

SIYASÎ İLİMLER VE HUKUK

MAHKEME KARARLARI KRONİĞİ

Başkasının fiilini taahhüt veya garanti mukavelesi

Yazan : Prof. Dr. K. Fikret ARIK

Medeni kanunumuzun ve borçlar kanunumuzun bazı maddeleri, bu kanunların yürürlüğe girdiği 28 yıldanberi uyudukları uzun uykudan henüz uyanmaktadır. İpotekli borç senedine ait maddelerin tatbikatına başladığı, bundan hayırlı neticeler umulduğunu öğreniyor, bu maddelerin küçük bir ameliye ile kanunun bünyesinden çıkarılması gerektiği belirten bazı tenkitleri de hüznle hatırlıyoruz. Borçlar kanununda «başkasının fiilini taahhüt» başlığı altında anılan 110, madde hükmünün son yıllar içinde bazı temyiz mahkemesi kararlarında zikredildiğini görerek aynı uyanışın bu madde için de varit olduğu müşahede ediyoruz.

Tarih itibarile en yeni kararı ele alarak bu bapta memleketimizde ve isviçrede verilen kararları kısaca gözden geçirmeyi tecrübe edeceğiz :

Temyiz mahkemesi 3. cü Hukuk Dairesinin 3960 esas ve 2620 karar sayılı ve 15/4/1954 tarihli kararı şudur :

DAVA : Müvekkilinin Nazik kızı Emineden 200 liraya satın aldığı tarla hissesinin 3 ay zarfında ferağı verilmediği takdirde mezkûr 200 lirayı ödeyeceklerini davalılar taahhüt etmiş olup aradan üç sene geçtiği halde adı geçen Emine ferağ tahririni vermemiş olduğundan işbu 200 liranın davalılardan tahsiline dairdir.

KARAR : Tafsilâti hüküm yerinde yazılı olduğu üzere; kefalet ancak müteber bir borç hakkında cari olup Emine tarafından gayri menkul hissesinin satılması kanunen gayri müteber bulunmuş ve bu itibarla davalının kefaleti de müteber bulunmamış olduğu gibi davacının asıl borçlu aleyhine aldığı tarla hissesinin ferağını istemek suretile tatbikata tevessül etmeden davalılar aleyhine bu davayı ikame etmiş bulunması yerinde görülmemiş olduğundan işbu davanın reddine karar verildiği hakkındadır.

Temyiz eden : Davacı Ahmet Topuz.

TEMYİZ KARARI : (Davacı, davalıların Emine namında üçüncü bir şahsın tarla hissesini 3 ay zarfında kendisine ferağ tahririni vererek satmasını taahhüt ve satıldığı takdirde - not : satılmadığı takdirde olacak sanıyorum - 200 lira maktu tazminat vermediği kabul ettiklerini halbuki adı geçen Eminenin bahis konusu tarla hissesini satmadığını beyanla davalılardan taahhüdü veçhile 200 lira tazminatın tahsilini istemiştir. Davalıların, Emine namında üçüncü

bir şahsın tarla hissesini üç ay zarfında davacı ferağ tahririni vererek satacağını taahhüt ve satmadığı takdirde 200 lira maktu tazminat vermeği kabul ettikleri mübrevz 1/1/950 tarihli senetten anlaşılmıştır. Borçlar kanununun 110. maddesi mucibince üçüncü bir şahsın fiilini başkasına karşı taahhüt eden kimse bu üçüncü şahsın o fiili yapmaması halinde taahhütte bulunduğu şahsın bu yüzden uğradığı zararı tazmin etmekle mükelleftir. Hâdisede davalılar, üçüncü şahıs Eminenin tahrir vermektan ibaret olan fiilini davacıya karşı taahhüt ettiklerine göre Emine tarafından tahrir verilmemesi halinde kabul ettikleri maktu tazminatı ödemekle mükelleftirler. Tazminat mikdarı davacı ile davalılar arasındaki anlaşmada maktu olarak tayin edildiğinden davacı ayrıca zararını isbat ile mükellef değildir. Bu cihetler göz önünde tutularak davanın kabulü gerekli iken hâdisenin kefalet olarak tavsifi ve davacı ile üçüncü şahıs Emine arasında muteber bir borçlanma münasebeti mevcut olmayıp davalıların yaptıkları tahrirî taahhüdün de muteber olmadığından bahisle davanın reddi yolsuzdur.) (Adalet Dergisi 1955 Sayı : 5 Sahife 507).

I. BÖLÜM

NAZARÎ ESASLAR

KESİM : I.

GENEL BİLGİLER

1 — Mukayeseli Hukuk :

a) Roma Hukukunda : Bir kimse üçüncü bir şahsın fiilini vaadettiği ve bu hususta üçüncü şahsı (mirasçılarda, esirlerde, evin oğlunda olduğu gibi) ilzam edebildiği takdirde, bu üçüncü şahıs için bir mükellefiyet husule gelir, fakat vaitte bulunan mükellef olmazdı (Oser - Schönerberger m. 111, No. 1).

b) Fransız Hukukunda : Fr. Medenî kanununun 1120. maddesinde şu hüküm vardır : (Bununla beraber üçüncü şahıs hakkında, onun fiilini vait ederek, teminat vermek mümkündür; üçüncü şahıs taahhüdü yerine getirmekten imtina ederse teminat veren veya akde icazet almağı vait eden kimseye karşı tazminat hakkı vardır : Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement). Edouard Béguelin'e göre B. K. muzundaki (110) madde Fransız medeni kanunun bu maddesinden ilham alınarak yazılmıştır.

c) 1881 tarihli İsviçre Borçlar kanununun 127. maddesinde bu hükmü buluyoruz, fakat porte - fort tabiri kullanılmamıştır. Halbuki bu tabir 1872 tasarrufunda vardır. bak. m. 25.

ç) Alman Medeni kanunu bu kavramı açıkça zikretmeyerek 329. maddesinde imâ etmektedir.

d) İslâm hukukunda : Cevat Gücün'e göre eskiden fuzulî akid'lere ve onlara lâhik olacak icazetlere dair hükümler vardı; fakat fuzulî'nin tazmine dair bir hüküm yoktu, bak Mecelle : mad. 378.

e) 1911 tarihli İsviçre Borçlar kanununun 111. maddesinin Fransızca metni şöyledir : Porte - Fort Celui qui promet à autrui le fait d'un tiers, est tenu à des dommages - intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers). Tercümesi : Teminat : Başkasına üçüncü bir şahsın fiilini vadeden kimse, bu üçüncü şahıs tarafından ademî ifa sebebiyle tazminat ile mükellef olur.

Almanca metin Bir üçüncü şahıs zimmetine (aleyhine) akit : bir başkasına üçüncü bir şahsın bir edimini vaat eden kimse bu edim vukubulmazsa bundan doğan zararı tazmin ile mükelleftir). Aslı : Vertrag zu Lasten eines Dritten : Wer einem andern die Leistung eines Dritten verspricht, ist, wenn sie nicht erfolgt, zum Ersatze des hieraus entstandenen Schadens verpflichtet). (Ayiter m. tercemesinde matlabı üçüncü şahsı ilzam eden mukavele, diye Veldet Selek tercemesinde üçüncü bir şahsın edimini taahhüt şeklinde terceme edilmiştir.

2 — Başkasının fiilini taahhüt ve ona benzer muamelelerden farkı :

Başkasının fiilini taahhüt etmek, diğer âkide karşı üçüncü bir şahsın yapacağı vaat edilen hususu yapacağını veya üçüncü bir şahsın yapmıyacağı vaat olunan muayyen hususu yapmıyacağını mukavele ile taahhüt etmektir. (Béguelin, Fiches juridiques suisses 1943 den).

Görülüyor ki bu mukavele, başkası lehine külfetlenme (intercession) muamelelerindedir. Kefaleti de muhtelif neveleri ile bu kavrama girer (borçlu hakkında cereyan eden iflâs muamelesinin kapanmasından veya aciz vesikası alınmasından sonra cari olması kaydile yapılan kefalet - ki buna Almanca terim olarak Schadlosbürgschaft adı veriliyor bak, mad 495 - ; itibar emrinde âmirin teminatı da bu kavram kapsamına girer). Bu muamele şahsî teminat akidlerindedir (contrat personnel de garantie). Stammeler'in meşhur incelemesinden sonra Alman hukuk edebiyatında ve Federal mahkeme kararlarında hatta İsviçreli Almanca ve Fransızca eserlerde garanti akdi : Garantievertrag adı verildiği görülüyor.

Başkasının fiilini taahhüt akdi ya ayrıca yapılır, yahut başka bir akit dolayısıyla de yapılabilir ve o akde müteallik mukavelemede yer alabilir. Meselâ bir kimse sattığı malda gerekecek bütün tamirlerin üçüncü bir şahıs tarafından yapılacağına dair satış mukavelesine bir kayıt ilâve edebilir (Bak. Becker Mad. 111 n. 16). (Misaller için bak : Federal mahkeme kararları : 24 II 117, 117; 27 II 65; 39 II 761).

a) Başkasının fiilini taahhüt mukavelesini, kanunun emri icabı bazı akidlerde mevcut olan ve onların bir mütemmim cüzü olan teminat ve garanti mefhumu ile karıştırmamak lâzımdır. Misaller : Bk. alacağın temlikinde, ad 171

189 : alım satımında satıcı satılan şeyin bir üçüncü şahıs tarafından satımın akdi zamanında mevcut bir hak sebebiyle zaptedilmesinden alıcıya karşı mesuldür.

198 : satıcı alıcıya karşı satılanın vadettiği vasıflarını maddî veya hukukî bir sebeple kıymetin veya maksut menfaatini izale veya ehemmiyetli bir surette azaltan ayıplardan salim olmasını mükeffildir.

243 : Bağışlayan ayıptan veya zabıttan garanti vermişse mesuldür.

249 : Kiralayan kiralananı akidden maksut olan kullanmağa salih bir halde kiracıya teslim etmek ve kira müddeti zarfında bu halde bulundurmakla mükelleftir.

275 ve 253 : üçüncü bir şahıs, kiralanan üzerinde kiracının hakları ile telifi kabil olmayacak bir iddiada bulunursa kiralayan kiracının ihbarı üzerine muhasamayı deruhte ve kiracının akid mucibince kiralananından intifama hâlel gelmiş ise tazminat itasile mükellef olur.

357 : Müteahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta satıcı gibi mütekeffildir.

373 : neşredilecek eseri terkeyliyen kimse akid zamanında o eserde tasarruf etmek hakkını kullanmağa muktedir olmalıdır. Bundan nâşire karşı mesuldür.

421 : komisyoncu muamelede bulunduğu kimselerin tediyelerinden serahaten kefil veya mesuliyeti mütearef olunca mes'uldür.

521 : âdi şirkete konan sermaye, bir şeyin menfaatinden ibaret ise âdi kira, bir şeyin mülkiyetinden ibaret ise satın akidindeki hasar tekeffüle dair medeni hükümleri tatbik edilir.

b) Başkasının fiilini taahhüt ile borca katılma (la reprise cumulative de dette, Schaldmitübernahme; kavramını da birbirine karıştırmamalıdır :

c) Keza başkasının borcunu üstlenme, başkasının borcunu ifa vadi (constitutum debiti alieni) de garanti akdinden farklıdır (Bk. Becker 2. basım mad. 111. N.6) Çünkü bu akidde esas şart, başkasına ait bir borcun mevcut olmasıdır. Halbuki garanti akidinde üçüncü şahsın, vait ettirene karşı bir borcu olmaması esastır. Bir müşteriye teslim edilecek malların bedelini ödemeği taahhüt eden kimse kefil değildir, zira borcu tâbi (accessaire) borç değildir; başkasının fiilini taahhüt eden kimse de sayılmaz, zira böyle bir fiili taahhüt etmiş değildir. Bu kimse, başkasının borcunu ödemek hususunda aslî bir borç altına girmiştir (constitutam debiti aliené). İsviçre nazariyeti böyle bir taahhüdü muteber sayar (bak. Seichel, Schuldübernahme, p 290 v, 340). Federal mahkeme de aynı fikirdedir. BGE 26 II p. 338 (jdt 1900 n. 472). Taahhüt edenin, borcun ödenmesinde bir menfaati olması şart değildir. Başkasının borcunu ödeme taahhüdü bir şekle de tâbi değildir (BGE 42 II 263).

d) Garant akdi, havaleden farklıdır. Havale, hiç bir garantiyi tazammun etmeyen bir sebebiyet tevcihidir (Ermöchtigung), bak BGE 20 sh. 900. Lakin havale alanın, havale yerine rücu hakkını sağlamak için garanti akdine müracaat olunabilir (Becker m. 111 s. 5).

e) Garanti akdi sigorta akdinden ayrılır. Sigorta akdi daima iki taraflıdır. Halbuki garanti akdi için böyle bir mecburiyet yoktur. Sonra sigorta akdi daima kanunun mürakabesine tayini ve bu husus meslek ittihaz etmiş sigorta şirketleri tarafından yapılır.

f) Bazı müellifler bir taraflı ve ivazsız garanti akdini, şarta bağlı hibe vadi mahiyetinde görmüşlerdir. Halbuki garanti akdi vadettirenin mamelekinde muhtemel bir zenginleştirme gayesini gütmeyiz.

g) Bazı müellifler de garanti akdini, vadettirenin bir miktar geri ödemeği kabul ettiği hallerde, bir karz akdi saymışlardır. Lakin bu halde vadettirene garanti verenin ödediği para zarar ve ziyan olarak ödenmiş olup bir karz olarak verilmiş değildir.

h) Garanti akdi ile kefalet akdini birbirinden ayırmak için ileri sürülen kıstas şudur : Kefilin borcu başkasının borcuna tâbi (accessoire) bir borçtur, halbuki garanti verenin borcu müstakil bir borçtur. Bu itibarla garanti veren, vadettirene borçlu olan bir üçüncü şahsın fiilini garanti etmek mecburiyetinde değildir (yani garanti eden, vadettirene borçlu olan bir kimsenin fiilini taahhüt edebileceği gibi başka bir kimsenin de fiilini garanti edebilir). Garanti edilen fiil yapılmazsa, garanti veren, icabında, tazminat verecektir. Çünkü kendi borcunu ihlâl etmiş durumdadır. Buna mukabil kefil bağımlı da olarak (accessoirement) taahhüt eder : Kefilin borcu asıl borçlunun borcuna tabidir; asıl borçlu borcunu eda etmezse alacaklıya karşı mevcut borcundan dolayı ve bu borcun ifası için alacaklı tarafından takibe maruz kalır.

Tatbikatta, ifa edilmeyen borcun bu mahiyetini aslî veya fer'i olduğunu tayin etmek kolay olmaz. Müelliflerin çoğu tarafından ileri sürülen ölçü şudur : Teminat verenin hangi maksatla hareket ettiği durumdan açıkça anlaşılmıyorsa kefalet karinesi carî olur; çünkü üçüncü şahsın bir fiili ifa etmesinde şahsî menfaati olmayan bir kimsenin ancak fer'i, bağımlı şekilde borçlanması asıldır. Müteselsil borç ile müteselsil kefil ayırmak için de bu ölçü kullanılıyor. (Bak. v. Tuhr, netice itibarile, Becker m. 111 n. 17, Schönerberger). Bazı müelliflere ve Federal mahkemenin bir kararına göre ölçü şu olmalıdır : eğer fiili garanti edilen üçüncü şahıs esasen garanti alanının (vadettirenin) borçlusuyse, yani borcunu ifa etmesi garanti edilmişse bu takdirde garanti akdi bahis mevzuu olamaz. Eğer üçüncü şahsın borcunun konusu bir miktar paranın tediyesi ise bunun edası hususunda verilen taahhüt bir kefaletten ibarettir, çünkü kefilin borcunun spesifik konusu böyle bir taahhüdden ibarettir.

Béguelin buna itiraz eder : Bir kimsenin para borcunu eda etmesini temin etmek halinde temin edenin borcu ile asıl borçlunun borçları arasında konu itibarile ayniyet bulunduğu doğrudur, ancak temin eden kimsenin teminatı bağımlı bir mahiyet taşıyorsa o zaman bir kefalet vardır, bağımsız bir mahiyet taşıyorsa o zaman garanti akdi vardır. Mesele teminatın mahiyetindedir.

Bu izah tarzının bir tehlikesi vardır : Taraflar kefalete ait şekil şartları yerine gelmediği zaman veya bu şartları bertaraf etmek için garanti akdi olduğunu iddia edebilirler. Béguelin buna şöyle cevap veriyor : Garanti veren kimse kefilin haiz olduğu defilere (bénéfices) malik değildir, bu itibarla hukukî bakımdan durumu kefilin durumundan daha ağırdır. Şu halde taahhüt altına girerken düşünmeden hareket etmez, bu itibarla özel bir şekil vasıtasile ayrıca korunmasına hacet yoktur.

(Bak. TF. 24 II 117,117; 27 II 65; 40 II 804; 42 II 155; 46 II 159; 47 II 208; 56 II 381; 64 II 350; 65 II 33; 66 II 26; bak 39 II 772)

Kanun bir halde garanti akdine kefalet hükümleri tatbik etmiştir, hata yahut ehliyetsizlik sebeble borçlunun mesuliyetini icap etmiyen bir akidden mütevellit borca kefalet, eğer kefil akdin borclu yüzünden olan bu fesadına vâkıf ise muteber olur. (m 485). — Şu halde küçük okul talebesi için babası tarafından yapılan kefalet aslında garanti akdini, ne şekle tabi olmamak gerekirdi, fakat m.. 485 haseble kefalet şartlarına tabidir. Şu halde azami miktar yoksa batıldır. Yeni İBK 492. III bu ciheti açıklar. Eski metin bizimki gibi yanlıştı.

i) Bir kimsenin, üçüncü bir şahsın bir fiili yapması veya yapmaması şartı altında bir edim vadinde bulunması ile garanti akdini birbirine karıştırmamalıdır. Bu gibi hallerde bu kimse başkasının fiilini değil, kendi öz fiilini taahhüt etmiştir. Misâl : Ticarî senetlerde keşideci ve ciranta (andosseur) başkasının fiilini taahhüt eden kimse durumunda değildir; çünkü bunlar senet muhtevasının muhatap tarafından ödenmesini vadetmiş degillerdir. Bunların taahhüdü şudur : Senet muhtevası ödenmediği takdirde, senet muhtevası ödenmezse kendilerinin bedeli ödemesi taahhüdüdür (bak. Ticaret kanunu).

j) Bir kimseye, üçüncü bir şahsın ona muayyen bir fiil yapmasını temine çalışmak hususunda yapılan taahhüt de garanti akdinden farklıdır. Çünkü böyle bir kimsenin vadinin konusu kendi fiili yani teşebbüslerde bulunmaktır, yoksa üçüncü şahsın fiili değildir (Alman hukuk edebiyatında bu gibi akitlere Bemühungsvertrag) veriliyor. Böyle bir akidin ihlalil halinde III. madde değil 96 ve sonraki maddeler tatbik edilir. Şu halde bu kimse kendisine hiç bir kusur isnat edilmeyeceğini ispat ederek mesuliyetten kurtulur. (TF. 36 II 390).

KESİM II

Garanti akdinin kuruluşu

1. Akdin bir taraflı veya iki taraflı oluşu :

Başkasının fiilini taahhüt umumiyetle bir taraflı yani yalnız taahhüt eden tarafa borç yükleyen bir akittir. Nitekim Ennecerus - Sehmman (Recht der Schuldverhältnisse 13. cü basım 1950 sh. 760 N. 5) Bu akdin tipik vasfı olarak bir taraflılığı gösterir. Fakat vadettiren, yani garanti alan da garanti verene karşı mukabil bir edim deruhte edebilir. Bu takdirde iki taraflı akit mahiyeti alır. Misal: Üçüncü bir şahsın bir Anonim şirketin bilançosu zararlar kapandığı yıllarda (exercices déficitaires) aksiyonerlerine asgari bir kâr tevzii taahhüdü, bir garanti akdidir; Bu kimsenin «müteselsil kefil sıfatile» taahhüt etmiş olmasının ehemmiyeti yoktur. Çünkü kefil başkasının borcundan mesuldür. mesuliyeti tâlidir. Halbuki bu şahsın mesuliyeti şirket asgari bir temettünün borçlusunu olmadığı zaman hüküm hasıl eder. (BGE 46 II 159=Ydt 1920 r 489) kârlı yıllarda bu paranın faizi ile birlikte iadesi taahhüt edildiği takdirde faizlerin ödenmesi taahhüdü, garanti akdini iki taraflı bir akit haline koyar (BGE 46 II 160). Teşekkül halinde bulunan bir şirketin devletten su imtiyazı almağı vadeden bir kimsenin bu garantisine karşılık, şirketin belli bir miktarda aksiyonunun kendisine verilmesini taahhüt ettirmesi halinde garanti akdi iki taraflı bir mahiyet alır. (TF. 36 II 387.) Bir tahvil çıkarma işinde, borçlunun yeni bir karz yapmayacağı hususunda emisyon bankalarının tahvil sahiplerine verdiği teminatta, başkasının (yani karz borçlusunun) fiilini taahhüt mahiyetinden (BGE 43 II 346 = yT 1917 k. 627)

2. Garanti akdi talih ve tesadüfe bağlı bir akiddir. (aléatoire). Çünkü garanti veren başkasına tâbi bir fiilin yerine gelmemesinden garanti alan için doğacak zararı (promissio indemnitas) i üzerine almıştır.

3. Tarafların ehliyeti :

a) Garanti veren, medenî hakları kullanma ehliyetine sahip olmalıdır. Garanti alan, karşılıklı bir borç altına girmemişse temyiz kudretine sahip olması kâfidir. Resmî bir makam dahi garanti alan ehliyetini haizdir: vesayet altında bulunan bir mahcurun anası babası, vesayetin kayyımılığı tahvilini talep ve bu yüzden doğacak her türlü zararı garanti ettiklerini beyan etmişlerdir. Bu beyanı alan vesayet makamı garanti alan mevkiindedir ve yapılan garanti akdi muteberdir. (BGE. 47 II 208).

b) Garanti veren hükmî bir şahıs, hatta bir âmme şahsı da olabilir: Devlet umumî menfaati temin için bazı hususî teşebbüslere sübvansiyon verir.

ne belli bir faiz vermeği garanti eder. (BGE. 46 II 162).

Garanti veren, vadettiren menfaatine üçüncü şahıstan vadedilmiş fiili talep etmek hakkını da haiz olabilir. (BGE. 43 II 346).

c) Fiili tahhüt edilen üçüncü şahsa gelince, onun medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmasına lüzum yoktur, çünkü, garanti akdinde taraf değildir (BGE. 47 II 208). Bu kimsenin garanti akdinin taraflarınca bilinmesine veya akid yapıldığı tarihte ferdin muayyen bir şahıs olmasına da hacet yoktur (BGE. 26 II 120). tarafların onun fiilini ciddî olarak arzu etmiş olmaları kâfidir.

4. Akdin yapılışı :

Garanti akdi, icabın kabulü suretile yapılır. Garanti akdinin teşekkülü için gerekli rızaların birleşmesi hal ve şartlardan da anlaşılabilir. (BGE. 25 II 853).

Garanti akdi bir şekle tâbi değildir. Mamafî taraflar dilerlerse bir şekle tabi tutabilirler (BK. 16). Yapılması belli bir şekle tâbi bir akdin (meselâ gayri menkul satışların yapılacağı hususunda verilen taahhüdün dahi belli bir şekle tabi olmasına hacet yoktur. (Oser n. 9 Béguelin, Bz; Becker N 16 BG in R 89 N2 61 Enneccesus- Schmann) Temyiz mahkememizde bu fikirdedir. (yukarıda verilen karar). bu suretle şekle tâbi akitlerin yapılacağı hususunda müşteri veya satıcıya temin etmek mümkün oluyor.

Garanti verenin, üçüncü şahsın şahsı üzerindeki hatası umumiyetle esaslı hata sayılır. (24 bend 2). Diğer irade fesadı sebepleri de bittabi caridir.

Garanti verende hukukan bir borç altına girmek iradesi olmalıdır. yoksa sadece yardım etmek zihniyeti, iyilik etmek, cesaret vermek ve teşvik etmek veya bilgi vermek kasdile hareket etmek halinde hukukan bir bağlanma iradesi yoktur, binaenaleyh garanti akdi de yoktur. (sadece malumat vermek maksadile hareket eden bir kimsenin durumu için misal olarak bak, BGE. 36 II 211)

Garanti verenin taahhüdünü bir cezaî şart ile teyit etmesi zaruri değildir (halbuki Roma hukukunda garanti verenin varlığı hususunda bir anlaşmazlık çıkarsa bu akdin varlığını ispat külfeti garanti alana düşer (BGE. 36 II 211). Bu bakımdan yazılı bir belgenin gösterilmesi ispat işini kolaylaştırır.

Garanti veren bizzat borçlanmak arzusundadır, şahsi adına vaitte bulunur: bizzat borçlu olur. İşte temsil ile garanti akdini ayıran nokta budur. Garanti veren kimsede bu kasdın bulunup bulunmadığı her hadisede ayrıca araştırılmalıdır. Bununla beraber garanti verenin, aynı zamanda, fiilini ga-

garanti ettiği şahsın temsilcisi olmasına bir mâni yoktur. Meselâ bir kimse selâhiyeti olmadığı halde başkası adına bir akit yapıyor ve diğer akit ortada bir temsil selâhiyeti olduğunu biliyor veya duruma göre bilmesi icap ediyor. Bu takdirde BK. 38 tatbik edilmez. Fakat selâhiyetsiz mümessil, yaptığı akdin namına hareket ettiği kimse tarafından tasdik edilmesi (icazet verilmesi) halinde zarar ve ziyarı ödeyeceğini taahhüt etmiş yani bir garanti vermiş olabilir (bu nokta ihtilaflıdır bak. Fiches juridiques suisses n. 517, représentation maddesi, V. p. 5).

6. Garantinin konusu :

a) Başkasının fiilidir. Başkası, garanti veren veya garanti alandan ayrı bir şahıs olmalıdır. Ancak, garanti edilen fiil, bu başkasının iradesine tâbi olmalıdır. Bu bağıklık kısmî de olabilir. Şu halde bir kimse başkasının iradesi ile irtibat halinde de olsa kendi fiilini vâit ederse (bak BGE. 20 990; 26 II 121) bu, garanti akdi olmaz. Vadedilen fiil tamamen başka (fiili taahhüt edilen kimseden ayrı) bir şahsın iradesine bağlı ise yine garanti akdi var denebilir. Vadedilen fiil tamamen tesadüfe ve talihe bağlı ise yine garanti mevcut olmaz.

Garanti edilen husus, garanti verenin kendi vadinin tasdik ve icazeti için çalışması husus değildir. Fransız hukukunda olduğu gibi üçüncü şahsın bu taahhüdü icazet vereceği de değildir. Vadedilen şey, üçüncü şahsın fiilidir.

b) Vadedilen fiil her hangi bir fiil olabilir.

aa) Bu fiilin, garanti alan bakımından nakdî ve malî bir ehemmiyeti olmasına hacet yoktur. Meselâ bir intifa hakkı veya bir sigorta tesisi, bir mirasın reddi, bir icra takibi talebinin durdurulması veya geri alınması (retrait) olabilir. (ZdT. 1899 350).

bb) Vadedilen fiil, müsbet bir fiil olduğu gibi bir hareketten kaçınmak tarzına menfi bir hareket te olabilir. Meselâ bir kimsenin bir portre yapacağı veya başkası tarafından malının satışına mal sahibinin icazet vereceği veya rekabetten kaçınacağı yahut satılmış mal üzerinde zapt için hak iddia etmiyeceği, bir muamelenin muvazaalı olduğunu iddia etmiyeceği vadedilebilir, hatta üçüncü şahsın da garanti vereceği vadedilebilir (TF. 39 II 64).

cc) Vadedilen fiilin, bir edim (Leistung, prestazione) olması şart mıdır? İsviçre kanunun Almanca ve İtalyanca metinlerinde bu terim kullanılmıştır. Fakat Fransızca metinde fiil (fait) ve türkçe metinde fiil kelimesi var (bu bakımdan Funk tercemesinde Veldet Selek'in kullandığı edim tabiri almanca metinden alınmadır). Eski 1881 tarihli Borçlar kanunu zamanında Federal

Meselâ demir yolu, deniz yolu, gaz elektrik anonim şirketlerine bir müddet için aksiyonlerine belli bir kâr zararla kapanan yıllarda obligasyon sahipleri-Mahkemenin içtihadına göre üçüncü şahsın vadedilen fiili, onun bir borç deruhte etmesinden ibaret olabilirdi. Fakat III. maddenin doğuş tarihçesine bakılırsa Fransızca metin daha doğrudur. Federal Mahkemenin daha yeni kararları da bu anlamdadır: III. maddeye göre üçüncü şahsın edimi, hukukî veya fiilî muhtevayı haiz müsbet veya menfi, hukukan önemli her hareket tarzı olabilir: die Leistung des Dritten gemaess Art. 111. OR. jedes rechtliche erhebliche Verhalten positiven oder negativen, rechtlichen oder faktischen Inhaltes sein kann). Bu konuşmamızı da tahlil kısmında vereceğiz. Béguelin'e göre garanti veren, borç doğuran bir akdin üçünü şahıs tarafından akdedileceğini üçüncü şahsın ibra akdi yapacağını, temlik edeceğini (162) mülkiyeti nakledeceğini (Medeni K. 687) garanti edebilir. Bu müellif, bir taraflı hukukî muamele mahiyetini haiz olan feragat, icazet, icazetten imtiha gibi muamelelerin garanti dışı bırakılması için bir sebep olmadığı düşüncesindedir. Bu müellife göre garanti veren, üçüncü şahsın belli bir hareket ve faaliyet göstermesini yahut hukukî karakteri olmıyan bir tavır takınmasını, meselâ belli bir şahsı tavsiye etmesini yahut belli bir toplantıda bulunmamasını, garanti edebilir. Bence bu hareketlerin yapılmamasından garanti alan bakımından bir zarar ve ziyan doğabilmesi icap eder; aksi takdirde garanti akdinin müeyyidesi kalmaz ve kanundaki unsurlar gerçekleşmemiş olurdu. Oser dahi diyor ki: «Edanın alacaklı için bir menfaat arzemesi ve bu menfaatin mameleke taalluk etmesi lâzımdır. Zira aksi takdirde (m. 49.un kıyas yoluyla tatbiki imkânsız olmakla beraber bu edanın zarar ve ziyan tazmini haline getirilmesi kolay olmaz. Zarar ve ziyan tazmini yerine muayyen bir meblâğın vaadedilmesi takdirinde vaziyet başkadır (m. 111 n. 8)

c) Vadedilen fiilin imkânsız, hukuka âdaba ve ahlâka aykırı olmaması lâzımdır. Meselâ bir sanığa veya bir davalıya bir kimsenin kendi lehine fakat hakikata aykırı şekilde tanıklık edeceği taahhüt edilemez. Meslekî fuhuşta bulunmağa mahsus yerlerini bir kimsenin kendilerine kiralayacağı hususunda ana baba'nın bir çocuklarından birinin evlenmesini garanti etmesi de caiz değildir (Backer n 9) çünkü bunlar kanuna ve âdaba aykırıdır.

Üçüncü şahsın fiilinin sonradan imkânsız olması halinde garanti veren mesuldür. Lâkin subjektif imkânsızlık daha akit yapıldığı zaman mevcut ise bakılır: İki taraf veya garanti veren bu durumu biliyordu ise garanti akdi batıldır. Yalnız garanti alan bu durumu biliyor idiyse akit batıl değildir, lâkin garanti veren diğer tarafın hiylesi hasebile akdin feshini talep edebilir (BK. 28 ve 31).

KESİM III

Garanti Akdinin hükümleri

Garanti veren, garanti alana üçüncü şahsın fiilini vadeder.

1. Vadeden bakımından : kendi fiilini değil başkasının fiilini taahhüt etmiştir. Garanti veren, üçüncü şahıs tarafından yapılacağını vadettiği fiili bizzat ifa etmeği taahhüt etmemiştir. Şu halde garanti alan kendisinden bu fiili ifa etmesini istemeye fiilin ifası için ihtarda bulunamaz, mehil veremez. Diğer taraftan üçüncü şahıs dahi o fiili ifa borcu altına girmiş değildir. Bu bakımdan 111. maddenin almanca metninde «üçüncü şahıs ilzam eden, üçüncü şahıs aleyhine mukavele» tâbiri çok yanlışır. Nitekim bu cihet Becker m. III n. 2 ve diğer müelliflerce meselâ : Oser - Schöner berger m. 111 n. 10 tenkit edilir.

Bununla beraber, başka bir hukukî rabıta sebebiyle üçüncü şahsın muayyen fiili yapmağa garanti veren veya garanti alan karşısında mükellef olması ihtimali mevcuttur. Fakat her halde garanti akdi üçüncü şahıs böyle bu mükellefiyet altına sokamaz. bununla beraber üçüncü şahıs tarafından yapılacaktır.

Garanti verenin, üçüncü şahsın bu fiili yapması için çalışacağını ayrıca vadetmesi veya böyle bir vaitte bulunmasa bile kendi bakımından üçüncü şahıs nezdinde fiili yapması için bazı teşebbüslerde bulunması da mümkündür. Fakat bu cihet kendisine ait bir selâhiyet olup onun garanti akdinden doğan bir borcu değildir (BGE. 36 II 390).

Üçüncü şahıs bakımından :

2. Üçüncü şahıs garanti verenin yapılacağını taahhüt ettiği fiili ifa edince, garanti verenin borcu ifa edilmiş olur. Yani garanti verenin borcu üçüncü şahsın vadedilen fiili ifa etmesile ifa edilmiş olur. Üçüncü şahsın fiili ifa edip etmediği hususunda ihtilâf çıkarsa, ettiğini isbat külfeti garanti verene düşer.

3. Borcun muacceliyeti :

Üçüncü şahıs vadedilen muayyen fiili muayyen zamanda ifa etmezse, garanti verenin borcu ifa edilmemiş olur. Bu takdirde garanti verenin tazminat ile mahkûm edilmesi icap eder. Bu tazminat, borcun ifa edilmemesinden doğan müsbet zarar ziyandır (Oder n. 10, Becker n. BGE. 171 706). Garanti verenin mesuliyeti ile temsil ettiği kimselerin icazetini vadeden selâhiyetsiz temsilcinin mesuliyeti arasında bu noktada fark vardır; selâhiyetsiz

temsilci temsil olunan icazet vermezse menfi zararlarla mesuldür (Becker mad. 39. n. 6, med. III n. 14). Mesuliyet, akdî bir mesuliyettir. Zarar ve ziyannın mikdarı umumî prensiplere göre tesbit olunur (BK. 98 III; 43 ilh).

b) Bununla beraber taraflar zararın ancak bir kısmının ödeneceğini mukavele ile kabul etmiş olabilirler. Çünkü 110. maddede tahrirî hükümlerdendir (Becker y. 15, BGE. 36 II 390). Bu iki başka taraflar mesuliyetin şart ve neticelerini akitle serbestce değiştirebilirler.

c) Garanti verenin ödeyeceği tazminat önceden bir cezaî şart ile mak-tuan tesbit edilmiş olabilir. (BK. 158, BGE. 26 II 122). Bu takdirde garanti alan hiç bir zarara uğramamış olsa bile garanti verenin tazminat vermesi cap edebilir (BK. 159 I).

d) Fiilin Garanti verene ifası :

Üçüncü şahsın yapacağı fiili, garanti veren veya başkası yaptığı takdirde garanti alanın garanti verene karşı bir hakkı kalmaz fakat bunun için üçüncü şahsın fiilinin her hangi bir kimse tarafından yapılması mümkün ve üçüncü şahsın şahsının bu bapta bir ehemmiyeti olmamak lâzım gelir (BK. 68). (Oser - Sshönenberger n. 10, Béguelin) Fakat garanti veren üçüncü şahsın fiilini yapma veya yaptıрмаğa mecbur değildir, böyle bir taahhüdü yoktur, sadece bir selâhiyet bahis mevzuudur (Béguelin)

e) Zararın ispatı yükü :

Üçüncü şahsın fiilinin yapmamasından bir zarar doğduğunu ispat yükü garanti alana düşer.

f) Üçüncü şahıs fiilini ifa hususunda garanti alana karşı borçlu mevkiinde ise ve borcunu ifa etmemişse ne olacaktır?. Bu takdirde garanti alanın karşısında iki mes'ul vardır: Garanti akdi gereğince garanti veren, borcu hasebiyle üçüncü şahıs. Bu takdirde garanti alan, her ikisi de akit gereğince borçlu durumda bulunan ve aynı zararı tazminle mükellef iki borçlu karşısında bulunur. Bunlardan birini seçmek garanti alana aittir. Bunlar arasında 151 inci maddenin bahis mevzuu ettiği iç münasebet yani rücu münasebeti cari olmaz. Çünkü 51. madde muhtelif sebeplerden dolayı mesul olan kimseler arasındaki iç münasebeti tanzim eder, halbuki burada aynı ve akdî münasebetten mesul olanlar var. (BGE 53 II 413).

Garanti alan, zararı garanti verene tazmin ettirmek istese; garanti veren önce akit mucibince mesul olan üçüncü şahsa müracaat etmesi yolunda bir defide (bénéfice de discussion) de bulunamaz; zararı tazmin edince tazminat nisbetinde üçüncü şahıs akdî mesuliyetinden berî olur; Vadi yapmış olup ta tediyede bulunan kimse, vaide muhatap olanın üçüncü şahsa karşı haiz

olduğu hallerde yerine geçmiş olmaz (Oser. M. 11.) Zararın tazmin edilmeyen kısmı için üçüncü şahıs aleyhine şahsî davasını açabilir, Aksine garanti alan zararı, kendisile üçüncü şahıs arasındaki akde dayanarak üçüncü şahsa tazmin ettirmişse, tazmin edilmemiş miktar bakımından garanti vereni takip etmek hakkını muhafaza eder.

g) Garanti verenin defileri:

Garanti veren üçüncü şahsın fiili ifade için elinde geleni yaptığını rahat etmek suretile mesuliyetten kurtulamaz. Zira garanti veren üçüncü şahsın fiili ifa etmesini vadetmiştir. Buna mukabil garanti alan, üçüncü şahsın ifasını haksız olarak kabulden kaçınmış veya kendisinin yapması icap edenleri meselâ gerekli hazırlayıcı işlemleri yapmamışsa, garanti verenin borcu düşer. Üçüncü şahsın fiili, vait edenin kusuru olmaksızın, imkânsızlaşmışsa yine düşer. Zira başkasının fiilini vait eden kimse kendi fiilini temin ettiği zaman knden daha sıkı surette bağlanmaz. (Becker 111, N. 18).

BÖLÜM 11 : MAHKEME İÇTİHATINDA BAŞKASININ FİİLİNİ TAAHHÜT

TEMYİZ mahkemesinin tahlil ettiğimiz kararı bir çok bakımdan ehemmiyeti haizdir:

I — Bu kararda kefalet ile başkasının fiilini taahhüt birbirinden tefrik edilmiştir; Fakat tefrik Kriteriyomu sarih surette vaz edilmemiştir.

Hadise, dava edilenlerin, Emine adında üçüncü bir şahsın tarla hissesini üç ay zarfında bavacıya ferağ tahririni vererek satmasını ve satılmadığı takdirde 200 lira maktu tazminat vermeği taahhüt etmelerinden ibarettir.

Bir kimse başka bir kimsenin borcunu ifa etmesini temin ettiği zaman bu teminat, kefalet veya başka bir kimsenin fiilini taahhüt mahiyetinde olabilir. Bu hadisede kefalet bahis mevzuu olmamak lâzım gelir. Çünkü Emine, tarafından müskabel müşterilere karşı herhangi bir borç, muteber bir satış taahhüdü yapılmamıştır. Halbuki kefalet bahis mevzuu olabilmek için ortada bir aslî borç olması lazımdır. Bu bakımdan Temyiz mahkemesinin bu noktaya ait düşüncesi isabetlidir. Yalnız bu cihetin karar yerinde açıkça beyan edilmesi mahallî mahkemeyi, aydınlatma bakımından şüphesiz çok iyi olurdu. Çünkü böyle bir aydınlatma kefalet ile başkasının fiilini tefrik hususunda hem o mahkemeye hem de bu kararı okuyacak olan (çünkü Temyiz kararları artık bol miktarda yayımlanıyor) öteki mahkemeleri ve hukuk erbabını tenvir ederdi.

Bununla beraber bazı hadiselerde fiilî taahhüt edilen üçüncü şahsın o fiili ifa hususunda, fiili taahhüt ettirene karşı esasen bir borcu mevcut bulunabilir. Bu takdirde taahhüdün kefalet mi yoksa başkasının fiilini taahhüt yani ga-

ranti akdi mi olduğunu tayin etmek icap eder. Zira bu iki müessese arasında bir çok bakımdan fark vardır :

a) Kefalet belli bir şekle tâbi iken garanti akdi hiç bir şekle tabi değildir.

b) Kefil tabî yani accessoire bir borç olduğu için asıl borç her hangi bir sebeple sakıt olursa kefalet borcu da sakıt olacağı halde garanti verenin borcu asıl borç, müstakil yani bağımsız bir borç olduğundan esas itibariyle üçüncü şahsın borcu ile alâkalı değildir : Sonradan imkânsızlık sebeble üçüncü şahsın borcu sakıt olsa bile garanti veren mesul kalacaktır.

c) Kefil borcu yerine getirdikten sonra asıl borçluya karşı kanunen rücu hakkını haiz olduğu halde garanti veren, üçüncü şahsın fiilinin yapılmamasında dolayı zarar ve ziyan ödedikten sonra bunları tahsil için üçüncü şahsa rücu edemez.

Bilhassa bu sebeplerden dolayı teminat verenin verdiği garantinin hukukî mahiyetini tesbit ve tayin etmekte büyük amelî önem vardır.

Gördük ki hukukcuların çoğu bu hususta garanti verenin bu işte kendi öz menfaati bulunup bulunmadığı ölçü olarak alıyor. Buna mukabil Schöenberg bu ölçünün her zaman kâfi gelmediğini, çünkü kefilin de bazı ahvalde asıl borçlunun borcunu ödemesinde menfaati bulunduğu ileri sürdüğünü görüyoruz (Zürich şerhi kefalet bahsi).

Temyiz mahkemesi 3. cü hukuk dairesi başka bir kararında bu ölçüyü belirtmemiştir. karar şudur :

(Davacı hazine, davalının oğlu 930 doğumlu Kemal'in Hava Muhabere okulunda öğrenci iken başarısızlığı sebeble çıkarılmış olduğundan kendisine yapılan masrafların tahsilini istemiştir. Mübrez 22/7/949 tarihli taahhütnamede davalının, oğlunun okuyamaması halinde kendisine yapılan masrafları ödemeği taahhüt ettiği anlaşılmaktadır. Bu vaziyette iddia suretine ve öğrenci Kemal'in taahhütnamenin verildiği tarihte reşit olduğu ve kendisine yapılan masrafların 5401 sayılı askerî öğrencilerden başarı gösteremeyenler hakkındaki kanun hükümleri uyarınca ödemekle mükellef bulunduğu anlaşılmasına göre davalının fiilinin, aharın fiilini taahhüt mahiyetinde olmayıp kefalete mahmul olması icap eder.

Halbuki kefaletin muteber olması için mahkûmunbihin muayyen olması ve kefalet edilen miktarın tayin edilmiş bulunması şarttır. Taahhütnamede ise böyle bir miktar gösterilmemiştir. Bu itibarla davalının sorumlu tutulması mucip hukukî bir sebep bulunmadığından davanın reddi gerekli iken bu cihetten zuhul edilmesi yolsuz (Temyiz 3. hukuk Dairesi Esas 4474 karar 6396, 2s7/953, yayımlanmamış karar. Burdur Hazine avukatlığından alınmıştır.)

Hemen işaret edelim ki 5401 sayılı kanun bu konu ile doğrudan doğruya ilgili değildir. Bu kanunun 1. ci maddesi askerî lise ve okullardan ikinci maddesinin (C) fıkrasında yazılı sebepler dışında çıkarılan öğrenciler Askerlik kanunu hükümlerine tabi olmak üzere serbest bırakılırlar. C bendi ise Askerî CK. 154. e göre çıkarılanların askerlik hizmetlerini er olarak yapacağını beyan eder. Temyiz mahkemesi bu kimselerin yapılan masrafı ödemekle ödevli olduğunu kabul ediyor. Fakat bu husus, talebenin babası tarafından yapılan ve çocuğun başarısızlık hasebile çıkarılması halinde yapılan masrafı ödeyeceğini ifade eden taahhüdünü kefalet saymak için kâfi midir?. Temyiz mahkemesi çocuğun, başarısızlık halinde yapılan masrafı ödemek hususunda asıl borçlu olduğunu, şu halde babasının taahhüdünün de ancak fer'i bir kefalet borcu olacağını beyan ediyor. Fakat ortada asıl borçlunun bulunması bu borcu garanti edenin kefil olması icap ettirmez. Bu, zarurî değildir. Çünkü, meselâ gayri menkul satıcısının ferağ tahriri vermemesi halinde satıcı muteber bir akitle borçlu durumunda olmasına rağmen teminat veren başkasının fiilini müteahhit kişi durumunda olabilir. Başka tabirle fiili temin edilen kimse esasen garanti alana karşılık borçlu ise, garanti vereni daima kefil saklamak mı icabeder? Bu hususta mevcut bir telakkinin tenkitedildiği birinci bölümde izah etmiştik. Keza, borçlu mevkiinde bulunan talebenin mektebe girerken reşit olması da onun yaptığı borcun muteber olduğunu gösterir. Ancak bu cihet, babasının taahhüdünün mahiyetini tayin hususunda kâfi bir delil olmaz.

.....

Vakıa, başkasının fiilini taahhüt eden kimse-110. maddeye göre bu fiilin yerine getirilmesinden ileri gelen müsbet zarar ve ziyarı ödeyecektir. Halbuki hadisede müteahhit yalnız talebeye yapılmış masrafları ödemeği taahhüt etmiştir. Bu masraf, müsbet zararın aynı değildir. Bu bakımdan 110. madde tatbik edilemez diye bir iddiaya bulunmak mümkün değildir. Çünkü 110. cu maddenin tefsirî bir mahiyet taşıdığını, tazminat miktarının ve şumulünün muşkacele ile serbestçe tesbit edilebileceğini daha önce ifade ettik.

O halde taahhüdün kefalet mi yoksa garanti akdini olduğunu tayin için iki tarafından müşterek maksadına göre babanın taahhüdünün aslı veya fer'i bir mahiyet taşıdığını aramak lazım gelecektir. Baba, çocuğunu askerî mektepte okutmakta şüphesiz menfaatlidir. Bunu temin için çocuğun başarı gösterememesinden doğacak zararı asıl borçlu olarak üzerine alabilir diye düşünmek pek âlâ mümkündür. Tarafların müşterek maksadının, çocuğun başarısızlığı halinde masraftan ibaret zararın baba tarafından ödenmesini sağlamaktır diye muhakeme yürütülebilir. Bu takdirde muamele mahiyeti itibarile bir garanti akdi ilacı için şekil şartı ve bilhassa muayyen meblağ göstermeğe hacet kalmaz. Fakat bu taahhüdün mahiyeti hakkında tam bir şüphe varsa o zaman kefalet karinesine müracaat etmek lâzım gelirdi. Kanaatimce burada başkasının fiilini taahhüt mahiyeti galiptir.

Nitekim Temyiz mahkemesi Hukuk umumî heyetinin hemen aynı mahiyette bir davada verdiği karar bu fikri destekler. Dava şudur : Davalılardan İbrahim, Devlet hesabına yatılı olarak okumakta iken muvaffak olamadığından mektepten çıkarılmış ve diğer davalı Tefvik de kefalet etmiş olduğundan ... lira kendisinden tahsili istenmiştir. Mahkeme, Taahhütnamede 250 lira için mektep masrafı olarak vermediği kefil teahhüt etmiş olduğundan kefil Tefvik'den tahsiline karar vermiştir. 4. Hukuk dairesi, kefalet senedinde müteselsil kaydı olmadığından önce asıl borçlu hakkında dava açılıp semeresiz kaldıktan sonra kefil Tefvik aleyhine dava açılabilceği noktasından hükmü bozmuştur. İsrar üzerine Hukuk umumî heyeti : (Tefvik diğer dava edilen İbrahim'in kefil olmayıp onun fiilini teahhüt etmiş ve bu sebeple hadisenin kefalet hükümleri ile bir ilgisi bulunmamış olmasına göre ... israr kararını tasdik etmiştir. Bak. Kâmil Tepeci sh. 280 Temyiz H. UM 5/3/952, 27/28). Fakat bu karar da şu bakımdan tatbahş değildir : Kefil olarak teahhüt veren, talebe İbrahim'in nesidir ? Eğer bu akitte hiç bir menfaati yoksa kefil olması daha kuvvetle muhtemeldir. Biz Tefvik'in talebenin babası olması ihtimaline binaen bu kararı tasvip ediyoruz.

Buna mukabil aynı umumî heyetin verdiği 24/10/1951 tarih ve 152/181 sayılı karar (bak. Tepeci borçlar kanunu 2. basım, sh. 280) daha açıktır : (Davalının oğlu.. Ücretle davacıya bir sene hizmet etmeyi teahhüt etmiş ve davalı ise bu ücrete kefalet etmiş olmayıp (günü dolmadan çıkarsa) kaydile oğlunun hizmetini ve hizmetin ifa edilmemesi halinde maktuen 300 lira tediyesini teahhüt eylemiş olmasına ve Borçlar kanununun 110. maddesi mucibince üçüncü şahsın fiilini teahhütten ibaret olan olayda kefalet hükümleri cereyan etmeyeceğine binaen..)

Görülüyor ki bu kararda Umimî heyet bir tefrik ölçüsü koymak istemiştir. Bu ölçü, temin edilen fiilin paradan ibaret bir borç olmayıp bir hizmet bir fiil olması halidir. Fakat bu ölçü kâfi değildir. Çünkü mevzuu bir fiil ve hareketten ibaret olan borçlara da kefalet etmek mümkündür. Kanaatimizce ölçü, bu akdin yapılmasında teminat verenin şahsen menfaatli olmasıdır. Oğluna teminat veren babanın oğlun işi görmesinde menfaati vardır. Bu bakımdan mumaleyi garanti akdi olarak tavsif daha doğrudur. Umumî Heyet de böyle yapmıştır, fakat mucip sebebi yanlış göstermiştir.

Acaba reşit olmıyan çocuğunun velisi sıfatile imzalanan bir teahhütnamede çocuğun mektebi terk etmesi halinde yapılan masrafı ödeme teahhüdün mahiyeti nedir ?

Kanunî mümessil tarafından velayeti altında bulunan çocuğu borç altına sokacak bir akit yapmak mümkündür. Bu takdirde yapılan mukavelenin ihlalden çocuğun mesul olması icap eder. Temyiz mahkemesi bu hususta teahhüdü imzalayan kimsenin teahhütnamede (velisi bulunduğum) kelimelerinin

mevcudiyetini yeter görmemiştir. Reşit olmayan öğrenciye izafeten taahhüde girişildiği hakkında taahhütnameye bir sarahat bulunmamasını şart olarak aramıştır. (Velisi bulunduğum) kelimelerini, taahhütnameye fiili taahhüt olunan şahsın tavsifi sâdedinde derc edilmiş bir kayıt olarak kabul etmiştir. Bu bakımdan yapılan taahhüdün velayet altındaki çocuğu ilzam etmeyeceği neticesine varmıştır.

Temyiz mahkemesi bu halde Borçlar kanunu 110. maddeye göre aharın fiilini taahhüt mahiyeti görmüştür. (Temyiz 3. cü Hukuk Dairesi 7780/5674, 15/10/954).

Oğlunun Ziraat okulunu bitirdikten sonra belli bir süre çalışmadığı takdirde bütün masrafları faizile ödeyeceğine dair baba tarafından verilen taahhüdün hukukî mahiyeti nedir?

Temyiz mahkemesi böyle bir taahhüdü mahiyeti itibarile ve aslî bir borç bulunmaması hesabı kefaletname mahiyetinde Borçlar kanununun 110. maddesi gereğince üçüncü fiilin şahsını taahhüt mahiyetinde bulunmasına ve bu itibarla taahhüdü gereğince ilzam edilmesine karar vermiştir. (3. Hukuk Dairesi 13/9/954 6241/4576. Yayınlanmamış).

Burada iki mukavele vardır: Birinci mukavele reşit olmayan çocukla mektep idaresi tarafından yapılan mecburî hizmet akdidir. Bu akid çocuğun ehliyetsizliği ve velisi tarafından muvafakat veya icazet verilmediği için batıl sayılmak lâzımdır. (Mamafih eğer velisi bu borca kefil olursa bu hal aynı zamanda bu borca icazet sayılmaz mı? Bence bunu zımnî bir icazet saymak lâzımdır, o zaman çocuğun borcu sıhhat kesbeder. Aslî borç muteber olur).

İkinci mukavele, teminat akdidir. Bu teminat akdini yapan kimse çocuğun reşit olmadığını bile bile bu akdi imzalamıştır. Bu takdirde bu mukavelenin mahiyeti nedir? Kefalet mi, yoksa garanti akd mi?. Biraz önce tahlil edilen 13/9/954 tarihli 3. Hukuk Dairesi kararında gördük ki çocuğun yaptığı ve fiilen çocuğun mektebe girerek tesbit edilen akit şartları dahilinde okumağa başlaması ile zımnin inikat eden akdin hükümsüz olduğu kabul edilmiştir. Babasının, bu akitte geçen fiilleri çocuğun yapmaması halinde masrafları vereceği hususundaki taahhüdü bu akde icazet olarak düşünülmemiştir. Bu bir tefsir meselesidir. Baba gerçekten kendisi borç altına girmek istemiş çocuğunun her hangi bir şekilde borç altına girmesini arzu etmemiş olursa tlbî, verdiği teminat çocuğun yaptığı akdi icazet mahiyeti taşımaz. Kullanılan kefalet kelimesine rağmen bu akit bir garanti akdi olur. Ancak bu garanti akdinin bir hususiyeti vardır. Bu akde Borçlar kanununun 110. maddesi değil, 485. maddesinin II. ci fıkrası tatbik edilir. Bu takdirde garanti taahhüdün şekil ve azami meblağı göstermesi bakımından kefalet hakkındaki hükümlere tabi olması icap eder. Ancak garanti veren alacaklıya ödedikten sonra asıl borçluya hakikî ke-

fil gibi- rücu edemez, ödediği ondan tahsil edemez. Bu nokta tatbikatta gayet ehemmiyetlidir. Çünkü biraz önce tetkik ettiğimiz kararlarda babanın kendi çocuğunun -ehliyetsizliği hesabile- muteber olmayan taahhüdüne dair verdiği teminatın daima Borçlar kanunu 110. madde bakımından incelendiğini ve şekil ve azamî meblağ gösterme şartından muaf olduğu telakkisinin hakim olduğunu sayıyoruz.

Bununla beraber Temyiz mahkemesi 4. cü Hukuk Dairesinin bazı kararlarında bu gibi hallerde Borçlar kanununun 110. maddesinin değil 485 III hükmünün tatbik edildiğini görüyoruz :

(Davalı Ahmedin parasız yatılı olarak girdiği köy enstitüsünde iki sene üst üste sınıfta kalması yüzünden enstitüden çıkarıldığı anlaşılmış ve davalı 3803 sayılı kanunun 4. cü maddesi hükmünce enstitüde bulunduğu zaman zarfında kendisine yapılmış olan masrafları ödemekle sarumlu olup diğer davalı Mehmet tarafından verilen kefaletnamede davalılardan Ahmedin doğum tarihi tasrih edilmiş ve adı geçen Ahmedin taahhüt tarihinde yaş bakımından ehliyetsizliğine muttali bulunduğu halde masraflarını ödemesini kefil sıfatile taahhüt eden Mehmed'in bu kefaleti Borçlar kanununun 485. maddesi hükmünce muteber bulunmuş olmasına, (Bak. 4. H. 21/4/953 E. 2587-Karar 1917, Adalet dergisi 1954) Aynı mahiyette bir başka karar daha :

(... Kendisinden okul masrafı istenen M. Ateşin davalı kefil Hulusî nezdinde oturduğu ve doğum tarihinin 1930 olduğu taahhütnamede açıkça yazılı bulunmuş ve bu suretle davalı Hulusî'nin asıl borçlu Mustafanın borcu iltizam ettiği tarihte ehliyetsiz olduğuna kefaleti esnasında vakıf bulunmuş olmakla BK. 485. son fıkra gereğince kefaletin kanunen muteber bulunmasına ve 4990 gereğince kefilin ancak işlemiş faizden bir seneliği ile sorumlu olmasına binaen..) Bak 4. H. D. 24/1/949, 97/274 Tepeci 2. (esim sH. 662).

Görülüyor ki reşit olmadığı için yaptığı mecburî hizmet taahhüdü muteber olmayan bir kimsenin borcuna, bu durumu bile bile kefil olan kimsenin durumu 110. maddeye değil 485 e tabi kılınmıştır. 485. in 110. in br hususî hali olduğu nazariyatta kabul edilmiştir. Ancak kefalet hükümlerinden şekil ve azamî meblağ şartına tabi olduğu da kabul edilmesi lâzımdır. Binaenaleyh azamî meblâğı ifade etmeyen bir taahhüt 485 e göre batıl iken 110 maddeye göre muteber olacaktır. 3. cü Hukuk Dairesi ile 4. Hukuk Dairesinin görüşleri arasında bu noktada bir fark olduğu ve işin içtihat birleştirme kurulunda halli gerektiği kanaatindeyiz.

Şunu da ilâve edelim ki 485. maddemizin bu günkü III. cü fıkrası çok yanlış bir ifade taşır: (Hata yahut ehliyetsizlik sebebiyle borçlunun mesuliyetini icap etmeyen bir akitten mütevellit kefâlete değer kefil akdin borçlu yüzünden olan bu fesadına taahhüt vâkıf ise muteber olur.) Bu fıkra kanunun

mehazine uygundur. Bu hüküm, sanki cidden bir kefalet akdi varmış gibi kalemeye alınmıştır. Halbuki kefaletin özü onun feriliğidir. Asıl borç batıl olunca kefalet dahi batıl olmak lâzımdır. Buna rağmen kefaletten bahsedilmesi yanlışır. Burada bahis mevzuu olan kefaletten başka bir akit, yani bir başkasının fiilini taahhüttür. Fakat kefalete ait şekil şartına bağlı kılınmış bir garanti akdi. Nitekim doktrin ve mahkeme içtihadının tesirile bu cihet Yeni kefalet kanununun 492. maddesinin III. cü fıkrası düzeltilmiştir.

(Hata veya ehliyetsizlik hasebile borçluyu ilzam etmeyen bir akitten doğan bir borcu garanti ettiğini beyan eden bir kimse, taahhüt ettiği sırada akdin fesadını mucip olan bu hali biliyordu ise kefalet bahsinde tatbik edilen şartlar ve prensiplere göre mesul olur. Aynı esas asıl borçlu için zaman aşımına uğrayan bir borca garanti veren kimseye de tatbik edilir.) Görülüyor ki İsviçrede yeni metin bu çeşit bir mukavelenin kefalet olmadığı, ancak şartları ve hükümleri itibariyle kefalet kaidelerine tâbi olduğu anlaşılır.

II. — Karara nazaran, üçüncü şahsın vadedilen fiili maddî olmayıp hukukî bir muamele de olabilir:

Dikkat edilirse tahlil ettiğimiz karar, başkasının yapacağı taahhüt edilen fiilin (üç ay içinde belli tarladaki hissesini garanti alana ferağ etmek) keyfiyeti gibi bir Hukukî muamele olabileceğini kabul etmiştir. Bu bakımdan karar, daha önce hülasa ettiğimiz İsviçre nazariyat ve tatbikatına uygundur.

III. — Tahlil ettiğimiz Temyiz kararı, garanti verenin ne zaman mesul olacağını da tayin etmiştir:

Esas itibarile garanti veren, üçüncü şahsın vadedilen fiili yapmaması halinde muacceliyet kesbedeceğini haklı olarak tesbit etmiştir. Kararda bu cihet (davalılar, üçüncü şahıs Eminenin takrir vermektan ibaret fiilini davacıya karşı taahhüt ettiklerine göre Emine tarafından takrir verilmemesi halinde kabul ettikleri maktu tazminatı ödemekle mükelleftirler.)

IV — Karar, başkasının fiilini taahhüt eden kimsenin, borcunun maktu tazminat (cezaî şart) ile önceden tayin edilebilmesine müsaade etmiştir :

Bu suretle, 110. maddede beyan edilen hükmün tefsiri mahiyette bulunduğunu anlıyoruz. Çünkü zarar olmasa bile cezaî şart lazım geleceğine göre maddede geçen (bu yüzden hasıl olan zararı tazmin ile mükelleftir.) ibaresi mutlak bir mahiyet taşımaz. Bu noktada karar ile nazariyat arasında mütabakat vardır.

V — Nihayet tahlil ettiğimiz karar, üçüncü şahsın vadedilen fiili, şekle tabi olsa bile, garanti akdinin aynı şekle tabi olmadığı hususunda çok mühim bir konuyu hallediyor :

Bu noktanın bilhassa gayrimenkul satışlarına ait alelade tahrirî veya doğrudan doğruya şifahî vaatleri müşteri sağlamak bakımından büyük önemi vardır. Bilindiği gibi, noter önünde resen ve iki taraflı olarak tanzim edilmeyen satış vaatleri tapuda kayıtlı gayri menkuller bakımından zaruridir. Böyle bir şekilde riayet edilmeden yapılan vaat hükümsüzdür. Böyle bir vaadin yerine getirilmemesi halinde müşteri cezaî şartı talep edemez. Bu hususta temyiz mahkemesinin içtihadı müstakardır. Fakat müşteri, satıcının mutemet adamı olan bir kimseden, satıcı malı kanunî şekillerde satmaz ve ferağ tahririni vermezse hasıl olacak zararı ödeme garantisini alabilir ve bu garantiyi cezaî yani maktu bir meblâğ ile tayin edebilir. Bu takdirde satıcı, garanti verenle kendisi arasında mevcut münasebet -hukukî veya hissî münasebet- yüzünden satış akdini yapmağa mecbur olur.

Bu münasebetle şunu belirtmek isteriz : bir kimsenin gayri menkulünü usulüne göre satması halinde müstakbel müşteriye muayyen bir meblâğ ödemesi hususunda bir vaitte bulunması hukukan caizdir. Bu kabil bir halde bu kimse edada bulunmak taahhüdü altına girmekle beraber bu edayı kendiliğinden ifa etmemesi halinde belli bir meblâğ vermek borcunu üzerine almış oluyor. Bu vaziyet bir cezaî şart değildir. Buna eksik cezaî şart (unechte Konventionalstrafe : clause pénale imparfaite) adı veriliyor. Böyle bir vait bir çok bakımdan cezaî şart hükümlerine tabidir. Şekil bakımından bir satış vaadi şeklinde yapılması da şarttır. Bakınız Von Tuhr p673)

III. Bölüm,

Başkasının fiili taahhüt mukavelesi hakkında İsviçre Federal mahkeme kararlarından bazı örnekler.

Birinci örnek : S. A. İdeal Film — Nobile davası (BGE. 66 II 26; JDT 1940 551).

Hadise : İdeal Film Anonim şirketi ve Art cinématographique anonim şirketi (mümessilleri Nobile ve Lansac tarafından temsil edilmek suretile) film kirası mukavelesi imzalamışlardır. Kira bedeli filimlerin gösterildiği sinemanın gayri safi gelirinin belli bir yüzdesi olacaktı, fakat belli bir miktarın altına düşemiyecetti. Nobile bu mukavelenin ihtiva ettiği şöyle bir kaydı imzalamıştı : (mukavelenin müşterek imzacısı bay Noble bu akdin iyi bir surette yerine getirilmesinden ve bu akidden doğan kiralarm ödenmesinde şahsen mesul olduğunu beyan eder.)

Art Cinématographique şirketi iflas edince İdeal Film şirketi alacağını iflâsmasına yazdırmakla beraber Nobile aleyhine icra takibine başlamıştır. Noble'nin itirazı üzerine aleyhine alacak davası açmıştır. Davalı Nobile, kefalet senedinde azami miktar gösterilmediği için âdi kefaletin batıl olduğunu

müdafaaten ileri sürmüştür. Kanton mahkemeleri, ortada borca katılma (reprise cumulative de dette) olmayıp kefalet bulunduğunu, bunun da azamî miktar gösterilmediği için natik olması hesabına davanın reddine karar vermişlerdir. Federal mahkeme bu kararı tasdik etmiştir.

Federal mahkemenin bu kararı tahlilinde şu hususlar belirtilmiştir :

a) Müsterek imzacı'dan maksat, şirket adına imzalayan kimse ile bizzat borç altına giren kimsenin aynı şahıs olduğunu ifade için kullanılmıştır. Şahsen kelimesi, Nobile tarafından atılan ikinci imzanın Şirketin mümessilinden sadır olmadığını, icrasını garanti üzere akde müdahale eden bir üçüncü şahıstan sadır olduğunu gösterir. Bu kelimeler, üçüncü şahıs Nobile'nin üzerine aldığı borcun mahiyetini tayin etmez.

b) Nobile, üçüncü şahsın fiilini vadetmiş değildir, yani şirketin mukavele edilen kira bedellerini ödeyeceğini, bu borcu ifa etmemesi halinde mucirin zararını tazmin edeceğini vadetmemiştir. Bu itibarla III. ci maddeye göre başkasının fiilini taahhüt eden kimse vaziyetinde değildir (Bak BGE 64 II p,346. 65 II p.33).

c) Nobile, akdin iyi ifa edilmemesinden kendisinin mesul olduğunu beyan etmiştir. Bu taahhüt aslî mahiyette (à titre principal) veya fer'î mahiyette (à titre accessoire) bir borç mudur ?

Mevcut bir borca katılma mahiyetinde ise aslî, asıl borcun ödenmemesi halinde mesuliyeti tazammun ediyorsa fer'î mahiyette bir yani kefalet olacaktır. Nobile, Şirketin tek idarecisi olmasına rağmen bu taahhüdü yapmasında ve şirketin akdi ifa etmesinde menfaatinin kesin olarak ispat edilemediği, buna mukabil müzekkerelerinde ve tarafların müşterek maksadından Şirket borcu ödemeği şahsan temin ettiğini porter personnellement fort du loyer dû) Domus dığı anlaşılmıştır. Bu sebepten yani tereddüt halinde kefalet karinesi, yani fer'ilik karinesi cari olunur. Azamî miktar senetde gösterilmediği için kefalet de batıldır.

2. Misal: Domus Şirketi Art Cinématographique şirketine bir sinema binası kiralamıştır. Kira mukavelesi şirket temsilcileri arasında Nobile tarafından da imzalanmıştır. Nobile ayrıca (A. Ciné, şirketinin borcu olan kira bedelini ödemediği şahsan temin ettiği porter personnellement fort du loyer dû) Domus şirketine beyan etmiştir. Federal mahkeme bu taahhüdün bir garanti akdi olmadığı neticesine varmıştır.

(110. maddede geçen fiil: fait, Leistung kelimesinin manası çok geniştir. Kiranın ödenmesi bir edimdir. Bu edim kefalet veya başkasının fiilini taahhüt suretiyle temin edilebilir. İkisi arasındaki kesin fark şudur: başkasının fiilini taahhüt eden şahsî bir borç üzerine alır, bu borç aslında üçüncü şahsın vade-

dilen fiilinden müstakildir., bu borç garanti vereni üçüncü şahsın vadedilen fiili ifa etmemesi halinde bu fiili ifaya mecbur etmez. (Rossel, Manuel, ad porte- fort, Oser Schönenberger ad art 111. BGE 56 11 381. 64 11 p. 346.)

Bu hadise kira iki şirket arasında yapılmış ve kira bedeli ikisi arasında kararlaştırılmıştır. Nobile daha sonra şahsen teminat vermek üzere kira bedeli için müdahale etmiştir. Bu hareketin manası mantıken şu olur: kiracı kirayı ödemezse Nobile kirayı ödeyecektir.: demek ki bahis mevzuu olan asıl borçlunun edini fert'i olarak ifa taahhüdüdür. Böyle bir teminat garanti akdinden doğar.

3. Misal: Bir şirket müdürü aciz haline düşen Anonim şirket aksiyonerlerine, zararlarını ödemeği vadeden şu taahhüdü vermişti: (Zofingue 16 Ekim 1933 - Aşağıda imzası bulunan ben Jean Hollenweger, Safic şirketi aksiyonerlerindenlerinden tediyata bulunanlara paralarını iki yıl içinde veya mümkün olursa daha önce ödemeği bu senetle taahhüt ederim İmza: J. HCH.H

Müteselsil kefil olarak: (Pour caution solidaire) Müteselsil garanti olarak bon pour garantie solidaire)

İmza: J. Hollenweger'in babası

16 Ekim 1933 tarihli beyanname (müteselsil kefil olarak) kelimelerini ihtiva eden kısma kadar Şirket müdür Jean Hollenweger tarafından yazılmıştı. Müteselsil garanti olarak) kelimelerini de ilâve ettikten sonra bu beyanın altını müdürün babası da imzalamıştır. (garanti) kelimesinin bulunmasına bakarak BK. III e göre bir garanti akdi bahis mevzuu sanılabilir. Fakat vade se ciyesini veren (müteselsil kefil olarak) kelimeleridir, teminat veren bunları çizmemiş bilâkis imzalamıştır. Bu itibarla (müteselsil garanti olarak) kelimeleri, kefaleti bertaraf edemez. Hukukçu olmayan imza atan garanti ile kefalet arasındaki hukukî farkı bilmediği için, imzasından evvel ilâve ettiği kelimelerle sadece müteselsil kefil olduğu teyit etmek istemiştir. (Garanti) kelimesini (müteselsil) kelimesinin ilâvesinden maksat budur. Çünkü normal bir garanti akdinde bu kelimenin hiç bir manası yoktur. Zira başkasının fiilini taahhüt keyfiyetinde garanti veren, üçüncü şahsın fiilini taahhüt ederken üçüncü şahsın bu fiili yapmasının onun bir borcu olup olmadığını dikkate almaz, bunun ehemmiyeti yoktur. Kefalet akdinin aksine olarak garanti akdi bağımlı (accessoire) bir akid değildir. Halbuki başkasının fiilini (müteselsil) olarak taahhüt eden kimse bu başkasının borçlu olduğunu farz eder. binaenaleyh III. maddeye göre bir garanti veren gibi değil, fakat müteselsil kefil olarak borç altına girer.

Bu hadisede müteselsil kefillik bahis mevzuu olduğu diğer şahitlerin ifadelerinde anlaşılmıştır. (BGE 64 II 346, JdT 1939 sh. 168).

Misal 4. — Satılan malın müşteriye muayyen bir yerde teslim edileceğine dair verilen garanti.

Hadise: Bir İsviçre ticaret şirketi Romanyadan bir müesseseden bir miktar satın almıştır. Mukaveleye göre mal, İsviçre hududunda belli bir yerde masrafı satıcıya ait olmak üzere müşteriye teslim edilecektir. Müşteri bu hususun birinci sınıf bir nakliye müessesesinin malın teslimini garanti etmesini şart koşmuş, ancak bu garanti üzerine bedeli peşin ödeyeceğini bildirmiştir. Bunun üzerine birinci sınıf bir nakliye şirketi, (biz malı size teslim ettireceğimizin hususunda rucuu caiz olmayan bir garanti veriyoruz) şeklinde bir beyanda bulunmuş ve malın muayyen yerde ve zamanda müşteriye teslim edileceğini garanti etmiştir. Bunun üzerine müşteri bedeli peşin ödemiştir. Ancak mal belli zaman ve yerde kendisine teslim edilmemiştir. Bunun üzerine müşteri, garanti veren nakliye şirketinden bedelin iadesini talep etmişse de bu müessese verdiği garantinin, muteber olmayan bir kefalet taahhüdü olduğunu ileri sürerek defide bulunmuştur. (BGE. 75 II s. JdT 1949 s. 298).

Federal Mahkeme vaki taahhüdün bir garanti akdi olduğunu kabul ve nakliye şirketinin semeni iadeye mahkûm edilmesi hususunda bir karar vermek icap ettiğini kabul etmiştir.

Federal Mahkeme meseleyi şu şekilde ortaya koymuştur: (Nakliye şirketinin yaptığı teminatın mahiyeti nedir?. Bu, bir garanti veya bir kefalet olabilir.

Kefalet akdi ile garanti akdi arasında şu fark vardır: Kefalet fer'i bir akiddir, garanti akdi ise üçüncü şahıs tarafından vadedilen edadan müstakil bir borç doğurur (bak. BGE. 56 II s. 381, 72 II 22; JdT 1946 I 524).

Bu hadisede üçüncü şahsın vadedilen edası, bu şahsın, teminattan istifade edene karşı muteber bir taahhüdüne istinat ediyor. Lâkin bu hal bu garanti akdine zarurî olarak bir kefalet akdi mahiyeti veremez. Çünkü bu vakiyaya rağmen garanti verenin mükellefiyeti üçüncü şahsın mükellefiyetinden öteye geçebilir veya başka bir şeye teallük edebilir. Garanti akdinin bağımsızlığı onu buna mezum kılar, o suretle ki garanti veren asıl borç yani üçüncü şahsın birçü ortadan kalksa bile kendi edasını ifa eder ve buna mecburdur. Bu takdirde garanti almış olan kimse garanti akdinin amacına uygun olarak borçlu üçüncü şahsın asla mesul olmadığı risklere karşı bir teminattan istifade eder.

İsviçreli müşteri şirket, satış akdi gereğince bedeli peşin yani malın tesliminden önce ödemekle mükellefti. Bu sebepten müşteri, mutad bir riske maruzdu: Satıcının malı gerekli belgelerle birlikte yollamasından ibaret olan ifa etmemesi veya eksik ifa etmesi. Lâkin müşteri bundan fazla olarak, savaş halinde bulunan askerî birlikler tarafından işgal edilmiş olan memleketlerden

yapılacak nakliyat dolayısıyla, malın İsviçreye salimen vasıl olması hususundaki emniyetsizliğe de maruzdu. Bu özel riskin temin edilmesinde kesin menfaati vardı. İşte (birinci sınıf bir nakliye şirketi tarafından bir garanti beyanı) yapılmazdan önce satış bedelini ödeyemeyeceğine dair satış anlaşmasına dercedilen şartın sebebi de bu idi. Mümkün olan en sağlam teminatı almak hususundaki arzusu, birinci sınıf bir nakliye müessesesi tarafından teminat verilmesi hususundaki şarttan açık olarak anlaşılıyor.

Davalı şirketin müşteriye verdiği garanti beyanına gelince, davalı şirket satıcı müessesenin vekili sıfatıyla hareket ettiğini beyan ederek malın müşteriye teslim ettirebilmek (garantisi)ni üzerine almıştır: (Biz malı size teslim ettirebileceğimiz hususunda gayri kabili rücu garanti veriyoruz). Hakikatte bu ifadeler davalı şirketin icabında malı başka yerden temin edeceğine dair bir borcu asla tazammum etmiyordu. Çünkü garanti veren bir nakliye şirketi olması hesabile bunu yapabilecek durumda değildi. Fakat bu beyanda, hiç olmazsa, malı müşteriye ulaştırmak ve bu olmadığı takdirde ödenmiş bedeli müşteriye ödemek taahhüdü mevcuttur. Bu tefsir tarzı, akdın normal ifasını güçleştiren ve Romanyalı bir borçlunun takibini engelleyen halı hazır şartlar altında teminat alacaklısına bir teminat sağlamak gayesini güttüğü muhakkak olan (garanti) kelimesi ile de desteklenmiştir. Bu itibarla, işbu hadisede davalının, en az, bu söylenen şeyden başka neyi (yaranti) edeceğini anlamağa imkân yoktur.

Bu mânâ kabul edildikten sonra, davalı garanti verenin üzerine aldığı mükellefiyet nakliye şirketinin mükellefiyetinin aynı değildir. Filhakika davalı, yukarıda anılan borçtan başka bir taahhüt altına girmeseydi, yani ferî bir surette taahhüt altına girmiş olmasaydı, satıcının davalıya karşı ileri sürebileceği bütün defileri ona karşı ileri sürebilirdi. Meselâ müşteriye karşı satıcı Cederex'inin alacaklarını takas mahiyetinde dermeyan edebilirdi veya nakil esnasında malın zıyaı halinde nefi ve hasarın müşteriye intikali prensibine istinat edebilirdi. Keza davacıya akdi henüz fedhetmediği ve itibarla semeni borçlar kanunu 100. madde hükmü mucibince talep etmeğe aslâ selâhiyeti olmadığı def'an ileri sürülebilirdi. İşte (garanti beyanı)ın mani olmak istediği husus ta bu idi. Bu beyanın gayesi açıkça müşterinin davacının durumunu kuvvetlendirmek, bunun için de onun davacının haklarını İsviçrede kullanması imkânını sağlamak davacıyı açtığı davada satıcının defileri ile karşılaşmak tehlikesinden de sıyanet etmek idi. İşte bu şekilde garanti beyanı davacı, taraflarca göz önünde tutulan ve o zamanın şartlarının gerektirdiği pratik önemi kazanıyordu. Bu münasebetle şu cihette manalıdır: Davacı şirket, satıcı ve nakliyecinin malı İsviçre hududuna getirmelerini garanti ettiğini beyan etmiştir, lâkin (biz malın teslimini sağlayabileceğiz) ibaresini kullanmak suretile kendi müstakil borcu üzerinde ısrar etmiştir. Şu halde müşteri, bedelini ödediği malın kendi eline geçeceğinin ve bu olmadığı takdirde ödediği

parayı kendisiine ödeyeceğinin davalı tarafından vait ve garanti edildiğini hüsnüniyetle kabul etmek hakkına malikti.

Şu halde davalının taahhüdü, satıcının taahhüdünden farklı idi. Bu müstakil bir eda olup, fer'î bir mahiyeti haiz olmaması itibarile, garanti akdi olarak tavsif edilmelidir. Tarafların istihdaf ettiği gaye bir kefalet ile elde edilemezdi.

Davalının böyle şumullü bir borç altına girmekle takip ettiği menfaat haizi ehemmiyet değildir; yine maruz kılınan riske tekabül eden bir primin davalı tarafından cibayet edildiği hususunun davacı tarafından dermeyan edilmemesi de haizi ehemmiyet değildir. Garanti veren şirketin, borçlunun borcunu edasında doğrudan doğruya bir menfaati bulunmaması, hakikatte bir garanti akdinin mevcudiyetini kabul şıkkı aleyhine bir delildir, ancak bu husus yukarıda zikredilen kesin alâmetler karşısında ikinci plânda kalır.

50. ci ve son misal: Yabancı bir memleketin döviz kontrolü için koyduğu kanun hükümlerinden kurtulmak için yapılan muvazaalı bir muamelenin muvazaa olduğunun ileri görülmeyeceği ve muvazaalı bir muamelenin icrasının talep edilemeyeceği hususunda verilen garanti muteber midir? (BGE. 76 II s. 33; JdT 15 Ekim 1950 sh. 488.)

A. Hadise, Romanyada oturan ile merkezi Macaristanda bulunan VGE. şirketi bir anlaşma yapmışlardır. Buna göre şirket Romanyadaki 10 milyon rey tutarındaki alacaklarını Süleymana temlik etmiş, buna karşılık Süleyman da Züriç şehrinde bir bankada bulunan 43000 İsviçre frangını VGE şirketine devir etmiştir. Romanyada döviz alış verişini romen millî bankasının inhiisarı altındadır. Bunu bertaraf etmek için taraflar şöyle bir muvazaalı akit yapmışlardır: VGE, bir rumen bankasında (Banka Ardeleana) Süleymanın mülkü olan Canepa ticarethanesine 10 milyon ley tutarında bir mevhum kredi açmıştır. Bu mevhum kredinin banka tarafından Süleymandan talep edilmeyeceği hususunda, VGE. nin dahil bulunduğu konsorsiyoma dahil olan Züriç'de Tungsram şirketi bir garanti vermiştir. -Daha sonra, Süleyman, Canepa müessesini- Türkiyeye dönüşü münasebetile başkasına satmış, Ardeleana bankası da krediyi başka bankaya devir etmiş, devir alan banka mevhum kredi alacağını Canepa'nın müşterilerinden talep ettiği için btlar satış bedeliinden 10 milyon ley indirmek suretiyle bedeli Süleymana udemişlerdir. Bunun üzerine Süleyman 10 milyon leyin udenmesinde doğan 48 küsür bir liralık zararının garanti veren İsviçreli şirketten dava etmiştir.

İsviçrede Züriç şehri mahkemesinde açılan bu davaya karşı Tungsram şirketi garanti borcunun doğması için gerekli şartların tahakkul etmediğini iddia etmiştir. Züriç Ticaret mahkemesi bu davayı redetmiştir. Bu mahkemeye göre, Tungsram ile VGE arasında yapılan döviz mübadelesi anlaşmasına

sıkı sıkı bağlıdır. Döviz mübadelesi akdi batıl olduğundan buna bağlı olan garanti akdide batıl olur. Federal mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Federal mahkemeye göre, bu meselede vazedilen prensipler şunlardır:

1 — Yabancı bir unsuru ihtiva eden bir akdin konusu kanuna veya adaba aykırı mıdır sorusunun karşılığı o akdin yapıldığı (tamam olduğu) yerin kanunu ve hukuku tayin eder. (3. sayılı gerekçe).

2 — Garanti akdi mahiyeti itibarile -kefaletin aksine olarak- fer'î bir akit değildir; şu halde muteber bir aslî akdin bulunması gerekmez ve üçüncü şahsın taahhüt ettiği edimden esas itibarile bağımsız, başlı başına bir borç teşkil eder.

Bununla beraber üçüncü şahsın vadedilen edasının hukuka veya ahlâka aykırı olmaması gerekir, aksi takdirde garanti vadi de batıl olur, zira hukuk veya adaba aykırı bir memleketin ifa edilmemesi bir zarar ve ziyan davasına esas teşkil edemez.

Buna mukabil hukuka aykırı bir akdin icrasını, meselâ mevhum (muvaazalı) bir karz akdinin tediyesini talep etmemek hususunda üçüncü şahıs tarafından yapılan, taahhüdü garanti etmek muteber olur (gerekçe 4).

3 — Mahallî kanunun menettiği bir muamelenin yabancı memlekette gerçekleşmesini sağlayan bir akit sırf bu sebepten dolayı batıl değildir. İsviçre hukukuna göre ancak İsviçre hukukunun koyduğu bir kaideye aykırılık haksız (illicite) bir hareket olabilir. (gerekçe 7).

4 — Muhteva ve gayesi itibarile yabancı hukuk nizamına aykırı bir akit İsviçre hukukuna göre yabancı kaidenin ferdin veya insan topluluğunun asli menfaatlerinin korunmasına veya ahlâki nizamda akit serbestisine tekaddüm eden hukukî varlıkların (biens Juridiques) savunmasına yaraması şarttır. Döviz ve sair ticaret politikası tetbirleri hakkındaki mevzuat vasfı haiz değildir. (gerekçe 8).

C — BU PRENSİPLERİN GEREKÇELERİ :

1 — İhtilâflı hukuki münasebette taraf olanlardan biri İsviçrede ikamet etmeyen bir yabancı olmasına ve bu hukukî münasebet yabancı memleketlerde akdedilmiş başka ticarî muamelelere murtabıt bulunmasına binaen bu davada tatbiki kabil hukukun tayini icap etmektedir. Zira reform yolu ile Federal mahkemeye müracaat edebilmek için, İsviçre federal hukukunun bir kaidesine ihlâlî ileri sürülmelidir (Federal adlî teşkilât kanununun 43. maddesine bakınız) ve Federal mahkeme ancak federal hukukun tatbiki hususunu kontrol edebilir.

2 — Aslî ve temel mefhumu (Ansknüffungsbegriff) tayin ve tavsifi hususunda, lex fori olması hasebile esas teşkil eden İsviçre hukukuna göre, ihtilâfa mahal veren hukukî rabıta, Bk. 111. maddeye göre bir garanti akdi (başkasının fiilini taahhüt : porte - fort) dir. Zaten kanton mahkemesi de haklı olarak aynı tavsifi yapmıştır. Davalı taraf, davacıya, başkasının bir fiilini taahhüt etmiştir, yani sözde kredi açan ve bu kredinin geri ödenmesini istememek şeklinde bir hareket tarzı takip etmesi icap eden rumen bankasının fiilini garanti. Davalı, davacıya Rumen bankası vadettiği hareket tarzını riayet etmediği ve kredi açılmasından doğan alacağını talep ettiği takdirde, davacını bu yüzden uğrayacağı zararı davacıya tazmin etmeği vadetmiştir.

3 — Kanton mahkemesinin kanaatine göre, bu garanti hukuka (illicite), hatta ahlâka aykırı olduğu için bătıldır. Federal mahkemenin müstakar içti-hadına göre, bir akdin muhtevası itibarile hukuka veya ahlâka aykırılığı konusunda bu akdin inikad ettiği yerin hukuku esas tutulmalıdır, bu hususta tarafların iradesinin tesiri yoktur (FMK. 64 II 349, JdT 1939 I 170; 46 II 493). İşbu hadisede akdin inikat mahalli Zürich'dir, çünkü davalı şirket ihticabı garanti beyannamesini orada tanzim etmiş, bunu davacının mümessili sıfatı ile hareket eden Société de banque suisse tarafından orada almıştır. Şu halde garanti akdinin muteberiyeti konusu İsviçre hukukuna göre tetkik edilmek icap eder. Vakaa yeni bir nazariyeye göre bir vecibe münasebetinin mevcudiyeti ve neticeleri aynı ve tek bir hukuk nizamı tarafından idare edilmelidir; tarafların bu bapta sarıh bir anlaşması yoksa bu hukuk nizamı bahs mevzuu akit nevinin karakteristik edasının ifa edilmesi icap eden mahalln (Schuldort) hukukudur. (bu mesele hakkında bakınız : Oser - Schönerberger, Allg. Einteilung, No. 67 ve sonrakiler, : Widmer, Die Bestimmung des massgeblichen Rechts im IPR p. 98 et sv. bilhassa s. 110 vd. ; Schnitzer, Handbuch des IPR 2. bası cilt 2 s. 513 vd.). Mamafî bu nazariye kabul edilmiş olsa bile netice değişmezdi. Tek taraflı, ivazlı bir akit teşkil eden garanti akdinde bu nazariyenin anladığı manada karakteristik eda, garanti verenin garanti taahhüdüdür ve bu edanın ifa mahalli bu hadisede garanti müteahhidinin ticarî ikametgâhının bulunduğu yer yani Zürich'dir.

4 — İsviçre hukuku hükümlerine tâbi olan garanti beyanı, Banka Ardeleana ile davacı arasında akdedilen bir kredi açma akdi (un contrat d'ouverture de crédit) ile murtabıt bulunmaktadır. Bu davada taraf olanların birbirine uygun beyanlarına nazaran, bu akit ciddî bir surette arzu edilmiş olmayıp gerçekten arzu ettikleri akdi yani İsviçre frankları ile rumen leylerini mübadele etmek hususunda davacı ile VGE arasında ve bu sonuncunun himaye altında akdedilen bir akdi gizlemek için akdedilmiştir. Kanton mahkemesi bu duruma bakarak şu neticeyi çıkarıyor : Bu kredi açma akdi bătıldır çünkü bu akit sadece zevahiri kurtarmak gayesile yapılmıştır. Bu karar FM. yi bağlar, zira Rumanyada bir rumen bankası ile rumen ticarethanesi arasın-

da akdedilen bir akit hiç şüphesiz rumen kanununa göre tabidir ve bu hukukun tatbiki keyfiyeti FM. nin kazaî mürakabesine tâbi değildir. Kantan mahkemesi bununla beraber İsviçre hukukun muvazaaya müteallik kaidelerini (Bak. madde 18) tatbik ediyorsa bunun sebebi, gerçekten kabili tatbik olan yabancı hukuku yerine İsviçre hukukunu tamamlayıcı (supplétif) hukuk sıfatı ile tatbik etmek istemesidir.

Ne taraflar, ne de kanton mahkemesi kredi açma mukavelesinin muvazaa hasebile batıl olması keyfiyetinin, davalı tarafca yapılan murtabit garanti vadinin de butlanın gerektirdiğini iddia etmiş değildir. Bunda isabet vardır. Zira, kefaletin aksine olarak Bk. III. maddesinde yazılı garanti akdi fer'î bir akit değildir; bu itibarla muteber aslî bir akdin (un contrat de base valable) vücudunu tazammun etmez ve esas itibarile üçüncü şahsın edasından müstakil, kendi başına bir taahhüt teşkil eder (FMK. 64 II 350, JdT. 1939 I 171; 53 II 381). Bununla beraber üçüncü şahsın edası, hukuka veya adaba aykırı olmaması lâzımdır. Eğer böyle ise garanti vadi de batıl olur, zira hukuka aykırı bir muamelenin ifa edilmemesi bir zarar ve ziyan davasına esas olmaz. Lâkin İsviçre hukuk telâkkisine göre, burada bahse mevzuu olan ve muvazaalı akde riayet etmeden ve mevhum kredi muamelesine dayanarak iade davasını açmaktan ibaret bulunan üçüncü şahsın edası, ne kanuna ne de âdaba aykırıdır. Üçüncü şahıs tarafından vadedilen bu hareket tarzı, bilâkis, kanunî nizama uygundur, çünkü bu nizama göre muvazaalı muameleler batıldır ve bu muamelelerin icrası talep edilemez ve bu kabil muameleler mucibince verilen şeyler istirdat edilemezler. Duruma tamamen vakıf olduğu halde muvazaa anlaşmasına riayet edileceğini garanti etmek suretile davalı hakikatte şayanı kabul olan (yani câiz olan) bir taahhütte bulunmuştur. Kredi muamelesinin butlanı, tıpkı vadedilen edanın imkânsız oluşu gibi garanti mukavelesi üzerine müessir değildir; halbuki mahkeme içtihadına ve nazariyata göre ifası imkânsız olan bir edayı temin eden garanti akdi tamamile muteberdir (berger mad. III n. 7).

5 — Kanton mahkemesi garanti akdini batıl sayıyor. Çünkü, diyor, bu akit davacı ile VGE arasında, döviz hakkındaki rumen mevzuatının kanuna aykırı saydığı bir İsviçre frangı - rumen leyi mübadelesini mümkün kılmak için akdedilmiştir. Mahkemenin kanaatine göre, yabancı bir devlete ait bir âmme kanunun ihlâli bahis mevzuu olmasına rağmen, bu nakise İsviçre mahkemesi tarafından da nazarı itibare alınmak lâzımdır. Mahkemenin kanaatine göre, ezcümle yabancı kanunun kendisine tabi kimselere tahmil ettiği mecburiyetleri İsviçre kanununun nizamının da kendi tatbik alanında tanıdığı vazifelerin aynıdır ve bu hükümler önemi itibarile İsviçrede dahi nazarı itibare alınmağa lâyıktır, şu halde İsviçre hâkimi bu muamelenin hukuka aykırılığını nazarı itibare almalıdır. Bu mahkemeye göre bu kaideye ait istisnalar ancak şunlardır : Yalnız kendi uyruklarını istihdaf eden veya başka devletlere veya

bunların tab'asına karşı tevcih edilmiş bulunan veya İsviçre kamu düzenine aykırı olan yabancı hukuk kaideleri. Kanton mahkemesine göre bu müsbet veya menfi şartlardan hiç birisi bu hadisede bahis mevzuu olan rumen mevzuatı için kabili tatbik değildir; ne olursa olsun davacı bunun aksini isbat etmiş değildir. Şu halde döviz işinin kanuna aykırı bir mahiyet taşıması, bundan ayrılmaz bir parça olan, davalının garanti akdinin de butlanını intaç eder. Kanton mahkemesi garanti akdinin butlanını, tali derecede şu husus ile izah ediyor: Başka bir devletin kanunî hükümlerini hiyle ile bertaraf etmek isteyen bir akit İsviçre kamu nizamına da aykırıdır.

6 — Kanton mahkemesi döviz mübadelesi mukavelesi ve binnetice garanti akdinin butlanını kabul etmiştir. Halbuki davalı bu son müdafaa vasıtasını ileri sürmemiştir. Mahkeme bu mesele hakkında tarafların iddia ve müdafaalarını ve bu konuya ait fiilî durumu bildirmeleri için fırsat vermemiştir. Bununla beraber mahkemenin bu usulî hatasının, Medeni kanununun 8. maddesinde iddia edilen vakıaların ispat edilmesi hususunda tahmil edilen mükellefiyetin mantıkî bir neticesi olan bir hak olması bakımından tarafların vakıaları dermeyan etmek ve bunları ispat etmek hususundaki hakkı ile kabili telif olup olmadığını araştırmaya hacet yoktur. Bu prensibin muhtemel ihlalin-den menfaati haleldar olan davacı bu cihete itiraz etmediği gibi kanton mahkemesinin garanti akdinin butlanı hakkındaki telakkisi hiç bir veçhile tasvip edilemez.

— Kanton mahkemesi şu ciheti tesbit ve müşahede etmiştir: Davacı ile VGE arasında döviz mübadelesi hususunda akdedilen mukavele döviz hakkında mevzu rumen kanunlarını ihlâl etmiş ve bu itibarla rumen hukukuna göre batıldır; bu müşahede FM. yi bağlar, çünkü yabancı hukukun tefsirine istinat etmektedir. Diğer taraftan, ihtilâfa mahal veren garanti akdinin, münhasıran bu memnu döviz işini gerçekleştirmek için akdedildiği sabittir. Buna mukabil, döviz hakkında mevzu rumen hukukunun ihlalinin BK. 20 maddeye göre hukuka aykırı bir fiil teşkil ettiğini ve bu itibarla İsviçre mahkemesi tarafından da nazarı itibara alınması gerektiğini beyan etmekle mahallî mahkeme yanlış düşünmüştür. Bu maddeye göre, ancak bir isviçre hukuk kaidesini ihlâl eden bir hareket hukuka aykırı olabilir, zira bir memleketin dahilî mevzuatı (hukuk) veya kanuna atıf yaptığı zaman, bundan maksat ancak memleketin kanun ve hukuku olabilir (bak. Frankl - ve şürekâsı - Fina davasında verilen 28 eylül 1937 tarihli gayri münteşir karar). İsviçre hukukuna göre kabul edilen (hukuka aykırılık) mefhumu içine, yabancı bir hukuk kaidesinin ihlalinin de idhal etmek, yabancı kanunu tatbik müncer olur du ki mukavelenin tamamı isviçre hukukuna tabi olduğu zaman tabiatile, bunun imkânsız olması icap eder. Yabancı bir memleket mevzuatının menettiği bir hareket tarzı İsviçrede dahi şayanı takbih olabilir. Lâkin bu hal, bir isviçre hukuk kaidesine vaki bir tecavüzün yokluğunu telâfi edemez.

Şu halde rumen kanununca memnu döviz alış verişine bağlı olması hasebile bizzat garanti akdinde rumen döviz mevzuatını ihlâl edip etmediği key- (FMK. 72. I 278 ve orada verilen eserler, JdT 1947 ı 305 ve Oser - Schönerfiyeti, 20. ci maddeye göre hukuka aykırılık noktasından mühim değildir.

Yabancı hukuku ihlâl eden bir akit İsviçre hâkimi bakımından ahlâka aykırılık hususunda ehemmiyet arzeder. Buradan anlaşılır ki döviz hakkındaki rumen mevzuatının isvçre kamu düzeni ile kabili telif olup olmadığı hususunda kanton mahkemesinin yaptığı münaşakaya asla mahal yoktur. Zira kamu intizamı kaidesi (Vorbehaltsklausel) ileri sürülebilme için haddizatında yabancı hukukun kabili tatbik olması lâzımdır.

8 — Kanton mahkemesi garanti mukavelesinin batıl olduğunu izah için tâli derecede başka bir delile başvurmuş, bu akdin isvçre borçlar kanununun 20. maddesi mucibince âdâba aykırı olduğunu ileri sürmüştür; fakat bu kanaat tetkik edilirse görülür ki şayanı kabul değildir. Bahusus bir akit isvçre telakkisine göre muhteva ve gayesi itibarile yabancı hukukunu ihlal ettiği için ahlâka aykırı sayıldığı zaman, yabancı hukukunun ihlali bu bakımdan isvçre hâkimi için hiç şüphesiz bir dereceye kadar önem kazanır (bak. 29 eylül tarihli karara). Fakat yabancı hukuk kaidelerinden, ihlâli tesiri doğurabilecek olan hukuk kaideleri ancak şu vasfı haiz olanlardır : Bu hukuk kaidelerinin ihlali tecviz edildiği takdirde umumî telâkkiye göre memlekette umumî menfaat için tehlikeli bir ahlâkî mefhumlar kargaşalığı nasıl ve binnetice isvçre kamu nizamı müteessir olabilir. Şu halde normun muhtevasını ve ihlâlinin neticelerini tahdidî şekilde tefsir etmelidir. İhlal edildiği iddia edilen yabancı hukuk kaidesi umumî kanaate göre aslî, hayatî bir önemi haiz bulunan fert ve insan cemiyeti menfaatlerinin himayesine yaramalı ve ahlâkî telâkkiye göre, memlekette akdin muteberiyetini haklı gösteren akit serbestisini tekaddüm etmesi gereken hukukî nimetlerin (biens juridiques) müdafaasını istihdaf etmelidir. Bilfarz uyuşturucu maddeler ve kadın ticareti hakkındaki kanunlarda bu şartlar tahakkuk eder. Lakin döviz hakkındaki mevzuat ve umumiyetle ticaret politikası tetbirleri vazeden mevzuat hakkında aynı şey söylenemez. Bu mevzuat, devletin ve ekonomisinin menfaatini sağlamak için hususî mülkiyete ve ferdin tasarruf ve akit serbestisine halel iras ederler; bunlar geçici devlet ve âmme menfaatlerini sağlamak için durum icabı kabul edilen alelâde himaye tetbirleridir. İlk derece hakimlerinin yaptıkları müşahedeye göre, rumen döviz mevzuatı için de aynı şeyi söylemek icap eder. Bu mevzuat rumen millî bankası yani devlet lehine döviz alış verişi yapmak için bir inhisar ihsas etmiştir. Döviz transteri devletin tasvibine arzedilmek icap etmekte ve bu dövizler hangi sebep ve saikle ferde ait olursa olsun hepsi Millî Bankaya devir edilmek mecburiyeti vardır. Kâğıt para (la monnaie de papier) ancak muayyen bir rayiç ile devir edilebilir, 4000 leyi aşan meblağların harice ihracı ancak hususi bir müsaade ile mümkün olur. Dövizlerin doğrudan doğruya müsaderesine ka-

dar giden bu tetbirler ve ahkâm, hususi eşhasın muktesep haklara ve tasarruf ve akit serbestisine vahim darbeler teşkil etmektedir, fakat bunların takip ettiği iktisadî himaye politik gayesi malûm olduğu için ahlâkî sahada bunları hukukun umumî ve aslî prensiplerine takaddüm etmeleri mümkün değildir.

Vakıa İsviçre de son yıllar içinde zaruret kanunları ile ferdlerin muktesep haklarına ve akit serbestisine tahditler vazetti (devalüsyon, ziraî borçların tasfiyesi: assainissement agricole, serbest altın alış verişinin men'i, beynelmilel takas trafiki hakkında mukaveleler: convention sur le trafic international de compensation). Fakat yabancı memlekette bakıldığı zaman bu tetbirlerden hiç biri bir ahlâk düsturu gibi görünemez ve bu yolda muameleye tabi olamaz. Bu ahkâm tahsis edildikleri gaye itibarile isviçre ülkesi için meridir, ve beynelmilel konvansiyonlar bahis mevzuu olunca âkit devletlerin ülkesi içinde fakat yalnız orada tatbik olunurlar. Şu halde mahallî mahkemenin bu vakiya istinat etmesi isabetsizdir.

Kanun âmme intizamına aykırı olmayabilir ve dolayısıyla isviçre hâkimince nazara alınabilir, fakat bu hal o yabancı kanuna vaki bir ihlâlin isviçre te-lakkisine göre ahlâka aykırı sayılmasını gerektirmez. İşte bu sebepten dolayı, döviz hakkındaki rumen mevzuatının isviçre kamu nizamına aykırı olup olmadığını tetkike hacet yoktur.

9 — Şu halde Rumanyada batıl olan döviz muamelesine, murtabit olmasına rağmen ihtilâf mevzuu garanti mukavelesi kanton mahkemesinin görüşü hilâfına isviçre hukukuna göre muteber sayılmalıdır; şu halde davanın esasına girmek lâzımdır. Kanton mahkemesi, garanti için gerekli ihtimalin tahakkuk edip etmediğini araştırmak ve icabında davacının tazminini talep ettiği zarar miktarını tayin etmek zorundadır. Dosya bu sebepten kendisine iade edilmelidir.

I. Hukuk seksiyonu. — Leuch, Stauffer, Hasler, Leuenberger ve Schö-nenberger. Avukat H. Gross ve F. Schöni.

JdT. nin notu. — Fer'î mahiyeti haiz kefalet akdinden farklı, müstakil bir mahiyeti haiz olan garanti akdi hakkında bakınız JdT 1949 s. 298.