

## İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 1974 YILI BORÇLAR HUKUKU KARARLARI (\*)

Çeviren :

*Doç. Dr. Şener AKYOL*

### 1974 Yılı Borçlar Hukuku Kararlarının Listesi (\*\*)

1. BGE 100 II 18, JdT 1974 I 354
2. **BGE 100 II 24, JdT 1975 I 67 (III)**
3. **BGE 100 II 30, JdT 1975 I 73 (V)**
4. BGE 100 II 34, JdT 1975 I
5. BGE 100 II 120, JdT 1975 I 162
6. BGE 100 II 134, JdT 1975 I
7. **BGE 100 II 144, JdT 1975 I (IV)**
8. **BGE 100 II 145, JdT 1975 I 326 (VI)**
9. **BGE 100 II 153, JdT 1975 I 174 (VIII)**
10. BGE 100 II 200, JdT 1975 I 180
11. **BGE 100 II 330, JdT 1975 I 609 (I)**
12. **BGE 100 II 332, JdT 1975 I 280 (II)**
13. BGE 100 II 339, JdT 1975 I 278
14. BGE 100 II 345, JdT 1975 I 615
15. **BGE 100 II 361, JdT 1975 I 188 (VII)**
16. BGE 100 II 450, JdT 1976 I 89

---

(\*) Karar çevirilerinde, okumayı kolaylaştırmak için, önemli bazı kavramlar italik, bazıları espase olarak dizdirilmiştir.

(\*\*) Aşağıdaki listedeki kararların siyahla dizilmiş olanların çevirisi burada yer almıştır. Diğerleri ise ayrıca yayımlanacaktır.

## I. TAMAMLANMAMIŞ SÖZLEŞME

**Kira sözleşmesinin uzatılması anlaşması - Uzatma anlaşmasında kira parasının kararlaştırılmamış olması - Uzatma sözleşmesinin tamamlanmamış olması - Sözleşmenin esaslı noktasında anlaşmama - Bu noktanın dürüstlük kuralına göre**

20 Temmuz 1959 tarihli sözleşme ile karı koca *Fredy ve Barbara Morel Bayan Steiger*'den *Kloster*'de yıllık 4.000.— franga bir mağaza, bir konut ve bir mahzen kiraladılar. Kira ilişkisi 1 ekim 1959'da başlayacak ve on yıl devam edecekti. Kiralayan, 1 temmuz 1963 tarihli yazılı bir anlaşma ile kiracının kiralanan yerdeki değişiklikleri yapmasına karşılık, kararlaştırılan kira süresinin on yıl uzatılmasını kabul etmiştir.

Eğer taraf iradeleri 1963 yılında sözleşme ilişkisinin 1 ekim 1969 tarihinden itibaren aynı kira parası ile uzatılması yolunda olsa idi, onlar bunu açıkça kararlaştırmış olmalı idiler. Birkaç yıldır genellikle hayat pahalılığı, özellikle kira paraları devamlı olarak artmaktadır. Hal böyle olunca, açık bir anlaşma bulunmaması sebebiyle, dâvacının 1963'deki anlaşma ile, 1959'da kararlaştırılmış olan kira parasını muhafaza ederek, kira sözleşmesini 1 ekim 1969'dan itibaren on yıl uzattığı kabul edilemez. Kira parası gibi sözleşmenin esaslı unsuru hakkında tarafların anlaşması bulunmaması sebebiyle 1 ekim 1969'dan itibaren başlayan dönem için bir sözleşmenin bulunmadığı itirazında bulunulabilecektir. Bu halde uyuşmazlık konusu tatmin edici şekilde çözülemezdi. Şüphesiz benzer durumda, genellikle müzakerelerin başarısızlığa uğradığı ve sonuçta tarafların Borçlar Kanununun 1. maddesi (BK. 1) anlamında iradelerini birbirine uygun biçimde açıklamadıkları düşünülecektir. Bununla beraber, bu durumdan tarafların ücret miktarını kararlaştırmadan bir şeyin paralı olarak kullanılmasının temlikini devir hususunda anlaşmaları halini birbirinden ayırmak gerekir. Bu hal, tamamlanmamış sözleşme'dir, hâkim uyuşmazlık halinde dürüstlük kurallarına göre

onu tamamlar (SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1, N. 61 ve 65; PIOTET, La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse, s. 30 vd.).

Kira hukukunda Borçlar Kanununun 322 I, 374 ve 394 III. maddelerine (BK. 323, I, 365, 386 III)\* benzer hüküm yoktur. Bununla beraber bu maddeler genel bir kuralı ifade etmektedirler (Bkz. Alman hukuku için aynı anlamda ROQUETTE, Das Mietrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Systematischer Kommentar, § 535, N. 238/239). 1 temmuz 1963 anlaşması sırasında taraflar daha önce yapılmış olan bir kira sözleşmesi ile bağlı bulduklarından ve 1 ekim 1969'dan itibaren başlayacak yeni on yıllık dönem için aynı yerlerle ilgili sözleşmenin uzatılması ilkesi üzerinde anlaşmış olduklarından, dâvada bu kuralın uygulanması daha fazla kendini haklı gösterir. Bu durum BGE 99 II 290 vd'da yayınlanan karardaki gibidir. Şu farkla ki, orada taraflar kira parasının değiştirilebileceği hususunda açıkça mutabık kalmışlardı (*Federal Mahkeme*, I. Hukuk Dairesi, 24 eylül 1974, Morel ve Steiger Dâvası, BGE 100 II 330, JdT 1975 I 609).

---

(\*) İsviçre Borçlar Kanunu'nun "Hizmet sözleşmesi" ni düzenleyen onuncu babı 1.1.1972'de yürürlüğe giren 25.6.1971 tarihli federal kanunla yeniden düzenlenmiş, bu düzenlenme sırasında bazı maddelerin yeri ve sırası değişmiştir. Eski şekli ile OR 322'de "Umumî Mukavele" düzenlenmişti; şimdi ise OR 322'nin kenar başlığı "C. İşverenin borçları. I. Ücret. 1. Niteliği ve genel olarak miktarı" dır.

## II. CEZA ZAMANAŞIMI

Ceza zamanaşımı - Hükümün konuluş amacı - Failin sübjektif olarak cezalandırılmaması halinde zarar görenin ceza zamanaşımından yararlanıp yararlanmayacağı - Tazminatın tesbiti ve indirilmesi - Çocukların sebep oldukları zarar - "Orta kusur" kavramı

### *Olaylar :*

A. — 28 temmuz 1965 günü, 1956 doğumlu olan *Barbay*, *Boven* ve *Krumel* adlı çocuklar maytap yakarak eğlenmekteydiler. Köyün sakinlerinden biri tarafından evlerine dönmeleri istenince çocuklar *André Müller*'e ait samanlığa girdiler. *Boven*'in ateşleyip fırlattığı son maytap samana takıldı ve yangına yol açtı. Samanlık kül olurken *André Denoréaz*'in bitişikteki evinin çatısı, üst tarafı ve merdivenliği zarara uğramış veya ciddî olarak yanmıştı.

21 ekim 1965 günü *Küçükler Mahkemesi* başkanı üç çocuğu İsviçre Ceza Kanununun 222. maddesi gereğince ihmal ile yangına sebebiyet vermekten sorumlu buldu. Çocukların yaşını ve o zamana kadar anne ve babaları tarafından cezalandırılmış olmalarını dikkate alarak Ceza Kanununun 88. maddesinde yer alan daha geniş tedbirleri almadı.

*Denoréaz*, *Kanton Yangın Sigortası Müessesesi*'nden gayrimenkulüne zarardan 72.000 frank, menkullerinin uğradığı zarardan 6.500 frank ve kira parasından mahrum kalmasından da 2530 frank aldı. Önce *Barbay*'in babasının mali mesuliyet sigortasını yapmış olan "*Assurance mutulle vaudoise*"dan, sonra da babadan zararının geri kalan kısmının tazminini sağlamak üzere boşuna çaba gösterdi. Davada dışında Yangın Sigortası tarafından karşılanmayan zararının tesbit edilmesi amacı ile bir bilirkişi incelemesi yaptırdı.

B. — *André Denoréaz* 5 mayıs 1970 tarihinde *Pierre-André Barbay* ile babası *André Barbay*'e karşı 20375.70 frank tazminat ödemesi için dâva açtı.

Davalılar davanın reddini talep ettiler ve *Boven*'i davaya davet ettiler, *Boven* ise *Krumel*'e ihbarda bulundu.

Dâvacı talebini değiştirerek iddiasını *Pierre-André* ve *André Barbay* ile *Bevan* ve *Krumel*'e karşı yöneltti.

Dâvalılar dâvanın reddinin istediler, aralarından anlaşarak karşılıklı taleplerden vazgeçtiler.

*Vaud Kantonu Hukuk Mahkemesi* 8 temmuz 1974 tarihli hükmü ile davalı *André Barbay*'a karşı olan davayı reddetti ve *Pierre-André Barbay* ile *Bevan* ve *Krumel*'in müteselsil olarak davalıya 11113 frank ödemeye, faizin 29 temmuz 1965 tarihinden itibaren işlemeye başlamasına, tazminattan 3000 frankın indirilmesine, daha geniş olan diğer taleplerin reddine karar verdi. Gerekçeleri kısaca şöyledir:

Dâvacının yangının faillerine karşı açmış olduğu dâva z a m a n a ş ı m ı n a uğramamıştır, çünkü cezalandırılması gereken fiilden itibaren beş yıl içinde açılmıştır (Borçlar Kanunu 60 II, Ceza Kanunu 70, 222). Üç çocuk oynarken birlikte davranışlarında tam teselsül vardır. Dokuz yaş civarında bulduklarından davranışlarının tehlikeli niteliğini idrak edecek durumda idiler ve bu nedenle de haksız fiillerinden sorumludurlar. Borçlar Kanununun 43. maddesine göre (BK 43) anne ve babalarına itaat etmeyen ve basit bir ihtiyat kuralına uymayan çocukların kusurunun hafif olarak nitelendirilmesi mümkün olmadığından tazminatta bir indirim yapılamaz. Bununla beraber Borçlar Kanununun 44. maddesinin II. fıkrasına göre (BK 44 II) onları sıkıntıya düşürmemek için bir indirim yapılması zorunludur. Dâva dışı ve dâva sırasında yapılan bilirkişi incelemelerine göre dâvacının zararı 15375 frank tutmaktadır. Borçlar Kanununun 44. maddesinin II. fıkrasının (BK 44 II) uygulanması sonucu hakkaniyete göre 300 frank indirilmiştir.

C. — *Pierre-André Barbay*, *Boven* ve *Krumel* Federal Mahkemeye başvurmuşlardır. Dâvanın reddini, ikinci derecede de dâvacıya bağlanan tazminattan 4000 frank indirilmesini talep etmektedirler.

Federal Mahkeme temyiz müracaatını reddetmiştir.

*Gerekçelerden özetler :*

2. — *Kanton mahkemesi*, dâvalıların zamanaşımı defini takdir ederken Borçlar Kanununun 60. maddesinin II. fıkrasını (BK 60 II) dikkate alarak hukuk hâkiminin fiilin cezalandırılabilir karakterini tayin bakımından ceza hakimin kararı ile bağlı olduğunu mütalâa etmiştir. *Küçükler Mahkemesi* olayda üç çocuğun İsviçre Ceza Kanununun 222. maddesindeki suçu işlemiş olduklarını açıkça kabul ettiğinden fiil, o b j e k t i f ve s ü b j e k t i f olarak cezalandırılabilir idi. İhmal ile yangın çıkarma suçu beş yıllık zamanaşımına bağlıdır. Bu uzun süreli zamanaşımı hukuk dâvasına uygulanır ve fiilin işlendiği günden itibaren işlemeye başlar. Şu halde dâvacının 28 temmuz 1965 günü çıkan yangının faillerine karşı açtığı dâva 5 mayıs 1970'de zamanaşımına uğramamıştı.

Temyiz müracaatçıları bu görüşü reddetmektedirler. İsviçre Ceza Kanununun 222. maddesi anlamında ihmal ile yangın çıkartmanın o b j e k t i f olarak işlenmiş bulunduğunu ve bu suç için beş yıllık zamanaşımını tamamen kabul etmelerine karşılık İsviçre Ceza Kanununun 82. maddesine göre çocukların cezalandırılması özel bir durum olduğundan Borçlar Kanununun 60. maddesinin II. fıkrasının uygulanabileceği konusunda şüphe ortaya koymaktadırlar. Diğer taraftan dâvada ceza müeyyidesinin bulunmaması, Borçlar Kanununun 60 II. maddesi anlamda bir "cezalandırılabilir fiil" in varlığını ortadan kaldıracaktır. Kanunun amacı (ratio legis) da küçükler hâkiminin kararı ile çocukların bir ceza tedbirine çarptırılmaması kararlaştırıldığı ândan itibaren bu hükmün uygulanmamasını zorunlu kılar.

a) Borçlar Kanununun 60 II. maddesi zarar görenin, suç failine karşı medenî hukuk alanındaki hareket imkânını genişletmek amacını gütmektedir. Genellikle doktrin ve içtihatça kabul edildiği üzere *bu hüküm, haksız fiil işleyen kendisi için daha ağır sonuçları olan ceza koğuşturmasına uğrayabilirken, zarar görenin ona karşı haklarını kaybetmesinin mantıksız olduğu düşüncesine dayanmaktadır.* (BGE 91 II 432 ve devamı, gerekçe 5 ve orada anılan kararlar). Borçlar Kanununun 60. maddesinin iki fıkrasının arka arkaya gelişi, kanunkoyucunun ceza zamanaşımı dolmadan hukuk dâvasının zamanaşımına uğramasını önlemek iradesini taşıdığını göstermektedir (BGE 77 II 319). 60. maddenin II. fıkrası ne bir ceza koğuşturmasına başlanmış olmasını, (BGE 93 II 500 ve anılan kararlar) ne de önce-

likle bir mahkûmiyet kararının verilmiş olmasını (BGE 96 II 43, gerekçe 3 a) gerektirmektedir. Ceza hâkimi bir mahkûmyiete veya be-  
raate (veya kamu dâvasının mevcudiyeti hakkında başka birimde) ka-  
rar vermiş olmadıkça, hukuk hâkimi failin fiilinin ceza kanunu anla-  
mında bir suç teşkil edip etmediğini serbestçe takdir eder (BGE 93 II  
501). Borçlar Kanununun 60 II'deki zamanaşımı, başlangıç ânı ve de-  
vamı hariç hususî hukuk, bu arada İsviçre Borçlar Kanununun 127.  
(Türk Borçlar Kanununun 125) ve devamı maddelerine bağlıdır; eğer  
böyle olmasaydı zarar görenin açtığı dâvasının akibeti, hiçbir şekilde  
etkilemeyeceği ceza koğuşturmasının arzedeceği başarıya göre deği-  
şecekti. Bu noktadan itibaren ise ceza dâvasının ne zaman ve nasıl  
sona ereceği büyük önem taşımazdı. (BGE 91 II 434, BGE 96 II 44,  
BGE 97 II 138, gerekçe 2).

b) Borçlar Kanununun 60 II maddesi (BK 60 II) o b j e k-  
t i f olarak cezalandırılabilir bir kabahat ve cürüm bulunmasını  
şart kılmaktadır (BGE 60 II 35). BGE 44 II 176 kararına dayanan  
*hâkim görüş*, suç failinin s ü b j e k t i f olarak da cezalandırıl-  
masını aramaktadır (OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 60, N. 15;  
GUHL/MERZ/KUMMER, Das schweizerische Obligationenrecht,  
s. 176; ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, s. 388; VON  
BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, s.  
427, n. 5 ve not 74; PETERMANN, La prescription des actions,  
Revue Suisse d'assurance 1959/60, s. 362; GIRSBERGER, Die Ver-  
jährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenerzatzforde-  
rungen, Thèse Fribourg 1963, 26 ve devamı). Buna karşılık BECKER  
kamu dâvasının varlığını yeterli görmektedir, bu şartın gerçekleşip  
gerçekleşmediğini araştırmak (kesin ceza hükmü hali hariç olmak  
üzere) hukuk hâkiminin görevidir; kesin ceza hükmü olan bu var-  
sayımda hukuk hâkimi bir *haksız fiil bulunup bulunmadığını* daima  
araştırabilir, fakat fiilin *cezalandırılabilir olup olmadığı* noktasında  
bağlıdır (Art. 60; N. 3). VON TUHR/SIEGWART (I, s. 375) me-  
seleyi çözümsüz bırakmaktadırlar. BÄR aksine ehliyetsizliği veya  
ölümü sebebiyle cezalandırılmasa bile kamu dâvasının bütün suç-  
lulara karşı ilke olarak mevcut olduğunu kabul etmektedir (Gedan-  
ken zur praktischen Anwendung der Strafrechtlichen Verjährungs-  
fristen im Zivilprozess, RSJ 1965, s. 74). ROSSEL (Manuel du droit  
fédéral des obligations, 4. éd 1920, s. 116) ve FUNK (Handkom-

mentar des Obligationenrechtes, Art. 60, N. 3) aynı yönde düşüncelerini açıklamaktadırlar.

c) Bu sonuncu görüş Borçlar Kanununun 60 II. maddesinin (OR 60 II) suçtan zarar gören mağduru daha uzun bir zamanaşımından yararlandığı için Borçlar Kanununun 60 II (BK 60 II) konuluş amacına daha iyi cevap vermektedir. Bu fayda, ceza hâkiminin s ü b j e k t i f unsuru dikkate alması sebebiyle tesadüfe bağlı olmaz. İstikrarlı inceleme sonunda sorumlu olmadığı belirlenen veya mahkûmiyetten önce ölen şahsın o b j e k t i f olarak işlediği suç söz konusu olunca, 60 II'deki süre, ceza dâvasının düşmesine rağmen işler. Bu dâvanın zamanaşımı süresi benzer durumda dâvayı sona erdiren tarihle değişmez. Fiilin cezalandırılabilir olması ve hukuk dâvasında dâvalıya kabili atıf olması yeterlidir. Borçlar Kanununun 60 II. maddesindeki uzatılmış zamanaşımı ceza müeyyidesinden bağımsız bir medenî hukuk kurumudur. Hukuk güvenliği zarar görenin haksız fiil failinin sübjektif isnat kabiliyetine bağlı olan ceza koğuşturmasının belirsizliğinden müteessir olmadan, zarar görenin sadece ceza araştırması ile elde edebileceği bilgilerden de yararlanmasını zorunlu kılmaktadır.

d) Dâvada temyiz yoluna başvuranlar suçun işlendiği anda dokuz yaşında idiler ve İsviçre Ceza Kanunu hükümlerine bağlı idiler (md. 82, II, 83 ve devamı). Küçükler hâkimi 21 ekim 1965 tarihli kararında hukuk mahkemesine bağliyyacak şekilde "sanıkların İsviçre Ceza Kanununun 222. maddesi anlamında ihmal ile yangın çıkarma suçunu işlediklerini" t e s b i t etmiştir. Ceza Kanunu'nun altı ile ondört yaş arasındaki küçükler için sadece eğitici tedbirler, özel muamele veya disiplin cezası, hatta İsviçre Ceza Kanununun 88. maddesindeki şartlarla her türlü tedbirden vazgeçilmesini öngörmesi; ve küçükler hâkiminin bu maddeyi dâvada uygulamış olması önemsizdir. Dâvalılar tarafından işlenen ihmal ile yangın çıkarma suçu İsviçre Ceza Kanununun 70. maddesindeki beş yıllık zamanaşımına bağlıdır, ve bu zamanaşımı dâvacının hukuk dâvasına Borçlar Kanununun 60 II. maddesi uyarınca uygulanacaktır.

e) Hususî hukuk alanında Kanton Mahkemesi bağımsız olarak üç çocuğun davranışlarının tehlikeli niteliğini idrak edebileceklerini tesbit etmiştir; bundan da doğru biçimde k u s u r l u oldukları



ve haksız fiillerinden s o r u m l u buldukları sonucuna varmıştır.

Temyiz müracaatçıları müteselsil sorumluluklarını münakaşa etmemişlerdir. Aralarından sadece biri yangın çıkaran maytabı atmış olsa bile, tehlikeli bir oyunu birlikte oynamak konusunda irade birliği ile anlaşarak hareket etmişlerdir. Azarlandıktan sonra büyüklerin gözetiminden bilerek kurtulmuşlardır. Kanton makamı tarafından müşahade edilen itaatsizlikleri, Borçlar Kanununun 50 I. maddesi gereğince müteselsil sorumluluklarını doğuran karşılıklı olarak birbirlerini baştan çıkarmalarına yolaçmıştır.

f) Zarar görenin ceza zamanaşımının sona ermesinden sadece birkaç hafta önce dâva açmış olması onun bu müdahalesinin hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmesini sağlamaz. Olayların cereyanı ve özellikle zararın dâva dışı bilirkişi incelemesi ile önceden tesbit edilmiş olması, bu gecikmeyi açıklamakta ve haklı göstermektedir.

3. — Temyiz müracaatçıları “çocukların kusurunu hafif değil, başka deyişle ağır olarak tesbit eden” Kanton Mahkemesine Borçlar Kanununun 43. maddesini (OR 43) uygulamayı reddetmesi sebebiyle eleştiri yöneltmişlerdir. Temyiz edilen karar yaş küçüklüğü unsuru daima dikkate alan içtihat ile çelişkili olmaktaydı. Borçluların sıkıntılı durumuna eklenen bu unsur % 30’dan fazla bir sorumluluğu haklı göstermezdi.

a) Federal Mahkemenin genellikle borçlunun bir çocuk olması halinde tazmin borcunda hissedilir bir indirim yaptığı doğrudur. İndirimin miktarı kusurun ağırlığına ve sorumlunun yaşına bağlıdır (Özellikle şu kararları karşı. BGE 43 II 205, BGE 67 II 49, BGE 70 II 136, BGE 82 II 25 ve BGE 90 II 9).

Temyiz müracaatçıları *Kanton Mahkemesinin* kusurlarını ağır olarak kabul ettiğini söylerken yanılmaktadırlar. Bu görüş temyiz edilen kararlarla çelişki halindedir, karara göre kusur hafif değildir, fakat “Borçlar Kanununun 44 II. maddesinin (BK 44 II) uygulanmasını önleyecek ağırlıkta da değildir”. Haklı olarak Vaud Kantonu Hukuk Mahkemesi böylece doktrinde daima yapılagelen ikili kusur ayırımını zımnî olarak bertaraf etmektedir. Böyle bir ayırım, *ağır* ne de *hafif* fakat “o r t a” olan kusur derecelerini ortaya çıkaran hayat tec-

rübelerine aykırıdır. Kanun metinlerinin kusurun ağırlığına veya hafifliğine bazı hukukî sonuçlar bağlamış olması, ara derecede kusurun bulunmayacağı anlamına gelmez.

Dâvada temyiz müracaatçıları mahkûm edildikleri tazminatın meydana getirdikleri zararın çok küçük bir bölümü olduğunu, bu bölümün bizzat kabul ettikleri % 30'dan da az olduğunu görmezlikten geliyorlar. Dâvacının toplam zararı 96000 frankı aşmaktadır. Temyiz edilen karar ile 12375 frank ödemeye mahkûm edilen dâvalılar, bu zararın ancak 1/8'ini karşılamaya mecbur edilmişlerdir. Gerçekten *Kanton Yangın Sigorta Müessesesi* tarafından sigortalıya ödenen tazminattan yararlanamayacaklar, aksine bu şahıs tarafından ödenen primlerden yararlanacaklardı. Dosyada zarar faillerine karşı *Sigorta Müessesesinin* bir rücu dâvası açma niyetinde olduğunu gösteren hiçbir işaret yoktur, diğer taraftan bu dâva zamanaşımına uğramıştır. Dâvalılar da ne kendilerine böyle bir dâvanın açılacağını ne de zamanaşımının kesilmiş olduğunu iddia etmiş değillerdir.

Bu şartlarda dâvalıların istifade ettirilmiş olduklarından daha yüksek bir indirim haklı olmaz ve temyiz müracaati bu noktada reddedilmelidir.

b) Borçlar Kanununun 44 II. maddesini (BK 44 II) uygulayarak yaptığı 3000 franklık indirimi desteklemek üzere *Kanton Mahkemesi* üç davalının "bugün onsekiz yaşında olduklarını" ve "bu yaştaki gençlerin genellikle meslekî yetişmelerinin başlangıcında olduklarını henüz hayatlarını kazanmadıklarını veya hiç olmazsa çok sınırlı ölçüde kazandıklarını" belirtmektedir.

Bu biçimde gerekçe vermekle esas mahkemesi, Borçlar Kanununun 44 II. maddesinin ilke olarak zorunlu kıldığı üzere herbir sorumlu için indirim sebeplerinin somut takdirini yapmamıştır. Esas mahkemesinin kabul ettiği üzere onsekiz yaşındaki gençler meslekî eğitimleri süresince ve servetten yoksun da olsalar, sorumlular bir defa meslekî eğitimlerini 12375 franklık bir zararın üç kişi arasında müteselsil olarak tazmin edilmesi, tamamiyle katlanılabilir bir malî yük teşkil eder. Şu halde 3000 franklık indirim haklı değildir. Temyiz edilmemesi sebebiyle bu indirim muhafaza edilmelidir.

(*Federal Mahkeme*, I. Hukuk Dairesi, 6 aralık 1974, *Baybay* ve diğerlerine karşı *Denoréaz* dâvası; BGE 100 II 332 = JdT 1975 I 280).

### III. GAYRİMENKUL SATIMINDA KİSMEN ZAPT

**Gayrimenkul satımı - Kısmen zapt - Alıcı ile üçüncü şahıs arasında dava içi sulh sözleşmesi - Satıcının garanti borcu - Davanın ihbarı.**

*Olay :*

A. 22 mart 1966 günü *Holzer, Zenhäuser*'de bulunan ve tapu kütüğünün 17. sayfasında ve 74 ve 75 sayıları altında kayıtlı bulunan gayrimenkulleri *Margaretha Fux*'a sattı. Birinci gayrimenkul evin bir payından, ikincisi toplam 211 metrekarelik bir meydan ile bir bahçeden ibaretti. Satıcı bu muhtevayı garanti etmişti.

*Moritz Clausen* 74 sayıdaki evin müşterek maliki idi, 75 no.lu parselin bir kısmı üzerinde hak iddia etti ve 1966 haziranında t e s b i t ve hakkının tapu kütüğüne t e s c i l i için dâva açtı. *Margaretha Fux* bu dâvaya itiraz etti ve dâvayı 1966 eylülünde *Holzer*'e ihbar etti. Bu sonuncusu dâvaya katılmadı. Dâva 20 haziran 1969 tarihinde bir d â v a i ç i s u l h s ö z l e ş m e s i ile sona erdi.

Bu işlemde "mahkeme ve taraflar" *Moritz Clausen*'in mirasçılarının 75 sayılı parselin müşterek malikleri bulunduğunu müşahade etmişlerdir (Sulh sözleşmesi Madde 1). Mahkemenin teklifi üzerine taraflar bu parsel üzerindeki müşterek mülkiyet paylarını 74 sayılı ev üzerindeki paylarla orantılı olarak tesbit etmişlerdir. Sonuçta 75 sayılı parselin altında üç hissesi *Moritz Clausen*'in mirasçılara, altında bir hissesi *Josef Clausen*'in mirasçılara ve altında iki hissesi de *Margaretha Fux*'a ait oluyordu (madde 2). Bundan başka mahkeme 22 mart 1965 tarihli sözleşmeye dayanarak *Margaretha Fux*'un satın aldığı 75 sayılı parsel alanındaki altında dörtlük azalma sebebiyle *Holzer*'e rücu edebileceğine karar verdi (madde 3). Sonra sulh sözleşmesinin 4. maddesine göre *Margaretha Fux* 74 ve 75 no.lu parsellerdeki paylarını *Moritz Clausen*'in mirasçılarından birine 28.000 franga sattı; en geç 3 kasım 1969 günü bedelin ödenmesi ve mül-

kiyetin devrinin tapuya tescili gerekli idi. Dâva masraflarını düzenlemek zorunda olan mahkeme, dosyayı sulh sözleşmesi ile sona ermiş olarak kaldırdı (madde 5 ve 6).

B. *Margaretha Fux* 1 eylül 1970 günü *Holzer*'e karşı 10160 frank ile faizin ödetilmesi için dâva açtı. O, yukarıda anılan sulh sözleşmesine ve satıcının garanti (tekeffül) borcuna dayanmakta idi.

Dâvalı her iki noktayı da reddetti.

*Valais Kanton Mahkemesi* 23 mart 1973 tarihli kararı ile davalıyı dâvacıya 141 metrekarenin zaptı sebebiyle 7050 frank, ilk dâvanın masrafı olan 2568 frank ödemeye ve her iki miktar için ayrı ayrı tarihlerden itibaren % 5 faiz yürütülmesine karar verdi.

Kanton Mahkemesi dâvalının 211 metrekarelik 75 sayılı parseli hepsi kendisininmiş gibi sattığını ve bu nedenle OR 192 ve devamı maddelerine (BK. 189 vd.) kısmı zapttan sorumlu olduğunu kabul etti.

C. Dâvalı bu karara karşı temyiz yoluna başvurdu, hükmün iptalini ve dâvanın reddini talep etti.

Davacı ise temyiz talebinin reddini ve temyiz edilen kararın onaylanmasını talep etti.

F e d e r a l M a h k e m e temyizi kabul ederek, kararı iptal etti ve gerekçedeki anlamda yeniden karar verilmek üzere dâvayı kanton merciine gönderdi.

#### *Gerekçeler :*

1. OR 192 I (BK. 189 I) gereğince satıcı sözleşmenin kurulması sırasında üçüncü şahsa ait bir hak sebebiyle satılan şeyin kısmen veya tamamen zapt edilmesinden dolayı alıcıyı garanti etmekle yükümlüdür. Eğer zapt tehdidi altındaki alıcı, dâvayı satıcıya i h b a r ederse bu sonuncu OR 193 (BK 190)'a göre duruma ve usul kanunlarına göre alıcıya yardım etmeye veya dâvayı onun yerine takip etmeye mecburdur. İhbar müsait bir zamanda yapılmış ise dâvanın olumsuz sonucu, satıcı bu sonucun alıcının hilesi veya ağır kusuru sonucu olduğunu isbat etmedikçe, satıcıyı da etkiler.

Kanton Mahkemesi bu hüküm anlamında dâvanın sonuca ulaşması ile sadece gerçek anlamda kararı değil, fakat aynı zamanda

davacının *Moritz Clausen*'in mirasçları ile yapmış olduğu 20 haziran 1969 tarihli sözleşmede olduğu gibi dava içi sulh sözleşmelerini de anlamaktadır; şu halde dâvalı bu sulhün de kendisine ileri sürülmesine müsaade etmelidir. Oysa dâvalı garanti şartlarının yerine getirilmediğini iddia etmektedir. Ona göre garantisi sadece parselin muhtevasına ilişkindir, fakat münhasır mülkiyet hakkının varlığını garanti etmemiştir. Nitekim 22 mart 1965 tarihli sözleşme herşeyin "bugün mevcut olan hak ve borçlarla fakat ipoteksiz olarak satılmış olduğunu" belirtmekteydi.

a) Bununla beraber yukarıda anılan sözleşme şartından satım sırasında mevcut olan ve olayda sözkonusu olan hukukî durum hakkında bir sonuç çıkarılamaz. Aksine belirli olan, dâvalının kendi sözlerine göre kendini 75 sayılı parselin tek maliki sandığı ve satım sırasında da böyle davrandığıdır. Kaldı ki Kanton Mahkemesi'nin davalıya karşı olan tesbitine göre Margaretha Fux birinci dava sırasında üçüncü şahısların iddialarına karşı şiddetle karşı çıkmıştı, çünkü dâvalı onu münhasır mülkiyeti konusunda temin etmişti. Bundan başka birinci dâva sırasında dâvalının tanıklığına dayanarak kanton kazası onun kendisini münhasır malik olarak telâkki ettiğini kabul etmişti.

Sözleşme taraflarının iradelerine ilişkin bu tesbitler Federal Mahkemeyi bağlar, çünkü bu tesbitler sadece sözleşmenin yorumuna değil fakat özellikle her iki dâva sırasında kullanılan delillere dayanmaktadır. Dâvalının temyiz müracaatında bu tesbitlere karşı ileri sürdüğü iddialar delillerin takdiri bakımından kabul edilemez bir tenkit teşkil ettiğinden dikkate alınmayacaktır (Karş. BGE 95 II 146, JdT 1970 I 340'da bu bölüm çevrilmemiştir; BGE 96 II 148 ve devamı, JdT 1971 I 520 ve oradaki atıflar).

b) Buna karşılık dâvalı, birinci dâvanın tarafları arasında yapılmış olan sulh sözleşmesinin OR 193 II (BK 190 II) gereğince kendisine karşı ileri sürülebileceği yolundaki kanton mahkemesinin kanaatini haklı olarak tenkit etmektedir. Kanton Mahkemesi, OR 194 I (BK 191)'in alıcının kazaî bir karar beklemediği durumlar için özel bir kuralı açıkça koyduğunu unutmaktadır. Bir dâva kısmen yürütülse (Oser/Schönenberger, Art. 194, n. 4), fakat taraflar sonra kendiliklerinden ya da mahkemenin sevketmesi üzerine veya

onun katılması ile bir sulh sözleşmesi yapmış olsalar da, bu kural yine uygulanır. Dâva içi sulh sözleşmesi yapmakta taraflar dâvaya son verirler ve bir kazaî karardan vazgeçerler (BGE 60 II 58, JdT 1934 I 202; Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. bası, s. 287 vd; Leuch, ZPO Bern, § 397, n. 5; Sträuli/Hauser, ZPO Zürich, § 238, n. 1/III/a; Rosenberg, Zivilprozessrecht, 10. bası, s. 668; Stein/Jonas, Kommentar zur ZPO, 19. bası, § 794, n. II).

Kanton mahkemesi, doğrusunu söylemek gerekirse delilleri kullanmak ve sulh sözleşmesi görüşmelerine katılmakla, bu sözleşmede sözkonusu olarak hükmün esas muhtevasını belirlemiştir; bu sebeptendir ki sulh sözleşmesi “kesin ve itiraz edilmez bir nitelik” taşıyacak ve bir karar gibi telâkki edilecek, hiç olmazsa dâva içi sulh sözleşmesi icra kabiliyeti sebebiyle (ancak bu sebeple) bir karara benzetilebilecekti (BGE 60 II 57. vd, JdT 1934 I 201 vd; BGE 90 III 74, JdT 1965 II 5; Federal Hukuk Usulü Kanunu md. 73 IV, Federal İcrar İflâs Kanunu md. 80 II; Guldener, s. 292; Leuch, s. 396). Bir mahkemenin bir dâva içi sulh sözleşmesinde tarafların anlaşmasına katkıda bulunması maddî hukuk ilişkilerini düzenlemelerine yardım etmesi vakıası bu sulh sözleşmesini bir kazaî karar haline getirmez. Aksine BGE 60 II 58 (JdT 1934 I 202)’de yayımlanmış kararda zikredilen temel ayrılık böyle bir halde de var olmakta devam eder. Sulh sözleşmesinin sadece tarafların temsilcileri tarafından değil aynı zamanda mahkeme üyeleri tarafından da imzalanmış olması keyfiyeti olayda önem taşımaz, bununla mahkeme kararı haline gelmez.

c) OR 193 II (BK 190 II) anlamında dâvanın sonuçlanmasını kazaî bir karar olarak anlamak gerekirse, kanton mahkemesinin kendi içtihadına atıfta bulunarak kabul ettiği üzere, bu, alıcının satıcı bakımından, dâvayı son dereceye kadar takip etmesi mümkün olan bütün hukukî yolları tüketmesi anlamına gelmez. Kanton mahkemesi bizzat alıcı bakımından dâva sırasında üçüncü şahsın hakkını tanımanın sadece uygun değil fakat tamamen zorunlu olarak görünebileceğini ortaya koymaktadır. Bu nedenledir ki dâva dışında kendisine ait olan hakları dâva sırasında inkâr etmesi haklı bulunamayacaktır. Alıcı dâva askıda iken ve federal maddî hukukun uygulanmasını sınırlayamayacak olan kanton usul kurallarına rağmen (Karş. Leuch, ZPO md. 50, n. 1) bile OR 194 I (BK 191) de öngörülmüş olan çarelere başvurabilir.

Borçlar Kanununun 194. maddesinin I. fıkrası (BK 191) satıcının garanti borcunu üçüncü şahsın hakkının tanınmasından faydalı zaman içinde haberdar edilmiş olması ve alıcının yerine davayı üstlenmeye boşuna davet edilmiş olması şartına bağlamıştır. Dâva askıda oldukça bu gerekler dâvanın özel ihbarının yerini almaktadırlar. Eğer dâva yürüyorsa, satıcı alıcının yerine geçerek onu yürütmeye zorunlu olarak mecbur değildir; satıcı ihtilâfın ihbarı üzerine alıcıya müdahil sıfatı ile katılabilir. Federal Hukuk Usulü Kanunu 16. maddesinde ihtilâfın ihbarını düzenlemektedir. Kanun tasarısına ilişkin 14 Mart 1947 tarihli mesajında Hükûmet özellikle bu konuda ihtilâfın ihbarının ihbar eden ile ihbar edilen üçüncü kişi arasındaki ilişkiler üzerindeki etkilerinin maddî hukuk meselesi olduğunu, sadece kanunun açıkça öngördüğü yerlerde (OR 193 ve 258 = BK 189 ve 253) değil bütün diğer garanti ve tazminat dâvası hallerinde de uygulanacağını, çünkü bu etkilerin sözleşme ilişkilerinde dürüstlük kuralına saygının bir sonucu bulduklarını belirtmiştir. Bir usul kanununda ihtilâfın ihbarının yürümekte olan bir dava üzerindeki sonuçlarını ve ihbarın şeklini belirlemek yeterlidir; gerçekte maddi hukuk herhangi bir bilgi verme ile yetinmektedir. Kanun tasarısı ile öngörülen müdahale satıcının OR 193 I (BK. 189 I)'e göre alıcının yerine dâvayı sürdürmeye mecbur olduğu halde ve kiralayanın OR 258 (BK. 253)'e göre dâvayı üstlenmeye mecbur olduğu durumda da yetmektedir (Dâvayı kendi adına üstlenmesi zorunlu değildir, kendi hesabına yürütmesi de yeterlidir); çünkü ihtilâfı ihbar eden taraf hareket etmemekle gerçekte dâvanın yürütülmesini tamamen müdahale edene terketmiş olmaktadır (Federal Gazete 1947 I 1016 vd.).

Bu ilkeler kıyas yolu ile satıcının OR 194 I (BK 191)'e göre dâvayı üstlendiği hallerde de uygulanır.

Bununla beraber davacı birinci dava sırasında bu hükmün gereklerini yerine getirmemiştir. O şüphesiz dâvayı şimdiki davalıya *Valais Kantonu Hukuk Usulü Kanunu* md. 48 uyarınca ihbar etmiştir. Bu hüküm OR 194 I (BK 191)'den daha da ileri gitmektedir, çünkü ihbar eden sadece ihbar edileni dâvayı üstlenmeye davet etmekle yetinmemeli, ona başvurmanın sebeplerini de belirtmelidir. Bununla beraber dâvalı, davacı *Clausen*'in mirasçıları ile sulh sözleşmesi görüşmelerine başladığında bu davet iki yıldan fazla geride idi.

Bir sulh imkânı ihtilâfın ihbarı sırasında saklı tutulmamıştı ve dâvalı daha sonra Clausen'in mirasçıları ile yapılan sulh sözleşmesinden haberdar edilmemişti. Garantiden yararlanan garanti edenin reddi veya kendisine yapılan bildirimce cevap vermemesi üzerine davaya sonuçları ona ait olmak üzere devam etmesini öngören Valais Kantonu Hukuk Usulü Kanununun 52. maddesi davacı için bir fayda taşımaz, gerçekten bu hükmün 2. fıkrasına göre üçüncü şahıs, *garanti borcunu tartışmak hakkına bir zarar gelmeden dâvaya müdahale edebilir*. Bu durumda birinci davaya katılmayan ve ikinci davada da garanti borcunun bulunmadığını iddia eden davalının bu davranışı ZGB 2 (MK 2)'deki kurala aykırı olarak kabul edilemeyecektir. OR 194 I (BK 191)'deki şartları yerine getirmek için dâvacı uyuşmazlığın yeni durumu sebebiyle görüşmelere başlamağa karar verdiği anda dâvalıyı anlaşmaya hazır olduğundan ve ona davayı üstlenmek fırsatını (yeniden) verdiğiinden haberdar etmeliydi. Bunu yapmadığından bu hükümden sulh sözleşmesinin davalıya karşı ileri sürülebilir olduğu sonucunu çıkaramaz.

2. Bu sebeple itiraz edilen karar iptal edilmiştir. Bununla beraber dâva başka bir inceleme olmadan reddedilmiş anlamına gelmez. OR 194 II (BK. 191 son kısım) dâvacı için üçüncü şahsın hakkını sulhen tanımaya mecbur olduğunu isbat etme imkânını saklı tutmaktadır (Karş. Becker, Art. 194, n. 2; ve oradaki atıflar; Oser/Schönenberger, Art. 194, N. 1, 3, 4; Art. 193, N. 1; Guhl/Merz/Kummer, OR, s. 330). Kanton Mahkemesi bu meseleyi bu konudaki usul şartları yerine getirildiği ölçüde esastan halletmelidir (*Federal Mahkeme*, I. Hukuk Dairesi, 12 Şubat 1974, *Holzer ve Fux Dâvası*, BGE 100 II 24, JdT 1975 I 67).



#### IV. DAVA DIŞI SULH SÖZLEŞMESİ

**Dâva dışı sulh sözleşmesi - Alacaklının üçüncü şahıslarla yapmış olduğu sulh sözleşmesinin geçerlik şartları - Bu sözleşmeden doğan borçlara on yıllık zamanaşımının uygulanması.**

1. — ...

c) Dâva dışı sulh sözleşmesi, tarafların tâbi oldukları hukukî ilişkide mevcut olan tereddüde karşılıklı bir fedakârlık ile son vermelerini amaçlayan bir sözleşmedir; sözleşme mevcut bir ihtilâfa ilişkin olabileceği gibi sadece mümkün olan bir uyuşmazlığa da ilişkin olabilir ve şekilsiz geçerlidir (BGE 41 II 617, JdT 1916 I 455; BGE 82 II 375 gerekçe 2, JdT 1957 I 122 özet; BGE 95 II 424, JdT 1970 I 642). Temyiz eden bu sözleşmenin sadece ilk hukukî ilişkinin tarafları arasında etkili olacağını iddia ederken yanılmaktadır. Anlaşacak her ilgili şahıs, hatta dolaylı olarak, sulh sözleşmesi yapabilir. Dâvada, dâvalının kararla tesbit edilmiş olan olaya ilgisi onun bir sulh sözleşmesi kurmasını açıklamaya yetmektedir. Dâvalı, dâvacı tarafından tellâllik sözleşmesine dayanarak dâva edilmeyi, hatta X şirketine başvurulması halinde, şirketin ona karşı rücu dâvası açmasını bekleyebilirdi. Sabit olduğuna göre o, 28 kasım 1963 tarihli anlaşma ile “kendisini rahatsız eden bu işi tasfiye etmek” istemekteydi. Kaldı ki, alacaklının üçüncü bir şahısla anlaşmasına hiçbir engel yoktur. Bu şekilde pekçok kaza, zarargören doğrudan bir dava hakkını haiz olmamasına rağmen, onunla sigorta şirketi arasında doğrudan doğruya çözümlenmektedir. Şu halde kanton makamı bu dâvada taraflar arasında bir sulh sözleşmesinin varlığını kabul etmekle Borçlar Kanununun 1. maddesini (OR 1) ihlâl etmemiştir.

2. — Temyiz eden ikinci derecede de zamanaşımını ileri sürmektedir. Ona göre sulh bir yenilemeyi içermez ve ilk alacağın zamanaşımından ayrı bir zamanaşımının başlamasına yol açmaz.

Bu iddia yersizdir. Sulh sözleşmesi *rızâî bir sözleşme* olduğundan, ondan doğan borç akdî niteliktedir, Borçlar Kanununun 125. (OR 127) maddesindeki on yıllık zamanaşımına bağlıdır (Federal Mahkeme 1. Hukuk Dairesi, 19 haziran 1974 R ve D kararı, BGE 100 II 144 kısmen, JdT 1975 I 93 özet).

## V. İSTİSNA (YAPI) SÖZLEŞMESİNDE AYIP

**İstisna sözleşmesi - Alçı işleri - Yapımcının faturasına yaptırmanın yapılan işdeki bozukluktan dolayı itiraz etmesi - Ayıp ihbarı süresinin sözleşmesi ile uzatılması.**

### *Olaylar :*

A. Zürich'te sıva işleri dükkânı bulunan H ä n z l i , 19 aralık 1966 günü, mimar B u c h e r tarafından temsil edilen toplu inşaat birliği B ü c h e l r i n g ile Adliswil'deki "Büchelring" mahallesindeki binaların tamamını kapsayan bir istisna sözleşmesi yapmıştır. 28 mart 1968 günü, Bucher onu kendi adına, A3 evlerinde 19 aralık 1966 sözleşmesine uygun olarak sıva işleri yapmakla görevlendirdi. "İfa ve ölçüler" ilke olarak daha önce yapılmış olan A1 evindekilerine uygun olmalıydı.

18 ocak 1969 günü H ä n z i peşin ödenmiş olan 28.000 frankı indirerek 41.584,97 franklık bir fatura düzenledi. Bucher arta kalan 14.139,37 franklık bölüme itiraz etti ve değer eksilmesi sebebiyle 7.809,42 frank da fazla ödemiş olduğunu iddia etti.

Bunun üzerine H ä n z i , Bucher'e karşı 14,139,97 frank ve 18 ocak 1969 tarihinden itibaren % 5 faizin ödenmesini dâva etti. Dâvalı, karşı dâva ile 7809,42 franktan sigortaca garanti edilen 4158 frank indirildikten sonra kalan 3651,42 frankı talep etti.

B. Zürich mahkemesi dâvacının dâvasının 9086,15 franklık bölümü ile 1 nisan 1969 tarihinden itibaren faizi kabul etti, karşı dâvadaki talepleri reddetti.

Dâvacının ve buna katılan dâvalının müracaatı üzerine Zürich Kantonu Yüksek Mahkemesi dâvacı yararına 9119,51 franga hükmetti, fazlaya ilişkin talebi reddetti. Bundan başka mahkeme, dâvalının 37.119,51 frank üzerinden alacağın kalanını hükmün kesin ve icra edilebilir hale gelmesinden itibaren bir aylık süre içinde ödemesi halinde % 2'lik bir indirime hakkı olduğunu tesbit etti.

C. Dâvalı bu karara karşı *temyiz* yoluna başvurdu. Alacağın 5159 franga indirilmesi ve bu nedenle indirilmesi gereken miktarın 33.159 frank olarak tesbiti gerektiğini; ikinci derecede de kanton mahkemesi kararının iptal edilerek davanın Kanton Yüksek Mahkemesine isbat muamelesinin tamamlanması için gönderilmesini talep etti.

Dâvacı, *temyiz* müracaatının reddedilmesini istedi.

Federal Mahkeme *temyizi* reddetti ve *temyiz* edilen kararı onayladı.

### Gerekçeler :

1. Tarafların kanton kazası önünde ihtilâflı oldukları çeşitli ayıplar Federal Mahkeme önünde artık uyuşmazlık konusu değildir. Bununla beraber dâvalı, Kanton Yüksek Mahkemesi önünde şu görüşünü tesbit etmiştir: Dâvacının inşaat şartnamesine göre çıplak beton üzerinde lentonit uygulanacak yerde çimento püskürtme veya çimento serpmeye uygulaması 3960 franklık (4 franktan 990 m<sup>2</sup>) değer eksikliği meydana getirmiştir. Kanton Yüksek Mahkemesinin görüşünün aksine bu, OR 371 anlamında bir yapılan şeyde ayıp teşkil etmemektedir; aksine her zaman ileri sürülebilecek, bu nedenle de istisna sözleşmesi hukukunun zamanaşımı ve hak düşüren sürelerine bağlı olmayan bir ifa etmemedir.

2. Yapılan şeydeki ayıplardan dolayı yapımcının sorumluluğu OR 367-371. maddelerde (BK. 359-363) düzenlenmiştir (Karş. Kenar başlık "Ayıplardan Sorumluluk"\*). Bu sorumluluğun karşılığı OR 197'ye göre satılan şeydeki ayıptan dolayı satıcının sorumluluğudur (Karş. GULH/MERZ/KUMMER, OR, s. 424; BGE 93 II 316, JdT 1969 I 158). "Ayıp halinde yaptıranın hakları"ni düzenleyen OR'nin 368. (BK. 360) maddesi ayıplar ile sözleşmeye diğer aykırılıkları birbirinden ayırmaktadır (Karş. I. fıkra: "Yapılan şey, ayıplı veya sözleşmeye aykırı ise"). Ayıptan sorumlulukla ilgili diğer hükümlerin tek başına kullandıkları bu "ayıp" terimi bu iki durumu kapsamaktadır (Karş. OR 367 ve 369-371). OR 368 (BK. 360) daki ayırımın sadece sınıflandırma değeri var-

(\*) BK. 359'un kenar başlığı "işin kusuruna mütedair teminat" dır.

dır, yoksa hukukî bir anlamı yoktur (GAUCH, Der Unternehmer im Werkvertrag und seine Haftung für Mängel des Werkes, 1974, N. 110, s. 39). Bu nedenle doktrin ve içtihadın (Karş. GUHL/MERZ/KUMMER, s. 424; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 368, N. 2; REICHEL, ZSR 51/1932, s. 182; BGE 93 II 316) yapılan şeydeki ayıbı ve OR 368 (BK 360)'de anılan sözleşmeye diğer aykırılıkları satılan şeydeki vaadedilen veya kararlaştırılmış olan vasıfların yokluğuna benzetmelerinin önemi yoktur (Karş. GAUCH, N. 111, s. 40). Her iki halde de, ayıp, yâni istisna sözleşmesinin gereği gibi ifa edilmemesi sözkonusudur.

Yapılan şeyin ayıplı olması halinde yaptıranın OR 368 (BK 360)'deki hukukî yollar ile OR 97 (BK 96)'daki genel tazminat dâvası hakkını seçimlik olarak kullanabilip kullanamayacağı meselesi incelenmiştir. Bu sorun olumsuz olarak çözülmelidir. OR 368 (BK. 360), yaptırın (şeyin incelenmesi, ayıbın zamanında bildirilmesi gibi) kanunî şartları yerine getirirse yapımıcının şeyi yapma borcunu belirli garanti edimlerine (fesih, ücretin indirilmesi, tamir, ayıplardan dolayı tazminat) çevirmektedir GAUTSCHI, Art. 368, N. 6a ve 6c, Art. 369, N. 11b; GAUCH, N. 526, s. 129; GULH/MERZ/KUMMER, s. 340; NEUENSCHWANDER, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss Bern 1971, s. 24, 26 ve 86; A. SCHUBIGER, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, Diss Bern 1937, s. 37 vd; R. FURRER, Beitrag zur Lehre de Gewährleistung im Vertragsrecht, Diss. Zürich 1973, s. 34/35; y a n l ı ş o l a r a k , yaptıranın ayıptan doğan hakları 369-371 anlamında ne ortadan kalkmış ne de zamanaşımına uğramışsa OR 97 ve 367'yi seçimlik biçimde uygulamak isteyen KLAUSER, Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichtserfüllungsfolgen, Diss. Zürich 1973, s. 132/133).

*Kanton Yüksek Mahkemesi*, dâvacının kendisine tevdi edilen işleri sözleşmeye uygun olarak yapıp yapmadığı yolundaki tartışmalı meseleyi davalının ayıpları sözleşmede kararlaştırılan garanti süresi içinde veya daha sonra ortaya çıkmaları halinde öğrenir öğrenmez derhal ihbar etmesi şartı ile incelemek zorunda idi (OR 370 III, BK 362 III). Kanton kazası taraflardan hiçbirinin yapılan şeyin birlikte muayenesini talep etmediğini tesbit etmiş; bundan, doğru ola-

rak, nihaî hesapların görülmesinden iki ay sonra (118 SIA formu md. 26 fıkra 5) yani 18 mart 1969 tarihinde yapılan şeyin geçici olarak kabul edilmiş sayılacağını ve sözleşmeden doğan iki yıllık ihbar süresinin 24 ocak 1973 tarihinde (temyiz müracaatının dayandığı sebepler bu tarihte meydana gelmişti) dolmuş bulunduğu sonucunu çıkarmıştı. Kaldı ki dâvalı bizzat temyiz lâyihasında daha bu tarihlerden birincisinden önce uyuşmazlık konusu için sözleşmeye aykırı olduğunu öğrendiğini kabul etmektedir.

Dâvalı, ikinci derecede kanton kazası önünde dâvacının ayıplı şeyi o şekilde hileli olarak yapıp gizlediğini, bu şekilde ayıp ihbarının garanti süresinin bitiminden sonra da on yıl içinde yapılabileceğini ileri sürmüştü. Bir *hileli* ayıbın saklanması halinde, yaptırının *zamanaşımı süresinin* OR 371 I gereğince —OR 210 (BK. 207)'nin kıyas yolu ile uygulanması ile—, OR 371 II (BK 363 II)'ye göre yapılan şeyin kabul edilmesinden başlayarak hesaplanacak *on yıl* olduğu doğrudur (Karş. BGE 89 II 409, Gerekçe 2b, JdT 1964 I 252). Fakat dâvalı, *ayıpları öğrenir öğrenmez derhal ihbar etmek* yükümünden kurtulmuş değildir (OR 370 III\*, VON BÜREN, OR II, s. 147; GAUTSCHI, Art. 370, N. 10). Temyiz edilen karardaki tesbitlere göre, iddia edilen ayıbı öğrendiğinde talepte bulunmamıştır. Böylece yapılan şey *kabul edilmiş* olarak telâkki edilmiştir (OR 370 III, BK 362 III) ve kanton kazası hileye, ayıplara ve yapılan şeyin değer eksikliğine ilişkin dâvalı iddialarını incelemek ihtiyacında değildir.

*Buna göre Federal Mahkeme kararı :*

Temyiz müracaatı reddedilmiş, Zürich Kantonu Yüksek Mahkemesi'nin (II. Hukuk Dairesi) 3 temmuz 1973 tarihli kararı onaylanmıştır.

(\*) BK. 361 III.

## VI. VESİKALI AKREDİTİF

**Vesikalı akreditif - Tediyeinin sonra yapılması şartı - Sözleşmenin yorumu - Teslim edilen malların sözleşmeye uymaması - Özel bir alanda uygulama teamülleri, bilirkişiler yerine uzman mahkeme üyesinin görüşü - Hukukî mütalâaların değeri - Sözleşmedeki müphem kayıtların, sözleşmeyi kaleme alan aleyhine yorumlanması - Bu tür yorumun şartı**

### *Olaylar :*

A. Umumî vekili Napoli'de bulunan Panama uyruklu *C Şirketi* 1970 yılı aralık ayında, *Overseas Buying Corp. Ltd Hong Kong* (Overseas) şirketine yuvarlak üç milyon franklık için kumaşları ve başka değerli tekstil ısmarlamıştır. Satım parası bir ibrazdan itibaren 75 (veya 90) gün % 100 dönümez akreditifle ("100 % irrevocable Letter of Credit 75 (ou 90) days at sight") teminat altına alınmalıydı. Bu nedenle *C Şirketi* birçok İtalyan ve İsviçreli firma nezdinde vesikalı akreditif kredisi açtırmıştır. Bu arada 14 ocak 1971 günü *A ve B, C şirketi* lehine Zürih'te bulunan *X Bankasına Overseas* yararına 1.109.450 franklık bir akreditif açılması "available at 90 DAYS B LADING" için vekâlet vermişlerdir. Aynı gün *A ve B*, akreditiften ileri gelecek talepleri karşılamak için *X Bankasına*, bu bankadaki ... no'lu hesaplarında bulunan ve bir milyon frankı geçen mevcudu teminat olarak verdiler..

18 ocak 1971 günü *X Bankası Overseas* yararına "konişmento tarihinden itibaren 90 gün içinde ödenebilir" ve 1109450 frank tutarında bir akreditif açtı. Talimata uygun olarak önce *Bank Negara Indonesia*'nın Hong Kong Şubesinde kredi açtı. Hemen arkasından bu bankanın yerine Overseas' talebi üzerine *Chase Manhattan Bank*'in Hong Kong şubesi yazışma ve ihbar yeri olarak ikame edildi.

Kısmen yapılan üç teslim ile ilgili toplam 1109450 franklık belgeler 13, 23 ve 25 şubat 1971 günlerinde geldiler ve *C Şirketi* bun-

ları usulüne uygun buldu. Alacak *Chase Manhattan Bank*'daki vâdeli bir hesaba aktarılmıştı. Bunun üzerine bu banka anılan miktarın *Union des Banques Suisse* (UBS) nezdindeki hesabına Overseas için nakledilmesini istedi. *X Bankası* 1093082,20 franklık miktarı 25 şubat 1971 günü UBS'ye % 6,75'lik bir iskonto yaparak banka cirosu ile nakletti.

Hamburg'a 1971 yılının mart ve nisan aylarında varışında mallar C'nin talebi üzerine bu şehrin ticaret odası tarafından kontrol edildi. Bilirkişi işlenmemiş ve pratik olarak hiçbir değeri bulunmayan "nearly without value here" yük olduğunu tesbit etmiştir. C Şirketi derhal bir ceza koğuşturması açtırdı ve *X Bankasına* 3 nisan 1971'de akreditif miktarını ödememesini bildirdi. Bundan birkaç gün önce ise, Züriç Savcılığı, 29 mart 1971'de Tessin Kantonu Savcılığının müracaatı üzerine A ve B'nin *X Bankasındaki* hesaplarını bloke ettirmişti. Bu arada *X Bankasını* 1 mart 1971'de aktif ve pasifi ile devralan *Y Bankası*, C Şirketine 2 nisan 1971'de *Chase Manhattan Bank*'ın talebi üzerine akreditif miktarı üzerinden iskonto yapmış olduğunu bildirdi.

B. 6 mayıs 1971 günü A ve B (1 ve 2 numaralı davacılar) ile C Şirketi (3 numaralı davacı) Züriç Kanton Ticaret Mahkemesi önünde *X Bankasına* (davalı 1), ve *Y Bankasına* (davalı 2) karşı dava açtılar. İddialarına göre: akreditif bâtil ve kullanılmaz durumdadır (iddia 1); davalılar 1 ve 2 numaralı dâvacıların banka hesabını orada bulunan bütün kıymetlerle ve akreditife bağlı herhangi bir yükümlülük ile yüklü olmadan emirlerine amada bulundurmaya mahkûm edilmeleri, ve ilk taleplerinde kendilerine verilmesi (iddia 2), ikinci derecede dâvalılar müteselsil olarak dâvacılara 1109450 frankı ve 7 mayıs 1971 tarihinden başlayarak % 5 faiz ödemeye mahkûm edilmeleri (iddia 3) gerekir.

C. 18 aralık 1973 günü Ticaret Mahkemesi dâvacıların 2. iddialarını sadece 2 numaralı davalıya karşı muhafaza ettiklerini müşahade etti ve dâvayı reddetti.

D. Dâvacılar temyiz yoluna başvurdular, dâvalarının kabulü ile 2 no.lu dâvalının (...) no.lu hesapta bulunan malvarlığını 1 ve 2 no.lu dâvacılara ödemeye mahkûm edilmesi, 2. dâvalının takas iddiasının dinlenmemesini, bu şekilde Ticaret Mahkemesinin kara-

rının iptalini, dâvalıların kendilerine 1.109.450 frank ile 7 Mayıs 1971 tarihinden itibaren % 5 faiz ödemeye mahkûm edilmesini, ikinci derecede de dosyanın yeniden Ticaret Mahkemesine gönderilerek dâvanın yeniden görülmesinin sağlanmasını talep etmişlerdir.

Dâvalılar temyiz müracaatının reddedilmesini istemişlerdir.

Federal Mahkeme temyiz müracaatını reddederek Zürich Ticaret Mahkemesinin kararını onayladı.

### *Gerekçelerden Özetler :*

3. a) Ticaret mahkemesi yargılama sırasında dâvacılar tarafından ileri sürülen olaylara dayanarak, Federal Mahkemeyi bağlayacak biçimde (BGE 94 II 266, gerekçe 1 ve orada anılan kararlar, bu bölüm JdT 1970 I 42'de çevrilmemiştir) 1-3 sayılı davacıların 1 sayılı davalının ortak müvekkili olduğunu tesbit etmiştir. Böyle olunca mahkeme haklı olarak dâvacılar ile 1 sayılı dâvalı arasındaki hukukî ilişkiyi — a k r e d i t i f t e mevcut olan h a v a l e çerçevesinde— OR 394 vd. (BK. 386 vd.) anlamında v e k â l e t olarak telâkki edilmesi gerektiğini kabul etmiştir (BGE 78 II 48 gerekçe 3 ve oradaki atıflar, JdT 1952 I 516).

b) Kanton mahkemesinin kanaatine göre ertelenmiş ödemeli akreditif mal satımı aracılığı ile alıcıya işin finansmanını kolaylaştırmak amacını gütmektedir. Banka akreditif miktarını lehdara vadeden önce öderse, bu amaç saptırılmış olmayacaktır, çünkü banka alıcıyı akreditif ilişkisinde müvekkil olarak ödeme gününün dolmasından önce takip edemez. Bundan şu sonuca varılmıştır: Dâvalı (1) akreditif meblâğın yüklemelerinden itibaren 90 günden önce ödemek suretiyle vekâleti gereği gibi yerine getirmiştir.

c) Ticaret mahkemesi kararını uzman üyelerinin bilgilerine, ertelenmiş ödemeli akreditifin doğuşu ve amacı üzerine dayamıştır. Dâvalılar bundan Federal Mahkemeyi bağlayan maddî vakıa tesbitlerinin sözkonusu olduğu sonucunu çıkarmaktadırlar. Bu düşünce tasvip edilemez.

14 Ocak 1971 tarihli mektupla bildirilen vekâlet ile atıfta bulunan Paris'teki *Uluslararası Ticaret Odası*'nın "*Vesikalı akreditiflere ilişkin kurallar ve teamüller*"inin (Règles et Usances, édition de



1962) taraflar arasındaki anlaşmaların bir tamamlayıcı parçası olduğu tartışmasızdır. Bununla beraber "Kurallar ve Teamüller" ertelenmiş ödemeli akreditifler için özel hükümler ihtiva etmemektedir (Karş. *Eisemann*, *Recht und Praxis des Dokumenten-Akreditives*, s. 80). Ticaret mahkemesi tesbit etmekle görevli olduğu tarafların uygun iradesinden hareketle uyuşmazlık konusu sözleşme şartının anlamını belirleyememiştir, mahkeme bu anlamı sözleşmeyi yorumlayarak araştırmalıydı. Bu sebeple Federal Mahkeme'nin serbestçe inceliyebileceği bir hukukî sorun sözkonusudur (BGE 87 II 236, gerekçe 1; JdT 1962 I 208). Bununla beraber özel bir alan söz konusu olduğu için *uygulama teamüllerine* ve *uzmanların görüşlerine* hukukî takdirlerde de önem atfetmek gerekir (BGE 90 II 306, gerekçe 1, JdT 1965 I 123). Bu kararda Federal Mahkeme, Ticaret Mahkemesi tarafından dinlenmiş olan uzman bankacıların uygun düşüncelerine dayanmış ve onların olayları takdirlerinin hukukî sorunun çözümünde "gerçek bir ticarî teamülünkine benzer bir değer" taşıdığını açıklamıştı.

Şüphesiz bu olayda uyuşmazlık konusu meselede ne resmî bir bilirkişilik ne de uzman tanıkların açıklaması vardır. Ticaret Mahkemesi, uzman üyeleri bu özel alanda aranan bilgilere sahipeler bu tür delil araçlarına başvurmaktan vazgeçebilir. Dâvacılar ticaret mahkemesinin görüşü ile banka ve akreditif konusunda uzmanlar çevresinde zıt görüş bulunduğunu ne de bu sebeple uzmanların bilirkişiliklerine başvurulması gerektiğini iddia etmiş değildirler. Aksine dâvalılar, bu mahkemenin uzman hakimleri ile aynı sonuçlara varmış olan Cenevre profesörlerinden *Schönle* ile *Stauder*'in mütalâasını Ticaret Mahkemesi önüne getirmişlerdir.

4. Dâvacılar akreditif açılmasını öngören sözleşme şartının Ticaret Mahkemesi tarafından yorumlanmasını federal hukuka aykırı bulmaktadırlar. Onlar dâvalı (1)'in akreditif meblâğını ancak yükleme belgelerinin hazırlanmasından itibaren 90 gün geçtikten sonra ödeyebileceği kanaatindedirler; bu sadece ertelenmiş ödeme şartının metninden değil, fakat aynı zamanda vekâletin niteliğinden çıkar, "90 günlük sürenin dolmasından çok daha önce ortaya çıkan dolandırıcılık teşebbüsü", eğer ödeme süresine uyulmuş olsa idi, "hiçbir zararlı sonuç" doğurmazdı. Bu şekilde, Ticaret Mahkemesi önünde

geliştirilmiş olan, ertelenmiş ödeme şartının akreditif meblâğının ödenmesini varma limanı olan Hamburg'da malın muayene edilmesine bağlama amacı şeklindeki delili tekrarlamaktadırlar.

a) “*Kurallar ve Teamüller*”e göre; belgeye dayalı akreditif, satım sözleşmesinin iki tarafının menfaatlerini korumak amacı ile borçların düzenli olarak ifasını sağlamak fonksiyonu vardır. Alıcı veya onun akreditif açmakla görevlendirdiği banka satım bedelini ancak, sözleşmede yazılı nitelikleri taşıyan bir malın varlığını gösteren ve ona bunlarda tasarruf yetkisi veren belgelerin tevdi edilmesine karşılık ödeyebilir (BGE 90 II 307, JdT 1965 I 124; BGE 93 II 342, JdT 1969 I 140). Bunun dışında temel sözleşme hiçbir şekilde bankaları ilgilendirmez (*Règles et Usances, Dispositions générales et définitions*, c. harfi ve madde 8; GAUTSCHI, Art. 407, N. 26a'yı da karşı.); bütün ilgili taraflar belgeleri dikkate alırlar, malı değil (*Kurallar ve Teamüller*, md. 8 fıkra I); ödeme ve yeniden ödeme kredi şartlarına uygun belgelerin bankaya tevdiinde şartsız olarak yapılmalıdır (*Kurallar ve Teamüller*, md. 8, fıkra II, III, IV); bankalar malın varlığı ve kalitesi noktasından hiçbir sorumluluk yüklenmezler (*Kurallar ve Teamüller* md. 9). Şu halde akreditiften doğan borç *mücerret karakterde*'dir ve belgelerin yürürlüğüne bağlıdır; bu ilkelerin sonucu olarak akreditif çıkaran alıcı, sözleşmeye aykırı malın teslimine karşı bir ölçüde ancak kredinin açılışında akreditifin şartı olarak varma veya gönderme yerinde bir bilirkişi tarafından malın kalitesi hakkında hazırlanmış bir belgenin gösterilmesini veya iyice yerleşmiş teamüle göre “kontrolden sonra veya alıcı tarafından kabulden sonra ödenebilir” şartını sözleşmeye koyarak kendisini koruyabilir.

b) Ertelenmiş ödemeli akreditifin emirverene ödeme süresi içinde malın durumunu incelemek, veya malın sözleşmeye uymadığı halde akreditifi açan bankayı ödemekten alıkoymaya davet etmek amacını gütmaz. Akreditif şartlarına göre bankanın *dönülmez biçimde* lehdara belgelerin tesliminde ödeme yükümü altına girmesi vakıası bu yorumla bağdaşmaz (Karş. BGE 78 II 52, JdT 1952 I 520). Şu halde banka akreditif açtırmanın daha sonraki aksine emrine uymaz ve en geç sürenin bitiminde ödeme borcunu yerine getirmelidir. Sadece hileli işlemler halinde bir istisna vardır. Güvenilir sözleşenler seçmek *alıcıya* düştüğü için akreditifi açan banka bu gibi olağanüstü durumları hesaba katmak durumunda olmadığından, leh-

darın hileli tutumuna ancak borcu muaccel olduğu anda isbat edilirse değer atfedebilir. Bunun için muhakkak yetkili mahkemeden verilmiş ve ödeme yasağı ihtiva eden bir ihtiyatî tedbir kararı, veya esas hakkında kesinleşmiş bir karar gerekecektir; bununla beraber ödemenin ertelendiği zaman böyle bir karar alınması için yeterli değildir.

Fakat herşeyden önce esaslı olan husus kuruluşuna göre ertelenmiş ödemeli belgeye dayalı akreditifin tamamen başka bir fonksiyonu vardır. Ticaret Mahkemesinin gerekçelerinden çıkarıldığı gibi, bu çeşit kredi sadece 10-15 yıldır kullanılmaktadır ve eskiden uygulamada olan ve deniz aşırı ticarete olağan bir kredi şeklini oluşturan belgeli akreditifin geniş ölçüde yerine geçmiştir. Yerli alıcı, denizaşırı satıcı yararına bir poliçe çekiyordu; bu varantın tevdiine karşılık uluslararası bir banka tarafından kabul ediliyor ve satıcı tarafından iskonto edilebiliyordu. Bu şekilde, alıcı derhal ödemekle yükümlü değildi ve malın denizdeki taşınması sırasında faiz kaybına katlanmak zorunda kalmıyordu (Karş. belgeli kredi hakkında: Der Grosse Brockhaus ve ALBISETTI/BODMER/RUTSCHI, Handbuch des Band—, Geld— und Börsenwesens der Schweiz, her ikisinde de “Rembours” başlığı altında; H. SCHÖNLE, Bank— und Börsenrecht, s. 143 vd.). *Kurallar ve Teamüller* diğer taraftan akreditifi açan bankanın emirveren tarafından çekilen poliçeleri kabul etmeyi taahhüt edebileceğini ve lehdarın bundan sonra iskonto yapabileceğini (kabule karşı belgeli akreditif, karş. *Règles et Usances*, Disposition générales et définitions, b harfi ve md. 3); bu şekilde alıcıya onu aynı zamanda ve karşılıklı olarak borcunu ödemeye mecbur etmek yerine kredi sağlamak yolunda güdülen amaca ulaşılmaktadır. *Ertelenmiş ödemeli akreditif şu amaca da hizmet eder*; bu kredi türü, *Eisemann*'a göre (adı geçen eser, s. 80), özellikle gelişmekte olan ülkelerin ithalatçılarının arzularına ve imkânlarına cevap vermektedir. Burada akreditifin mahiyeti ile bir ilke uyumsuzluğu yoktur; gerçekten *Schönle* ve *Stauder*'in mütalâalarında söyledikleri gibi, satıcı akreditif açan bankanın ödemesini kabzetmeden belgeleri başkasına geçirmiş olsa da uluslararası satımda da alıcıya kredi açılmasına bir engel yoktur. Buna karşılık ona *belgeli akreditifde* olduğu gibi *kabule karşı belgeli akreditifde* de vadeli alacağını iskonto ettirmek olanağı tanınmaktadır.

c) Dâvacılar, havale borçlusunun havale alacaklısına karşı, *havalenin muhtevassından* ileri gelen bütün defileri kullanabileceğini belirten GAUTSCHI'den (Art. 468, N. 4a) boşuna yardım bekliyorlar. Bu düşünce yalnız başına tutarlıdır; bununla beraber ertelenmiş ödemeli belgeye dayalı akreditif yukarıda söylendiği gibi emirverene kredi sağlamaya ve onu borcunu karşılıklı ve aynı zamanda ödemekten kurtarmaya yaradığından, akreditifi açan banka aksine anlaşma yoksa ve havale alacaklısı istiyorsa Borçlar Kanununun 81. maddesine göre (BK. 80) vâdesinden önce tediye borcunu yerine getirebilir. Bunu yapmakla banka Borçlar Kanununun 397. maddesine göre (BK. 389) kendisine düşen akreditif açtırmanın talimatına aynen uymak borcuna aykırı davranmış olmaz. Herhalde akreditif açtırın akreditif açan bankaya ancak ödeme süresinin dolmasından sonra tediye yapmakla yükümlüdür. Ertelenmiş ödemenin bütün menfaati onun bakımından sadece bu noktadır; bankanın kendi borcunu süresinden önce ifa etmesinden o etkilenmez.

Vekâletin verildiği sırada dâvacılar uyuşmazlık konusu olan sözleşme şartının kapsamı hakkında farklı düşüncede olsa idiler, bunu açıkça dâvalı (1)'e açıklamak ve onu havale alacaklısının alacağını iskonto etmekten yasaklamaları gerekirdi. Doğrusunu söylemek gerekirse bankanın bu yasaklama ile mutabık kalacağı belli değildir; çünkü böyle bir talimat, dönülmez belgeye dayalı akreditifin mahiyetine aykırıdır ve mücerret olan ve belgelerin tevdi edilmesi şartına bağlı bulunan temel işlemin unsurunu teşkil eden ödeme borcunu kayıtlamaktadır. GAUTSCHI'nin (Art. 466, N. 7c) belirttiği gibi, basit bir havale şüphesiz havale eden ile havale alacaklısı arasındaki değer ilişkisinin geçerli olmasını şart koşabilir; fakat havale borçlusu bu şartı nadir olarak kabul eder, çünkü o temel ilişkiyi denetleyemez. Bu düşünce belgeli akreditifde daha çok değer taşır.

Dâvacıların müphem sözleşme şartlarının yorumu denen ve kararlık hükümlerin bunları kaleme alan taraf aleyhine yorumlanmaları gereğini gösteren kuralı ileri sürmelerinde de yararları yoktur (BGE 97 II 74, JdT 1972 I 351; BGE 92 II 348, JdT 1967 I 566; BGE 87 II 95 ve oradaki göndermeler, JdT 1961 I 532; BGE 87 II 242, JdT 1962 I 213). Muhakkak ki dâvalı (1) 18 ocak 1971 tarihli akreditif açış mektubunu kaleme almıştır. Bununla beraber bu mektubun içerdiği ertelenmiş ödemeye ilişkin sözleşme şartını o yazmamıştır,

aksine uyumsuzluk konusu hüküm Overseas'in "Order Confirmation"u ile yetinen dâvacıların vekâletinden ileri gelmektedir. Daha bu sebeple bile yukarıda anılan yorum kuralı uygulanamaz. Bundan başka, bu yola başvurabilmek için diğer yorum araçları hiçbir sonuç vermemeli ve mevcut olan tereddütler başka bir şekilde kaldırılamamalıdır (Karş. Schönenberger/Jäggi, Art. 1, N. 489). Durumun böyle olmadığı yukarıdaki gerekçelerden anlaşılmaktadır. (Federal Mahkeme, I. Hukuk Dairesi, A, B ve C'ye karşı X ve Y Dâvası, BGE 100 II 145, JdT 1975 I 326).

## VII. MÜNHASIR TELLÂLLİK SÖZLEŞMESİ

**Münhasır tellâllik sözleşmesi - Müvekkile başka tellâlin hizmetlerinden yararlanmayı yasaklayan ve tellâla kurulmasına katılmadığı sözleşmeden dolayı ücret bahşeden sözleşme hükmünün geçerlik şartları - İlliyet bağı aranmasından sözleşme ile vazgeçilmesi - Bağışlama vaadi sayılıp sayılmayacağı - Tellâlin üçüncü şahsın alıcıyı bulması halinde bile ücrete hak kazanması.**

### *Olayların Özeti :*

A — 20 mart 1967 tarihinde *Bel Aurore C ve Bel Aurore D Anonim Şirketleri, Gérance Seilaz et Fils* adlı komandit şirketten 50.000 frank ödünç almışlardır. Borçlular karşı edim olarak alacaklıya maliki oldukları iki gayrimenkulün idaresini ve bu gayrimenkullerin daha sonra satılması amacı ile bir **m ü n h a s ı r t e l l â l l i k v e k â l e t i** vermişlerdir. 24 kasım 1967'de taraflar "*tellâllığın münhasırlığı*" başlıklı "*Société vaudoise des régisseurs*"ün basılı koşullarına ve bu formüllerin arka tarafında yer alan teamülî şartlara göre münhasır bir anlaşma imzalamışlardır.

6 mart 1968'de *Bel Aurore C ve Bel Aurore D Anonim Şirketleri* noter önünde 20 mart 1967'de ödünç olarak alınmış olan 50.000 frank için borç ikrarı imzalamışlardır. Bu senet özellikle alacaklının ödünçün iadesini ancak gayrimenkullerden birinin veya borçlu şirketlerin birinin veya diğerinin hisse senetlerinin satılması sırasında geri istenebileceğini ve "*bu ödüne karşılık olmak üzere borçluların alacaklıya gayrimenkullerin idaresini verdiklerini, ve ona şartları ayrı sözleşmede yazılı olduğu üzere gayrimenkullerin satımı için münhasır vekâlet tevdi ettiklerini*" öngörmekteydi.

1970'den beri *Gérance Seilaz et Fils* gayrimenkullerin ve gayrimenkul şirketlerinin hisse senetlerinin satılması amacı ile incelemeler yaptı ve girişimlerde bulundu. İdarecileri *Otto Kappeler* tarafından temsil edilen şirketler önce 2 550 000 sonra 2 600 000 frank değer

açıklamışlardır. *Gérance Seilaz et Fils*'in teklif ettiği ilgililerden biri 1972 ekiminde 2 550 000 frank ödemeye hazır olduğunu açıklamıştır. O da *Kappeler*'e yararlandığı tellâllik sözleşmesinin münhasır olduğunu hatırlatmıştır.

4 kasım 1972 günü gayrimenkul şirketleri 50 000 franklık ödünçü iade ettiler. *Gérance Seilaz et Fils* ise gayrimenkulleri La Genevoise'a 30 kasım 1972 tarihinde 2 600 000 franka satılmış olduğunu öğrendi. Bu muameleye ilişkin müzakere *Kappeler*'in 1971 ekiminden beri temas etmekte olduğu ve tellâllik ücreti olarak 50.000 frank alacak olan *Novimmob*'un bir memuru tarafından yürütülmüştü.

*Kappeler* 13 kasım 1972'de *Seilaz et Fils*'e sadece 6 mart 1968'de imzalanmış olan borç ikrarının önemli olduğunu yazdı; "*paranın geri verilmseinin bu anlaşmanın geçerliliğini ortadan kaldırdığını ve mevcut olmayan bir başka sözleşmeyi ileri süremeyeceğini*" bildirdi, idareci şirketi sözleşmenin feshinden dolayı tutmakta olduğu kiralardan 4000 frankı akdî tazminat olarak almaya davet etti.

B — *Gérance Seilaz et Fils, Bel Aurore C ve Bel Aurore D Anonim Şirketleri* ni 78 000 frank tutan (2 600 000 frankın % 3'ü3 tellâllik ücretinden tahsil edilen kira paraları indirildikten sonra kalan 54 135,05 frankı (dâva sırasında 66 705,90 frank olmuştur) 1 aralık 1972'den itibaren kanunî faizi ile birlikte müteselsilen ödemeleri için dâva etmiştir.

Dâvalılar, dâvanın reddini talep etmişler, mukabil dâva ile de dâvacının 4682,90 ve 3389,05 franklık iki meblağı faizleri ile birlikte ödemesini (karşı dâva) talep etmişlerdir.

24 nisan 1974 tarihli kararla *Vaud Kantonu Mahkemesi Hukuk Dairesi*, dâvacının taleplerini reddetti ve dâvalıların mukabil dâvalarını, dâvacının dâvalılara 8071,95 frank borçlu olduğunu, 1 aralık 1972 tarihinden başlayarak % 5 faiz işleyeceğini, dâvalıların bu miktarı iç münasebetteki şekilde paylaşmaları şartı ile kabul etti.

C — Dâvacı ilk derece mahkemesindeki iddialarını tekrarlıyarak Federal Mahkemeye başvurdu.

Federal Mahkeme temyiz müracaatını kabul ederek, temyiz edilen kararı dâvalıların davacıya 53.000 frank ve 1 aralık 1972'den itibaren % 5 faizle ödemeye mahkûm edilmeleri şeklinde değiştirdi.

*Gerekçelerden Özetler :*

3. — Dâvalılara göre, *istisnaî nitelikteki münhasır tellâllik şartı, ancak tamamen açık ve iki anlama gelmez olduğu takdirde geçerlidir. Herhalde bu şart zaman bakımından bir sınırlamayı öngörmeli ve tellâlin bir komisyona hak kazanmasını ve bunun önemini açık şekilde tarif etmelidir.* Olayda bu bilgilerin hiçbiri bulunmadığından münhasırlık şartı batıl olmalıdır.

a) Birbirinden bağımsız olarak çalışan birden fazla tellâlin ücreti konusunda BGE 72 II 422'deki kararında, Federal Mahkeme gayrimenkul piyasasında çok rastlanan bir olay sözkonusu olduğunu hatırlatarak, münhasırlık şartının geçerli olduğunu zımnen şu gerekçe ile kabul etmektedir: "Tellâl, başarının tamamını kendisi için temin etmeyi arzu ediyorsa, bunu sözleşmede münhasırlık şartının kabul edilmesini isteyerek elde edebilir". Federal Mahkeme 14.12.1971 tarihli *Salzmann ve Garber* kararında (BGE 97 II 357) böyle bir sözleşme şartının geçerliliğini şüpheli görmemiştir. Altı aylık bir süre için kurulan ve yenilenebilir bir gayrimenkul satımı için münhasır vekâlet sözleşmesinin kapsamını incelerken, Federal Mahkeme, böyle bir sözleşmenin sadece müvekkili aynı gayrimenkul için üçüncü kişilerle tellâllik sözleşmesi kurmama borcu altına soktuğunu kabul etmektedir.

b) Kanton içtihadı da müvekkilin sadece başka bir tellâla başvurmasını değil, fakat satımı bizzat yapmasını da yasaklayan bir tellâllik sözleşmesindeki münhasırlık şartının geçerliğini kabul etmektedir (SJZ 36/1939-1940, s. 318, N. 224). Bununla beraber bu karar, tarafların anlaşmasının hiçbir şüpheye yer vermemesini aramaktadır. Diğer kararlar eğer zaman bakımından sınıllanmışsa tellâl yararına münhasırlık şartının geçerliğini tanımaktadırlar (SJ 70/1948, s. 598 vd. SJ 75/1953, s. 280 vd; ayrıca bkz. SJ 74/1952, s. 538 vd.).

c) OSER/SCHÖNENBERGER münhasırlık şartının geçerliğini, bu şartın müvekkilin işlerini bizzat yapmaktan feragatini içermesi hali hariç olmak üzere zımnen kabul etmektedir; bu şartın, aynı şekilde geçerli olan tellâla işlem bir üçüncü şahıs tarafından yapılırsa da ücretinin tamamını veya bir kısmını garanti eden anlaşmalarla (üç-



ret garantisini) birbirine karıştırılmaması gerektiğini belirtmektedirler (Art. 412, N. 35; Art. 413, N. 18-19). BECKER, tellâlin ücretini faaliyeti sonucunda sözleşmenin kurulması arasındaki illiyet bağına tâbi tutan kanun hükümlerinin düzensizleyici olduğuna ve tarafların ilke olarak bunlardan ayrılabilmesine işaret etmektedir (Art. 412, N. 23; Art. 413, N. 12). REICHEL (Die Mäklerprovision, 1913) esas olarak aynı düşünceyi ifade etmektedir (s. 205 vd, 222 vd.). A. GUGGENBÜHL (Die Liegenschaftmählerei, Zürich tezi 1951, s. 294 vd, 319), TURRETTINI (Le contrat de courtage et le salaire du courtier, Genève tezi 1952, s. 20 ve 151 vd) ve PFENNIGER (Mäklervertrag und Provisionsgarantie, SJZ 46/1950, s. 338) de münhasırlık şartının geçerliliğini açıkça teyit etmektedirler.

Buna karşılık GAUTSCHI, Borçlar Kanununun 412 ve 413. maddelerine (BK. 404, 405) göre tellâlin ücretine ilişkin kanunî şartlar tarafların anlaşmaları ile değiştirilemez; tellâlin faaliyeti ile sözleşmenin kurulması arasındaki illiyet bağının bulunması gereğini ortadan kaldıracak ve tellâlin sözleşmesindeki temel nitelik olan tesadüfîlik unsurunu bertaraf edecek veya münhasırlık şartı gibi tellâla verilen vekâletten dönlmesi olanağını sınırlandıracak anlaşmalar geçerli olmayacak, hiç olmazsa tamamen geçerli olmayacaktır (Art. 412, N. 3a, b, e; N. 6d ve e).

d) GAUTSCHI'nin delilleri ikna edici değildir. Söz konusu kanunî hükümlerin, özellikle tellâlin ücretini çalışmasının başarısına bağlıyan Borçlar Kanununun 413. maddesinin I. fıkrasının (BK 405 I) emredici hükümlerden olması için hiçbir sebep yoktur. Buna karşılık tellâlin, müvekkili ile yapacağı bir anlaşma ile, bu tip sözleşmenin tesadüfî niteliğinden ileri gelen çok sert sonuçlarına karşı kendisini korumayı istemesi olağandır. Vekâlet verenin bir diğer aracının hizmetlerine başvurmasını yasaklayan münhasırlık anlaşması tellâlin gösterici ve müzakereci faaliyeti, sözleşmenin müvekkil tarafından bağlanması halinde hiçbir etki yapmamış olsa bile ücrete hak kazanması anlamına gelecek olan illiyet bağının varlığı şartından vazgeçme mi yoksa dar anlamda bir ücret garantisini mi teşkil ettiği pek önem taşımaz. Böyle bir sözleşme şartının geçerliği borçlar hukukunun genel ilkelere uygun olarak sadece tarafların anlaşmasını gerektirir. Ne bu

anlaşmanın özellikle açık ve çift anlama gelmez olması ne de münhasırlığın sınırlı bir zaman için verilmiş olması zorunlu değildir; böyle bir sınırın bulunmaması halinde (ister münhasır olsun, ister olmasın) tellâllık sözleşmesinden Borçlar Kanununun 404. maddesine (BK. 396) göre her zaman mümkündür. Gerçekten GAUTSCHI'nin düşüncesinin aksine münhasırlık şartı bu hali ile, Borçlar Kanununun 404. maddesine (BK. 396) dayalı dönme yetkisini sınırlamaz. Sadece tellâla verilen vekâletten dönme hakkını kaldıran özel anlaşma geçersizdir, bunun dışında kalan münhasır tellâllık sözleşmesi bütün hukukî hükümlerini muhafaza eder.

Tellâlnın ne şekilde olursa olsun hiçbir faaliyet göstermeden ücrete hak kazanacağı anlamını taşıyorsa, münhasırlık şartının geçerliği şüpheye düşer; bu durumda yazılı şekle (OR 243, BK 238) ve tarafların bağışlama yapmak ve onu kabul etmek yolunda ortak iradelerine bağlı olan bağışlama vaa'di'nden sözedilebilir. Bununla beraber dâvada ise bu mesele ortaya çıkmamıştır; dâvalının iki gayrimenkulü için alıcı aramakla yükümlü olan dâvacının bu yolda bir faaliyet gösterdiği sabittir.

4. — Tellâllık sözleşmesindeki münhasırlık şartına aykırılığın sonuçları konusunda iki çözüm hatıra gelmektedir. Bu aykırılığın yapmama borcuna aykırılık (OR 98 II, BK 97 II) teşkil ettiği tellâlnın zararını isbat etmesi halinde tazminat talep etmeye hakkı olduğu mütalâa edilebilir; temyiz edilen Kanton mahkemesi kararında benimsenen görüş budur. İş bir başka tellâlnın aracılığı ile bağlansa bile vekilin kararlaştırılan komisyona hak kazanacağı da kabul edilebilir. Bu iki çözümde n birinin seçilmesi esas olarak sözleşmenin muhtevasına bağlıdır.

Dâvada, 24 kasım 1967 tarihli anlaşmadan açıkça anlaşılmalıdır ki münhasır tellâllık sözleşmesi "Société vaudoise des régisseurs" (Vaud Kanton Yöneticileri Derneği)'nin formülerinde zikredilen teamülî şartlara göre kurulmuştur. Hukuk mahkemesi, anlaşmaya ekli tip sözleşmenin bütün şartlarının, bu arada tip sözleşmenin arkasında basılı olan genel şartların, teamüllerin ve meslekî tarifelerin tarafların ilişkisine uygulanıp uygulanmayacağını açıklamıyor. Fakat ilke olarak uygulandığını kabul etmek gerekir, aksi halde kan-

ten mahkemesi esaslı noktalarda anlaşma olmadığından bir tellâllik sözleşmesinin kurulmuş olduğunu kabul edemezdi. Kaldı ki hukuk mahkemesi vekâletin devamı, münhasırlık halinde ücretlendirme konularında tip sözleşmenin, teamüllerin ve meslekî tarifelerin muhtevasına başvurmaktadır.

Sözü edilen teamüllerin 4. maddesi anlamında, tellâla bahşedilen münhasırlık halinde, alıcıyı kendisi veya bir üçüncü şahıs bulsa bile müvekkil, komisyonu tellâla ödemekle yükümlüdür. Kanton mahkemesi tip sözleşmenin arkasında yer alan bu metnin, "tartışmaya yol açmıyacak yazılı şekil" mecburiyetine cevap vermediği görüşündedir. Çünkü dâvada münhasırlık şartı, tellâlin faaliyeti ile sözleşmenin varlığı arasındaki illiyet bağından vazgeçme anlamına geldikçe "bağışlama vaadi ile sınırdış olurdu". Bu görüş hatalıdır. İster münhasırlık şartından ister bir başka sözleşme hükmünden ileri gelsin illiyet bağından vazgeçme genel ilke olarak b a ğ ı ş - l a m a v a a d i teşkil etmez (Bkz. OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 413, N. 18; BECKER, Art. 413, N. 12; GUGGENBÜHL, anılan eser, s. 188; SJZ 35/1938-1939, s. 77). Sadece tellâlin hiçbir faaliyet göstermediği durum için ücret vaadi varsayımını saklı tutmak gerekir; bu varsayım TURRETINI (adı geçen eser, s. 154) tarafından düşünülmüştür fakat dâvada gerçekleşmemiştir. Daha önce anılan *Salzmann ve Gerber* kararında, Federal Mahkeme illiyet bağının bulunması gereğinden sözleşme ile vazgeçilebileceğini açıklandıktan sonra, dâvada böyle bir vazgeçmenin bulunup bulunmadığını araştırmış, fakat bu vazgeçmeyi bağışlama vaadine benzetmemiştir (BGE 97 II 357). Şu halde münhasırlık şartı, illiyet bağından vazgeçme anlamına gelse bile, sonuçlandırıcı olaylarla kararlaştırılmış olabilir.

Dâvada taraflar arasındaki ilişkiye uygulanabilen, meslekî teamüller ve tarifelerin 4. maddesi alıcıyı bir üçüncü şahıs bulsa bile müvekkilin tellâla komisyonu ödemesi gerektiğini öngörmektedir. *Münhasır tellâllik sözleşmesinde öngörülen gayrimenkuller satılmış olduğundan dâvalılar ilke olarak kararlaştırılan komisyonu ödemekle yükümlüdürler; dâvacının bu komisyona eşit bir zarara uğradığını isbat etmesine ve Kanton Mahkemesinin Borçlar Kanununun 156. maddesini (BK. 154) uygulamakta haksız olup olmadığını araştırmaya yer olmaksızın bu böyledir.*

Bu çözüm kaldı ki h a k k a n i y e t e uygundur. Davalılar davacıya onun verdiği 50.000 franklık ödünç karşılığında münhasır tellâllık vekâleti vermişlerdir. Dâvacı bu ödünçün geri verilmesini ancak gayrimenkullerden birinin veya dâvalı şirketlerden birinin hisse senetlerinin satımı sırasında istetebilirdi. Dâvalılar bu tür işlemleri pekiyi bilen idarecileri *Otto Kappeler* aracılığı ile davranmakta idiler. Bu şartlarda onların, münhasırlık şartına açıkça aykırı olarak görevlendirilen ikinci tellâla ödemiş olduklarından ayrı olarak, *dâvacının ücretini ödemek zorunda kalmaları hiçbir şekilde haksız görünmemektedir*. Dâvalılar bu şartla bağlı oldukları sürece dâvacıya tevdi ettikleri bir işin görülmesini bir üçüncü şahsa yükledikleri halde iki defa tellâl ücreti ödemek tehlikesi ile karşı karşıya bulduklarını bilmekteydiler (*Federal Mahkeme*, I. Hukuk Dairesi, 17 eylül 1974, *Seliaz et Cie ve S. I Bel Aurore C ve D. S. A.* dâvası, *BGE 100 II 361, JdT 1975 I 188*).

## VIII. TASARRUF HESABININ HUKUKİ NİTELİĞİ

**Bankadaki tasarruf hesabının hukukî mahiyeti - Ödünç, kendine özgü işlem, usulsüz tevdi? - Takas - Sözleşmenin müphem hükümlerinin kaleme alan aleyhine yorumlanması - Tasarruf cüzdanının nama ve hamile yazılı olması**

### *Olaylar :*

A. — (X), 1955 kasımından 1966 haziran sonuna kadar (Y) *Bankası*'nın müdürü idi. “*İsviçre Mahallî Bankalar ve Tasarruf Sandıkları Derneği*” (Verband Schweizerischer Lokalbanken, Spar-und Leihkassen, Association de banques régionales et caisses d'épargne suisses) 1961-1963 yılları için gözden geçirme raporlarında açılan kredilerin karşılıklarının şüpheli olduğunu ve bu durumdan banka alacaklıları açısından tehlikeler doğduğunu belirtmiştir. Bu sebeple “Bankalar Federal Komisyonu” (Eidgenössische Bankkommission, Commission fédérale des banques) 1965 sonunda kanunî hükümlere göre kredi karşılıklarını sağlamak üzere 350.000 franka kadar güvence verilmesini zorunlu kılmıştır. (Y) *Bankası* İdare Meclisi 9 aralık 1965'de üyelerinin ve müdürün eşit paylarla bu garantinin verilmesine katılmaları gerektiğine karar verdi. (X), 4 mart 1966'da Y *Bankası*'ndaki teminatları kabule mahsus olan.., sayılı tasarruf hesabına 70.000 frank yatırdı ve bu cüzdanı “*İsviçre Mahallî Bankalar ve Tasarruf Sandıkları Derneği*”ne “inanç gereği” tevdi etti. Dernek 1966 nisanın da bu nuona iade etti.

B. — (X), (Y) *Bankası*'nın ödünç verdiği ve hamile yazılı ipotekli borç senedi ile temin edilmiş 40.000 franklık borç, 765 frank faiz ve 42,55 frank kasa kirasına karşılık 70.000 franklık alacağını ve bunu 324 frank faizini kısmen takas ettiğini açıklamıştır. (Y) *Bankası*, takası reddetmiş ve hesabı bloke etmiştir. Bu durumda (X), (Y) *Bankası*'ndan kalan 29.516,95 frank ile faizini talep etmiştir. Sonuçsuz bir takip açtıktan sonra bu miktar için itirazın muvakkaten kaldırılmasını sağlamıştır.

(Y) *Bankası*, borçtan kurtulma dâvası açmıştır. Banka ilk plânda söz konusu olan ve tasarruf hesabına yatırılmış bulunan miktarın teminat ve emek amacına matuf olduğunu ve ikinci derecede ise dâvalıya bu hesaptan ileri gelen borcunun, ona terettüp eden zararın takası ile sona ermiş olduğunu ileri sürmüştür. Dâvalı bu karşı edimlerin varlığına itiraz etmiş ve karşı dâva ile ipotekli borç senedinin iadesini ve 47.871,48 frankın ücret olarak ödenmesini talep etmiştir.

C. — 19 ocak 1973'de Obwald Kanton Mahkemesi borçtan kurtulma dâvasını reddetti ve ipotekli borç senedinin iadesi hakkındaki karşı dâvayı kabul etti. Bundan başka karşı dâvacının ikinci talebinin 18.503,40 frankını kabul etti, fakat dâvacının bu miktarı aşan zararı ile takası sonunda sona ermiş bulunduğunu tesbit etti.

D. — Obwald Kantonu Yüksek Mahkemesi 4 ekim 1973 tarihli kararı ile ilk derece mahkemesinin kararını onayladı.

E. — Federal Mahkeme 25 haziran 1974'de tarafların temyiz itirazlarını kabul edilebilirlikleri ölçüsünde reddetti.

#### *Gerekçelerden Özetler :*

Kanton kazası dâvalı tarafından tasarruf hesabına yatırılan paranın *u s u l s ü z p a r a t e v d i i* teşkil ettiğini kabul etmekte ve bundan Borçlar Kanununun 125. maddesinin 1. bendi gereğince (BK. 123/1) dâvacının, zarardan doğan taleplerini dâvalıya borçlu olduğu kalan miktar ile onun iradesi olmadan takas edemeyeceği sonucunu çıkarmaktadır. Dâvacı bu görüşün federal hukuka aykırı olduğunu savunmaktadır; gerçekten dâvalının parasının basit şekilde muhafaza edilmesinden çok faizli bir şekilde yatırılmış olmasında menfaati olacağı hal ve şartlardan çıkarılırdı.

a) Tasarruf sandıklarındaki tevdilerin hukukî mahiyeti tartışmalıdır. Doktrin bunları *ö d ü n ç , s u i g e n e r i s s ö z - l e ş m e l e r v e y a u s u l s ü z t e v d i* olarak kabul etmektedir (OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 481, N. 22 ve oradaki göndermeler). Eğer burada Borçlar Kanununun 481. maddesinde (BK. 472) öngörülen hukukî işlem olduğu kabul ediliyorsa, tevdi edilen Borçlar Kanununun 125. maddesinin 1. bendine göre (BK. 123/1) parayı iade etmek borcunu tevdi edenin iradesine karşı takasla söndü-

remez (BGE 45 III 249, JdT 1920 I 305; GAUTSCHI, Art. 481, N. 3a, 3c, 4d; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 481, N. 22).

b) Tasarruf sandıkları nezdindeki mevduat tarafların iradesine göre ya ödünç ya da usulsüz tevdi niteliği taşıyabilirler. Aradıkları ve zımnen kabul ettikleri ekonomik amaç kesin kriter teşkil eder (OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 481, N. 18 ve 22; GAUTSCHI, Art. 481, N. 6a ve 8b; GUHL/MERZ/KUMMER, s. 482; WIDMER, Die rechtliche Natur des Sparkassevertrages unter besonderer Berücksichtigung der Verjährungsbestimmungen, s. 12). Belli münferit olayda parayı yatıran genellikle sadece faiz almak değil aynı zamanda emin bir yerde parasının saklanması istediğinden kolay değildir (OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 481, N. 22). Tevdi sözleşmesine dayanarak parasını çekmek isteyen alacaklı, iddia ettiği hukukî sebebi isbat etmekle yükümlüdür (BGE 21 1170, JdT 1896 100). İsbat konusundaki bu kural borçtan kurtulma usulünde değiştirilmemiştir (BGE 95 II 621 gerekçe 2, JdT 1971 I 133); bu nedenle dâvalının olayda tasarruf hesabındaki mevcudun bir tevdi sözleşmesinin konusunu teşkil ettiğini isbat etmesi gerekir.

c) Önceki kararlara göre dâvalı sadece Bankalar Komisyonunun kararından sonra ve o zaman ortaya çıkan şartların baskısı altında teminat vermek zorunda idi. Dâvalının tasarruf hesabı açtırmasının saikine ilişkin gerekçe bu noktadadır. Aksine temyiz edilen kararda cüzdan üzerindeki tevdiin hukukî mahiyetinin ne olduğunu çıkarmaya yarıyacak maddî vakıa tesbitleri yoktur. Sonuçta cüzdanın arkasında basılı olan tasarruf sandığının yönetmeliği sözleşmenin konusunu belirlemektedir (Bkz. WIDMER, anılan eser, s. 18; GLÜCKSMANN, Die Rechtsnatur der Sparhefte, s. 24); kaldı ki dâvacı bu yönetmeliği ileri sürmüştür. Yönetmelik belirsiz sayıdaki müşteriler için öngörümüştür, şu halde iltihakî sözleşme niteliğindedir. Dâvacı tarafından hazırlanan kararlık hükümlerinin aleyhine yorumlanmasıdır (BGE 97 II 74, JdT 1972 I 351, özet).

Yönetmeliğin 1. maddesine göre, dâvacı "tasarruf hesaplarına\* para tevdiini" kabul etmektedir. Bu şekilde paranın maliki olmakta

(\*) Metinde "tasarruf cüzdanlarına" (sur les livrets d'épargne, auf Sparhefte) denilmiştir.

ve daha sonra aynı miktarda —faiz ilâvesi ile— iade etmek borcu altına girmektedir. Cins ile belirlenen iade talebi ödöncün olduğu kadar (OR 312, BK. 306) olağan vedianın da (OR 481, BK. 472 I) ayırıcı niteliğidir. Dâvacının yönetmeliği “tasarruf tevdi”nin Bankalar hakkındaki Kanununun 15. maddesindeki himayeden, yâni iflâs halinde imtiyazlı olmaktan yararlanacağını öngörmektedir (bend 1). Federal Hükümet gerekçesinde (BB1 1934 I 187, FF 1934 I 188) tasarruf sahibinin bu imtiyazı, “halkın orta ve ekonomik olarak zayıf sınıflarının” zor günler için bir kaynak olsun diye paralarını tasarruf hesaplarına yatırmaları ile haklı gösterilmiştir. Şu halde bir tasarruf hesabının alacaklısı ilke olarak iyi bir borçluya kredi açmayı arzu etmemektedir; verimi önemsiz olsa da daha çok parasının emin bir yerde saklanmasını amaçlamaktadır (GAUTSCHI, Art. 481, N. 6a). Yönetmelik daha sonra (bend 6) yatırılan paralara banka tarafından saptanan koşullarla faiz tahakkuk ettirileceğini öngörmektedir. Bundan ortada bir ödünç olduğunu çıkarmak mümkün değildir. Gerçekten tasarruf cüzdanı alacaklılarının hesap mevcutlarının iadesini aynı zamanda talep etmedikleri anlaşılmaktadır, banka tasarruf edilen miktarların bir kısmını yatırmak durumundadır, bu şekilde sadece parayı bedava olarak korumakla kalmaz, aynı zamanda tasarruf sahibine “tasarruf faizi” denilen bir de faiz verir (Bkz. GUHL/MERZ/KUMMER, s. 482; GAUTSCHI, Art. 481, N. 4f, 6a; WIDMER, s. 9-1; von BÜREN, Besonderer Teil, s. 184-185’de ne kadar az olursa olsun faiz kararlaştırılınca ödünç olduğunu kabul etmektedir). Bu faiz olağan olarak ödünçlerle elde edilecek faizlerden aşağıdır ve bu şekilde tasarruf cüzdanı sahibi kendisini zorunlu olarak ödünç veren olarak telâkki etmez. Dâvacının kanunî gözetim kurumu tarafından dâvalıya yazılan 7 nisan 1966 tarihli mektuptan, ona tasarruf cüzdanına yatırdığı miktar için ödenecek faizin % 4,5 olması gerektiği çıkmaktadır. Bununla beraber, sermaye piyasasına hakim olan şartlara göre ödünç halinde mutad olarak verilecek faiz kadar yüksek bir karşılık sözkonusu değildir. Faizlerin sermayeye ekleneceğini ve onlara da faiz yürütüleceğini öngören yönetmeliğin 6. maddesinin son bölümündeki hüküm zorunlu olarak bir ödöncün varlığı lehinde delil olmaz. Böyle bir sözleşme şartı, Borçlar Kanununun 314. maddesinin III. fıkrasına (BK. 308 III) göre c â r i h e s a p ve t a s a r r u f s a n d ı k l a r ı i ş l e m l e r i hariç olmak üzere b â t ı l d ır. Bu faizle ilgili bir kuraldır (Karş. BGB § 248), hukukî ilişkiyi ni-



telemeye yarayan bir hüküm değildir. Bu hükmün ödünç ile ilgili fasılda yer alması ilk plânda bu hukukî işlemle ilgili olmasındandır (GAUTSCHI, Art. 481, N. 6b; WIDMER, s. 17). Nihayet yönetmeliğin 6. bendinin öngördüğü alacaklıların 2000 frankın üzerindeki miktarları çekebilmek için 2 aydan 6 aya kadar ihbar sürelerine uymaları gereği, dâvacıya göre vedianın varlığı ile uyuşmaz. Şüphesiz, tevdi edilen şeyin her zaman geri alınabilmesi bu sözleşmenin ayırıcı niteliğidir (OR 475 I, BK. 466 I). Bununla beraber ödünç alan da eğer taraflar böyle anlaşmışlarsa, şeyi ilk talepte iadeye mecbur olabilir (OR 318, BK. 312). Dâvacının yönetmeliğinde bulunan ve para çekmeleri sınırlandıran bu şart mveduat ve tevdi işlemlerine ilişkin banka hukuku hükümlerinden ileri gelmektedir, fakat vedia sözleşmesini bertaraf etmemektedir (OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 481, N. 10; GAUTSCHI, Art. 481, N. 8b). Gerçekten bankalar olağan olarak “imkân ölçüsünde.. yatırılan paranın tamamını Borçlar Kanununun 475. maddesinin II. fıkrası (BK. 466 II) açısından haklı görülebilecek indirimi yapmak kaydı ile iadeye hazırdırlar (GAUTSCHI, Art. 481, N. 8b). Tasarruf cüzdanının nama veya hamile yazılı kıymetli evrak olarak nitelendirilmesi (Bkz. Yönetmelik bend 9), tarafların iradesine göre, dâvalının sadece yatırım amacı ile tasarruf hesabı açtığını isbat etmez. Kaldı ki dâvacı, yönetmeliğindeki tevdi ve hüviyetini isbat şartı gereğince (bend 9), bankanın borcunun aranacak borç olduğunu kabul etmemektedir, bu ise usulsüz vedianın ayırıcı niteliğidir (OR 477, BK. 468), halbuki ödünçten doğan borç (OR 74 II/1, BK. 73 bend 1) taşınacak borçtur (GAUTSCHI, Art. 481, N. 4e).

Dâvalının dâvacıya yazdığı 2 mart 1966 tarihli mektuptan anlaşıldığı üzere bankanın alacaklıları için garantiyi üçüncü şahısların yardımı ile bulabildiği doğrudur. Onun bu amaçla ve davacı tarafından anlaşılabilir biçimde ne ölçüde parasını sadece “kullanılincaya kadar” faize yatırmaması, fakat emin bir yerde saklanmasını beklememesi açıklanamıyor. Yukarıda anılan mektubunda dâvalı, dâvacıyı para yatırmamasının ancak onun tarafından ortaya konan tevdi şartları kabul edilmediği sürece “*inançlı nitelikte*” olduğu konusunda da aydınlatıyordu. Bu kayıt da tasarruf cüzdanından doğan alacağın hukukî mahiyeti hakkında bir işaret vermemektedir; bu kayıt banka alacaklıları yararına olan garanti ile ilgilidir.

Şu halde, kanton kazasının dâvalının alacağıının usulsüz vedia-  
dan ileri geldiği hakkındaki görüşü federal hukuka aykırı değildir  
(*Federal Mahkeme*, I. Hukuk Dairesi, 25 Haziran 1974, *X ve Y Ban-  
kası Dâvası*, *BGE 100 II 153*, *JdT 1975 I 174*).