

Ağustos 1929 Sene 3

No 12-36

HUKUKÎ BİLGİLER MECMUASI

Her ayın on beşinde neşrolunur

dede sarahat yoktur. Madenin muadili olan L, K, M 662 inci maddesinin son fıkrası bu hususta şu yolda hüküm vaz ediyor [Toute fois l'inscription n'a lieu que sur l'ordre du juge et si aucune opposition ne s'est produite pendant un délai fixé par sommation officielle, aussi les oppositions ont été écartées.]

Yani Hakim evvela resmi bir ilan yaparak mevzu bahis mal üzerinde kimsenin itirazı olup olmadığını tahkike tevessül edecek, eğer ilanda tespit edilen müddet zarfında bir müddei çıkmaz veya çıkarda itiraz bertaraf edilirse hakim kararı idari halinde emrini verecektir.

M. Atif

Tapu ve Kadastro Umum Müdürü

Federal mahkemesi kararlarından

Nakili: N. Kohen

Memur kefaleti-Memur istihdam edenlerin işe nazaret hususundaki vazifeleri-Vezaifinin temamiyi icrasını temin için bir banka veznedarı tarafından verilen kefalet - Veznedarın hileli muamelatı - Bankanın kefil aleyhinde davası - Tediye-den imtina - Müstahtemi üzerinde istihdam eden tarafından icrası lâzım gelen nezaret ve teftişteki ihmal keyfiyetine kefilin istinat eylemesi - Mezûr sebebin kanton mahkemelerinden ret ve Federel mahkemesince kabul edilmesi:

Borçlar kanunu, Madde 500, fıkra 2 -

1 - Bu maddenin ikinci fıkrasında vazedilen prensip yalnız resmi memurların verdikleri kefalete şamil olmayup, hukuku hususiyeden münbeis bir hizmet münasebetile istihdam edenle bağı olan bütün müstahtemlerin kefaletine de şamildir.

2 - İstihdam edenin müstahtemine karşı ifasına mecbur olduğu nezareti ifa

etmediği zaman vukubulan zarardan mes'ul olduğu gibi, alelade bir ticaret teşkilatının istilzam ettiği ahval ile, kabili telif olmayacak bir şekilde işlerini idare ettiği takdirde husule gelen zarardan da mes'uldur.

3 - Veznedar sıfatını haiz bir memura kefalet eden şahıs, ancak bir veznedarın memuriyetine, örfü adetle avam lisanının çizdiği hudut dahilinde fealliyette bulunduğu müddetçe mes'ul tutulabilir; istihdam eden kimsenin, hakikatte bir idare müdürünün salâhiyeti dahilinde olan işleri bir veznedara tevdi edecek kadar bunun selâhiyetini yasi telekki eylemesi, kefile karşı olan mes'uliyetten tebriesini istilzam etmez.

4 - İşlerinin tedvirini kâfi derecede ehil olmayan kimselere tevdi eden bir banka, ilk evvel bu halin neticesinden mes'uldur; kefil ufak büyük her hangi bir bankadan eyi tanzim edilmiş bir teşkilât, ve uzuvları tarafından gösterilecek asgari bir sürat istemek hakkını haizdir.

Tarafeyn : Bongartner ve Feroenfeld istikraz sandığı 23 teşrini evvel 1928.

A - Müddei, Froenfeld kasabasında Raifeizen usuluna göre bir istikraz sandığı işleten kooperatif bir şirkettir. 23 kânunusani 1922 tarihli dahili nizamnamesi mucibince, işletme sermayesi, şeriklerin hisseyi iştiraklerinden mada karzlarla, mukabilinde tasarruf cüzdanları verilen mevduatla, tahvilât ve ya hesabı cariler ve alelade depo edilen mebaligla teşekkül etmiştir. Şirketin umuru, 10ncu maddeye tevfi kan azası üçten yediye kadar olan bir komiteden ve vezneden, iaret olup, nezaret meclisi, ve heyeti umumiye tarafından idare edilir. 16nci madde işlerin hakiki idaresini komiteye vermekte, ve reis ikinci reis, ve kâtipten iki zatin müşterek imzasile bankanın müteahhit bulunacağını tasrih eylemektedir. Komite, dahili nizamname ahkâmının hüsnü icrasile ve buna nazaretle mükellef, ve muamelâtın hallütesviyesinden, teftiş ve nezaret meclisi ile heyeti umumiye tarafından verilen kararlardan mes'uldür. 17nci maddede şöyle muharrerdir;

Komite, veznedarın reyini aldıktan sonra, bilhassa bütün varidat ve mesarif hakkında karar ittihaz etmek ve karzlara muvafakatini vermek hususatile mükelleftir; aynı zamanda muhasebe ile kasa hesabatını teftiş, her ay nihayetinde kasa mevcudunu tetkik ve mürakabe, ve elde mevcut paranın fazla tenmiye edilmesine

nazaret eyler. Veznedarın vazifesi 19 ve 20nci maddede berveçhi ati tasrih edilmiştir:

Madde 19 - Veznedar heyeti umumiye canibinden iki senelik bir müddet için tayin olunur. Komiteye ve teftişü nazaret meclisine iştirak edemez.

Kendi muamelâtının hüsnü icrasını temin için bir kefalet veya bir rehin ita etmek mecburiyetindedir; vazifesine mukabilde muayyen bir maaş alır.

Madde 20 - Veznedar komitenin kararlarını esas ittihaz ederek, şirketin tahsilâtile mesarifini ifa eyler.

b) - Muhasebe defatirini tutmak ve mevcudu sandık ile kıymetli evrakın muhafazasına nezaret etmek.

c) - Seneyi hesabiye nihayetinde hesabâtı kapamak ve nihayet 1 marta kadar seneyi cariyeenin bilançosile hesabını komiteye takdim etmek, ve bu hesabâtın doğruluğunu, ve mevcut matlup kısmını evrakla ispat etmek.

Muamelâtın tanzimine mahsus 23 kânunusani 1922 tarihli nizamnamede ezcümle şunlar tayin edilmektedir:

Madde 6 - Veznedar tarafından verilecek kefalet miktarı 10000 franktır.

Madde 10 - İpotek ile temin edilmemiş bir karz muamelesinin balığ olacağı azami miktar 2000 frank olup, karz için tayin edilecek müddetlerde azami 10 seneyi tecavüz etmeyecektir. 2000 frankı tecavüz edecek karzlar için da teftiş ve nezaret meclisinin muvafakati lâzımdır.

Tahvilât mukabilinde karzen aldığı mebalığ için, karz sandığı bu gibi tahvilât mukabilinde yapılan istikraz muamelâtında istimal olunan formül üzerine evvelden ihzar edilmiş matbu evrak istimal ediyordu; bu evrakın münderecatı şu mealde idi: Fraunfeld karz sandığı $\frac{9}{100}$... hesabile ve ait olduğu koponin teslimine mukabil beher sene faiz tediye edilmek şartile ... filana ... frank borçlu olup, mezkur meblağ ... tarihinden itibaren ve işbu tahvil senedinin iadesi mukabilinde tediye edilecektir. Bu vereka sandık komitesi namına reis, veznedar ve komite azasından biri tarafından imza olunurdu.

B - Fraunfelte mukim Benedikt Ditelm Sprenger namında biri karz sandığının veznedarı tayin edilmişti. 15 şubat 1922 de müddeialehy Bomgartmer,

diğer iki zatla beraber atıde muharrer kefaletnameyi imza etmişti:

"Zirde vaziiülizma filânlar B. Ditelm Sprengere, veznedar sıfatile tevdi edilmiş ve ya edilecek olan vezâifin hüsnü icrasını temin için Fraunfeld karz sandığına karşı medyun ve kefil müteselsildirler; binaberin Ditelm tarafından vezâifi mevduaya mühalefet vukuunda Sandığa 10 bin franka kadar tazminat tediyelerini deruhte ederler; mes'uliyetleri o suretledir ki sandık asıl medyuna mu-raceat etmezden evvel dahi, onlardan gerek ferden birisinden ve gerekse aynı zamanda cümlesinden tazminatın âzami miktarı olan 10000 frangın tediyelerini talep edebilirler. İşbu teahhüt Ditelmin, sandığın veznedarlığını teahhüt ettiği müddet için makbul ve muteberdir.

Ditelm 28 haziran 1927 senesinde füceten vefat etmiştir. Vefatını müte-akip, defterlerinde yapılan bir tahkikten sandığı 1475,90 franklık bir açık arzettiği görülmüş, ancak bu meblağ 1927 senesinin ilk altı ayı için Ditelme verilmesi lazım gelen ücretin tenzilinden sonra 725,90 franka tenezzül etmiştir. 19 haziran 1928 senesinde Turgovi kantonunun yüksek mahkemesi tarafından verilen bir karardan, Ditelmin tahvillerden bir kısmını iki nüsha olarak ihrac ettiğini ve bunların bir nüshasını hile istimalile para tedarik etmek için kullandığı anlaşılmaktadır. Veznedar tarafından tanzim edilen bazı tahvillerin sıra nümerolarını almadan ve ya aynı nümeroyu haiz muhtelif tahvillerin, sandığın reisi ve kâtibi tarafından imza edildiği görülmüştür. Ditelm ikinci nüshaların nümerusunu mirası meyanında bulunmuş olan, mukallët bir mühür ile vazedyordu. Veznedarın va-zife nekaîsi, yekûn itibarile sandığa 37195,45 franklık bir zarar ıka eylemiş ve bu meblağ veznedarın mirasının iflas masasında beşinci sıradan olmak üzere kaydedilmiştir.

Şnetzer namındaki müteselsil kefil sandık ile uyuşarak 5000 franklık kefalet hissesini vermiştir. Sandık işbu davada müddeialehy olan diğer kefil aleyhinde dava ikame ederek, 5000 frankın tahsilini ve 13 eylul 1927 (Ditelmin terekesi-nin iflâs ettiği gün) tarihinden itibaren $\frac{9}{10}$ 5 faiz yürütülmesini talep eyledi.

Müddeialehy, borçlar kanununun 500 ci maddesinin ikinci fıkrası mucibi-nce, müddeinin veznedar üzerinde ifa etmesi lazım gelen nezaretin ifa etme-

mesi hasebile zararı vakiden mütehasıl mes'uliyetin kendisine raci olduğu beyanile davanın reddini talep eyledi.

Kantonun iki mahkemesi davayı kabul ettiler. Bunlardan yüksek mahkemeye verilen karardan nezaret vazifesinin ifasından, istihtam edenin, müstahteminin ancak hilesinden ve ya ağır bir kusurundan dolayı mes'ul olabileceği kanaatında bulunduğu anlaşılmaktadır. Hadisede ise Raifeizen namı verilen bir sistem üzere bir karz sandığı mevzuubahsolup, müdürleri banka umurunda cüz'i malumat sahibi bulunan zürra ve ya küçük san'atkarlardan müteşekkil olduğu cihetle nazaret hususunda gösterilen kusur kefillerin tebrici zimmetini mucip olacak derecede ağır değildir.

Müddeialeyh bu kararın nakzi için müraceatta bulunarak davanın reddini talep eyledi.

Federal mahkemesi mezkûr talebi birkabul kantonun yüksek mahkemesi tarafından verilen kararı iptal eylemiştir.

Kararın sebepleri Müddeialeyh tarafından ileri sürülen borçlar kanununun 500 nci maddesinin ikinci fıkrasının, yalnız resmî memurların kefaletine ait olmayup bilumum müstahtemlerin kefaletine tealluk ettiğine dair kanton mahkemesinin kabul ettiği kaziyyede isabet mevcuttur; tabiri diğerle maddenin bu fıkrası bilhassa kefalet veren şahıs ile onu istihtam eden arasında hukuku ammeden mütevellit bir münasebet değilde, hadisede olduğu gibi, hukuku şahsiyeye ait bir hizmet münasebetinin mevcut olduğu hallere şamil bulunmaktadır; fıkranın ne metni ve ne de meali bu hususta bir şüphe teylit edecek mahiyette değildir.

Filhakika bu hüküm, kefaletin tarafeyni akideyne hüsnü niyet kaidelerine muvafık bir tarzda olarak hareket etmeleri mecburiyetini tahmil eden bir teahhüt olduğu hakkındaki umumî prensipin bir neticesidir. Bu tarzı telekki İsviçre mehakim içtihadatı ve müelliflerin ara ve mütaleasile teyit edilmektedir. (Muh-telif asara müraceat).

Müelliflerden özerin dahi nazarı dikkate vazettiği Vechile, mevzuubahs maddenin ikinci fıkrası kanunu medeninin ikinci maddesinde muharrer umumî prensipin ciheti tatbikiyesine ait hususî bir haldir, bundan şu netice çıkarki

500 ci maddenin ikinci fıkrası, ifası muktezi nazaretin ifa edilmemesinden dolayı, zarara sebebiyyet verilmesi gibi ahvale teşmil etmekle iktifa edilmeyüp, memur istihdam edenin, alelade bir tüccarın icrayı ticareti esnasında gözetmeğe mecbur olduğu ahval ile kabili telif olmayacak bir şekli surette işlerini fena idare etmesinden dolayı zarar husule gelen hallerde dahi kabul edilmesi lâzım gelen bir hükümdür; zira kefil memur istihdam edenin, icrayı ticareti esnasında aşgarı hatta bir fealiyette bulunmasına intizar eder, ve buna sebepte, esas itibarile kefilin memur tarafından vezaifin hüsnü icrasından, ehliyyetu iktidarından muatep olmamasıdır. Eger böyle bir tüccarın ihmal ve lâkaydisi hasebile, memurun hizmet münasebetinin kendisine tevdi etmediği, ve kefilin evvelden derpiş etmesi imkânı olmayan bir takım selâhiyyetlerle mücehhez olursa, memurun bu yeni fealiyetile tevellüt eden zarardan kefilî mes'ul tutmak hususunda istihdam edenin sebbeden iddiası aktin ruhuna ve hüsnü niyyet kavaidine muhaliftir.

3 — Bu davanın esasını teşkil eden kefaletnamede, vezaifinin hüsnü icrası kefillerle temin olunan Ditelm, veznedar olarak irae edilmiştir. (Binaenaleyh, kefiller Ditelm, veznedar sıfatile haiz olduğu vezaifin hüsnü icrasından mes'ul bulunuyorlardı; daha vasi bir idare fealiyeti sahasında vukubulacak ve hesabın tarzı istimaline, hayatı cariyeinin itiyadatına nazaren bir veznedarın faaliyeti dairesine girmeyen mesâiden mes'ul olamazlardı. Şirketin dahili nizamnamesine tevfikân veznedar vezaifi daha vasi bir tarzı şekilde derpiş edildiği ve veznedarın şirketin idaresile mükellef bir uzuv olduğu ahvalde dahi hal yine böyledir. Hadise de ise ahval bu merkezde değildi; bilakis müddei şirketin nizamnamesinin 19 cu maddesinde veznedarın ne komitenin, ve nede nezaret meclisinin azasından olmayacağı tasrih edilmek suretile, onun vaziyetile, heyeti idarenin vaziyeti arasında bariz bir fark ihtas edilmişti. Bu vezaifin kabili telif olmaması hususunda tespit edilen esbap zahirdir; bu esbap, veznedarı, nazaret tahtına almak ve vezaifini sırf veznenin idaresine hasretmek ihtiyacından münbeistir. (dahili nizamname, madde 20); buna mukabil muamelâtın idaresi münhasiren, gerek heyeti kâmile halinde ve gerekse azasından bazıları (reis, bazı ahvalda ikinci reis, ve kâtip) vasatetile hareket eden komiteye mevdu idi. Müddeinin bizzat

vukubulan izahatından, ve kanton mahkemesinin tesbit ettiği hadisattan, fi'liyatta veznedarın vezneyi heyeti idare azasından imiş gibi idare etmesine müsaade edilmiş, dahili nizamname ile muayyen olan vaziyetile kabili teelif olmayacak bir surette veznenin idaresinde kendisine bir hareket serbestisi verilmiştir.

Zirai mahiyette ufak karz sandıklarında veznedar ile heyeti idare azası vezaifinin ekseriyetle bir şahısta içtima ettiği, ve bu iki vazife arasında sarih bir fark ihtas edilmediği nazarı itibara alınarak baladaki noktai nazarin kabul edilmemesi hususunda bazı mazeretler olsa dahi, ahvalin icap ettirdiği nezaretin Ditelm üzerinde icra edilmediğini müşahade etmek lazımdır. İşte bu husus davanın reddini müstelzimdir. Dahili nizamnamenin 17-ci maddesine tevfi kan varidat ve masarif hususunda karar ittihazını, ve vezne tahvilatı mukabilinde para ahzine selâhiyettar olan komite, bu gibi tahvilatı mütekabil kıymetinin tediyesi mukabilinde ihraç edebilirdi; Komite, ve ya bu tahvilatı ihraca selâhiyettar olan azası, tahvilatın ihraç edildiği her halu zamanda mütekabil kıymetin tediye edilmiş olduğunu tespit etmiş olmaları iktiza ederdi. Bunun için ihraç edilen bu tahvilatın kaydine mahsus bir defter lâzımdı ki bu defter komitenin kararlarını havi bir zabıt defteri, ve ya tanzim edilmiş olan senedatin günü gününe hesabını gösteren bir cetvel şeklinde olabilirdi. İşte böyle bir kontrol iledir ki, tanzim edilmiş olan senedatin mütekabil kıymetinin kasaya girmiş bulunduğu tahakkuk etmiş bulunacaktı. Veznedarın, vezaifini ne suretle icra ettiğini tahkika medar olan bu kontrol, nazaret altına almak lazım gelen memurun bizzat kendisine bu defteri tutmak vazifesi verildiği gün, lâfzi murad bir şekle girmiş bulundu. Muddei tanzim ve teslim edilen tahvilatın veznedar ve heyeti idare azası sıfatını haiz şahıs tarafından tutulan tahvilat defterinde mukayyet olduğunu izah ettikten sonra diyor ki; eğer komite azasından biri kendisinin imza eylemiş olduğu tahvilatın deftere kayıt edilup edilmediğini anlamak istemiş olan veznedar ona miktar ve sıra nûmerusu kayda tevafuk eden senedatı ibraz edebilirdi. Bu izahata mukabil kıymeti sandığa hakikaten yatırılmış ve binaenaleyh, veznedar tarafından deftere kayıt edilmiş olan tahvilat için muhik görülebilir. Fakat ihtilas edilmiş ve deftere geçmemiş olan senedat için itminankar mahiyette görülemez. Şu halde tahvilat defteri bir takım nakaisi ihtiva ediyordu. O

suretle ki veznenye tanzimle mükellef olduğu kontrolün ihtiyacatına tevafuk etme-
yordu. Binaberin müddei, Ditlem üzerinde dahili nizamnamenin ve hususile tücarî
bir husnı idarenin umumî prensiplerinin icap ettirdiği ciddi bir mürakabe ifa ede-
memiştir; eğer bu mürakabe olsaydı Ditlem tahvilât ihracına memur uzuvlardan,
aynı karz muamelesi için iki kişinin imzasını almağa ve bir nüshasını temellüke
cesaret etmezdi.

5- Müddei şirket uzuvlarının bir mes'uliyet istilzam eden tarzı harakâtile, me-
murunun kefiline, amirin göstermeye mecbur olduğu cemilekâr tavrı harakatın kale
alınmadığı bedihi bulunmaktadır; binaenaleyh, alacaklının kefile karşı her hangi
bir hatadan mı, yoksa hile ve ya ağır hatasından mı mes'ul bulunduğunu araştırmaya
mahal yoktur. (bazı asare muracaat) Müddeialehyin kefil sıfatile muddei şirketin
dahili nizamnamesini okuyup okumadığını tahkikata lüzum yoktur. Zira evvela
müddeinin kefile karşı, kendi dahili nizamnamesine riayet etmesi icap ederdi.
Saniyen, müddei dahili nizamnamesi haricinde muamelâtını o suretle tedvir etmeği
itiyat etmişti ki bundan bazı zararların vukuu ihtimalini, arzetmekten hali değildi.
Halbuki hüsnü niyyet kaidelerine tevfikân, mukavelenin ruhu mealinden bu zararların
kefile de tahmil edilebileceği kaziyyesini çıkarmak mümkün değildir. Müddei şirket
uzuvlarının ticarî tarzı hareketi bir sureti, madeletkarânede muhakeme edilmesi, ve
bankanın ufak bir karz sandığından ibaret olup komitesi; bankacılıkta ve tücarî me-
vatte malûmatı hususiyeyi haiz olmayan köylülerden ve küçük sanatkârlardan
ibaret olduğu nazara alınması lâzım geldiğini Kanton mahkemesile beraber kabul
ederiz; ancak ehliyetu kifayetleri noksan uzuvlar intihap eden bir banka işlerinin
mes'uliyeti mevkiini kendisi deruhte eder, ve bunu memurlarının kefilleri üzerine
atamaz; banka ne kadar ufak ve vazi olursa olsun, kefiller ondan eyi tanzim edilmiş
bir teşkilât beklemek hakkını haizdir. Müddeialehyin kefil olarak, teahhütu sebk ettiği
zaman yaziyeti bildiği de iddia edilemez, zira kefaletname, müddei şirketin teessüsünü
müteakip imza edilmişti.

Nakili

Avukât : N. Kohen