

İSVİÇRE BANKALARININ MİRASÇILAR KARŞISINDA SIRLARI ve SORUMLULUKLARI (*)

Yazan: Dr. Maurice AUBERT
Çeviren: Dr. Kevork ACEMOĞLU

GİRİŞ

Banka ile ona varlıklarını tevdi etmiş bulunan müşterisi arasındaki hukukî ilişik, çoğunlukla vedia (saklama) sözleşmesi olarak ortaya çıkar. Banka, saklayan sıfatıyla, onun hesabına sakladığı değerleri ona geri vermek borcundadır. Müşterinin ölümünde, onun mâliki olduğu ve bankaca saklanan varlıklarını geri isteme hakkı mirasçılara geçer. Mirasbırakanın mallarının geçişi, mirasın tasfiyesi çerçevesince yapılmalıdır. Bu prensibin uygulanması bankayı, çok kere, aşağıdakilerini inceleyeceğimiz bazı problemlerle karşı karşıya bırakır:

— Müteveffanın yapmış olduğu işlemlerle ilgili olarak, mirasçılara bunların banka sırrı olduğu itirazı yapılabilir mi?

— Mirasbırakan tarafından yapılan sözleşmeden doğan tasarruflara dayanarak, mirasın genel tasfiyesi dışında bazı varlıkların üçüncü kişilere geçişini sağlayan banka, menfaatleri ihlâl olunan mirasçılara karşı, hangi durumlarda sorumlu tutulabilir?

Birinci Başlık

MİRASÇILARIN HAKKI ve BANKA SIRLARI

Bankaların bağlı buldukları kanunî sır saklama borcu, genel çizgileriyle 8.11.1934 günlü Bankalar ve Tasarruf Sandıkları hak-

(*) Yazının aslı, La semaine juridique'in 1964 yılı cildinde 609 ve sonraki sayfalarda yayınlanmıştır.

kındaki Federal Kanununun 47. maddesi tarafından bir cezaî sorumluluk konusu olarak düzenlenmiştir. Buna göre:

«1. Her kim ki kasden,

a) ...

b) Bir banka organı üyesi, ya da görevlisi, müfettiş ya da müfettiş yardımcısı, banka komisyonu üyesi, sekreterlik memur ya da görevlisi sıfatıyla, kanun ya da mesleği gereğince saklamaya mecbur olduğu bir sırrı açıklar ya da açıklamaya teşebbüs ederse, en çok yirmi bin frank para ya da en çok altı ay hapis cezası ile cezalandırılır. Her iki ceza birlikte de verilebilir.

2. Fail ihmâl ile davranmışsa, ceza en çok on bin frank olabilir.»

a) Mirasçılarının soruşturma hakkı üzerinde çeşitli görüşler :

Mirasçılarının hakkı ve banka sırrı ile ilgili olarak iki görüş savunulabilir. Bunlardan *Capitaine* (Le secret professionnel du banquier en droit suisse et en droit comparé, Atar, Genève, 1936, s. 114 ve 115) tarafından savunulan birincisine göre, mirasbırakanın bütün haklarına halef olan mirasçıları, bu konuda da sınırsız bir soruşturma yetkisi kazanırlar.

Banka teamülleri tarafından onaylanan ikinci görüş ise, banka sırrını mirasbırakanın kişiliği açısından da sağlayabilmek üzere, onlara sadece sınırlı bir soruşturma hakkı tanımaktadır.

b) Mirasçılarının soruşturma hakkı ile ilgili bankacılık teamülleri :

Bankalar genel olarak aşağıdaki kurallara uymaktadırlar:

Bütün tasdik edilmiş mirasçılar ve bunlar gibi vasiyeti tenfiz memuru da, bilgi edinme hakkına sahiptirler. Buna karşılık, muayyen mal vasiyetlisi (musaleh) mirasçılara karşı sadece şahsî bir dâve hakkı ile teçhiz edilmiş bulunduğundan (İsv. MK. 562) bilgi edinme hakkına sahip değildir.

Bankaların vermek zorunda oldukları bilgilerin çevresi ise, mirasın, mirasbırakanın ölümü günündeki durum ile sınırlıdır. Bununla birlikte mirasçılar ve vasiyeti tenfiz memuru, müteveffa tarafından kontrol edilmiş buldukları ispat edilmemiş işlemleri tahkik etmeye yetkilidirler. Gerçekten, onlar mirasın imzaladığı son hesabı

teyid vesikasına kadar hesap ve senetlerin durumu hakkında bilgi edinebilirler. Bunların dışında kalan bilgiler konusunda ise, bankalar genel olarak meslek sırrı gerekçesi ile, kendilerini bilgi vermekte haklı saymaktadırlar. Bu prensipler doktrinin çoğunluğu tarafından da paylaşılmaktadır (*Delachaux, Le secret professionnel du banquier en droit suisse, Seiker et Fils, Neuchâtel 1939, sh. 62; Jann, Das Bankgeheimnis im schweizerischen Recht, sh. 113 is.; Schaeffer, Le secret bancaire, Imprimerie commerciale, Genève 1945 sh. 22*).

c) Mahkeme içtihatlarının mirasçılarının soruşturma hakkı konusundaki eğilimleri :

Bern Kantonu üst mahkemesi, 15 Eylül 1938 günlü bir kararında aşağıdaki soruları çözmüştür (Sem. Jud. 1939, sh. 402 is.).

— Bern Usul Kanununun 246. maddesinin öngördüğü üzere, «Bir tanık, görevi, mesleği ve bağlı bulunduğu hizmet sebebiyle kendisine tevdi edilmiş bulunan sırları açıklamaktan kaçınabilir. Bu kaçınma hakkı, tanık saklı tutma borcundan kurtulduğu anda sona erer.». Bankalar ve tasarruf sandıkları hakkındaki kanunun 47. maddesi tarafından konmuş bulunan sır saklama zorunluluğu karşısında bankacı, Bern Kanununun yukarıda anılan maddesi gereğince tanıklıkta bulunmayı reddetme hakkına sahiptir.

— Ancak Bern Usul Kanununun 246. maddesi gereğince tanık bir sır saklama borcundan kurtulabilir. Bankanın müşterisi ölürse, bu sır saklamadan mirasçılar yararlanacaktır.

— Bununla birlikte, Bern mahkemesi, mirasçılarının hakkının ancak müteveffanın ölüm günündeki durumun öğrenilmesinden ibaret olduğunu kabul etmektedir. Mirasbırakanın banka ile olan ilişkileri ise, sır alanına (Geheimsphere) girmektedir ve bu yüzden banka sır saklama borcuna dayanarak bunları açıklamaktan kaçınabilir.

Burada, Bern üst mahkemesinin, aynı mesele karşısında diğer kantonlarda uygulanan ve tanıklıktan kaçınma hakkını reddeden usul kanunlarına uygun bir çözüme varması durumunda ne olacağı sorulabilir. Bizce Bern Kanton Mahkemesi bankacıların sır saklama borçlarını bertaraf edebileceklerini kabul ederse durum, bir usul kanununun istisnasız bütün bankacılara sırlarını açıklamak mükellefiyetini yüklemesi ile aynı anlamı taşır. Yani, meslekî sır alanı ile

ölüm günündeki banka durumunu öğrenme hakkı arasındaki ayırım, Bern Usul Kanununun hükümlerinden bağımsız olarak düşünülmemelidir. Bu ayırımın temeli bir yandan Bankalar ve Tasarruf Sandıkları hakkındaki kanunun koyduğu, kanunî sır saklama borcu, diğer yandan mirasçılarının meşru çıkarlarının gözönünde bulundurulmasıdır. Tanıklıktan kaçınma hakkı vermeyen bir usul kanunu çerçevesi içinde de bu ayırımı bir uygulama alanı bulunabilir. Bu konuda Genève savcılığının 18 Ekim 1944 ve 15 Ağustos 1945 günlü (yayınlanmamış) iki genelgesinin, mirasçının hakkını bu anlamda, mirasbırakanın ölüm günündeki durum hakkında bilgi edinme anlamında, kullanmış olması, ilgi çekicidir.

Mâlî bir hile yüzünden mirasbırakana karşı dâva yolunun açık bulunduğu özel durumlar saklıdır. Banka, hazinenin isteğini yerine getirmek için, zamanaşımı süresi içinde, gereken evrakı mirasçılara tevdi etmek borcundadır (ATF. 74 I 485).

Bu problemi arada bir ele alan Federal Mahkeme (ATF 82 II 566 - 7, müt. 7) henüz onu kesin bir biçimde çözmüş değildir. Ancak yeni bir kararı ile (Bassecourt Tasarruf sandığı - Choffat dâvası, 19 mart 1963, Sem. Jud. 1963, sh. 564, müt. 6), meseleye önemli açıklıklar getirmiştir. Bura göre, «Mirasbırakanın mallarını saklayan banka, müvekkiline karşı borçlu bulunduğu sır saklama mükellefiyetini ileri sürerek, mirasçılarını tanımamazlık edemez. Banka sırrı üzerindeki haklar, sonuçta mirasçılara geçer. Mirasçılardan herbirinin müteveffanın malvarlığı ile ilgili herşey hakkında tam olarak bilgi edinme hakkı vardır. Bu bilgiler, haklarını ileri sürebilmek için onun bakımından gereklidir. Müteveffanın bankacısına tevdi ettiği ve açıkça mirasçılara karşı bile sır olarak saklanmasını emrettiği konuların münhasıran kişiye bağlı olması niteliği mes'elesi de, henüz çözülmeyen kalabilir.»

Bu gerekçenin ışığında, (b) altında incelenen teamüllerle, en yeni mahkeme içtihatlarının birbirine uygun düşüp düşmediği sorulabilir.

İki nokta incelenecektir:

— Kendi haklarını tam olarak ileri sürebilmek üzere, mirasçılarının tam olarak bilgi edinme hakkının çevresi.

-- Mirasbırakanın kişiliğine sıkı surette bağlı olma niteliğinden çıkan banka sırrı itirazı.

d) Kendi haklarını ileri sürebilmek üzere mirasçılarının tam olarak bilgi edinme hakkının çevresi :

Bankalar ve Tasarruf Sandıkları hakkındaki kanununun 47. maddesinin 1. fıkrasının b) bendi, aslında, İsv. MK. 28 tarafından tanıyan, kişiliğin korunması genel prensibinin özel bir durumuna cezaî bir müeyyide uygulamaktadır. Bu prensip açısından bankanın müşterisinin sırlarını onun mirasçılara nakletmeme konusunda bir borcunun bulunması, haklı görünmektedir. Sağ bulunduğu sürece bir kimseye, üçüncü kişiler bilgi edinmeksizin hareket etme özgürlüğünü tanıdığımız halde, bu hakkın ölüm ile düşeceğini kabul etmek, sonuç olarak kişiliğin korunmasında büyük bir gedik açacaktır. Gerçekten bu koruma, onun ölümünden sonra hatıralarını da kavramalıdır. Bu, çok kere mirasçılarının sağ kalan eş, ya da en yakın hısımlardan ibaret olduğu için böyle olmalıdır. Çünkü, mirasbırakanın bazı tasarrufların ortaya çıkması, onların mirasbırakan hakkındaki hatıralarının ağır bir şekilde bozulmasına yol açabilir. Ayrıca, kişilik hakkının mirasçılara ilgilendirdiği bahanesiyle, mirastan sonra devamını tanımamak ahlâken de pek tatmin edici görünmemektedir. Kanaatimizce, bankanın mirasçılara bilgi verme borcu, onların miras üzerindeki hakları ile sınırlandırılmalıdır.

Kanun, mansup ve kanunî mirasçılar arasında bir ayırım yapmaktadır. Mansup mirasçılar miras mukavelesi ya da vasiyetname ile tâyin edilmişlerdir. Kanunî mirasçılarının mahfuz hissesi var ya da yoktur. Kanunun bu değişik kategori mirasçılarını tanzimindeki farklar gereğince bunları ayrı ayrı incelemek gerekir.

I. Mansup mirasçılar :

Mansup mirasçılar, ancak mirasbırakanın lehlerine yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf uyarınca tereke üzerinde bir hak kazanırlar.

1) Miras mukavelesi ile nasbedilmiş mirasçılar :

Bir miras mukavelesi bulunduğu bundan yararlananlar, İsv. MK. 494 gereğince, bu mukaveleden doğan borçlarla bağdaşmayan

bütün ölüme bağlı tasarruf ve bağışlamalara itiraz edebilirler. Bu yüzden kanaatimizce, terekenin durumu miras mukavelesinin tasarruflarını karşılamaya yeterli olmadığı hallerde, mirasçılar haklarını temin edebilmek için, mukavelenin yapıldığı güne kadar, bilgi edinmeye yetkili sayılmalıdırlar. Bununla birlikte bu hak onlara, ancak müteveffanın bankada soruşturma konusu olan varlıklar hakkında miras sözleşmesine uymadığını ispat edebilmeleri durumunda tanınabilecektir.

2) Vasiyetname ile nasbedilmiş mirasçılar :

Yazılı ya da resmî olsun, vasiyetname ile tâyin edilen mirasçılara gelince, bunların hakkı, terekenin, tasarrufu yapanın ölümündeki durumu ile sınırlandırılmıştır (İsv. MK. 560/3). Terekenin durumu vasiyetnamenin tasarruflarını karşılamaya yeterli olmadığına, bunlar, lehlerine yapılmış tasarrufu icra ettirmek üzere hiçbir hak kazanamazlar. Çünkü müteveffa, malları üzerinde serbestçe tasarruf etme hakkını saklı tutmuş bulunmaktadır. Bunlar hakkında, (b) başlığı altında zikredilen banka teamülleri, haklarını tam olarak ileri sürebilmelerini sağlayacak ölçüde bilgi verilmesini kabul ettiğine göre, yeni içtihada rağmen daha fazla bilgi verilmesinin yersiz olduğunu sanıyoruz. Onlar bu durumda ancak terekenin açılmasından önce terekeden çıkmış ve terekeye geri verilmesi gerekli varlıkların bulunduğu konusunda bir delil başlangıcına sahip iseler daha çok bilgi elde edebilirler. Örneğin, mirasçılar müteveffanın bir ödünç verdiğini gösteren bir mektubunu bulmuşlardır. Bunun gibi, mirasbırakanın, ölümünden biraz önce, kim olduğunu bilmedikleri bir alıcıyla satım sözleşmesi yaptığını biliyorlarsa, bankadan böyle bir ödemenin yapılıp yapılmadığını da sorabilirler.

Müşterinin, çok rastlanıldığı gibi, hesabı teyid vesikasını alma haberini bankaya ulaştırmaması durumu, bize aşağıdaki düşünceleri telkin eder. Böyle bir durumda, mirasçılar, bankanın usulsüzlüğü karinesini ileri süremedikçe, onlara murisin ölümünden önceki onyıllık zaman aşımı süresi bakımından bir kontrol hakkı tanımak kanaatimizce, içtihatlar tarafından konulmuş prensiplerin çok aşılması sonucunu doğuracaktır. Onların kontrol yetkisinin sadece yollanan son teyid vesikasınca açıklanamıyan ve özellikle müşterinin, sağlık durumu ya da orada bulunmaması yüzünden hesabını tahkik durumunda olmadığı devreye inhisâr etmesi daha normal olacaktır.

Bundan başka, bir hesabın altına, belirli bir süre içinde müşteri aksini bildirmediğiçe hesabın tasdik edilmiş sayılacağı yolunda verilen şerhin muteberiyeti mes'elesini de incelemek gerekir. Sanıyoruz ki, banka, özellikle eski mektuplaşmalara, hesaba yapılan atıflara ve neticelendirici vakıalara, ziyareti sırasında verdiği borsa emirlerine dayanarak, müşterinin hesabı bildiğini ve itiraz etmediğini ispat edebilirse, zımnî bir tasdikin vailiğini kabul gerekir. Böyle bir şerh, artık mirasçılarının soruşturmalarını sınırlamak bakımından kesin olabilir.

II. Kanunî Mirasçılar :

Kanunî mirasçılar şunlardır:

— Hısımlar, yani mirasbırakanın fûruğu, ilerideki kuşakların yokluğunda ana ve baba, bunların yokluğunda ise büyükana ve büyükbaba; yukarıda belirtilen üstsoyun mirasbırakandan daha önce ölmeleri durumunda, onların fûruğu; bütün bunların yokluğunda büyük ana ve babaların ana ve babalarının bir intifa hakkı vardır ve bu, müteveffadan önce ölmeleri halinde onun büyük amca, dayı, hala ve teyzelerine geçer;

— Sağ kalan eş;

— Evlâdedinilmiş çocuklar;

— Mirasçılarının yokluğunda müteveffanın kanton ya da komünü.

Kanunî mirasçılardan şunların mahfuz hissesi vardır: fûruğun, ana ve babanın kardeşlerin ve bunlar gibi sağ kalan eşin (İsv. MK. 471). Bununla birlikte kantonlar, kardeşlerin mahfuz hissesini yasaklamaya ya da kendi yargı çevrelerine giren miraslar bakımından, bunların fûruğuna da yaymaya yetkilidirler (İsv. MK. 472).

1) Mahfuz hissesi olmayan kanunî mirasçılar :

Mahfuz hissesi olmayan kanunî mirasçılar, mirasbırakanın onları bertaraf etmek için bir ölüme bağlı tasarruf yapmamış olması şartıyla, tereke üzerinde, kendi haklarını düzenleyen intikal kaideleri gereğince miras hakkı kazanırlar. Kanun, burada müteveffanın son iradelerinin bulunmaması durumunu düzenlemekten başka bir şey yapmamıştır. Onların *ab intestat* miras üzerindeki hakları, vasiyetname ile tâyin edilen mirasçılarınınkinin aynıdır. Yukarıda açık-

lanan banka sırrına ilişkin prensipler, bu kategori mirasçılar için de kıyas yolu ile uygulanabilirler.

2) Mahfuz hisseli mirasçılar :

Mahfuz hisseli mirasçılar, özel yerleri sebebi ile, bazı durumlarda mansup ve mahfuz hissesi olmayan kanunî mirasçılardan daha fazla bilgi edinmek hakkına sahiptirler. Gerçekten, mahfuz hisselerinin ihlâl edildiği durumlarda bir tenkis davası açabilirler. İsv. MK. 527 gereğince, şunlar tenkise konu olur:

— Sağlar arasında miras hissesine mahsuben yapılan kazandırmalar.

— Örf ve âdetin gerekleri dışında, üçüncü kişilere mirasbırakanın ölümünden 5 yıl önceye kadar yapılan bağışlar.

— Mirasbırakan tarafından, açıkça mahfuz hisseye ilişkin kuralların bertarafı maksadıyla yapılan temlikler.

Mirasbırakanın üçüncü kişilere önemli bir takım bağışlamalar yaptığını hesaplayan mahfuz hisseli mirasçılar, haklarını ileri sürebilmek için, ölümünden önceki 5 yıl boyunca onun mallarının durumu hakkında bilgi edinme yetkisine sahip olmalıdırlar. Buna karşılık, öbür kazandırmaların tenkisi bir süreye bağlı tutulmuş olmalarından, bunlar hakkında soruşturma nazarî olarak sınırlandırılmamış bir zaman parçası için yapılmak gerekir. Uygulamada, banka, defterlerini ve muhaberatını daha uzun bir süre saklamak zorunda olmadığından, (İsv. BK. 962) müşterinin ölümünden önceki on yıldan daha fazlası hakkında bilgi vermekle mükellef tutulamaz.

Bununla birlikte, mahfuz hisseli mirasçıların tenkis dâvası açmalarının zorunlu sonucunun, onlara müteveffanın bütün hesapları hakkında sınırsız olarak bilgi edinme yetkisini vermek olacağını sanmıyoruz. Gerçi Federal Mahkeme banka sırrı üzerindeki hakkın mirasçılara geçeceğini kabul etmektedir (Bassecourt Tasarruf Sandığı - Choffat dâvası, 19.3.1963, Sem. Jud. 1963 sh. 564, müt 6). Burada söz konusu olan mahfuz hisseli mirasçılardır. Ancak bunlar sadece belli bir maksatla haklarını gereği gibi ileri sürebilmek için müteveffanın malvarlığı hakkında bilgi edinme hakkını kazanırlar. Kanaatimizce yürürlükteki banka teamülleri, mahfuz hisseli mirasçılar için bile, müteveffanın malvarlığı hakkında yeterince bilgi edinmeye elverişli sayılmalıdırlar. Mahfuz hisseli mirasçılık sıfatı, tek başına, banka tarafından saklanan müteveffaya ilişkin evrakın, sınırsız ola-

rak tetkik yetkisi verilmesi için yeterli bir sebep değildir. Ancak, imtiyazlı mirasçı durumları, onlara bir tenkis dâvası açma yetkisi verdiği anda, böyle bir dâvayı gereği gibi açabilmeleri konusunda karar verebilmelerini sağlamak üzere gerekli bilgileri elde etmek te haklı olduklarının kabul edilmesi bize doğru gözükmektedir. Buna göre banka, paralar ve senetler hakkında imza edilen ya da sonuçlandırıcı vakıalarla kabul edilen son hesaba kadar bilgi vermek borcundadır. Bununla birlikte, bankanın her halde mirasçıların haklarının ihlâli ile doğrudan doğruya ilgili bulunanların dışındaki soruları cevaplandırması gerekli değildir.

e) Miras bırakanın kişiliğine sıkı surette bağlı olma vasfından çıkan banka sırrı itirazı :

Federal Mahkeme, mirasçılara karşı, mirasbırakanın kişiliğine sıkı surette hakları sebebiyle banka sırrları itirazı hakkında henüz bir vaziyet almış değildir. Bassecourt Tasarruf Sandığı - Choffat dâvasında bu mes'ele ortaya çıkmamış bulunduğundan, bunda şaşılacak bir şey yoktur. Besbellidir ki, duruma göre, mirasçıların haklarından yoksun kılınmadıklarına kanaat getirme hakları ile müteveffanın samimî bir saikle yapmış bulunduğu hukukî tasarrufların gizli kalması konusundaki iradesi çatışabilir. Bu iki prensip arasındaki zıtlasma, bizce mirasçılar karşısında banka sırrı kavramının bertaraf edilmesi konusunda yeterli bir sebep sayılamaz.

Müşteri ile bankayı birbirine bağlayan hukukî ilişkilerin mahiyetini gözden kaçırmamak gerekir. Gerçekten bu sonucusu sadece bir saklayan değildir; zira senetlerin saklanması, İsv. BK. 394 is. gereğince ondan doğan işlerin de görülmesi konusunda (vâdesi gelmiş kuponların ayrılması ve tahsili, tirajın kontrolü, gerekli kuponların tahsili gibi) bir vekillik ilişkisini de birlikte getirir (ATF 63 II 242). Müşteri bankacısına çok kere başka vekillikler de, örneğin mallarını idare etmek, ya da kendisine danışmadan senetlerin alım satımına karar vermek gibi, tevdi eder. Müşterinin aralarında mevcut güven sebebiyle bankacısından, kendi ölümünden sonra da, kişiliğine sıkı surette bağlı tasarrufları üzerindeki sırrlarını saklamasını isteyebilmesi tabiidir. Örneğin bir müşterinin banka vasıtası ile bir metrese bağışlamada bulunması, tanınmamış bir nesebi sahih olmayan çocuğuna bir nafaka tesis etmesi, ya da gizlice çocuklarından birini öbürlerinden daha iyi bir duruma getirmek istemesi söz konusu

olabilir. Bunun gibi durumlarda banka bir vekillikle yüklü olduğundan, müşterisine karşı bunun iyi ve sadık bir şekilde uygulanmasından sorumludur. Öyle olunca, böyle bir vekillik, özel mahiyeti gereğince, müvekkilin ölümü ile son bulmaz (İsv. BK. 403) ve bankacının mutlak sır saklama borcu, müşterisinin mirasçılara karşı da devam eder. Meslek sırrı kavramına bir de sözleşmeden doğan borç eklenir. Ayrıca, müteveffanın açıkça sır olarak saklanmasını istediği ve onun kişiliğine sıkı surette bağlı konuları açıklayan bankacının bir suç işlediği ve meslek sırrını ihlâlden ötürü sorumlu tutulmak gerektiği kabul olunmalıdır. Bu görüş, mirasçılarının tam olarak bilgi edinme hakkı ile nasıl uzlaştırılabilir? Mirasçılarının haklarının genel olarak banka sırrı kavramını kısıtlama sonucun doğurdukları doğrudur. Ancak, müşteri sırrın saklanmasını açıkça istemiş bulunduğu anda bankacının bu görevini çiğnemesi, özel bir ağırlık kazanır. Bundan dolayı yükümlü bulunduğu özel vekâlet sebeble bankacı, mahfuz hisseler dışında bütün mirasçılara karşı, meslek sırrı kavramının arkasına sığınarak benzer durumlarda mirasçılara bilgi vermekten kaçınmalıdır. Bununla birlikte, gerçekten bankaya düşen özel sır saklama borcu, mirasçılarının mahfuz hisse konusundaki haklarının ihlâli sonucunu doğuramaz. Ancak, banka sırrı, yalnız açılmış bir dâva söz konusu olduğu takdirde bertaraf edilebilir. Bunun sonucu olarak da bankanın cevap vermeden önce, kaideten bütün miras durumu üzerinde kesinlikle bilgi edinmesi gerekir. Oysa bu konuda kanunî bir borç tanımadığından banka bilgi edinmeyi istese bile, çoğu durumlarda, karar vermek için gerekli bütün unsurlardan yararlanamaz. Bundan dolayı bankanın mahfuz hisseli mirasçılara bilgi vermeyi red ya da kabul edeceği aşağıdaki hipotezlerin incelenmesinin çok teorik bir mahiyet arzettiğinin farkındayız.

I. Tasarruflar mahfuz hisseyi aşmamaktadırlar :

Bankanın, üçüncü kişilere ya da bazı mahfuz hisseli mirasçılara yapılmış tasarrufların, bunlar önemli bile olsalar, mahfuz hisseyi aşıp aşmadıklarını tesbit edebilmesi gerekecektir. Bunun için de mahfuz hisseli mirasçılara cevap vermeden önce, miras hesaplarının tümünü öğrenmeye çalışması lâzımdır. Önemli bir bölümü değer biçilmesi kolay mallardan ibaret olan basit miraslarda, borsada belli fiyatı olan senetlerin söz konusu bulunması durumunda olduğu

gibi, banka, tasarrufların hissedilir ölçüde tasarruf nisabından az olduğunu tesbit etmişse, kendisine tevdi edilen sırrı saklamak zorundadır. Buna karşılık, değerlendirilmesi esas olarak tesbitlere bağlı varlıklardan, örneğin gayrimenkullerden, sınırlı bir takım kişilerden kurulu olduğu için değerini tesbit edecek uzlaşmalara konu teşkil edemiyen bir işletme hissesinden, san'at koleksiyonlarından mürekkep miraslarda durum çok daha zordur. Bu gibi hallerde, tasarruflar nisabın çok küçük bir kısmına ilişkin olmadıkça, bankanın gereken bilgileri vermesi gerekir.

II. Tasarrufların tasarruf nisabını aşmış bulunmaları mümkündür; fakat üçüncü kişiler yararına, miras bırakanın ölümünden beş yıldan daha önce gerçekleştirilmişlerdir :

Prensip olarak, banka onların mahfuz hisseyi aştığını tahmin etse bile, bu tasarrufların açıklanmaması gerekir. Çünkü, İsv. MK. 527'ye göre, bunlar tenkise tâbi değillerdir. Bununla birlikte, bu tasarrufların mahfuz hisse kurallarını bertaraf etmek niyetiyle yapılmış olabileceği muhtemel görünüyorsa, banka bilgi vermeyi reddedemeyecektir.

III. Tasarrufların tasarruf nisabını aşmış bulunmaları mümkündür ve gerek üçüncü kişiler ve gerekse mahfuz hisseli mirasçılar yararına miras bırakanın ölümünden 5 yıldan daha az bir süre önce gerçekleştirilmişlerdir :

Banka iki durumda mirasbırakanın açık tâlimatına rağmen, hakkı çiğnenmiş olabilecek bir mahfuz hisseli mirasçının talebi karşısında, meslek sırrının arkasına sığınamaz. Bununla birlikte çok kere, gerçekte mirasçının hakları çiğnenmiş, mahfuz hisse de aşılmamış olduğundan, bankanın boş yer sırrını açıklamış olması üzüntü yaratacaktır. Şüpheli durumlarda, bankanın mirasçılara bilgi vermeyi reddi ve buna karşılık hem kendisinin hem de mirasçıların güvendiği bir ikisinin ya da fidüsyer şirketin incelemesini kabul etmesi, bize yerinde görünmektedir. Revizyon sendikaları ile banka tarafından revizyon kurumları olarak kabul edilmiş bulunan fidüsyer şirketler, bu iş için uygundur. Mahfuz hisseleri bağışlama-

larla aşılmış mirasçılara bunlardan yararlanan kimselerin adı ve diğer izahat verilmeyecektir. Bankaların telkin edeceği bu çözüm, bununla birlikte ancak mirasçılarının kabulüyle uygulanabilecek, fakat kanunî bir dayanaktan yoksun bulunduğu için normal mahkemeler bunu açıkça kabul edemeyeceklerdir.

Bu konuda belirtmek gerekir ki revizyon kurumları, araştırmaları sırasında yapacakları tesbitleri, ilgili bankanın yetkili organları ve komisyonu dışında, herkese karşı sır olarak saklamak zorundadırlar (Banka ve Tasarruf Sandıkları Kanununun, Madde 20/5). Banka ve Tasarruf Sandıkları kanununun yukarıda belirtilen düşünceye dayanan hükmü karşısında, revizyon kurumlarının bankacının meslek sırrı ile, mirasçılarının bilgi edinme hakkı arasında bir çatışma bulunduğu, bir incelemeyi gerçekleştirmelerinin maslahata uygun düşüp düşmeyeceği sorulabilir. Revizyon kurumu, mirasbırakanın hesaplarını inceledikten sonra, mirasçılara açıklamaya yapmaya ancak bu onlara faydalı olacak ve haklarını değerlendirmeye yarayacaksa karar verecektir. Bunun dışındaki durumlarda, sır saklanacaktır.

Bugünkü mevzuat ve içtihadın durumu karşısında, bizce, I, II, III'te belirtilen kirterler, bir yandan bankacının müşterisinin kişiliğine bağlı haklarını açıklayacak ölçüde gösterdiği güvene hukuken kabul edilir sınırlara kadar ihanet etmemesini, öbür yandan da mirasçılarının banka sırrı itirazı ile karşılaşmıyacak biçimde etkili olarak haklarını sağlayacaktır. Aynı zamanda Federal Mahkemenin, mirasçılar karşısında banka sırrı itirazının genel bir biçimde bertaraf etmeyi kararlaştırmamasını da temenni etmekteyiz. Bununla birlikte böyle bir içtihadın sahip olacağı önem hakkında da fazla hayale kapılmamak gerekir. Gerçekten, Federal Mahkemenin bankaların meslek sırrını bütün durumlarda bertaraf etmediği kararlaştırdığını kabul edersek, bankacılar müşterilerinin gizli kalması gereken işlemler hakkındaki sır saklama vekâletini reddetmek zorunda kalacaklardır. Birçok durumlarda bunun sonucu, müşterinin, mirasçılarının bu gibi işlemleri öğrenmemelerinden emin olmak için, bu konuda bankacısına tâlimat vereceği yerde, kasadan senet ve nakitleri çekerek, bu işlemi bizzat yapması ve bu surette ne mektuplaşmalarda ne de hesap sonuçlarında görünmeyen bir bağışlama yapması olacaktır. Medenî haklardan istifade ehliyetine sahip olan herkese sağlığında malları üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunma hakkı tanındığına göre, mirasçılarında gizli işlemler yapma isteği,

mirasçılar tarafından kınanamaz. Şu halde, bankacı tamamiyle bertaraf edileceğine, onun meslek sırrına sınırlı da olsa bir çevre tanımanın tercihe şâyan olduğunu sanıyoruz. Çünkü bankacıyı tamamiyle bertaraf etmekle, ölümlerinden sonra, bazı işlemlerinin bilinmemesini sağlamak isteyen kimseleri, aynı sonuca varmak için başka vasıtalar aramaya itmiş oluyoruz.

İkinci Başlık

BANKA SIRRI ve MİRASÇILARIN MAHFUZ HİSSELERİ ile İLGİLİ DEVLETLER HUSUSİ HUKUKU KAİDELERİ

Mahfuz hissenin, bankacıların banka sırrı itirazları konusundaki önemini yukarıda gösterdik. Birinci başlıkta izah edilen prensipler, genel olarak sadece İsviçre Hukukuna tâbi bulunan miras intikallerini ilgilendirmektedir. Başka bir hukuk tarafından düzenlenen bir intikal, bundan dolayı durumda bir değişiklik yaratacak mıdır? Mes'ele ne mahkemeler tarafından çözülmüş, ne de doktrincede incelenmiştir. Bununla birlikte, iç hukukta Federal Mahkeme banka sırrının mirasçılar hakları ile çelişmeyeceği prensibini koymuş olduğundan, intikali düzenleyen, bir yabancı kanun olsa bile bu prensibin uygulanması bize gerekli görünmektedir.

Buna göre, banka sırrını mirasçılara karşı kapsam ve uygulanmasını tesbit etmek için herşeyden önce mirasçılar, intikali düzenleyen kanuna göre bir mahfuz hisseli mirasçı sıfatından yararlanıp yararlanmadıklarını incelemek gerekir. Dolayısıyla banka sırrının çevresi, başka ülkelerin mevzuatının mahfuz hisse hakkındaki hükümlerine bağlı bulunacaktır. Bununla birlikte, yabancı hukuklar sadece mirasçılar bakımından gözönünde tutulacak, banka sırrının her türlü yabancı devlet müdahalesine karşı korunması yolundaki temel kaideden hiçbirşey değişmeyecektir.

Yabancı kanununun uygulanması şu sonuçları verecektir: Örneğin İsviçre hukukunun üçüncü kişilere mirasbırakanın ölümünden beş yıl önce yapılan bağışlamaların tenkis edilemeyeceğini öngören hükmü sebebiyle bu gibi bağışlamaların mahfuz hisseli mirasçılara açıklanmamaları gerektiğini ileri sürmüştük. Bu prensip, Fransız Hukukuna tâbi bir miras söz konusu olduğunda temelsiz kalacaktır. Gerçekten, Frs. MK'nun 920. maddesi, mahfuz hisseyi aşan

tasarrufların tenkis edileceğini belirtmiş ve Fransız Hukuku zaman bakımından bir sınır öngörmemiştir. Buna karşılık, uygulanacak hukukun mahfuz hisseyi tanımadığı durumlarda, sağ kalan eş ve çocuklar, mahfuz hisseli olmayan mirasçılar gibi muamele görecektir. Bu yolu tâkip eden banka, ihtilaflı durumlarda, banka sırrının çevresini tesbit için intikali düzenleyen hukuku gözönünde tutacaktır. Bundan dolayı, İsviçrede uygulanabilecek devletler hususî hukuku kaidelerini burada hatırlatmakta fayda vardır.

İsviçre, birçok başka ülkeler gibi, temel kaide olarak mirasın intikalinin murisin son ikametgâhı kanununa tâbi bulunduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte İsviçrede ikamet eden yabancı, mirasını kendi ülkesinin kanununa tâbi kılabilir. Ancak bu iki devletin hukukları arasında seçim yetkisi, milletlerarası anlaşmalar ile bertaraf edilmiştir.

Kanunî hükümlerin farklılıkları yüzünden, uygulanacak hukukun tesbiti son derece önemlidir. Örneğin, İngiliz ve Amerikan Hukukları mahfuz hisse tanımamakta, buna karşılık Fransız hukuku ise, sadece mirasbırakanın üç ya da daha çok çocuk bırakması durumunda 1/4'lük bir tasarruf nisabı kabul etmektedir. Fransız ve Hollanda Hukuklarına göre, sağ kalan eşin mahfuz hissesi yoktur. İsviçre Kanunkoyucusu ise, tek kanunî mirasçı olması halinde ona terekenin yarısını sağlamakla sağ kalan eşi imtiyazlı bir duruma getirmiştir.

Devletler Hususî Hukuku kaidelerinin hatırlanması ve pozitif hukukla ilgili birkaç örnek, İsviçrede bile ikamet etseler, yabancılar bakımından mahfuz hisse konusunda özel bir incelemenin gerekliliğini ispat etmektedir. Bununla birlikte, mirasçılarının haklarını korumak şartıyla onlara karşı banka sırrının uygulanmasını sağlamak gayesini gerçekleştirmek üzere, bankanın bu konuya özel bir dikkat göstermesi gerektiğini kabul ediyoruz. Bundan dolayı, mirasçılarının yabancı bir hukuk gereğince tasfiyesi yapılmış bir miras hakkında bilgi talep etmeleri karşısında banka, cevap vermeyi veya vermeme-yi kararlaştırmadan önce, onlardan mirasa uygulanacak esas kanunun hangisi olduğunu belirtmelerini istemesi kesinlikle gereklidir. Tanımadığı bir yabancı hukuk söz konusu olduğunda en çok, mahfuz hisseli mirasçılarının hakları ve hangi şartlarda bir tenkis dâvası açılabileceği konusunda bilgi edinmelidir. Bizze öyle geliyor ki, banka, ancak gerekli açıklıkları elde ettikten

sonra bu konuda uygulaması gereken bankacılık sırrının çevresini tâyin edebilir. Bununla birlikte, banka bu gibi bilgileri elde etmeye kanun gereğince zorunlu olmadığından, sözünü ettiklerimiz ancak tavsiyelerden ibarettir.

Üçüncü Başlık

MİRASÇILARIN HAKLARININ İHLALİ HALİNDE BANKANIN SORUMLULUĞU

Ölüm sebebiyle intikal, kanun tarafından emredici ve tahdidî olarak düzenlenmiştir. Bu yüzden kanunkoyucu, bu kaideye uyulmasını sağlamak üzere mirasçılara iptal ve tenkis dâvaları tanımıştır.

a) İptal dâvası :

Banka bir müşterisinin ölümüne bağlı bir tasarrufunu almışsa, onun ölümünü öğrendiğinde derhal bunu yetkili makama tevdi etmelidir (İsv. MK. 556). Bunu ihmâl eder ve nasbedilmiş kimselere mirasbırakanın mallarında tasarruf ettirirse, sorumlu düşer. Gerçekten, mirasçılar bu durumu öğrenir ve iptâl dâvasını başarı ile sonuçlandırırlarsa mallara zilyed olan kimsenin, onları terekeye iade etmesi gerekir. Bununla birlikte zilyed, gerek onları harcamış bulunduğu, gerekse varlıkları çektikten sonra kaybetmiş olduğu için, onları iade edemediği hallerde, banka saklayanın borçları sebebiyle mirasçılardan uğradığı zararları tazmin ile sorumlu tutulabilir.

İsv. MK. 519 gereğince her mirasçı, aşağıdaki sebebler yüzünden ölümüne bağlı tasarrufların iptalini isteyebilir :

— Yaşı ya da temyiz kudreti yüzünden tasarrufta bulunan ehliyetsizdir: bir vasiyetname tanzimi için 18, bir miras mukavelesi için ise 20 yaşından küçük, ya da temyiz gücüne sahip değildir.

— Tasarruflar serbest bir iradenin ifadesi değildir.

— Tasarruflar kanuna ya da ahlâka aykırıdır.

— İsv. MK.'nun 520. maddesi, bir şekil bozukluğu taşıyan ölümüne bağlı tasarrufların da iptal edilebileceğini öngörmektedir.

Sonuncu iptal sebebi, bankayı özel olarak ilgilendirmektedir. Gerçekten mirasbırakan, haksız yere, sağlar arası bir işlem yaptığını sanabilir ve bu yüzden ölümüne bağlı tasarruflar için öngörülmüş şe-

killerden hiçbirine uymayabilir. Oysa, «mirasın intikali kaideleri, saptırılmış yollara (örneğin post mortem vekâlet ya da başkası yararına sözleşme ile birleştirilmiş, kıymetli evrakın başkası yararına saklanması) başvurularak bertaraf edilemez. Bu gibi işlemler ölüme bağlı bağışlama olarak telâkki edilir ve onlara uygulanan hükümlere tâbi olur (ATF 58 II 423; 67 II 88; 88 II 70)». (ATF Bassecourt Tasarruf Sandığı - Choffat dâvası, 19.3.1963, Sem. Jud. 1963, sh. 563). Banka sorumlu düşmemek için, bir hesap üzerinde yetkili kimse öldüğünde, her durumda, onun sözleşmeye mi dayandığını (örneğin müşterek hesap), ölüm ile sona eren sınırlı bir aynî hakka mı, yoksa mirasçılara geçebilecek bir hakka mı sahip bulunduğunu araştırmalıdır. Bu mes'ele tasarruf hakkını düzenleyen çeşitli konstrüksiyonların teferruatı ile inceleneceği 4. başlığın konusu olacaktır.

b) Tenkis dâvası :

Bir ölüme bağlı tasarruf ya da sağlar arası yapılmış bir işlem mahfuz hisseli mirasçılarının haklarını ihlâl ettiğinde, bunlarla sağlanan mallar bir tenkis dâvasına konu olurlar (İsv. MK. 522). Ölüme bağlı tasarruf ve mülkiyeti devreden işlemler, kendileri muteber de olsalar, malvarlığının tasarruf nisabını aşan bir kısmı üzerinde yapılmış buldukları için hiçbir hukukî sonuca sahip olmayabilirler. Bu yüzden malvarlığının bir dereceye kadar önemli bir kısmı üzerindeki tasarrufları incelemeyen önce, banka, müşterisinin dikkatini mahfuz hisse mes'elesi üzerine çekmelidir. Ancak burada sadece hoş gidecek bir ihtiyat söz konusudur, yoksa bir borç değil. Gerçekten, müşteri bankadan açıkça hukukî görüşünü sormuş olmadıkça, mahfuz hissenin kendiliğinden incelenmesi, banka ile müşteriyi bağlayan hukukî ilişkinin çevresini aşar. Bundan başka özel durumlar dışında, banka kesin bir karar bildirmek için gerekli olan bütün unsurları bilmemektedir. Bir yandan çok kere bütün mahfuz hisseli mirasçılarının varlığından haberdar değildir. Öbür yandan, tasarruf nisabını tâyin edebilmek için ilgilinin bütün mallarının evanterini yapmak ve şâyet evliyse, evlilik mal rejiminin nasıl tasfiye edileceğini bilmek gerekir. Oysa, özel durumlar dışında banka bütün bu durumlar hakkında bilgi edinmemiştir.

Bankanın sorumluluğu bakımından mirasçılarının mahfuz hisselerinin ölüme bağlı bir tasarrufla mı, yoksa sağlar arasındaki bir işlemle mi ihlâl edildiğini de ayırmak gerekir.

Muteber bir ölüme bağlı tasarrufun söz konusu olduğu durumda banka, ancak, bunları mirasçılara bildirmeden ifa ettiği ve bunun sonucunda özellikle onlara verilen malların yokolması yüzünden mirasçılarının tenkis dâvaları tehlikeye girdiği takdirde sorumlu olur.

Mahfuz hisseli mirasçılarının haklarının sağlar arasında yapılmış muteber işlemlerle ihlâl edilmiş bulunduğu durumda, banka sorumlu tutulamaz. Gerçekten o, sadece müşterisinin vekilidir, yoksa muhtemel mirasçılarının değil. Bankayı müşterisine bağlayan güven ilişkisi, kişisel bir ilişiktir ve onun ailesini de içine almaz. Olsa olsa, bankacıya apaçık bir akıl zayıflığı işaretleri gösteren ve yaptığı tasarruflar yetersiz aklî durumu ile ilgili bulunan müşterisinin mahfuz hisseli mirasçılara durumu bildirmek konusunda ahlâkî bir borç tanınabilir. Öbür yandan, kanun medenî hakları kullanma ehliyetine sahip herkesi, kazanmaya ve borç altına girmeye yetkili kılmaktadır (İsv. MK 12). Bundan çıkan sonuca göre, banka, mirasçılara karşı, örneğin mahfuz hisse kaidelerini dolanmak gâyesi taşıyan tasarruflarında bilerek aktif bir iştirakinin ispat edilmesi gibi, istisnaî durumlar dışında, sorumlu tutulamaz. Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, son derece istisnaî durumlar dışında banka hakları ihlâl edilmiş mirasçılara karşı, mirasbırakan tarafından sağlığında ifa edilmiş işlemlerden ötürü sorumlu tutulamaz.

Dördüncü Başlık

MÜLKİYETİN DEVRİNE İLİŞKİN İŞLEMLER ya da BANKADAKİ VARLIKLARLA İLGİLİ TASARRUF HAKLARI

Problem, müşteri ve banka bakımından incelenmelidir.

Bankadaki varlıkların sahibi bakımından: o, haklarını üçüncü kişilere temlik ve ölümünden sonra onlara bu haklar üzerinde tasarruf ya da tesahüp imkânını sağlamak istemekte, ancak kendisi yaşadıkça bu şeyler üzerinde az ya da çok bazı hakları alıkoymayı da arzu etmektedir.

Banka bakımından: müşterinin yaptığı tasarrufların sağlar arası yapılan bir işlem mi, yoksa ölüme bağlı bir tasarruf mu olduğunun ayırılması gereklidir ki, ölümü halinde özel tedbirlerin alınıp alınmayacağı bilinsin.

Bugünkü İsviçre bankacılığında genellikle uygulanan hukukî çerçeveler şunlardır:

- a) Varlıkların üçüncü bir kişi yararına saklanması ile birlikte, üçüncü kişi yararına sözleşme.
- b) Bağışlayan yararına saklı tutulan haklarla yapılan bağışlama.
- c) Müşterek hesap.
- d) *Post Mortem* vekillik.
- e) Ölümden sonra da hüküm doğuran temsil.
- f) Bağımsız bir hukuk süjesine yapılan temlikler.
- g) Bankaya tevdi edilen ölüme bağlı tasarruflar.

a) Varlıkların üçüncü kişi yararına saklanması ile birlikte, üçüncü kişi yararına sözleşme :

Müşteri üçüncü kişi adına açacağı hesaba varlıklarını (senetler ve nakit) yatırır. Banka ile olan anlaşma gereğince, yaşadıkça hesap üzerindeki bütün haklarını muhafaza eder ve ölümünden sonra hesap sahibinin onda tasarruf edebileceğini kararlaştırır. Federal Mahkeme (ATF 88 II 70, müt 1) adına hesap açılan kişiye hiçbir hak sağlamadığı için, bu durumda sağlar arası bir bağışlamanın söz konusu bulunmadığını belirtmiştir. Bu, ölüme bağlı bir bağışlama da değildir. Böyle bir sözleşme ölüme bağlı tasarruf şeklinde yapılmak gerekir ki, olayda bunu uyulmamıştır. Nihayet bir el yazısı da bulunmadığından el yazılı bir vasiyetname de söz konusu değildir.

Böyle bir hesabı kabul edip, müşterinin ölümünden sonra bunu adına tesis edilenin tasarrufuna terkeden banka, mirasçılarının haklarının ihlâli durumunda sorumlu düşebilir; çünkü, tasarruf hakkının devri, hiçbir muteber hukukî esasa dayanmamaktadır.

b) Bağışlayan yararına saklı tutulan haklarla yapılan bağışlama :

İsv. BK.nın 245. maddesinin birinci fıkrası, bağışlamanın mükellefiyet ya da şartla yapılabileceğini belirtmektedir. İkinci fıkrası ise, bağışlayanın ölümüne bırakılmış bağışlamalarla ölüme bağlı tasarruflar hakkındaki hükümlerin uygulanacağını açıklar. Kanun koyucularındaki benzerlik sebebiyle bu iki çeşit bağışlamayı aynı maddede düzenlemiştir. Bundan dolayı, mahkeme içtihatları, sonuç-

larının önemi yüzünden, bağışlamaların bunlardan hangisine girdiği konusunda biraz tereddüt göstermiştir.

Aşağıda incelenen şu iki sınır olayından birincisi ölüme bağlı bağışlama, ikincisi ise sağlar arasında mülkiyetin naklidir.

I. İntifa, idare ve tasarruf yetkilerinin bağışlayanda kalması şartı ile çıplak mülkiyetin bağışlanması :

Müşteri bir senet ya da nakit dosyasının bağışlanmasını gerçekleştirir. Bununla birlikte, kendisi yaşadıkça, intifa, idare ve serbestçe tasarruf haklarını saklı tutar. Ölümünden sonra, bağışlamayı kabul eden, intifa hakkının düşmesini ve kayıtlayıcı şartların kalkmasını tâkiben dosyanın ve hesabın tam mülkiyetini kazanır.

Federal Mahkemeye göre (Sem. Jud. 1944 sh. 53), bağışlayanın bağışladığı şeylerde kendisi yaşadıkça intifa hakkını saklı tutması, tasarrufuna ölüme bağlılık niteliğini vermeye yetmez.

İdare ve serbestçe tasarruf hakkının saklı tutulması kaydına gelince, Federal Mahkeme, gerçekte pek yaygın olmayan ve ona dayanılarak bir içtihat istikameti izafe edilemeyecek bir kararında, bunların sağlar arasında yapılan bağışlama niteliğini değiştirmeyeceğini kabul etmiştir (JdT 1933, 343). Daha sonraki kararlarında ise, bağışlayanın yaşadıkça yalnız intifa hakkını değil, hem inhisarî tasarruf hakkını, hem de senetler ve nakitlerini geri alma yetkisini kendisinde bulundurdukça, mülkiyetin bütün yüklemelerini kendisine alakoyduğunu kabul etmiştir (JdT 1933, 343). Daha sonraki kararlarında ise, bağışlayanın ölümüne kadar yalnız intifa hakkını değil, hem inhisarî tasarruf hakkını, hem de senetler ve nakitlerini geri alma yetkisini kendisinde bulundurdukça, mülkiyetin bütün yüklemelerini kendisine alakoyduğunu kabul etmiştir (JdT 1941, 617; Sem. Jud. 1963, 557). Artık bir mülkiyetin nakli değil, fakat ölüme bağlı bir bağışlama söz konusudur. İsv. MK. 245/II ifası bağışlayanın ölümüne bağlı bağışlamaların ölüme bağlı tasarruf hükümlerine, şekillerinin ise daha açık olarak miras mukaveleleri hakkındaki kaidelere tâbi bulduklarını öngörmektedir. Genel olarak yukarıdaki türde işlemler yapan müşteriler, 512. maddede düzenlenen formalitelere, yani resmî vasiyetnameninkilere uymamaktadırlar. Bununla birlikte yazılı vasiyetname şekline uysalar bile yine de bu tasarruf-

lar hüküm kazanamaz; çünkü bağışlama tek taraflı bir irade beyanı mahiyetinde olmayıp, bir sözleşmedir (ATF 76 II 276).

Federal Mahkemenin de belirttiği üzere, «Şekle uyulmadığı takdirde BK. 11 gereğince muteber olmayan sağlar arası işlemlerin tersine, bir şekil bozukluğu taşıyan ölüme bağlı işlemler, bătıl değillerdir; sadece iptalleri mümkündür. İptali açıklayan mahkeme hükmü, yalnız taraflar için etki yapar (ATF 81 II 36). Sadece ilgili mirasçı ve musalehler (İsv. MK. 520/3, 519/2) bir iptal sebebine dâva veya def'i yoluyla dayanmak sıfatına sahiptirler (Bassecuurt Tasarruf Sandığı - Choffat dâvası, 19.3.1963, Sem. Jud. 1963, 561, müt 3).

Kanunî şekle uyma ya da uymamadan bağımsız olarak, bağışlanan, bağışlayanın ölümünde, ölüme bağlı bağışlamanın konusunu teşkil eden varlıklar üzerinde derhal bir aynî hak kazanamaz; sadece bunların teslimini istemek üzere mirasçılara karşı şahsî bir davaya sahip olur (İsv. MK. 562). Bundan anlaşıldığı gibi, bağışlanan, tasarrufun ifasını mirasçılardan isteyecektir. Mirasçılar, bir şekil eksikliği yüzünden işlemin hükümsüzlüğüne dayanma hakkına sahip olmadıkça, şeyleri teslim etmekle yükümlüdür. Federal Mahkemenin belirttiği gibi, mirasçılar bunu ne kadar uzun süre ifa etmeseler, yine de bağışlananın bankadan, tevdi edilen şeylerin kendisine verilmesini isteme hakkı yoktur (yukarıda anılan karar, müt 6).

II. İntifa hakkının bağışlayanda kalması ve vahiibe rücu şartıyla çıplak mülkiyetin bağışlanması :

Bu hipotezde müşteri bir senetler ya da bir nakitler dosyasının mülkiyetini üçüncü bir kişiye temlik etmekte, yukarıda gördüğümüz gibi, bağışlamanın hükmünü değiştirmeyen intifayı da kendisinde saklı tutmaktadır. Eğer bağışlayan sadece belirtilen kişinin bundan faydalanmasını istiyorsa, İsv. BK. 247 gereğince, bağışlananın daha önce ölmesi durumunda şeyin kendisine dönmesi konusunda bir şart kararlaştırabilir. Bağışlama bir kere kabul edilince, bağışlayan yararına konmuş bulunan yukarıdaki kayıtlara rağmen, bu bağışlamanın sağlar arasında geçen bir kazandırıcı işlem olduğunda şüphe yoktur. Bu yüzden, bankanın, bağışlayanın ölümünde bu işlemi mirasçılara bildirmesi de gerekli değildir.

1) İntifa hakkı ve çıplak mülkiyet hakkı sahiplerinin hakları :

İntifa hakkı, sahibine şeyin zilyedliğin kullanma ve yararlanma haklarını sağlar (İsv. MK. 755). Bununla birlikte, hakları doktrin tarafından sınırlandırıcı olarak yorumlanmakta, mahkeme içtihatları da yalnız şeyi kullanabileceğini, ondan yararlanacağını ancak üzerinde tasarruf edemeyeceğini kabul etmektedirler. İntifa hakkı sahibinin şeyi temlik etme ya da ona bir yük yükleme yetkisi yoktur. Bir dosya üzerinde intifa hakkının bulunması durumunda, senetlerin geri alınması, bize ancak çıplak mülkiyet sahibinin muvafakatiyle gerçekleşebilir gibi görünmektedir. Senedlerin alım - satımlarında da durum aynı olmalıdır. Fiyatın tayininde intifa ve çıplak mülkiyet sahiplerinin menfatleri farklı olduğundan bu, son derece normaldir. Gerçekten intifa hakkı sahibi, yüksek gelir getiren değerleri, çıplak mülkiyet sahibi ise, parlak bir gelecek vaadeden sermayeleri tercih edecektir. İntifa ve çıplak mülkiyet hakkı sahiplerinin her türlü senetlerin çekim, alım ve satımında uyuşmalarını sağlamak zorunluluğu bankacının görevini özellikle güçleştirecektir. Bundan dolayı, daha pratik bir idare için çıplak mülkiyet sahibinin dosya ve hesap üzerinde intifa hakkı sahibi yararına genel bir yetki tanınması, maslahata uygun olacaktır. Böyle bir hakkın tanınmasının, her an geri alınması mümkün bulunduğundan bağışlamayı sakatlamadığını belirtmek gerekir.

2) Küçükler yararına yapılan bağışlamalar :

Küçükler yararına yapılan bağışlamalar, çok küçük çocuklar için söz konusu ise, bunların, kanunî temsilciler tarafından kabul edilmeleri gerekir. Temyiz gücüne sahip bir küçük ise, İsviçre Hukukunda, salt ivazsız bir senedi kabul için kanunî temsilcinin rızasına muhtaç değildir (İsv. MK. 19/II). Buna göre 11 veya 12 yaşındaki bir çocuk, tek başına bir bağışlamayı kabul edebilir demektir. Bununla birlikte söz konusu olan bir küçük de olsa mümeyyiz bulunduğu göre, bağışlayan anne veya babası olduğunda, ileride tesbitten doğacak çekişmeleri önlemek üzere iradesini yazılı olarak ifade etmesinde fayda vardır.

3) Bağışlamalar konusunda devletler hususî hukuku kaideleri:

Sağlar arasındaki bağışlamalara ilişkin devletler hususî hukuku

kaideleri, mahallî kanunda öngörülen şekle uymayı yeterli saymakta, İsviçre mahkeme içtihatları bağışlayanın ikametgâh kanununu, sadece sözleşmenin sonuçları bakımından bir «bağlama noktası» olarak kabul etmektedirler, (*Schnitzer, Fiche Juridique Suisse, No. 941*).

İsviçre Hukuku, taşınmazlar dışında, özel bir şekil aramamaktadır. Bundan dolayı, bir dosyanın ya da bir hesabın bağışlanması hakkında da, bağışlamanın yapıldığını ve öte yandan bağışlanan tarafından da kabul edildiğini gösterecek, bankanın adına yöneltilmiş basit bir mektup yeterlidir. Bu şekilde devralma, ikametgâhı başka bir ülkede bulunan kimselerin İsviçre’de yaptıkları bağışlamalar için de geçerlidir. İkametgâhlarının bulunduğu ülkelerin kanunları — Fransa örneğinde olduğu gibi (Frs. MK. 931) — bu konuda resmî şekli öngörmüş bulunsalar bile. Dolayısıyla banka, noterden imzası tasdik edilmemiş bir senedi de, imzalayanın İsviçrede ikamet edip etmediğinde tereddüde düşmesi gerekmez, muteber sayabilir.

Ölüme bağlı bağışlamalar, yukarıda belirtildiği üzere İsviçrede miras mukavelesinin şekline bürünmüş olmalıdırlar. Ancak, bunun muteberiyeti, tasarrufta bulunanın ikametgâh kanununa tâbidir. Bundan anlaşılacağı üzere yabancı bir ülkede ikamet eden bir kimsenin gerçekleştirdiği ölüme bağlı bağışlama, miras mukavelesi şeklinde bile yapılmış olsa, ikametgâh kanunu — örneğin Fransada olduğu gibi — ölüme bağlı bağışlamayı kabul etmediği için hukukî değerden yoksun olabilir.

4) İntifa ve çıplak mülkiyet hakkı sahiplerinin mirasçılara karşı banka sırrının uygulanması :

İntifa hakkı sahibinin mirasçıları, onun ölümü ile hesap üzerinde hiçbir hak kazanamazlar. Banka onlara karşı banka sırrı itirazını kesin bir biçimde ileri sürebilir. Bununla birlikte, mahfuz hisselerinin bağışlama ile aşıldığını ispat eden mirasçılar karşısında bu görüş açısını değiştirmek gerekir. Bunlara, I. başlıkta anlatılan kendilerini ilgilendiren kaideler uygulanmalıdır.

Çıplak mülkiyet hakkı sahibinin mirasçıları, I. başlıkta gösterildiği üzere, mansup veya mahfuz hisseli mirasçı olmaları gözönünde tutularak, bilgi edinmek hakkına sahiptirler. Bununla birlikte vahiye rücu şartı var ve çıplak mülkiyet hakkı sahibi de daha önce

ölmüşse, hesap üzerinde hiçbir miras hakkı kazanamadıklarından hiçbir bilgi de elde edemezler.

c) Müşterek hesap :

I. Genel prensipler ve hesap sahiplerinden birinin mirasçılarının hakları :

Müşterek hesap, birden çok kişi ile banka arasında kurulmuş bir özel saklama sözleşmesidir ki, buna göre saklatanlardan herbiri, banka tarafından, varlığın (senet ve nakit) bütünü bakımından alacaklı olarak tanınır. Burada aktif teselsül durumlarından (İsv. BK. 150) biri söz konusudur. Öyleyse banka sözleşmenin taraflarından herbirine borcunu muteber olarak ödiyebilir. Birlikte — saklatanlar arasındaki hukukî ilişik ile öbür yandan bunlarla banka arasındakiini ayırmak gerekir.

Saklatanlar, kendilerini birbirlerine bağlayan değişik hukukî ilişiklere dayanarak, müşterek hesaba tâbi varlıklar üzerinde tasarruf edebilirler. Bu hukukî ilişik, örneğin şunlardan biri olabilir:

— Saklatanlar, malların iştirak halinde malikdirler; bu durumda onlar bir adî ortaklık teşkil etmektedirler.

— Mallar birlikte - saklatanlardan sadece birine aittir ve üçüncü kişiye yetki bırakmaktansa, ona da ayın hakkı tanımak şartı ile kendi adına hareket etme yetkisini de saklı tutmayı tercih etmektedir.

— Birlikte saklatanlar, varlıklar üzerinde sadece bir inançlı mülkiyete sahiptirler.

Bu birkaç örneğin de gösterdiği gibi birlikte - saklatanların olaya göre, varlıklar üzerinde bir aynî hakkı, ya da onda sadece sözleşme gereğince tasarruf yetkisi bulunabilir. Bundan anlaşıldığı üzere, saklatanlar arasındaki hukukî ilişikğin mahiyetine göre onlardan birinin ölümü halinde, hakları mirasçılara geçebilir de, geçmeyebilir de. Ayrıca, banka ile olan müşterek hesap sözleşmesinin hükümlerinin değişmesini gerektirmedikçe, saklatanlar arasındaki ilişiklerin değişmesi de önlenemez.

Banka ile birlikte - saklatanlar arasındaki hukukî ilişiklere gelince, bunlar sırf müşterek hesap sözleşmesi ile düzenlenmişlerdir.

Bu, birlikte - saklatanlar arasındaki hukukî ilişik ve onların hukukî halefleri, bu arada mirasçıları, hakkında özellikle varlıkların mülkiyeti konusunda hiçbir etki yapmaz. Banka saklatanlardan birinin isteği üzerine anlaşmaya tâbi şeyleri tevdi ettiği takdirde, anlaşma gereğince ona ifada bulunmaktan başka bir şey yapmış değildir ve birlikte - saklatanlar arasındaki ilişkileri ile onların varlıklar üzerindeki karşılıklı haklarıyla ilgilenmek zorunluluğu yoktur. Bundan başka, müşterek hesap anlaşmasında saklatanlardan birinin ölümü halinde, banka karşısındaki hakların mirasçıları tarafından kullanılacağı, ya da tersine sadece hayatta kalan birlikte - saklatanların tasarruf hakkına sahip olacağı tasrih edilebilir. Kanaatimizce sözleşme serbestisi prensibi (İsv. BK. 17). Gereğince kanun tarafından öngörülmüş sözleşmelerde, örneğin kira (İsv. BK. 270), vekillik (İsv. BK. 405) ya da adi ortaklık (İsv. BK. 545) ta olduğu gibi, sözleşenlerden birinin ölümü halinde ilişige son verme yetkisi, ölen saklatan ile banka bakımından tanınabilir ve müşterek hesabın artık sadece hayatta kalan saklatanlarla banka arasında muteber kalacağı kararlaştırılabilir. Bu görüş, doktrinin hemen hemen bütünü tarafından paylaşılmıştır (*Lambelet, Les Comptes - Joints en droit suisse, Neuchâtel 1917, sh. 88 - 89; Le Fort, Les Comptes - Joints, Bulletin Juridique et financier de l'union fiduciaire de Genève, No. 3, 1930; Rupe, Das Gemeinschaftliche Bankdepot, sh. 42 ve 71, Bâle tezi 1935; Matter, Zur rechtlichen Konstruktion des Comptes - joints, Revue suisse de jurisprudence 1947, sh. 321; Leuzinger, Le contrat de dépôt-joint solidaire, Revue économique et sociale 1960, sh. 314 - 315*). Bildiğimiz kadarıyla sadece *Bron* (Le compte-joint en droit suisse, Imprimerie Vaudoise, Lausanne 1958, sh. 53) banka ve saklatanlar arasındaki ilişikliği yeterince ayırabilmeyi başaramadığından, farklı bir görüş ileri sürmektedir. Söz konusu ayırım, müşterek hesap sözleşmesinin temellerinden biri olduğundan, bu yazarın görüşü bize haklı görünmemektedir.

Bir müşterek hesap açıldığında, banka, bu sözleşmenin ancak saklatanlarla kendi arasında sözleşmeden doğan bir ilişik yaratacağına ve bunun sonuç olarak şeylerin mülkiyeti üzerinde hiçbir etkisi olmayacağına saklatanların dikkatini çekmekle iyi eder. Bundan dolayı, saklatanların bu meseleyi kendi aralarında çıkabilecek bütün çekişmeleri önleyebilecek biçimde düzenlemek konusunda özen göstermeleri gerekir. Bununla birlikte bankanın bu konuda izahat ver-

me borcu yoktur ve bu izahat verilmediği takdirde ihmâl ile suçlan-
dırılmaz; çünkü memurları, müşterilerin dikkatini emanet ettikleri
eşyalar üzerinde yapılabilecek tasarruflara çekmek zorunda değildir-
dir (ATF 6411 355). Saklatanlardan birinin mirasçılarının, öbür sak-
latanlar bütün paraları geri çekmiş bulunduğu ya da mirasbırakanla-
rın kendilerine hesap üzerinde bir tasarruf hakkı devretmemiş oldu-
ğu için, haklarını çığnenmiş addetmeleri halinde, bankanın yapacağı
bir şey yoktur; çünkü müşterek hesap sözleşmesinin şartları miras-
bırakan tarafından kabul edilmiş bulunuyordu.

II. Müşterek hesap sözleşmesinin aynı zamanda imzalanma- ması durumunda sözleşenlerin hak ve borçları :

Kanun, saklama sözleşmesi için özel bir şekil öngörmemiştir. Bu
yüzden de yazılı şekil ve imza aranmamıştır. Bundan anlaşıldığı
üzere, saklama sözleşmesinin kanun tarafından öngörülmemiş bir
çeşidi olan müşterek hesap sözleşmesi, sözlü bir uyuşmayla bile ku-
rulabilir. Bununla birlikte, uygulamada yazılı şekil, müşterek hesap
sözleşmesinin özel şartlarının tesbiti için gerekli; saklatanların im-
zası ise, banka bakımından, sıfatlarının ispatının tedbiri olarak ka-
çınılmazdır. Bir müşterek hesap sözleşmesi, öngörülen sözleşenler-
den sadece bazılarınca imzalandığında, bundan imzalıyanlar için ol-
duğu kadar, ilgililer arasında tesbit edilmiş olup imzalamıyanlar ba-
kımından da özel borç ve haklar doğar. Aşağıdaki durumları ayır-
detmek gerekir:

- Müşterek hesap sözleşmesi, banka tarafından imza edilme-
miştir;
- Saklatanların hiçbiri tarafından imza edilmemiştir;
- Saklatanların sadece biri tarafından imza edilmiştir.

1) Müşterek hesap sözleşmesi banka tarafından imza edilme- miştir :

Genel olarak bir müşterek hesabın açılması için banka sözleş-
meyi yapacak olanlara hazırladığı özel şartlara uygun bir sözleşme
yapma teklifi sunar. Saklatanlar müşterek hesabı imzalamak sure-
tiyle kabul iradelerini açıklarlar. Banka bu müşterek hesabı imzala-
mayı ihmal etse bile, sözleşme, buna rağmen, banka sözleşmenin ko-

nusunu teşkil eden şeyleri kabul ettiği anda kurulmuş addedilir. Şu özel durumlar yine de saklıdır :

— Banka sözleşmeyi tasdik etmeden önce, bazı saklatanlar hakkında bilgi edinmek istemektedir. Bu takdirde bütün anlaşmazlıkları önlemek bakımından imzalıyanlara tasdik hakkını saklı tuttuğunu bildirmekle iyi eder.

— Saklatan adayları, özel şartları kendi taraflarından hazırlanmış bir sözleşme getirmişlerdir.

Bu iki durumda, müşterek hesap sözleşmesi, banka tarafından imzalanmadıkça,, kurulmuş değildir; meğer ki talimatın icrası sırasında bankanın sözleşmeyi tasdik ettiği, sonuçlandırıcı vakıalara dayanılarak ispat edilebilsin.

2) Müşterek hesap sözleşmesi, saklatanların hiçbiri tarafından imza edilmemiştir :

Bir müşteri, bankaya bir ya da birçok birlikte - saklatanların adını bildiriyor ve bir müşterek hesap sözleşmesi hazırlanmasını istiyor. Bununla birlikte, sözleşmeyi imzalamıyor. Bu, bir müşterek hesap sözleşmesi kurmayı düşündüğü, fakat henüz bu konuda bir karar vermediği anlamına gelir. Öngörülen birlikte saklatanlardan biri, sonradan imzalamak üzere başvurursa banka, müşteri bu konudaki niyetini müşterek hesabı imzalamak ya da bu konuda kesin bilgiler vermek suretiyle açıklamış olmadıkça, ona birlikte - saklatanlara ait hakları tanıyamaz.

3) Müşterek hesap sözleşmesi, saklatanlardan sadece biri tarafından imzalanmıştır :

Tek başına başvurarak bir müşterek hesabın açılmasını isteyen ve onu imzalıyan müşteri, bununla böyle bir hesap açma konusundaki niyetini ve tesbit ettiği birlikte - saklatanları açıklamış olur. Başka bir talimat olmadıkça, banka bundan müşterinin müşterek bir hesap kurulması konusunda tek taraflı niyetini ifade ettiğini çıkarmalıdır. Müşterek hesap sözleşmesi, ancak tâyin edilen öbür birlikte - saklatanlardan birinin de imzasını atması ile kurulacağından, müşteri, bu arada, bankaya sözleşmeyi kurmaktan vazgeçtiğini bildirmekte serbest kalır. Bundan anlaşıldığı üzere, birinci imzalıyan, başka bir saklatan sözleşmeyi imzalamadan ölürse, bu ikincinin hak-

ları ölenin mirasçıları tarafından tasdik edilmedikçe, o, genel olarak müşterek hesabın taraflarından biri olma hakkını kazanamaz. Gerçekten birinci imzalayanın sözleşmenin imzalanmamasından doğan hakları, ölümüyle mirasçılara geçer. Artık mirasbırakan tarafından öngörülen bir birlikte saklatana hesap üzerinde yetki tanımak ya da tanımamak konusunda karar vermek onlara aittir. Ancak, birlikte saklatanın, başka bir imkâna dayanarak imzalayanın mirasçılara karşı tercih edilecek bir hak ileri sürebileceği durumlar saklıdır. Bu kaideye, birlikte saklatanlardan birinin ölümünde sözleşmenin sadece banka ve hayatta kalan saklatan, ya da saklatanlar arasında yürüyeceğini kararlaştıran müşterek hesap taslaklarında bile uyulacaktır.

Müşterinin, öngördüğü öbür saklatan ya da saklatanlara karşı, taahhüt altına girmiş bulunduğu durumda durum farklıdır. Gerçekten, bunları birbirine bağlayan hukukî ilişik gereğince, bütün ilgililer müşterek hesabın kurulması konusunda anlaşmış olabilirler. Bu takdirde, müşteri tarafından birlikte - saklatanların tesbiti ve aynı zamanda sözleşmenin imzalanması, bağımsız tek taraflı bir tasarruf olmayıp, müşteri ile saklatan ya da saklatanlar arasında yapılmış, müşterek hesap sözleşmesinin kurulması konusundaki bir ön sözleşmenin ifasından ibarettir. Bu gibi durumlarda müşteri, aralarında kararlaştırdıkları müşterek hesap sözleşmesinin gerçekleşmesini öbür birlikte saklatanlara sağlanmak üzere, onlarla arasındaki özel taahhütleri sebebiyle kararının kesin niteliğini bildirmeye dikkat etmelidir. Buna göre, banka artık öngörülen öbür saklatan ya da saklatanların sözleşmenin tarafı olma hakkını, bunlar sözleşmeyi imzalamadan birinci imzalayan ölmüş bulursa bile, kayıtsız şartsız kazandıklarını kabul edebilir. Müşterek hesap sözleşmesi, birlikte - saklatanlardan birinin ölümünde sadece banka ve hayatta kalan saklatan ya da saklatanlar arasında yürüyeceği hükmünü taşıyorsa, bu, ancak ilk imzalayanın öngörülen diğer saklatan ya da saklatanlara kendi ölümünde geri alınmayacak bir hak vermek istediğini doğrular.

III. Müşterek hesabın muteberliğinin bağlandığı şartlar :

Saklatanlardan birinin haklarının şarta bağlı tutulup tutulamıyacağı sorulabilir. Örneğin, hakkını öbür saklatan ölmedikçe kulla-

namama şartı. Böyle bir şart, müşterek hesaba bir *post mortem* vekillik niteliğini verecektir. Sonuç olarak saklatanın hakları ölenin bütün mirasçıları tarafından kabul edilmedikçe hüküm ifade etmeyecektir. Bununla birlikte inançlı mülkiyet söz konusu bulunduğu durumda durum farklı olacaktır. Gerçekten de, kendisine güvenilen, sözleşme ile haklarının mirasçılara geçmeyip, ölümünde kendi görevlerini gerçekleştirecek bir yedek - güvenilene kalacağını öngörebilir. (ATF 78 II 445).

IV. Bir küçük ile müşterek hesap :

Saklatanlardan birinin küçük olması durumunda, o, kanunî temsilcisinin rızası bulunmadıkça bağlı tutulamaz. Uygulamada bir küçükle, rüşdü beklenmeden, bir müşterek hesap kurulamayacaktır. Örneğin, öbür saklatan başka bir yere gitmek zorunda olduğundan bekleyemeyeceği için, şimdilik küçüğün rüşde varmasından sonra hesapta serbestçe tasarruf edeceği düşüncesiyle, sözleşmeyi imzalayabilir.

V. Müşterek hesap hakkındaki devletler hususî hukuku kaideleri :

Mahkeme içtihatları, bir hesabın sahibi ile banka arasındaki ilişkilerin bankanın bulunduğu yer kanununa tâbi bulunduğunu kabul etmektedir (ATF 64 II 84). Müşterek hesap sırf birlikte - saklatanlarla banka arasındaki ilişkileri düzenlediğinden, onun hakkında da aynı prensibi kabul etmek gerekir. Amerikada ikamet eden iki kişi, İsviçrede hesap açarlarsa, birinin ölümünde, bir Amerika bankasında açılmış bir hesap gibi «joint tenant» hayatta kalanın bütün varlığa sahip olacağı karine sayılmayacaktır. Pek tabii olarak, saklatanlar arasındaki ilişkiler, müşterek hesabı yaratan hukukî ilişkiler düzenleyen kanuna bağlı kalacaktır.

VI. Banka sırlarının saklatanların mirasçılara karşı uygulanması :

Eğer müşterek hesap sözleşmesinde saklatanın haklarının mirasçıları tarafından kullanılacağı kararlaştırılmışsa, bunlar, birinci başlıkta açıklanan prensipler uyarınca, bilgi edinebilirler. Birlikte - saklatanlardan birinin ölümünde, sözleşmenin sadece yaşayan bir-

likte saklatanlar ve banka arasında yürüyeceği durumda, bu, mirasçılara karşı kesin olarak banka sırlarına uyulması gerekliliğini doğurur; çünkü onlar, müşterek hesap üzerinde hiçbir hak kazanamamışlardır. Artık, yalnız hayatta kalan saklatan ya da saklatanların hesapla ilgili bilgileri verme yetkileri vardır. Mirasçıların başka bir yolla, bankada saklanan varlıklar üzerinde bir hak, özellikle mülkiyet hakkı kazandıkları durumlar saklıdır. Bununla birlikte varlıklar, ölen saklatan adına güvenilen sıfatıyla bankada bulunuyorsa, bu hak sonuçsuz olacaktır. Gerçekten Federal Mahkeme, güvenilen mâlikin ölümünde, haklarının birlikte güvenildiği kişilere geçeceğini kabul etmiştir (ATF 78 II 445). Bunlar, sağ kalan birlikte - saklatanlar olduğunda da durum aynıdır.

d) Post mortem vekillik :

İsv. BK. mad. 405 gereğince, bir vekilliğin vekillik verenin ölümü ile sona ermesi hukuka uygun olarak öngörülmüştür. Bu hükmün *ratio legis*'i, vekile müvekkil tarafından tevdi edilen özel işin, onun ölümü ile yetkinin kesilmeye uğrama tehlikesi bulunmadan görülmesini mümkün kılmaktır. Müşterinin, bankacısından, ölümünden sonra da dosyasını yönetmesini (senetlerin alınmasına ve satılmasına, bir şirketin sermayesini arttırmasına katılmaya, karar vermek) istemesinde de durum budur. Öyleyse banka, müşterisinin ölümünden sonra da onun tarafından tevdi edilen yönetme vekilliğini yerine getirmek zorundadır. Bununla birlikte, vekilliğini onaylamak ya da geri almak konusunda karar vermelerini sağlamak üzere bundan mirasçılarını haberdar etmelidir.

Buna karşılık, ölümünden sonra da muteber vekillik, miras ile ilgili zamanaşımı kaidelerini bertaraf edemez. Bundan dolayı müşterinin bankaya, ölümünden sonra varlıklarını üçüncü bir kişiye tevdi etmesi için vekillik vermiş bulunduğu ihtimâlde, müşterinin ölümü durumunda kendisine verilen talimatı yerine getirmek hakkına sahip olmayacaktır. Vekillik ölüme bağlı tasarrufların şekline bürünmüş değilse, banka vekil sıfatıyla, şekil bozukluğuyla malûl *post mortem* bağışlamayı gerçekleştirmeye yetkili değildir. (ATF. 58 II 423). Vekilliğin el yazısı ile vasiyetname için söz konusu edilen şekilde verildiği ve böyle sayılmasının da mümkün olduğu ihtimalde hiçbir surette verilen talimattan başkasını icra edemez. Bu iki durumda banka vekillik verenin ölümünü öğrendiğinde bunları ihtiva

eden vesikaları, mirası idare ile yükümlü makama tevdi etmelidir. Gerçekten, ölüme bağlı tasarruf olarak, vekâlet üzerindeki düşüncesini bildirmek, onu kabul, ya da şekil bozukluğu, sonraki cayma gibi bir sebeble reddetmek, mirasçılar topluluğuna has bir haktır.

e) Ölümünden sonra muteber temsil :

I. Genel prensipler ve temsil edilenin mirasçılarının hakları :

Vekillik gibi, İsv. BK.'nın 35. maddesinde de bir temsilin etkilerini onu verenin ölümünden sonra da göstermekte devam edebileceğini kabul edilmiştir. Bundan dolayı, bir müşteri bir üçüncü kişiye bir hesap üzerinde ölümüyle sona ermeyecek genel bir temsil yetkisi tanıyabilir.

Müşterinin ölümünden sonra mirasçuları onun yerine geçtiğinden, yetkileri alan üçüncü kişi onların temsilcisi olacaktır. Yetkilerin her zaman geri alınabileceği konusundaki prensibin ışığı altında (İsv. BK. 35), mirasçılar mirasbırakanın ölümünden sonra da muteber olmak üzere verdiği yetkileri, onaylamak ya da iptal yetkisine sahiptirler. İşte saklatanlardan birinin mirasçılarının, öbür saklatanların hakkını değiştirmesine müsaade etmeyen müşterek hesap ile bunun en esaslı farkı bu noktada bulunmaktadır.

Kendi adına hesap açma olgusu, özel durumlar dışında, saklatılan malların, hesap sahibine ait olduğu konusunda bir karine getirir. Üçüncü kişiye ölümünden sonra da muteber temsil yetkisi vermiş kimse- nin ölümünde, temsilcinin, yetkileri henüz temsil edilenin mirasçılarınca onanmadan, varlıkları geri çekmesi ihtimalinde, bankanın mirasçılara karşı sorumluluğu ne olacaktır?

Önce, bankanın müşterisinin ölümünü bilmesine ya da tersine ondan haberdar edilmiş bulunmasına göre bir ayırım yapmak gerekir. Banka eğer müşterisinin ölmüş bulunduğunu bilmiyorsa, prensip olarak hiçbir sorumluluk altına girmez. Gerçekten üçüncü bir kişiye ölümünden sonra da kendi adına davranmasına devamını istediğini belli etmiştir. Bundan dolayı, mirasçılarının da bunun tehlikelerine katlanmaları gerekir. Bundan *a contrario* çıkartılabilecek sonuç gereğince, temsil edilen hesabı çekmek istediğinde, banka onun hâlâ hayatta olup olmadığını öğrenmek konusunda özen gös-

termelidir. Yetkileri ölüm ile sona eren bir temsilin icrasında durum farklı görünür. Gerçekten bu son ihtimalde bankanın mirasçılara karşı sorumluluğu daha geniştir. Banka ölümünden haberdar olmasa bile, ihmalden ötürü sorumlu düşme tehlikesi ile karşı karşıyadır. Temsilcinin bütün yetkilerinin temsil edilenin hayatıyla sınırlı olduğunu bildirdiğinden, açıkça haberdar edilmemiş olsa bile, gerekli bütün ihtiyatı göstermediği için suçlanabilir; çünkü temsil edilenin ölümünü bilmesi gerekir. Hesap sahibinin, bankanın şubesinin bulunduğu şehirde oturan tanınmış bir kişi olması ve ölüm haberinin gazetelere geçtiği durumda bu, böyledir.

Temsil edilenin ölümü ile temsilcinin yetkileri sona eriyor ve banka, ölüm bildirildiği halde temsilcinin talimatını, düzenleyici tedbirleri alınmadığı, ya da memurları buna uymadığı için ifa etmişse, mirasçılara karşı, bundan çıkabilecek zararlardan ötürü sorumlu olur. Temsilcinin yetkileri, müşterinin ölümünden sonra geçerli oluyorsa bile, banka sorumlu düşmek tehlikesine girmemek için, temsilcinin talimatını, onun yetkileri mirasçılar ya da vasiyeti tenfiz memuru tarafından onaylanıncaya kadar reddetmek suretiyle ihtiyatlı davranabilir. Temsilcinin kabul edilebilecek ve yetkilerinin onaylanmasını gerektirecek istekleri arasındaki sınırın tesisi güçtür. Bize göre, özellikle aşağıdaki durumlarda, banka mirasçılara karşı sorumlu tutulamaz, ya da sorumluluğu şiddetle azaltılmalıdır.

Temsilcinin talimatı mirasçıların menfaatlerine uygun görünmektedir :

Örneğin temsilci bir para çekme isteğini, derhal yapılması gereken bir ifayı, temerrüt faizleri ya da cezaî şart ödememek üzere, gerçekleştirmekle haklı göstermektedir. Bunun gibi, bir memleketteki siyasî gelişme sebebiyle, bundan doğrudan doğruya etkilenmek tehlikesinde olan bazı senetlerin satımı için emir vermektedir.

— *Temsilci yetkili gibi görünmektedir.* Hesap sahibi, ölümünden sonra da geçerli temsil yetkisini verdiği anda bankaya, öbür yandan temsilciyi vasiyeti tenfiz memuru olarak da tâyin ettiğini açıklamış bulunabilir. Gerçekte bu sifata sahip olmayan temsilciye, bu açıklamaya dayanarak, vasiyeti tenfiz memuru sıfatının resmî tasdikini elde etmeden bankanın göz yumduğu kabul edilirse, onun

mirasçılar karşısındaki sorumluluğu herhalde şiddetle azaltılmalıdır.

— *Mallar bankaya tevdi edilmemiş, fakat onun tarafından kiralanmış bir kasaya yerleştirilmiştir.* Kasanın kiracısı, üçüncü bir kişiye, ölümünden sonra da geçerli bir giriş hakkı tanımıştır. Banka, kasanın içinde ne bulunduğunu ve buna kimin mâlik olduğunu bilmemektedir; çünkü temsilcinin oraya kendi kişisel evrakını koymasını hiçbirşey engelleyemez. Üstelik bir kasa muhtevasının terekeye girecek değerler olması da zorunlu değildir. Örneğin, mirasbırakan samimî bir mektuplaşmasını saklamaktadır ve temsilcisine, ölümünden sonra onları yoketme görevini yüklemiştir. Kiracı, şeyleri kasaya saklarken onların bankanın bütün kontrolünden kurtulmasının kabul etmiş ya da istemiştir. Bu yüzden, bankanın kasa muhteviyatı hakkında, kiracı ile onun temsilcisi arasındaki ilişkileri araştırma zorunluluğu yoktur.

— *Hesap sahibinin mirasçılarının saklatılan varlıklar üzerinde hakları yoktur.* Tersî bildirilmedikçe bankanın hesap sahibini oraya yatırdığı varlıkların mâliki olarak kabul etmesi gerekiyorsa, malların ona ait olmadığını öğrendiğinde durum farklı bir görünüş kazanabilir. Hesap sahibinin sadece bir güvenilen olmasında durum özellikle budur. Bu ihtimalde Federal Mahkeme, mülkiyet naklinin, yedek bir güvenilen yararına yapılmış ölümden sonra da geçerli bir yetki tanınması ile gerçekleştirilebileceğini kabul etmiştir (ATF 78 II 445). Dolayısıyla banka, artık hesap sahibinin mirasçıları bakımından tasarlanmaksızın temsilcinin emirlerini kabul edebilir.

II. Temsil ile ilgili devletler hususî hukuku kaideleri :

Federal Mahkeme, devletler hususî hukukunun temel kaidesi olarak aşağıdaki prensibi koymuştur: «Bir sözleşmenin hükümleri, tarafların anlaşma ile uygulanacağını belirttikleri, durumlardan anlaşılana hukuka göre çözümlenmelidir. Tarafların belirli bir iradesi bulunamıyorsa, sözleşmenin en geniş mahallî ilişige sahip olduğu ülkenin hukuku uygulanmak gerekir. Gözönünde tutulan mahallî ilişkiler arasında bu bakımdan en önemli olanı, ödeme yeridir» (ATF 77 II 86). Belirtmek gerekir ki, incelenen olay bakımından temsil

edilenin bütün varlıkları üzerinde bir temsil yetkisi tanınması değil, fakat bazı özel mallar üzerinde bir yetkinin verilmesi söz konusudur. Gerçekten de müşteri, bir başka kişiyi, kendisine belirtilen bir banka nezdinde temsil etmek üzere yetkilendirmektedir. Bundan anlaşıldığı gibi, temsilcinin faaliyetleri bankanın şubesi dışında bir ifa yerine sahip olamaz. Bundan ötürü, tersine anlaşma bulunmadıkça, temsil edilenin ve edenin ikametgâhları neresi olursa olsun, İsviçre Hukuku uygulanacaktır.

III. Banka sırlarının temsil edilene ve temsilciye uygulanması:

Temsil ettiği kişi ile aynı anda, daha önce ya da daha sonra ölen temsilcinin mirasçıları, onun hesap üzerindeki hakkının sırf şahsî bir hak olması sebebiyle, hiçbir edinme hakkına sahip değildir. Temsil edilene gelince, onun mirasçıları yukarıda birinci başlık altında gösterildiği üzere bilgi edinebilirler. Bununla birlikte, temsilcinin, hesap sahibinin varlıklar üzerinde, ölümle geçmeyen şahsî bir haktan başkasına sahip olmadığını, ya dolaylı temsilci olarak davrandığını, ya da sadece inançlı mülkiyete sahip bulunduğunu ispat ettiği ihtimallerde banka, mirasçılara herhangi bir bilgi vermeyi reddetmelidir. İhtilâf çıktığında bunların, ancak temsilciye yöneltebilecek bir hakkı bulunabilir.

f) Bağımsız bir hukuk süjesine varlıkların devredilmesi :

Herkes mallarını ister daha önceden varolan, ister o suretle yaratılan bir hukukî varlığa devredebilir. Özellikle İsviçrede bir aile tesisi, ya da bunu tanzim eden bir hukuk camiasında kurulmuş bir «tröst» söz konusu olabilir. Tesis ya da tröstün konusu, belirli varlıkları bazı özel gâyelere, özellikle bir aile fertlerinin eğitimine yerleştirilmesine ve onlara yardıma tahsis etmektir.

Tasarrufu yapanın mirasçıları, bu hukukî varlığa yapılan mal temlikleriyle haklarını çığnenmiş addedebilirler. Tesis ya da tröst, tâbi bulunduğu hukukun gereklerine uymuyorsa, mirasçılar bunun iptalini de isteyebilirler. Örneğin bir ailenin belirli fertlerine muhtaç oldukları takdirde, önemli bir meblağı emirlerine tahsis eden bir İsviçre aile tesisi, bu kişilerin muhtaç olmamaları halinde hükümsüz kılınabilir (ATF Sem. Jud. 1956, sh. 7 is.).

Bundan başka, mahfuz hisseli mirasçılar duruma göre mahfuz hisselerinin çığnendiği kanısında iseler, tenkis dâvası açmağa yetki-

lidirler. İsviçre aile tesislerine temlik edilen mallar, tasarruf nisabını aşamaz (İsv. MK. 493). Tröste gelince, mahfuz hisseli mirasçılarının hakları konusundaki tutumlar, bir hukuktan öbürüne değişir. Bununla birlikte, onları kabul ederek düzenleyen müsbet hukuklarda genel olarak önce tröstün bir bağışlama mı sayılacağı, yoksa bir edimler değiş tokuşu mu olduğu, örneğin tröstün yaratıcısına karşı, ölünceye kadar bakma borcu altına mı girdiği sorulmalıdır. Mülkiyetin yabancı bir tröste geçirilmesinin bir bağışlama sayıldığı durumda, bu, prensip olarak, yaratıcısının mirasın intikalinde uygulanacak mahfuz hisse kaidelerini bertaraf etme sonucunu doğurmaz. Tröstün mahfuz hisseleri aşan kısmı, çok kere geri alınabilecektir. Tröstün mahfuz hisseli mirasçılarının kârdan faydalanacaklarını, fakat belirtilen bir yaşa kadar sermayeye dokunamayacaklarını öngördüğü ihtimalde durum tartışma götürür. Belli durumlarda kabul etmek gerekir ki, tröst onları tecrübesizliklerine karşı korumak gâyesini taşımaktadır. Sermaye, onların tasarrufuna ancak çok ileri bir yaşta terkedilmeyecekse, bunun onları mahfuz hisselerinden mahrum etme anlamını taşımayacağını kabul etmek gerekir.

Bankanın mirasçılara karşı saklayan sıfatıyla sorumluluğu yoktur. Gerçekten bunların hakları ancak tesisin yöneticilerine ya da tröstün kurulması halinde onunkilere karşı ileri sürebilir. Bankacılar, özel olarak bu görevlerden birini yerine getirmiş olmadıkça sorumlulu olmazlar.

Banka sırları konusunda, bir tröstün ya da tesisin kurulmasının bir bağışlamanın icrası ile bir tutmak gerektiğini kabul ediyoruz. Bundan dolayı, mahfuz hisseli mirasçılara, I. başlıkta açıklanan prensiplere göre, varlıkların bir tröst ya da tesisi temliki hakkında bilgi verilecek ya da verilmeyecektir.

g) Bankaya tevdi edilen ölüme bağlı tasarruflar :

I. Ölüme bağlı tasarruflar alınmadan incelenmesi gereken noktalar :

Bir müşterinin ölüme bağlı tasarruflarını bir banka nezdinde saklatmak ve bu konuda danışmak istemesi tamamen hukuka uygundur. Banka bu durumda aşağıdaki noktaları incelemelidir:

— İlgili evliyse, bankadaki varlıkların statüsü, özellikle evlilik mal rejimleri bakımından, nedir?

— Müşterinin ikametgâhı ve vatandaşlığı sebebiyle, mirasının geçişi hangi kanuna tâbi olacaktır?

— Uygulanacak hukuk, kanunî mirasçılar için bir mahfuz hisse öngörmekte midir?

— Öngörülmekte ise, ilgilinin yapmak istediği tasarruflar, bunlar hakkındaki kaidelere uygun mudur?

— Ölüme bağlı tasarruflar için konmuş bulunan şekil nedir?

II. İsviçrede ve yabancı ülkelerde bir vasiyetnamenin muteberiyeti için kabul edilen şekil :

İsviçre Hukuku, el yazısı ile vasiyetnamenin tamamen onu yapan tarafından yazılması ve eliyle imzalanması gerektiğini belirtmektedir. Vasiyetname, tanzim edildiği yeri, bunun gibi tarihi de ihtiva etmelidir. İlgili çekicidir ki, bankaya yöneltilmiş bir mektup, sadece vasiyetnameye has cümlelerden ibaret olmasa ve vasiyetname ya da buna benzer bir başlık taşımasa bile, yukarıda belirtilen şekil şartlarını tamamlamış ve ayrıca onu yaratanın *animus testandi*'sini iyice açıklıyorsa, muteber bir vasiyetname teşkil edebilir. (ATF, Sem. Jud. 1962 sh. 437 is.).

Banka, İsviçre kanunu hükümlerine uygun bir vasiyet tasarrufunu kabul ederken, yabancı bir ülkede ikamet eden bir müşteri söz konusu ise, ayrıca vasiyetnamenin ikametgâh yeri kanununa göre de muteber olup olmadığını araştırabilir. İsviçrede muteber bir vasiyetname, Alman, Avusturya, İtalya ve Fransa kanunlarının gereklerine de uygundur. İngiltere ve Birleşik Amerikanın birçok ülkelerinde ise, iki tanığın varlığı gereklidir. Bu ülkelere birinde açılacak bir miras için, resmî vasiyetname tanzim olunması tavsiye edilmelidir. Bu son vasiyetname şekli, Hollanda ve Portekizde ikamet eden kimseler için, bu devletler el yazısı ile vasiyetnameyi tanımadıklarından zorunludur.

III. Vasiyetnameyi saklayan bankanın sorumluluğu :

Yabancı bir ülkede ikamet eden bir kişi söz konusu olduğunda, vasiyetnamenin şekil ve esas bakımından muteberliğini tesbit etmek bazan kolay değildir. Bundan dolayı, banka vasiyetçiye durumun ne olduğunu bildirmekle iyi eder. Herhalde banka, vasiyetnamenin saklayıcısı olmak dışında bir sorumluluğa sahip değildir. Onun muteber olup olmaması, bankanın faaliyetleri dışında kalan bir meseledir. Çok kere müşteriler ona vasiyetnameyi ihtiva eden mühürlü

bir zarf verirler. Hukukî bir nokta üzerinde tereddüt edildiğinde, vasiyetname tasarrufunun kişiye sıkı surette bağlı mahiyeti yüzünden, muteberliğini sağlama konusundaki gerekli bilgileri, özellikle bir noterden edinme, vasiyetçiye düşer.

Vasiyetçinin ölümü tebliğ edildikte, bankanın elindeki ölüme bağlı tasarrufları, mirası tasfiye etmekle yetkili makamlara tevdi etmesi gerekir. Kendisine tevdi edilen varlıkları, mirasın intikalini beklemeden ifa ederse, III. başlıkta açıklandığı üzere mirasçılarının bir iptal ya da tenkis dâvasını başarı ile bitirmeleri durumunda sorumlu olur. Bu dâvaların dışında müşterisinin, tevdi ettiği vasiyetnameden sonradan rücu ederek kendisine bildirmeden yeni bir tasarruf yapmasından doğacak tehlikelere de katlanır. Üstelik banka iki durumda mirasbırakanın alacaklıları tarafından da dâva edilebilir. Miras reddedilmiştir ve alacaklar karşılanmamaktadır. İflâs masası ya da mahfuz hisseli bir mirasçının alacakları, ona karşı malın yokluğundan ötürü bir tenkis dâvası açabilirler; çünkü mirasçı hakkını bizzat ileri sürmeyi istememektedir.

SONUÇ

Belirtmek gerekir ki, son 30 yılda mahkeme içtihatlarının gelişmesi, bağışlayana çok yetki bırakan sağlar arasındaki tasarrufların bu mahiyetini sınırlamak eğilimindedirler. Böylece, başkası yararına sözleşme ile birleştirilmiş üçüncü kişi yararına saklama, bağışlama, bağışlayan yararına tasarruf hakkı saklı tutulmuş bağışlama ve bir bağışlamayı gerçekleştirmek üzere verilmiş, ölümden sonra da muteber temsil gibi kombinezonlar, ölüme bağlı tasarruf şekline bürünmemişlerse, mirasçılar tarafından iptal edilebilirler. Bunun sonucu olarak da, mirasçılarının rızası olmadan ifa edilemezler. Söz konusu olan bazı sınır olaylarında bankalar müşterilerinin direktiflerini kabulde kendilerini haklı görebilirler. Ölüm sebebiyle intikal ile ilgili hükümlerin titiz uygulanmasının zorunlu sonucu, mirasçılara banka sırrı itirazının daha az katı bir biçimde uygulanmasını gerektirebilir. Bununla birlikte sanıyoruz ki, bankalar, gelecekte de mirasbırakanın hatırasını meslekî sır vasıtasıyla saklamaktan vazgeçmiyeceklerdir. Mahkemeler, mirasbırakanın hakları mirasçılara hesap durumuna göre mirasçılara geçtiği zaman, bankalar ölmüş olan müşterinin haklarını kullandığı varlıkları bakımından, mirasçılarının haklarının korunması için gerekli tedbirleri aldıkları ölçüde, bu sahadaki bankacılık sırrını tanımaya devam edebileceklerdir.