Halkın emniyeti için komünlerin ne gibi tedabir alması icap ettiği hakkında sirkülerde hiç bir sarahat mevcut değildir.

2 — Kaza esnasında beceriksizlik gösteren ve yüzmek bilmeyen bir bekçi istihdam ettiği için de kanton mahkemesi müddeaaleyhi mes'ul addetmiştir. Müddeaaleyhin mutalâasının aksi olarak, bu mesele de, bir federal hukuku hususiye meselesidir. İktisadî bir gaye takip eden hukuku âmme müesseseleri hakkında Kanunu medeninin 59 uncu maddesinde vazolunan istisnalar, bir âmme vazifesi ifa ederken vukubulan hâdiseler-

164

deki mes'uliyetler hakkındadır. Bir hukuku âmme müessesesi, hususî bir şahış gibi birisile münasebete girerse, artık kanunu medeninin 59 uncu maddesi mevzuu bahsolamaz. Bir komün, varidat temini maksadile deniz bonyoları tesis eder ve efrat ile münasebata girerse, artık sırf bir hukuku hususiye meselesi mevzuu bahsolur. Bu gibi münasebetlerde, Borçlar kanununun 61 inci maddesinin 2 inci fıkrası, bu maddenin birinci fıkrasındaki, memur ve müstahdem tarafından ifayı vazife halinde yapılan zararlardan dolayı bunların mesuliyetine dair olan ahkâmı bertaraf etmiştir. Bununla beraber, deniz banyosu için yapılan tesisatın mutlaka varidat temini için yapılmış olması zarurî olmadığını da kabul etmek lâzımdır. Fakat bunun aksi de tamamen doğru değildir. Eğer müddeaaleyh, borçlar kanununun 59 uncu maddesi hükümlerinden istifade etmek isterse, bu bapta bir karar vermek üzere, hâkime icap eden izahatı vermesi lâzım gelirdi. Bilhassa, deniz banyosunun teşkilâtı, ne miktar varidat temin eylediği ve varidatın nereye sarf edildiği hakkında izahat vermek ve bu baptaki vesaiki ibraz etmek mecburiyetinde idi. Bu hususta izahat verilmediği cihetle, müddeaaleyhin mesuliyeti meselesini, federal hukuku hususiyesi prensiplerine nazaran tetkik etmek lâzımdır.

Bu noktai nazardan, yüzmek bilmeyen bir bekçi istihdamı ve bekçinin kaza esnasındaki beceriksizliği, müddeaaleyhe atfedilmesi lâzım gelen bir kusurdur. Bir komün, mektep çocukları için bir deniz banyosu küşat ettiği ve bir bekçi istihdam ettiği zaman, ana ve babanın veya sair efradı ailenin bu bekçinin yalnız çamaşır tevzii ve müessesede asayiş ve intizamı temin etmek için istihdam edilmediğini, ve asıl denize giren çocuklara nezaret etmek vazifesile mükellef ve kaza halinde bunlara muavenet etmeğe muktedir olduğunu farzetmek haklarıdır. Bunun için, bekçinin mutlaka yüzmek bilmesi icap eder. Hâkimin yaptığı tetkikata nazaran, çocuk herhangi bir kimsenin yüzmek bilmese dahi geçebileceği ve boğulmıyacağı bir noktada kaybolmuştur. Binaenaleyh bekçi, yüzmek bilmediği halde çocuğun kurtarılması için yapılan teşebbüslere yardım etmemekle bir kusur işlemiştir.

3 — Bu sebeplerle, yukarıda zikrolunan hata ve tedbirsizliklerin küçük Josephine Barmettler'in vefatına sebebiyet verilmiş olduğu noktasında şüphe yoktur. Çok emin olarak denilebilir ki, eğer yüzmek bilen bir bekçi, tahlisiye alât ve edevatile kaza mahalline derhal gitmiş olsaydı, çocuk kurtarılmış olacaktı. Bundan başka, gemi direğinde tehlike işaretini gösteren bir levha olsaydı, belki çocuk kaza mahalline kadar gitmiyecekti. Mektep çocuklarının ve Josephine Barmettler'in gemi direği ile gösterilen mahallin haricine çıkmalarının tehlikeli olduğunu bildikleri itirazı dahi varit olamaz. Her nekadar Kanton mahkemesi bu

165

noktanın ispat edilmiş olduğunu kabul etmiş ise de, bu keyfiyet, tehlike işaretini gösteren bir levhanın mevcudiyeti halide dahi, çocuğun suyun tehlikeli olduğu sahaya kadar gideceğini ispat etmez.

Birinci Hukuk dairesi. — Oser, Honegger, Ursprung, Weiss, Robet, Engeler ve Bolla. — Stans avukatlarından D. Th. Gabriel ve Dr. Odermatt.

---

103. FEDERAL MAHKEME

MÜTEAHHİDİN KANUNÎ İPOTEKİ. — Malikin gayrı menkulünü, diğer bir şahsa, o şahsın kendi hesabına gayrı menkulde ıslahat ve tadilât yapması hususunda bir itilâf yaparak kiralaması. — Müstecirin iflâsı. — Müteahhidin yapmış olduğu işlere karşı kanunî ipotek talebi. — Ret.

[K. M. 837, 839]
" K. M. 807, 809 „

Kanunî bir ipotek tesçilini talep hakkının bulunması için gayrı menkulün maliki ile iş sahibi arasında akdî bir rabıtanın mevcudiyeti zarurî değildir. (Filhakika bu hakkı umumî müteahhitler gibi, bu müteahhitlerden iş alan ikinci derecede müteahhitler de haizdirler).

Fakat sadece malzeme vererek veya vermiyerek çalışmış olmak bu ipotekten istifade için kâfi değildir ; bundan başka mevzuubahs işlerden dolayı malikin borçlu vaziyetine girmiş olması lâzımdır ve tesçil ancak malikin borçlandığı nisbet dairesinde talep olunabilir.

Malikin bir mukavele dolayısile mes'ul olmaması halinin aksine olarak, kanun tarafından, işlerin bedelini sipariş verene tazmine mecbur tutulduğu zaman kimler kanunî bir ipotek tesçilini talep edebilirler ? " Mahfuz tutulan mesele „

M. : *Berltrami* — M. A. : *Bianchini ve Fundus C. gayrimenkul şirketi*
27 mart 1930

«Fundus C.» gayri menkul şirketi Genève'de bir gayri menkulün malikidir. Sirket 9 nisan 1925 tarihli mukavele ile bu gayri menkulün tamamını 18 sene müddetle yani 1 teşrinievvel 1926 tarihinden 30 eylül 1944 tarihine kadar senevî 22000 frank mukabilinde Madam Bianchini'ye kiralamıştı. Binanın «bar - dansig» olarak kullanılması takarrür etmişti. Kira mukavelesinin 5 inci maddesi bu hususa dair şu hükmü ihtiva edi-

166

yordu: «Kiracı kendi ticarî ihtiyaçlarına uydurmak üzere, kiralanan gayri menkulün içinde tesisat ve tadilât yapabilecektir, herhalde kiracı buna ait pilânları kiralayanın tasdikına arza mecburdur, kiralayan salâhiyettar makamın tasdikına iktiran etmiş hususat hakkında bir gûna itiraz dermeyan edemeksizin bu işlere nezaret edebilecektir. Bu ıslahat ve tadilât, ahşap kısım, potreller, döşeme ve dam aksamı velhasıl binanın harap olması halinde yapılması iktiza eden büyük ve esaslı tamirat bile dahil olmak üzere münhasıran kiracı hesabına yapılacaktır. Kiranın nihayetinde kiracı tarafından yapılabilecek bütün ıslahat ve tadilât kiralayanın mülkiyeti altında kalacaktır. »

Madam Bianchini mukavelede düşünülen bu tadilâtı yaptı. Bilhassa M. Beltrami namında bir zat, umumî müteahhit Badel tarafından ahşap kısımların yapılmasına memur edildi.

7 kânunuevvel 1926 tarihinde Madam Bianchini iflâs etti. Beltrami 13,826 frank hesap ibraz etti ve masa tarafından bu hesap kabul olundu.

12 kânunusani 1927 tarihinde Beltrami faturası bedelinin ödenmesine veya kanunu medeninin 839 «809» uncu maddesi mucibince kendisine teminat verilmesine şirketi davet ederek temerrüt haline koydu. Mumaileyh talepleri kabul edilmediği takdirde kanunî bir ipotekin tesçilini talep edeceğini de şirkete bildirdi. Şirketin menfî bir cevap vermesi üzerine mahkemeye müracaat etti ve alacağına karşılık olarak ipotekin muvakkaten tesçiline dair bir karar istihsal eyledi. 10 mart 1927 tarihinde tesçil yapıldı.

Beltrami, Bianchi iflâs masasile Fendus C. gayri menkul şirketi aleyhine bir dava açarak alacağının kabulünü ve muvakkat tesçilin nihaî tesçile kalbini talep etti. Mahkeme müddeinin taleplerini kabul eyledi.

Genève istinaf mahkemesi 17 kânunuevvel 1929 tarihli kararile bu hükmü tasdik etti.

Müddeaaleyh şirket ıslah tarikile ve davanın reddi talebile temyize müracaat etti.

Federal mahkeme temyiz talebini kabul ve müddeinin taleplerini ret eyledi. (Hulâsa)

Esbabı mucibeden alınan fıkralar ;

2. Kanunu medeninin 837 inci maddesinin 3 üncü numarasile «807 No. 3 » vazedilen kanunî ipotekin tesçilini istemek hakkı behemehal gayri menkul maliki ile alacak sahibî arasında akdî bir rabıtanın mevcudiyetine bağlı değildir, zira kanunun ibaresine nazaran da bu hak

167

umumî müteahhitlere olduğu gibi müteahhitten iş alan ikinci derece müteahhitler için de tanınmıştır. Bununla beraber malzeme vererek veya vermiyerek çalışmak keyfiyeti kanunen ipotekten istifadeye kâfi görülemez.

Gürtler - Laub işi vesilesile 25 haziran 1913 tarihli kararında ve oğulları Masse Waldvogel - J. Frütiger işi dolayısile 18 teşrinisani 1914 tarihli kararında federal mahkeme, malikin gayri menkulü üzerinde ikinci derece müteahhitler lehine ipotek tesisine müsaade etmek vecibesinin vüs'at ve şümulünün, malikin mevzuubahs işler dolayısile borçlu olabileceği meblâğla mahdut olduğunu beyan etmişti. Yalnız müessesenin maksadına uygun değil, aynı zamanda, evvelce de denildiği gibi, iki tarafın meşru menfaatlerini de hesaba katan bu prensipten ayrılmak için hiç bir sebep yoktur. Filhakika kanun, malikle arasında bir mukavele bulunmamasına rağmen himayesini ikinci derece taahhütlere de teşmil etmişse bu müessesenin tarihçesi gösterir ki her şeyden evvel amelî bir mülâhazadan diğer tâbirle malikin kendisile iş sahibi arasına bir üçüncü şahıs yani muhayyel bir kimseyi koymak yalnız bir kimseye karşı borçlanmak suretile kanunun hükmünü çevirmesine mâni olmak düşüncesi bunu icap ettirmiştir. Bundan malikin kime karşı ve işlerin kıymeti neye baliğ olursa olsun mes'ul olması lâzım geleceği neticesini çıkarmak gayri kabili kabul olduğu gibi bir imtiyaz veya istisna ihdas eden kaidelerin dar ve tahdidî bir surette tefsiri lâzım gelmesi kaidesine de muhalif olacaktır.

Müteahhidin veya bundan iş alan ikinci derecedeki müteahhidin hakkını, bunların gayri menkulün kıymetini çoğalttıkları ve sadece bu vakıa dolayısile imtiyazlı bir vaziyette bulunmağa istihkak kesbettikleri mülâhazasına istinat ettirmeğe gelince, teşriki mesai esnasında bu hususta bazı temaslar yapılmışsa da kanunda bu fikir ifade edilmemiştir. Kanun fazlai kıymet mefhumu ile tefsir edilebilecek hiç bir hükmü ihtiva etmez. Vazıı kanun bu noktaya bir ehemmiyet atfetmiş olsaydı her şeyden evvel ve her halde teminatı yapılan iş veya verilen malzemeden husule gelen fazlai kıymetle mütenasip kılması ve tahdit etmesi mantıkî olurdu. Halbuki kanun buna dair bir şey söylememiş bilâkis, yukarıda gösterilen evvelki kararlarda hükmedildiği gibi esas itibarile inşa edenin (müteahhit veya ikinci derece müteahhit) kendisine bu işi tahmil edenden (malik veya umumî müteahhit) alacağı meblağ için teminat bahşetmiştir. Bundan başka bazı nevi işler vardır ki zarurî olmakla beraber mutlak surette gayri menkulün kıymetini tahmini kabil bir surette çoğaltmazlar.

168

ve bu gibi hallerde fazlai kıymet mefhumu nazarı itibare alınırsa bazan kanunun ibarelerine nazaran gayri kabili münakaşa olmakla beraber, ipotek hakkını ret ve inkâr etmek lâzım gelecektir.

Eğer malikin mevzuubahs işlerden dolayı borçlu sıfatını iktisap ettiği meblâğdan fazlası için ipotek istihsaline müsaadeye mecbur olmadığı esasından hareket edilirse, bundan mantıkan kendisi borçlu olmadığı ve buhususta dolayı aslâ borçlu olmıyacağı takdirde teminat itasına da mecbur bulunmıyacağı neticesi çıkarılmalıdır.

Vakıâ mezkûr kararların bazı kısımları işlerin üçüncü bir şahsın emrile ve fakat malikin müsaadesile yapılmış inşaata matuf gibi görünmekte ve bu itibarla bizzat malikin yapılan işlerin değerinden filen mes'ul olması haline kıyas edilmekte ise de kararda istitraden zikredilen bir fıkradan bu tarzı telâkki istihraç olunamaz; çünkü kararların mevzuubahs kısımları 25 haziran 1881 tarihli kanunun mer'î olduğu bir zamanda bir fabrikatörle malik arasındaki vaziyetin nazarî bir şekilde mukayesesine masruf bulunmaktadır; bundan umumî bir hüküm çıkarmak bir çok hadiselerde kanunun metnine muhalif bir vaziyet ihdas edecektir; zira işlerin üçüncü bir şahıs tarafından emredildiği hallerde bile ikinci derecede müteahhit, umumî müteahhide karşı bir alacağı olduğunu iddia edebilecek ve umumî müteahhit ise her halde malike karşı bir alacağı bulunduğunu dermeyan edemiyecektir ve bu vaziyet şu neticeye varacaktır: Ya umumî müteahhide hal bu merkezde ise ipotek bahşedebilmek için kanunun ibarelerini terk etmek veya bunu reddederek ikinci derece müteahhide umumî müteahhitten fazla bir hak tanımak ki vazzıı kanunun bunu istemediği tabiîdir.

Tesçil hakkına kâfi esas olmak üzere fazlai kıymet mefhumuna istinat etmek teminat miktarı meselesinde olduğundan ziyade imkânsızdır. Filhakika gayri menkule taallûk eden işlerin ancak üçüncü şahsın menfaati, meselâ kiracının meslekî ihtiyaçları veya san'ati veyahut sırf şahsî istirahati için yapılmış olması mümkündür - ve bu en fazla tesadüf edilen haldir - ve binaenaleyh malike hiç bir menfaat temin etmezler. Bu hususta bir tabibin, bir dişçinin veyahut bir lokantacının vaziyetini hatırlamak kâfidir. Maliki, gayri menkulün tahsisi cihetini aynen muhafazaya icbar mümkün olmadığı gibi kendisini hiç bir mes'uliyet deruhte etmediği işler için bir şey ödemeğe mecbur etmenin de hakkaniyete mugayir olacağı tabiîdir.

Federal mahkemenin evvelce beyan ettiği gibi, gayri menkule müteal-

169

lik işler bizzat malik tarafından emredildiği halde bile ikinci derecedeki müteahhidin kendisine ihale edilen kısımların malik ile umumî müteahhit arasında yapılan umumî keşifnameye dahil olup olmadığını ve ne fiatla hesaba geçirildiğini bile öğrenmeğe mecbur olması tabiî ise kendisine malikten gayri birisi tarafından bir iş tahmil edilen kimsenin sadece malikin buna muvafakat edip etmediği hususunu değil aynı zamanda malikin ne nisbette mes'ul olacağı hususunu dahi öğrenmek ihtiyatkârlığında bulunması daha tabiidir. Malikin daima üçüncü şahıs tarafından tutulan müteahhitlerin isimlerini öğrenmek imkânını elde edememesi, işler hakkında bir malûmat bulunmaması hasebile, inşaatı yapanlara, bundan mütevellit bedellerden dolayı hiç bir mesuliyet altına girmediğini bildirmesine amelî bir imkân bulunmaması da gayet tabiîdir.

Malikin bir mukavele dolayısile mes'ul olmaması halinin aksine olarak, kanun tarafından işlerin bedelini sipariş verene tazmine mecbur tutulması halinde, müteahhidin ve ikinci derecedeki müteahhidin kendisinden kanunî bir ipotek tesçilini talebe salâhiyettar olup olmaması hususunda vaziyet tamamen başka türlü olacaktır. Fakat mesele bu şekilde vazedilmediğinden bu noktanın halline lüzum yoktur. Sadece işlerin bedellerinin tamamı veya bir kısmı hususunda müddeaaleyhe rücu ettiği veya edeceğini Madam Bianchini iddia etmiş değildir; bilâkis müddeaaleyhin bu işlerin yapılmasına ancak sarahaten müstecir hesabına olmak şartile müsaade eylemiş bulunduğu da zahirdir. Bu sebeplerden dolayı bu hallerde müddeinin kanunî ipotekten istifade için bir talepte bulunmağa salâhiyeti yoktur.

II inci Hukuk dairesi. — M. M. Soldati, Jager, Rambert, Strebel, Brodtbeck, Lench ve Hablützel. — Genève Avukatlarından Me. Brand ve Me. Vogt.

---

104. FEDERAL MAHKEME

BOŞANMA VE AYRILIK. — Boşanmaya dair dava. — Ayrılığa hükmedilmesi. — Barışma ihtimalinin görünmemesi. — Talebin kabulü.

[K. M. 142 ve 146 fıkra 3]
" K. M. 134 ve 138 fıkra 3 „

Dava boşanmaya dair olduğu zaman ancak inkıtaın nihaî addedilmemesi

K : 104

170

lâzımgeldiğini ve barışma ihtimalinin mevcut bulunduğunu gösterecek kat'î ve muayyen ve müşahhas vâkıalar mevcut olduğu takdirde ayrılığa hüküm olunabilir. Sadece nazarî bir barışma ihtimali bu husus için kâfi değildir.

Rothenfluh'a ait boşanma davası
11 Temmuz 1929

---

19 mart 1929 da Baden bidayet mahkemesi karı koca Anton ve Rosa Rothenfluh - Irniger'in, kanunu medeninin 142 inci maddesile 146 «134» ıncı maddesinin 3 üncü fıkrasına «138 III» tevfikan gayri muayyen müddetle [1] ayrılıklarına hükmetti. Bu hüküm Argovie kanton mahkemesi tarafından 17 mayıs 1929 tarihinde tasdik edildi.

Madam Rothenfluh bu kararı temyiz etti. Mümeyyiz ilk derece mahkemesindeki iddia ve talepleri veçhile boşanmaya hükmedilmesini, olmadığı takdirde ayrılığın bir sene müddetle tahdit olunmasını istedi. Federal mahkeme temyiz talebini kabul etti.

Esbabı mucibe :

İki derece kanton mahkemesinde hâkimler - Dosya muhteviyatından da vazıh bir surette anlaşıldığı veçhile - kanunu medeninin 142 «134» inci maddesine muvafık bir şekilde evlilik birliğinin derin bir surette ihlâl edilmiş olduğunu ve bunun kocanın kusurundan ileri geldiğini ittifakla kabul etmişlerdir. Mevzuubahs mesele sadece bu vakıâlardan sonra boşanmıya mı hükmedilmesi lâzım geldiği yoksa 146 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasına «138 III» tevfikan yalnız ayrılığa mı hükmedileceği keyfiyetidir. İlk hâkim, davanın devamı müddetince, müddeaaleyhin hal ve hareketlerile yeniden tabiî ve mukaddes bir ocak tesisini tecrübe etmek arzusunu izhar ettiğini sebep göstererek ikinci hal suretini kabul etmiştir. Mahkemeye nazaran, müddeaaleyh iradesini tarzı hareketini değiştirmeğe tevcih etmek ve bunu daimî surette yapmağa kadir olduğunu göstermek şartile, bu keyfiyet bedihî bir şekilde imkânsız görünmemektedir.

---

[1] Gayrı muayyen müddetli ayrılık kanunumuzda yoktur. İsviçre kanunu medenisinin 147 inci maddesinde "*ayrılık bir seneden üç seneye kadar veyahut gayrı muayyen bir müddet için hükmedilebilir*„ denilmektedir. Buna tekabül eden kanunumuzun 139 uncu maddesinde "*veyahut gayrı muayyen bir müddet için*„ kaydı tayy olunmuştur. (Mütercim)

171

İkame edilen delillerden müddeaaleyhin son zamanlarda daha uygun bir vaziyet iktisap ettiği anlaşılmaktadır. Bundan kendisinin daha iyi bir hayat tarzı teminine gayret sarfeylediği istidlâl olunabilir. Binaenaleyh, ilk hâkime nazaran, müddeaaleyhe müddeinin hürmet ve itimadını tekrar kazanmak fırsatını vermek lâzımdır. Mahkeme karı kocanın, bilhassa yaşları ve müşterek çocuklarının mevcudiyeti nazarı itibara alınırsa tabiî bir birlik hayatına avdet etmelerinin tamamen imkânsız olmadığını kabul eylemektedir.

Bu istidlâl tarzı mukni değildir. 146 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasına «138 III» nazaran - bu hâdisede olduğu gibi - dava boşanmaya mütedair olursa, barışma ihtimali bulunmadıkca ayrılığa hükmedilemez. Hemen hiç bir zaman bertaraf edilmesi mümkün olmayan, alelâde müphem bir imkân bu husus için kâfi değildir. Bunun için, hâkim de karı koca arasındaki inkıtaın nihaî addedilmemesi lâzım geldiği kanaatini tevlit edecek kat'î, muayyen ve müşahhas vakıaların mevcudiyeti lâzımdır.

Mevzuubahs hâdisede bu kabil vakıalar yoktur. Müddeaaleyhin içkiye düşkün olduğu ve bu sebepten dolayı evvelce iki defa hizmetinden çıkarılmış bulunduğu, işlerini ve aile vazifelerini ağır bir surette ihmal eylediği müddeiye karşı kaba muamele ettiği ve onu hiç bir sebep olmaksızın müşterek hayata sadakatsizlikle ittiham eylediği, bizzat kendisinin madam Huber namında bir kadınla lâübali muamelelerde bulunduğu sabit olmuştur. Bu hal ve şartlar içinde şahitlerden Fischer'in beyanına göre, yalnız müddeaaleyhin Criox - Bleue müessesesine girdiğindenberi işlerine daha ziyade ehemmiyet vermesi vakıası - ki ilk hâkimin 146 ıncı maddenin 3 üncü fıkrasının «138 III» tatbikı için bir emare olarak öne sürebileceği yegâne vaziyettir. - « Karı kocanın barışmaları ihtimali bulunduğu » nun tesbiti için kâfi değildir. Bizzat müddeaaleyh, Croix - Bleue müessesesine girmesine rağmen iki defa sarhoş olduğunu kabul etmektedir. Hiç bir kat'î vakıa müddeaaleyhin senelerdenberi içinde yuvarlandığı ve bittabi müşterek hayatın inkıtaı için esaslı bir sebep teşkil eden bu fenalıktan kurtulduğu kanaatini vermemektedir.

Bu şartlar içinde ve müddeinin müddeaaleyhe karşı duyduğu derin kin ve nefret nazarı itibara alınınca, taraflar arasındaki barışma ümidinin büsbütün bertaraf olduğu görülmektedir. Kanton mahkemelerinin fikri de bu merkezde olduğu hissediliyor. Fakat bu mahkemeler müddeaaleyhe iddia ettiği gibi hareket tarzını iyileştirdiğini isbat imkânı verilmesi lâzım geldiği ümidindedirler. Bununla beraber sadece nazarî bir

172

ıslah imkânından başka bir şey bulunmayan bu kabil bir hâdisede bu noktai nazar kabul edilemez.

II inci hukuk dairesi. — M. M. Rossel, Soldati, Rambert, Strebel, Leuch, Hablützel ve Blocher. — Baden avukatlarından Me. Lewin ve Me. Senn.

---

105. FEDERAL MAHKEME

HAKSIZ MUAMELEDEN MÜTEVELLİT MES'ULİYET. — Otomobilin bisiklet râkibine çarpması. — Râkip tarafından otomobilci aleyhine açılan zarar ve ziyan davası. — Esas itibarile talebin Kabulü. — Müterafık kusur. — Tazminatın tenkisi.

[B. K. 41, 46 fıkra 2; otomobil seyrüsefer talimatnamesi 34, 37]
"B. K.41, 46 fıkra 2„

1. Önünde bir yük arabası ile bunu takip eden bir bisiklet bulunan otomobilci, bisiklet arabanın önüne geçmeğe teşebbüs ettiği anda sür'atini tenkis etmiyerek yoluna devam ettiği takdirde bir kusur işlemiş olur.

Bu tarzda hareket etmekle otomobilci, iki büyük nakil vasıtası arasında bulunan ve bir tereddüt ile yolundan çıkabilecek olan bisiklet için muhakkak surette tehlikeli bir vaziyet ihdas etmiştir.

2. 40 kilometre sür'ati tecavüz eden, yani yolun önünde birbirini müteakip bir bisiklet ve yük arabası yürümekte iken derhal durabilmesine müsait olmıyan bir sür'atle giden otomobilci bir kusur işlemiş olur.

3. Arkasından bir otomobil gelmekte olduğunu bilen bir bisiklet rakibi o anda yolun sol kenarını takip etmek için sola geçmekle bir kusur işlemiş olur.

4. Zarar ve ziyan müddeisinin müterafık bir kusur işlemiş olması, eğer müddeaaleyhin kusurunun neticesi olan zararın ağırlığını muhik gösteriyorsa, kendisi lehine hâkimin bir zararı mânevî hüküm etmesine mâni teşkil etmez.

Bilâhis tazminat miktarının tayininde müterafık kusur nazarı itibara alınabilir.

5. Müddeinin arzuhalinde hükmün yeniden tetkiki salâhiyetinin mahfuz tutulması talep edilmiş ise, zararı ağırlaştırabilecek vakıalar iki senelik mehilin inkızasından evvel tahaddüs edemiyecek gibi görünseler de, hâkim bu salâhiyeti mahfuz tutmağa mecburdur.

M : *Fuch* — M. A. : *Leeman*
18 Kânunuevvel 1929

A. 26 temmuz 1926 da sabah saat sekize doğru müddei 21 haziran

173

1896 doğumlu Ernest Fuchs, bisikletle Gosau - St - Gall kanton yolunu takiben St - Gall'e gidiyordu. Bu yol 7 metre genişliğinde ve kaldırım döşelidir. Müddeinin önünde, aynı suretle sağ tarafı takiben çiftçi Jakob Moser tarafından sevkedilen ve yine St - Gall'a giden bir yük arabası mevcuttu. Beritfeld denilen mevkide bisiklet ve yük arabası, aynı istikamete tahminen saatte 40 kilometre sür'atle giden Studbaker markalı bir otomobilde bulunan müddeaaleyhle karşılaştılar. Tahminen 200 metrelik bir mesafede otomobil işaret verdi, ise de anlaşılan müddei bu işareti işitmedi, zira tahminen 40 metre kadar yaklaştığı zaman müddeaaleyh, müddeinin Moser'in arabasının solundan geçmeğe teşebbüs ettiğini gördü. Tekrar işaret verdi; fakat aynı zamanda sür'atini azaltmaksızın yoluna devam etti. Bu esnada müddei, yolun sol kenarına geçmek maksadını gösterecek bir surette sola döndü; otomobil kendisini devirdi ve çiğnedi. Müddei bu yüzden zararlara uğradı, bu meyanda tezelzülü dimagî ikinci ve üçüncü fıkrai kataniyenin temezzük ve hal'i sağ havsalanın kat'ı mafsalı ve kilyelerde sahacet vukua geldi. Bundan maada bir müddet için tamamen çalışamaz bir hale geldi ve daimî ve fakat kısmî bir surette de çalışma kabiliyetini kaybetti.

Müddei bu vakıâlara istinaden müddeaaleyhe karşı bir zarar ve ziyan davası açtı, bu zarar faiz ve masraflarla beraber 54,318 franga baliğ oluyordu. Müddei hükmün iki senelik bir müddet zarfında yeniden tetkikini de istiyordu.

5 eylül 929 tarihinde sadır olup 3 teşrinievvel 1929 tarihinde taraflara tebliğ olunan ilâmile St - Gall kanton mahkemesi müddeinin talebinin 17,438 franga kadar şayanı kabul olduğuna karar verdi; ziyade ile yeniden tetkik talebini de reddetti. Kanton mahkemesi, kaza esas itibarile müddeaaleyhin kusuruna atf ve isnadı kabil olmakla beraber müddeinin de ağır bir kusur işlemiş bulunduğu ve bunun da tazminatın üçte birinin tenzilini muhik gösterdiği fikrinde idi. Mahkeme tabip raporuna istinaden müddeinin bir sene zarfında yüzde 100 ve ikinci sene zarfında da yüzde 66 ve bunu müteakıp ta daimî surette yüzde 45 nisbetinde çalışma kabiliyetini kaybettiğini tesbit ediyor ve senevî 3000 franklık bir ücret üzerinden bir devre için 3000, ikinci devre için de 2000 ve üçüncü devre için de (Ricard tabloları mucibince) 22,410 frank ki cem'an 27,410 frank zarar ve ziyan takdir ediyordu; müddeaaleyh bunun üçte ikisine katlanmak mecburiyetinde olduğundan 18,274 franga ve bundan da evvelce ödemiş olduğu 840 frank hastane ücreti tenzil edildikten sonra 17,428 frank tazminat itasına mahkûm oluyordu; zararı manevî olmak üzere bir şeye hükmedilmiyordu.

B. Müddei 16 teşrinievvel 1929 tarihinde bu kararın ıslahı için müracaat etti ve şu taleplerde bulundu:

« I. Kanton mahkemesinin 5 eylül 1929 tarihli kararının, aşağıki meblâğların kabule şayan olduğu yolunda tadili:

1) Harap olan bisikletin kıymeti olarak 165 frank.

2) Muvakkat iş kabiliyetinin ziyaı zamanındaki kâr mahrumiyeti olarak 24 ağustos 1927 tarihinden itibaren yüzde 5 faizle 5000 frank;

3) Zararı manevî olarak 3000 frank;

4) Mütebaki zararların karşılığı olarak ta 22,410 frank.

II. Hüküm tarihinden itibaren iki sene için müddeiye talebini ikmal etmek üzere hükmün yeniden tetkikini istemek salâhiyetinin mahfuz tutulması. »

O günkü duruşmada müddei, talebinin muvakkat iş kabiliyetinin ziyaı devresine ait faiz kısmını tadil etti; 3000 frank üzerinden 24 ağustos 1927 tarihinden ve 2000 frank üzerinden 24 temmuz 1928 tarihinden itibaren yüzde 5 faiz istedi.

28 teşrinievvel 1929 tarihinde müddeaaleyh te iltihak yolile temyize müracaat etti ve aşağıki talepleri dermeyan eyledi.

«I. Mümeyyiz tarafından talep edilen cem'an 30,575 frangın ve derecei saniyede St. Gall kanton mahkemesinin 5 eylül 1929 tarihli ilâmile müddei lehine hükmedilen 17,426 frangın mahkemenin takdirine göre ehemmiyetli bir surette tenkisi.»

«II. Müddeinin hükmün yeniden tetkiki salâhiyetinin mahfuz tutulması hakkındaki talebinin reddi.»

Federal mahkeme iltihak yolile vaki olan temyiz talebini reddetti; esas temyiz talebini ise, St- Gall mahkemesinin 5 eylül 1929 tarihli kararını, müddeinin talebini 18,428 franga kadar kabul etmek ve müddeiye hükmün iki sene zarfında yeniden tetkikini istemek salâhiyetini tanımak suretile tadil ederek, kısmen kabul eyledi.

Esbabı mucibe:

1. Müddeaaleyh, esas itibarile, müddeinin mağdur olduğu kazadan mes'uliyetine itiraz etmemekte fakat kendi kusurunun müddeinin kusuruna nazaran talî bir derecede kaldığını iddia etmektedir. Müddei, bilâkis kendisine atfedilen kusurları kabul etmemekte ve müddeaaleyhi yegâne mes'ul addeylemektedir. Müddeaaleyh 200 metrelik bir mesafeden işaret verdikten sonra müddeinin yine otomobilin önünden Moser'in arabasını geçmeğe çalışacağını farz ve tahmin edemiyeceğini iddia etmektedir.

175

Fazla olarak yol bisiklet ve otomobilin aynı zamanda Moser'in arabasını geçmeleri için kâfi derecede genişti; ve eğer müddei makul surette hareket etseydi hiç bir çarpışma vukua gelmiyecekti. Bu şartlar altında müddeaaleyhin süratini azaltmamasında seyrüsefer talimatnamesinin 34 üncü maddesine muhalif bir hareket görülemez. (34 üncü madde nakil vasıtasını sevkedenin, nakil vasıtası seyrüseferi işkâl edebildiği zaman veya bir kaza esnasında sür'atini tenkis etmesi ve lüzumu halinde derhal durması mecburiyetini vazetmektedir). Müddeaaleyhin bu noktai nazarına iştirâk edilemez. Her şeyden evvel sadece önünde bir bisiklet ve bir yük arabası bulunması ile, müddeaaleyhin sür'atini azaltmağa mecbur olup olmadığı ve bisikletin yük arabasının önüne geçmek istiyeceğini farza mecbur bulunup bulunmadığı sorulabilir; bisikletin otomobilin gelişini hesaba katmış olduğu kat'iyetle kabul edilemezdi. Bununla beraber bu meselenin hallinden de sarfınazar olunabilir, zira herhalde müddeaaleyh, (tahminen 40 metre mesafede) müddeinin Moser'in arabasını geçmeğe teşebbüs ettiğini ve verdiği işaretin bu manevrayı icra etmesine mâni olmadığını görünce sür'atini azaltmağa mecbur idi. Buna karşı yolun müddei ve müddeaaleyhin aynı zamanda Moser'in arabasını geçmeleri için kâfi derecede geniş olduğu yolunda bir itiraz dermeyan edilemez. Böyle bir vaziyet daima tehlike tevlit edebilir ve esas itibarile tevakkî edilmesi lâzımdır; bilhassa bu vaziyet bir bisiklet iki büyük vasıtai nakliyenin arasında kalmasından husule geldiği zaman bundan içtinap edilmelidir, zira hafif bir tereddüdün bir bisikleti yolundan çıkartmağa kâfi olduğu malûmdur. Müddeaaleyh kendisinden beklenebilecek dikkat ve ihtimamı göstermiş olsaydı bu vaziyeti nazarı itibara alabilirdi. Bundan maada müddeaaleyh 40 kilometre yani derhal durmağa müsait olmıyan bir sür'atle giderken esas itibarile tehlikeli ve hattâ gayrı kabili kabul bir manevra yapmağı istemekle de yeni bir kusur işlemiştir. Bu hal, evvelki derece mahkemesinin haklı olarak dediği gibi, sadece seyrüsefer talimatnamesinin 34 üncü maddesinin umumî hükümlerine muhalif değil aynı zamanda mezkûr talimatnamenin diğer bir nakil vasıtasının önüne geçmek için kazaya mâni olacak bütün tedbirleri ittihaz şartile ancak zarurî olan sür'atle hareket mecburiyetine mütedair 37 inci maddesine de muhaliftir.

2. Bilmukabele, evvelki derece mahkemesinin haklı bir surette dermeyan ettiği gibi, müddei de bir kusur işlemiştir. Bu da müddeaaleyhin geldiğini haber verdiği anda yolun sol kenarını tutmak için birdenbire sola geçmesinden ibarettir. Vakıâ müddei kanton mahkemesi tarafından,

176

kendisinin sola saptığına ve müddeaaleyhin işaretini duymuş olduğuna dair tespit edilen hususata ait dosya muhteviyatının hilâfını iddia etmektedir. Bununla beraber bu itirazı federal adlî teşkilât kanununun 67 inci maddesinin 2 inci fıkrasına tevfikan yani hangi evrakın itiraz edilen tesbitlere muhalif olduğunu göstermek suretile dermeyan etmeği ihmal etmiştir; burada esaslı şekle mütedair bir hüküm mevzuubahs olduğundan Federal mahkeme bu itirazın maddesinin tetkikine girişemez. Kaldı ki dosya muhteviyatının hilâfına bir tesbitin vukuu da mevzuubahs olamaz, zira kanton mahkemesi kusur hakkında tesbit ettiği hususları emarelere istinat ettirmiştir; Federal mahkeme emarelerden çıkarılan neticeler üzerinde tetkikat yapamaz.

İlk derece mahkemesi müddeinin müterafık kusurunu kabul etmekle haklı olarak müddeaaleyhi zararın tamamını tazmine mahkûm etmemiştir; kanton mahkemesi vaziyeti nazarı itibara alarak zararın üçte birini müddeiye tahmil etmiştir. Federal mahkeme, vaziyetin iyi bir surette takdirine istinat eden bu taksimi bertaraf etmek için bir sebep görmemektedir.

3. Zararın miktarına gelince bu husus evvelki derece mahkemesinin esbabı mucibesine atfolunabilir. Mümeyyezünbih ilâm müddeinin senevî kazancını 3000 frank olarak kabul etmişti ; müddei bu rakamın doğruluğuna itiraz etmekte ise de bu nokta da federal mahkeme için kabulü mecburî olan maddî bir tesbit mevzuubahs olduğundan bu hususun münakaşası mümkün değildir. Müddeinin aynı suretle itiraz ettiği, bisikletin harap olmasından mütevellit zararın takdiri hususundan istinaf mahkemesi huzurunda sarfınazar eylediğine müteallik tesbit te böyledir. Binaenaleyh bu zarar da artık bugün nazarı itibara alınamaz.

4. Bilâkis kanton mahkemesinin zararı manevî talebini reddetmesi yanlıştır. Müddeinin kazadan fevkalâde ağır bir zarara maruz kaldığı ve müddeaaleyhin kusurunun hafif olmadığı şüphesizdir. Diğer cihetten müddeinin de müterafık bir kusur işlediği doğrudur. Bu ikinci vaziyet tazminat miktarının tesbiti hususunda nazarı itibara alınabilir, fakat diğer bir sebep olmadıkça bu keyfiyet mevcut hal ve vaziyetlere nazaran manevî bir tazminat itası lüzumunu bertaraf edemez; filhakika müddei tarafından işlenen yanlış ve fena hareketlerin kısmen müddeaaleyhin, müddeide bir teşevvüs husule getiren yanlış hattı hareketine kabili isnat olduğunu unutmamak lâzımdır. Federal mahkeme, bu hal ve vaziyetlere nazaran müddeinin bir zararı maneviye hakkı bulunduğuna kani olmuş ve bu tazminatı 1000 frank olarak tesbit etmiştir.

177

5. Borçlar kanununun 46 ıncı maddesinin 2 inci fıkrasına « 46 II » göre hükmün suduru esnasında, kâfi derece kanaatle cismanî zararın neticelerini tayin etmek mümkün değilse; hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında hâkimin tetkik salâhiyetini muhafaza etmeğe hakkı vardır. Kanton mahkemesi, ehlivukuf raporuna nazaran müddeinin kilyelerinde husule gelen zararın tevlit edebileceği ihtilâtların ancak 46 ıncı maddenin 2 inci fıkrasının tatbik edilemiyeceği « muahhar ihtilâflar » olabileceğini tesbit ederek müddeinin hükmün yeniden tetkikine mütedair talebini reddetmiştir. Bu görüş tarzı kabule şayan değildir; hâkim bir ihtilât tehlikesi dolayısile zararın kat'î surette tesbit edilemediğini kabul edince hükmün yeniden tetkikının şartları tahakkuk etmiş olur. Bu yeniden tetkik hakkı, yalnız, mahkemece mümkün görülen ihtilâtların müteakip iki sene zarfında husulleri muhakkak görülemediğinden ve müddeinin bu salâhiyetin mahfuz tutulmasına rağmen iddiasından bir netice elde edemiyeceğinden dolayı reddedilemez. Binaenaleyh hükmün yeniden tetkiki salâhiyetinin mahfuz tutulması talebi şayanı kabuldür.

I inci hukuk dairesi. — M. M. Honegger, Ursprung, Wiess, Thélin, Robert, Engeler ve Bolla. — St Gall avukatlarından Me. Senhauser ve Me. Wellauser.

---

106. FEDERAL MAHKEME

KUMAR. ALACAĞIN KUMARDAN İLERİ GELDİĞİNE DAİR İTİRAZ. VADELİ ALIŞ VERİŞLER. — Bir banka tarafından açılan dava. — Bir hesabı caride görünen açığın kapatılması. — Müddeaaleyhin kumar itirazı. — İtirazın reddi ve davanın Kanton istinaf mahkemesine iadesi.

[K. M. : 8; B. K. 513 Mahakim teşkilâtı K. 81]
"K. M. : 6; B. K. 504„

1. Fiat farkı üzerine yapılan alış veriş, esas itibarile öyle bir akittir ki orada pazarlığı yapılan emtia veya kıymetli evrakın filen teslim ve tesellümü vecibesi tarafların sarih veya zımnî muvafakatlarile ortadan kalkmıştır (esbabı mucibenin 1 numaralı fıkrası).

2. Taraflardan birinin, hesabı carideki kat'ı hesabı yekûnunu tanımış olması ve bunun neticesi olarak borcun tecdid edilmesi hesabı cariyi teşkil eden kalemlerden her biri hakkında kumar itirazını ileri sürmeğe mani teşkil etmez (2 numaralı fıkra).

K:106

3. Bir vadeli borsa alış verişine kumar mahiyeti verilebilmek için aşağıdaki hususiyetler kifayet edemez:

a) Bir alış verişden hasıl olan açığı diğer alış verişdeki fazlalıkla kapatmak için taraflardan yalnız birinin kasdı olması (hattâ bu kasta diğer taraf vakıf olsa bile).

b) Taraflardan gerek birinin ve gerek ikisinin, mal ve bedelinin tesviye edilmiyeceğini bilmeleri ve teslim günündeki fiat farkını tesviye suretile hesabı kapatmak niyetinde olmaları;

c) Taraflardan biri veya her ikisi için malın teslimi veya bedelinin tesviyesi imkânsız olması;

d) Yapılan sipekülasyonun umumî yekûnu ile tarafların tediye kudretleri (servet, irad, kıredi) arasında açık bir nisbetsizliğin bulunması, (her muamelenin vasatî yekûnu indelhace kıstas olabilir) ;

e) Yapılan alış verişin ekonomik bir hedefi bulunmaması;

f) Bankanın karşı taraf olamamasını tevlit eden ihtimal;

g) Açığı kapayacak karşılığın olmaması;

h) Borsa muamelesine dair yazılı emirlerin fıkdanı.

M. : *Wolfensberger ve Widmer anonim şirketi iflâs masası* — M. A. *R. Steffen*

14 Temmuz 1931

[R. M. Mecmuası cilt, 57, kısım II, sayfa: 407]

Müddeaaleyh Rodolphe Steffen, evvelce Genève İskonto bankasının kambiyo şefi idi. Sonra aynı bankanın Bâle şubesi direktörü oldu. Bu adam 1924 senesinde, şimdi iflâs halinde bulunan müddei anonim şirketle kendi nam ve hesabına muameleye girişti. Anonim bir hesap açıldı. Bu hesaba muayyen dövizlere dair 12 hesap daha ilâve olundu. Bu dövizler müddeaaleyhin spekülâsyon yapmakta olduğu paralardı.

İlk zamanlar müddeaaleyh çok kâr etti. Fakat 1927 de şirkete borçlu çıktı. Şirket açığın kapatılmasını istedi. Müddeaaleyh banka lehine 19,500 franklık iki ipotek tesis etti.

Konkordato müzakeresi sırasında, anonim şirket için tayin olunan komiser, 8 ikinci kânun 1928 de müddeaaleyhin hesabını çıkardı. Bu hesap 10 teşrinisani 1928 de 556,688 frank ve 55 santim bir açık veriyordu.

Müddeaaleyhin avukatı bu açığa itiraz etti. Fiyat farkı üzerinde oynandığı cihetle bunun kumar olduğunu ve meslek sırrına riayetsizliği göstermesi hasebile müvekkilinin banka direktörlüğünden çıkarıldığını

söyledi ve tazminat istedi. Zurich mahkemelerile federal mahkeme tazminat davasını reddettiler.

Müddei anonim şirket iflâs masası, 19 haziran 1928 tarihinde müddeaaleyhe karşı bir dava açtı, ve 1 şubat 1929 dan itibaren yüzde 5 faizile birlikte 615,772 frank 95 santimin hüküm altına alınmasını istedi.

Müddeaaleyh alacağın kumardan ileri geldiğini ileri sürerek davanın reddi talebinde bulundu.

Arlesheim bidayet mahkemesi 1 kânunuevvel 1930 tarihli kararile itirazı kabul ve davayı reddetti. Bâle kantonu istinaf mahkemesi 13 mart 1931 de bu hükmü tasdik etti. Müddei, federal mahkemeye müracaatla davasından 557,844 frank ve 95 santim miktara ait kısmının kabulünü istedi.

Federal mahkeme müracaatı haklı gördü ve davayı kanton mahkemesine iade etti. [hülâsa edilmiştir]

Esbabı mucibe:

1. Kanton mahkemesinin yaptığı gibi en önce kumar itirazının tetkik edilmesi lâzımgelir.

Borçlar kanununun 513 «504» üncü maddesi hükmüne göre kumar ve bahis, dava yolile takip edilebilecek bir alacak hakkı meydana getirmez. Kezalik borsaya dahil olan malların ve kıymetli kâğıtların fiyat farkı esası üzerine yapılan vadeli alış verişler dahi kumar ve bahis vasfını haiz oldukları takdirde hüküm ifade etmezler. Federal mahkemenin sabit olan içtihadına nazaran fiyat farkı üzerine yapılan alış veriş dava hakkı veremez, eğer alınıp satılan malın teslimi ve tesellümü vecibesi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun surette olan sarih veya zımnî muvafakatlerile ortadan kalkmış bulunursa, çünkü bu takdirde mukavelenin esas mevzuu yalnız fiyat farkından ibaret kalmış olur (resmî mukarrerat mecmuası, cilt : 39, kısım II, sahife : 644; 40, II, sahife : 545). Kezalik müellifler de fiyat farkı üzerine yapılan alış verişi böyle tarif ederler (*Hermann Fisch* : Vertrage mit Spielcharakter, sahife : 104 ; Alman medenî kanunu, madde : 764). Demek ki kazaî içtihat, borsada yapılan vadeli alış verişlerin hepsini kumar addetmiyor. İşte bundan dolayıdır ki taraflardan yalnız birinin böyle alış veriş farkını diğer bir hesapla kapatmak kasdında bulunması ve hattâ diğer tarafın bu kasta vakıf olması, işbu alış verişe kumar vasfını vermek için kâfi gelmez. Filhakika böyle bir vasıf verilebilmek için her iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun rızalarının birleşmesi lâzımdır. Ve bu birleşen rızalar

180

satılan ve alınan malların teslim ve tesellüm vecibesini ortadan kaldırmalıdır. (Resmî mukarrerat mecmuası, cilt : 31, kısım : II, sahife : 615; 44, II, sahife : 157). İşte yalnız bu tarife uygun olarak yapılan vadeli satışlardır ki dava hakkı vermezler. Muvazaalı yapılan satışların icrası mecburîdir (müellif *Fisch*'in yukarda ismi geçen kitabına bakınız. Sahife : 106, 118..)

Malların ve kıymetli evrakın teslim ve tesellüm edilmiyeceği hususu umumiyetle sarahaten zikrolunmaz. Nitekim bu hadisede dahi böyle bir şey yazılmamış ve müddeaaleyh bu hususta arada şifahî bir itilâf yaptığını da iddia etmemiştir. Şu halde acaba taraflar alınıp satılan kıymetli evrakın teslim ve tesellüm edilmiyeceği noktasında zımnen anlaştıklarını kabul etmek lâzım gelir mi suali üzerinde durmak icap ediyor. Bu hususta beyyine külfeti müddeaaleyhe düşer, çünkü alacağın kumardan ileri geldiğini müddeaaleyh ileri sürmüştür (Kanunu medenî, madde : 8 « 6 »).

Federal mahkeme iki mes'eleyi tetkik etmelidir :

Birincisi maddî mes'eleler — Kanton mahkemesinin hükmüne esas ittihaz ettiği vakıâların sıhhati ve tarafların karşılıklı ve uygun rızalarile Kanton mahkemesinin hükmü arasındaki mutabakatin derecesi,

İkinci hukukî mes'ele — tarafların iradelerinin tefsiri.

2. Yukarıda gösterilen beyyine esasları dairesinde tetkikata girişmeden evvel müddeaaleyh lehine şunu teslim etmek lâzımgelir. Müddeaaleyh hesabı cari bakiyesini tanımıştır. Müddei bunu ileri sürüyor. Bu tanıma keyfiyeti akdin tecdid edildiğini gösterir. Buna rağmen müddeaaleyh hesabı carî bakiyesini teşkil eden kalemlerden her biri hakkında kumar itirazını ileri sürmek hakkını haizdir. Bu Mes'ele etrafında ancak şu ihtimalde müşkülât çıkabilir. Eğer kalemlerin birer cüz'ü üzerinde itirazı dermeyan edilirse (Resmî mukarrerat mecmuası, cild : 44, kısım : II, sahife : 156 ve bu kararda gösterilen müelliflerin içtihadı).

Müddeaaleyh bir anonim şirketle mukaveleye girişmişti. Bu günkü müddei, bu anonim şirket değildir ; belki o şirketin iflâs masasıdır. İşte bundan dolayıdır ki Arlesheim bidayet mahkemesi, müddeaaleyhin delillere müteallik iddialarını kabul etmiş ve müflis anonim şirketin - ki bir bankadır - müdürlerini şahit sıfatile dinlemiştir. Gerek bidayet mahkemesi ve gerek Bâle Kanton mahkemesi bu şahitlerin ifadeleri üzerine az çok istinad etmişler ve bu iki banka mümessilinin sözlerinden tarafların satılan kıymetli evrakı teslim ve tesellüm etmemek niyetinde oldukları neticesine varmışlardır.

181

Banka direktörlerinden Wolfensberger bu yolda şahadet etmiştir: «Steffen ile yaptığımız işlerde girişilen taahhütlerin maddeten yerine getirilmesi hatırımızdan bile geçmedi. Vakıâ bu hususta bir itilâfname hiç bir zaman imzalamadık. Akitlerimizin mevzuu hep fiyat farkına inhisar ediyordu. Esasen döviz işi yapan bir adam alıp sattığı kıymetli evrakı ne teslim ne de tesellüm eder. Bu, herkesce bilinen bir keyfiyettir. Biz hiç bir zaman, Steffen şayet isterse bu dövizleri teslime mecbur muyuz? sualini hatırımıza getirmedik. Fakat isteseydi, elimizden geldiği kadar teslim etmeğe çalışacaktık. Giriştiğimiz taahhüd miktarı döviz hiç bir vakit elimizde bulunmamıştır. Olsa olsa kendisine bir çek verebilirdik. Esasen Steffen'de tediye ettiği nisbette bizden kıymetli evrak alabilirdi. İşte bu sebepten dolayıdır ki hesaplarımızda kıymetli esham ve tahvilâtın numaralarını göstermedik. Prensip bakımından sattığımız eshamı teslime borçlu idik. Hakikatte böyle bir şey mevzu bahsolamazdı. Çünkü Steffen bu kadar eshamın bedelini ödeyemezdi. Demek ki alınıp satılan eshamın kıymetlerine nazaran taahhütlerin maddeten yerine getirilmesi pratik bakımdan imkânsızdı. İşin vaziyeti icabı olarak banka, bu muamelelerde Steffen'e karşı diğer tarafı teşkil ediyordu. Ve muamelenin neticesi sene sonundaki hesap farkından ibaret kalıyordu. Kezalik eshamın düşmesi ihtimaline karşı Steffen'in yaptığı işlerde dahi filen icra mevzubahs değildi. Esasen taahhütlerin yerine getirilmesi icap etseydi evvelâ banka bu esham ve tahvilâtı bilfiil alıp satmalı ve Steffen'de bunların parasını vermeli idi.»

Bankanın diğer direktörü Widmer'in şahadetine gelince, o da şöyle söylemiştir: « Bazı hallerde bankamız, taahhüde girişenlerden biri (yani taraflardan biri) olur; bazan olmaz. Girişilen taahhütler çok yüksek miktarda idi. Ve bunu Steffen hiç bir zaman yerine getiremezdi. Burada yalnız spekülâsyon vardı ve bu pek açıktı. Steffen'in ecnebi memleketlerden getirilecek malı olmadığını ve binaenaleyh satın aldığı dövizlere ihtiyacı bulunmadığını biliyorduk. Aramızda malların teslim edileceğine veya edilmiyeceğine dair hiç bir zaman bir mukavele imzalamadık. Fakat işin mahiyetinden anlamağa mecbur kalıyorduk ki Steffen bizden hiç bir vakit, satın aldığı eshamın teslimini istemiyecektir. Kezalik yine biliyorduk ki Steffen satın aldığı eshamı satacaktır. Bedeli mukabilinde teslim, fikrimce aslâ mevzu bahsolamazdı; çünkü yekûnun gösterdiği yükseklik buna imkân vermez. Hesap bakımından kıymetli evrak tevdii bir kontroldan başka bir şey değildir. Bu esham hiç bir zaman filen

182

ABONE BEDELİ

Adet		Kuruş
12	Bir seneliği	300

Perakende olarak beher numarası

Kuruş
30

Adliye Ceridesine Abone Kaydı Şartları

1 — Adliye Ceridesine abone olmak istiyenler, bulundukları yerin mal sandığına [Adliye Ceridesi abone parası] olarak [300] kuruş yatıracaklar ve alacakları makbuzu oturdukları yerin C. Müddeiumumiliğine teslim ile hangi sene için abone olduklarını kaydettireceklerdir.

2 — C. Müddeiumumilikleri bu makbuzları ve hangi seneye abone olduklarını abonmanın açık adresile birlikte doğruca Adliye Vekilliği Neşriyat müdürlüğüne gönderecekler ve abone sahibine de bu muameleyi bildirecek bir numara kâğıdı verecekterdir.

3 — Abonmanların cerideleri bulundukları C. Müddeiumumilikleri makamı delâletile adreslerine gönderilir.

183

184