

# YABANCI MAHKEME KARARLARI

# İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI

## BORÇLAR HUKUKU

*Doç. Dr. Mustafa DURAL*

BGE 100 II 49 - 52

### KARAYOLLARI TRAFİĞİ

**SvG mad. 58, fıkra 2. Durmakta olan, fakat hareket halindeki başka bir araç tarafından zarara uğratılan bir aracın işleticisi, 2. fıkraya göre kusurlu değilse, 58. maddenin 1. fıkrasına göre giderim isteyebilir.**

A — Haechi taksim işleticisidir. 3 Aralık 1970 de saat 23'e doğru taksisini (Mercedes), Zürih'deki Bellarive Oteli önündeki cadde kenarındaki indirme yerinde müşterilerini indirmek için durdurur. Daha yeniden hareket etmeden önce, Doris Good'un yönettiği bir binek otomobili (Morris), araca arkadan vurur ve onu bir kaç metre öteye fırlatır. Olay sonucu her iki araba da ağır hasara uğrarlar ve Doris Good önemli derecede yaralanır. Doris Good —iddiasına göre—, kendisini geçen bir beyaz "Chevrolet" tarafından sağa sıkıştırılmış ve tam fren yapmasına rağmen çarpışmayı önleyememiştir. Polisin "Chevrolet" nin sürücüsünü arama çabaları sonuçsuz kalmıştır.

B — 20 Temmuz 1971'de Haechi Zürih mahkemesinde, Morris'in işleticisi Fritz Hoffmann ve onun sigortacısı Alpina Sigorta Anonim Ortaklığına karşı, faiziyle birlikte maddî zarar karşılığı 4757.50 Fr. lık tazminat davası açar.

Gerek Zürih bidayet mahkemesi gerek istinaf mahkemesi davayı şu gerekçeyle reddederler. Davacı, takside meydana gelen za-

rarın ne Doris Good'un kusuruyla, ne de onun geçici olarak temyiz kudretini kaybetmesi sonucu olduğunu ispat edememiştir. Aksine, Doris Good'un, bulunamayan beyaz araba tarafından, davacının arabasına doğru sıkıştırılmış olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple de Morris'in işleticisi SVG md. 61, fıkra 2 ye göre taksidedeki maddî zarardan sorumlu değildir.

Davacı istinaf mahkemesinin kararına karşı, açık bir kanun hükmünün ihlâl edildiği gerekçesiyle butlan davası açmıştı. Zürih Kantonu Temyiz Mahkemesi bu başvurmayı 3 Kasım 1973 tarihli kararıyla reddeder.

C — Haechi bu karara karşı Federal Mahkemeye başvurur ve bu başvurusu kabul edilir.

#### FEDERAL MAHKEMENİN GEREKÇELERİ

1 — Şikâyetçi, arabasına çarpıldığı zaman Bellarive Oteli önünde, caddede, indirme yerinde durduğunu daha dava dilekçesinde belirtmişti. Bu polis raporundan da anlaşılmaktadır. 12 Ekim 1971 tarihli celsede bidayet mahkemesi yargıcı tarafından davacıya, SVG mad. 61/II ye göre, çarpışmanın Doris Good'un kusuruyla meydana geldiğini ispat etmesi gerektiği söylenmiştir. Şikâyetçi, bu hükmün uygulanamayacağını ileri sürmüştü ve ona yüklenen ispat külfetini kabul etmemiştir. Aynı görüşü, istinaf mahkemesi ve Zürih Temyiz Mahkemesinde yaptığı itirazda da ileri sürmüştür.

Kantonal merciler, davacının itirazını kabul etmemişlerdir. Zürih Temyiz Mahkemesi, maddî zararlarda, zarara diğer işleticinin ya da sorumlu olduğu kişilerin kusurunun sebep olduğunu, zarara uğrayan işleticinin ispat etmesi gerektiğini davacıya karşı özellikle ileri sürmüşlerdir. Mahkemeye göre, SVG md. 58 ilâ 60 dan davacı kendi lehine bir sonuç çıkartamaz; çünkü, işleticilerin birbirlerine verdikleri zarar SVG 61 de düzenlenmiştir. Duran bir arabaya çarpılması ve işleticinin maddî zarar için tazminat istemesi halinde ispat külfetinin başka bir şekilde dağıtılmış olduğunun kanunda bir dayanağı yoktur. SVG 61/II ye göre, işletme rizikosundan doğan bir sorumluluk söz konusu değildir.

2 — Bu görüş kabul edilemez. Geçici bir süre için olsa bile, davacının arabası yolun dışında, durmaya ayrılmış bir cadde kenarında durdurulmuştur. Çarpışma anında hareket halinde değildi. Hattâ BGE 97 II 166 Er. c de, yol üzerinde, caddenin kenarında duran bir kamyon “hareket halinde değil” olarak kabul edilmiştir. Hareket halinde bulunmayan bir araç ise işletme rizikosunu yaratmaz. Böyle bir durumdaki aracın işleticisi, ancak, zarar görenin, o (duran) aracın işleticisinin ya da sorumlu olduğu kişilerin kusurlu olduklarını ya da motorlu araçtaki yapım hatasının etkili olduğunu ispat etmesi halinde SVG md. 58/II ye göre sorumlu olur. O halde bu hüküm, zararın doğduğu anda, davalı işleticinin motorlu aracının durmakta, fakat davacınının hareket halinde olmasını aramaktadır. Sadece böyle bir hal için kanun md. 61/II ye benzer olarak, md. 58/II de bir işleticinin, kendisinin uğradığı maddî zararların tazminini isteyebilmesi şartlarını düzenlemektedir.

Buna karşılık, olayda olduğu gibi, dâvacının aracının kaza anında hareket halinde olmaması halinde, durum farklıdır. Böyle bir halde, SVG md. 58/I uygulanacağı içindir ki, talepte bulunan ne davalı işleticinin ya da zarar verenin kusurunu, ne de araçtaki yapım hatasını ispat etmek zorunda değildir; aksine, eğer sorumluluktan kurtulmak istiyorsa SVG 59/I deki kurtuluş beyyisini getirmek yükümü işleten ve onun malî sorumluluk sigortacısının yâni olayda karşı tarafa aittir (krş. *Bussy*, SJK, Kart 916 a, s. 8, N. 20; *Bussy/Rusconi*, Code Suisse de la Circulation Routière, s. 237, N. 2, 3 zu Art. 61 SVG, *Oftinger*, Schweizerisches Haftpflichtrecht II/2, s. 656 Ziff. 4).

## EŞYA HUKUKU

BGE 100 II 8 - 17

**Define bulma (ZGB 723; MK. 696); iyiniyetle mülkiyeti kazanma (ZGB Art. 714/II; MK. 687 ve ZGB Art. 933; MK. 901)**

**Define (gerekçe 2a), menkul inşaat (gerekçe 2b); ZGB Art. 933; (MK. 901) anlamında emanet bırakılan şey (gerekçe 3) kavramları.**

**Eski altın paraları satın almada, bir bankadan göstermesi beklenen özen (gerekçe 4).**

A — 5 Nisan 1963 tarihli satış sözleşmesi ile Franz Weibel-Gauch, Bettweil komünü tapu sicilinde 313 numara ve 5/763 plânında kayıtlı taşınmazını, Bettweil peynircilik ortaklığına satar. Resmî senetteki, taşınmazın tanımına ilişkin kayıtlar, aşağıdaki gibidir :

“11,09 ar çayırılık, 2000 Fr.a sigortalı ağaçlık, ambar (10.8.1950 tarihli, anıtların korunması)”.

Buna karşılık, Muri tapu sicil muhafızlığı tarafından 12 Ekim 1971 de düzenlenen tapu sicili suretinde, taşınmaz, sadece çayırılık ve ağaçlık olarak gösterilmiş ve şu husus eklenmiştir :

**“Beyanlar :**

**56 numaralı ambar, anıtların korunması hükümlerine tâbidir; dört yol ağzındaki köy çeşmesi anıtların korunmasına tâbidir.”**

Satım işlemi tapu siciline tescil edildikten sonra, taraflar, ambarın, taşınmaz ile birlikte satılmadığı, aksine, bu arada ölen satıcının mirasçılarının, burayı, rehin etmeye ya da satmaya hakları olduğu üzerinde anlaşmışlardır. Bunun üzerine Weibel'in mirasçıları ambarı Luise Schellenberg'e satmışlardır. Luise Schellenberg,

1966 da, Marangoz Max Vogelsang'a, ambarı, kendisine ait bir taşınmaz üzerinde yeniden kurmak için sökmesi talimatını vermiştir.

Sökme işlemleri sırasında Vogelsang, direklerden birinin top-rağa girdiği çukurlardan birinde, büyük miktarda 18. yüzyıla ait altın bulmuştur. O, bunları derhal edinerek, kayınbiraderi Alfred Baumann'a bunların bir kısmını satma yetkisini vermiştir. Bunu yaparken de, altınların kendisine bir akrabası tarafından vasiyet edildiğini söylemiştir. Baumann, birkaç altınla, önce Wohlen'deki Aargauische Hypotheken und Handelsbank'a (AHH) gidip, tanıdığı banka memuru Notter'e, bunların değerinin ne olduğunu sormuştur. Notter, altını almış, Baumann'a bir kaç gün sonra gelmesini söylemiştir. AHH bankası, Zürih'deki Leu Bankasından altının değerini öğrendikten sonra, bakanın veznedarı Saxer, Baumann'dan 2 ve 5 Ağustos 1966 da 260 Fr.'a 106 birlik, 360 Fr.'a da 102 ikilik Luis altını satın almıştır. Böylece toplam semen 31.160 Fr.'a varmıştır. Baumann, bu miktarı Vogelsang'a vermiştir. Bir kaç gün sonra Saxer, altınlardan bazılarının özürlü olduğunu telefonla Baumann'a bildirmiştir. Baumann, bu şikâyeti Vogelsang'a iletmiş ve ondan, tahminen 14 başka altın alıp bunları Saxer'deki özürülüler ile değiştirmiştir. Geri kalan altınları Vogelsang, kardeşi ve diğer kayınbiraderi aracılığıyla Zürih'teki Leu bankasına satmıştır.

1967 yazında Luise Schellenberg ve Weibel'in mirasçıları definenin bulunuşunu öğrenmişlerdir. Vogelsang, Weibel'in mirasçılarına, 11 Ağustos 1967 de, halen zilyedliğinde bulunan altınları ve satılmış altınlar için aldığı karşılığı vermeyi yazılı olarak taahhüt etmiştir. Bunun sonunda Luise Schellenberg ve Weibel'in mirasçıları arasında, altınların mülkiyetine ilişkin görüş ayrılığı doğmuş ve mesele Muri'deki Asliye Mahkemesi önüne götürülmüştür. 7 Mayıs 1971 de, Weibel'in mirasçıları AHH 'a karşı olan bütün istemlerini, Luise Schellenberg ile olan çekişmelerinde bir yargı kararı alınmaksızın, ona devrederler. Bettvill Peynircilik Ortaklığı ise, bunun üzerine herhangi bir istemde bulunmaktan feragat eder.

30 Haziran 1971 de Aargau Kantonu Ticaret Mahkemesinde açılan bir dava ile Louise Schellenberg, AHH'nin, satın aldığı altınları ve bunların başkalarına satımından elde ettiği semeni kendisine vermesine mahkûm edilmesini ister. Ticaret Mahkemesi, 14 Haziran 1973 tarihli kararıyla davayı kabul eder ve davalıyı, 35 ta-

ne birlik ve 6 tane ikilik Luis altınını dâvacıya geri vermeye ve 20860 Fr. ödemeye mahkûm eder.

C — Bu karar karşı dâvalı Federal Mahkemeye başvurur. Bu başvurmasıyla dâvalı, temyiz edilen kararın bozulmasını ve davanın reddedilmesini ya da çekişmenin bidayet mahkemesine geri gönderilmesini ister.

Davacı, temyiz isteminin reddini ister.

### FEDERAL MAHKEMENİN GEREKÇELERİ

1 — .....

2 — Davalı, bidayet mahkemesinin ambarı menkul inşaat sayması ve olayda, lûkata yerine haksız olarak bir define bulmayı kabul ettiğini ileri sürmekle, gerçekte, sözkonusu olan dâva yönünden dâvacının, dâvacı olma sıfatının bulunmadığını iddia etmektedir.

a) Bidayet mahkemesi ve davacının iddialarının aksine, bu davada, bulunan altınların, define mi, yoksa alelâde bir lûkata mı sayılacakları önemlidir. Çünkü, bir lûkatının var olduğu sonucunun kabulü halinde, davanın, hiç tereddütsüz, reddi gerekir. Bu halde, bidayet mahkemesinin kabul etmiş gözüktüğü gibi, malik olarak, sadece, Weibel'in mirasçılarının sözkonusu olabileceği doğru değildir. Gerçi, ambarın bir çok nesilden beri, Weibel ailesinin mülkiyetinde bulunduğu açık olduğu için, atalarından birinin altınları sakladığı ihtimal dahilinde gözükmektedir. Ancak bunun hangi ata olduğu belli olmadığı için, bundan, mirasçı Weibel'lerin, onun yeğâne küllî halefleri olduğu sonucu çıkartılamaz. Onların, davalıya karşı olan istemlerini, davacıya devretmeleri, bidayet mahkemesinin görüşünün aksine ona (Louise Schellenberg'e) davacı olma sıfatını temin etmez.

Davalı, *Haab/Simonius/Scherrer*, ZGB, Art. 723/724 (MK. 696/697) N. 8'e dayanarak, ticarî mal sayılması gereken altınlarda, bunların oldukça kısa bir süre önce saklanmış olduklarına ilişkin karinenin yürüyeceğini; bu sebeple de, definenin varlığını kabul için gerekli şartların gerçekleşmediğini ileri sürmüştür. Ancak, bulunan altınlar arasında, sadece borsada tedavül eden Louis, altın-

ları değil, nadir bulunan ve pahalı olanları da vardır. Örneğin, 2.000 Fr.'in üstünde değerdeki Bern çifte dükaları gibi... Buna ek olarak, altınlardan hiç biri, 1800 yılından sonra basılmış değildir. Bu durum gibi, saklanmış şekli de, bunların uzun zamandan beri saklı oldukları sonucuna götürmektedir. Altınları, birinin saklamış olduğuna ilişkin tutanak noktaları yoktur ve bunların bugünkü maliklerinin kim olduğunun nasıl saptanacağı da çıkartılamamaktadır. Bu sebeple, bidayet mahkemesiyle birlikte, ZGB Art. 723 (MK. 696) anlamında bir definenin varlığını kabul gerekir.

b) Buna karşılık, bidayet mahkemesinin, ambarı, menkul inşaat kabul etmesi yerinde değildir. Ambarın, tapu sicilinde teferuat olarak kaydına —ki, bu tespitin bir hataya dayandığı açıktır—, davalı, haklı olarak itiraz etmektedir. Çünkü, 12 Ekim 1971 tarihli tapu sicili suretindeki beyan, hiç şüphesiz, ambar ile doğrudan doğruya ilgili olmayıp, anıtların korunmasıyla ilgilidir. 5 Nisan 1963 tarihli satım sözleşmesindeki, taşınmazın tanımına ilişkin hususlar ve belgeler arasındaki Muri tapu sicil muhafızlığının 17 Ekim 1971 tarihli bir onayından, inşaatın, arazinin bir mütemmim cüzü olarak kabul edildiği açık olarak anlaşılmaktadır. Gerçi, inşaatın arza sıkı surette bağlı olmayıp, dört döşeme taşı üzerinde durduğu doğrudur. Ancak, bir kaç yüzyıldan beri aynı yerde duran ambarın, zamanında, taşınmazla sürekli bağlı olmamak amacıyla yapıldığına işaret eden bir husus yoktur. Oysa bu, onun menkul inşaat kabul etmek için önemli bir şart olurdu. Gerçi Federal Mahkeme yeni kararında, bir menkul inşaatın bulunup bulunmadığı sorusunun cevaplandırılmasında, sübjektif unsurun yanında, objektif unsura, yâni dış bağılılığı daha üstünlük tanımaktadır (BGE 92 II 230 vd.; *Meier - Hayoz*, ZGB Art. 67, N. 7; *Liver* ise, bunu, ZBJV, 1968, s. 25 vd., 1974, s. 29 vd. de eleştirmektedir). Ancak, bu görüşe göre bile, ZGB Art. 677 (MK. 654) de öngörülen örneklerde (kulübeler, barakalar) olduğu gibi, bir yapı arza gevşek olarak bağlı ise, önce ilgilinin amacına bakmak gerekir. Gerçi taraflar, 5 Nisan 1963 tarihli satım sözleşmesiyle, Weibel'in mirasçılarının ambarı satma ya da kaldırma haklarını saklı tutmak suretiyle, ambarı bir taşınır kabul ettiklerine ilişkin iradelerini açıklamışlardır. Ne var ki, bir taşınmazın mütemmim cüzü olan bir yapı, sadece tahsis amacının değiştirilmesi yoluyla bir menkul inşaat haline getirilemez



(*Meier - Hayoz*, ZGB, Art. 677; MK. 654, N. 28; *Haab*, ZGB. Art. 677; MK. 654, N. 17).

c) Bir taşınmazın mütemmim cüzü OR. Art. 187/II (BK. 184/II) nin geçerli kabul ettiği gibi; araziden ayrı olarak satılırsa (krş. *Giger*, OR. Art. 187; BK. 184, N. 17; *Meier - Hayoz*, ZGB, Art. 642; MK. 619, N. 41 vd.), ancak ayırma ile ayrı bir maliki olan bağımsız eşya halini alır (*Haab*, ZGB, Art. 667; MK. 654, N. 17; *Meier - Hayoz*, ZGB, Art. 642; MK. 619, N. 47). Buna göre, yıkmak şartıyla satılan bir yapıda bulunan bir definenin keşfi, değerli şeyi saklayan bina mütemmim cüzünün ayrılmasından önce olmuşsa, arazinin sahibine ait olur, yoksa alıcıya değil (*Leemann*, ZGB, Art. 723; MK. 696, N. 17). Bu sebeple, davacı, ancak, ambarın o anda ayrılmış bir diğerinin içinde bulunsalardı, altınların maliki olurdu. Aksi halde, mülkiyet, bulma anında taşınmazın ve dolayısıyla ambarın maliki olarak tapu siciline tescil edilmiş olan peynircilik ortaklığına ait olur (Peynircilik ortaklığının, define üzerinde bir hak iddia etmesi durumundan, davacı kendi lehine bir sonuç çıkaramaz; bundan definenin kendisine ait olduğu sonucuna varamaz). Fakat temyiz edilen kararda, yıkma işlemlerinin ne durumda olduğuna ve definenin nasıl bulunduğu ilişkin ayrıntılar bulunmamaktadır. Bu nedenle de, peynircilik ortaklığının mı, yoksa adavacının mı malik olduğu saptanamamaktadır. Ancak, davalının, kendisine satılan altınların mülkiyetini, sonradan kazandığı sonucuna varılabilirse, davacının mı, yoksa peynircilik ortaklığının mı malik olduğu meselesi çözümsüz bırakılabilir. Bu ise, altınların, *Vogelsang*'a emaneten bırakılmış ve davalının da bunları iktisap ederken iyiniyetli olması halinde sözkonusu olur (ZGB. Art. 714/II ve 933; MK. 687 ve 901).

3 — ZGB. Art. 933 (MK. 901) anlamında, bir şey, ancak gerçek hak sahibinin iradesiyle, örneğin, bir kira, ürün kirası, rehin ya da benzer bir sözleşme nedeniyle, tasarrufta bulunanın zilyetliğine geçmiş ise, emanet edilir sayılır (*Stark*, ZGB. Art. 933; MK. 901, N. 24 ve *Homberger*, ZGB. Art. 933; MK. 901, N. 12 vd.; *Haab/Simonius*, ZGB. Art. 714; MK. 687, N. 56; *Oftinger*, ZGB. Art. 884; MK. 853, N. 335 vd.). Davacı, malikin ve *Weibel*'in mirasçılarının örtüül rızası ile, *Vogelsang*'a, ambarı sökme, başka yere taşıma ve orada yeniden kurma işini vermiştir. Bu nedenle, ambarın, *Vogelsang*'a emanet edilmiş olduğunda şüphe yoktur. Ancak, durumun altınlar yönün-

den ne olduğu soru olarak kalmaktadır. Davacı, altınların varlığından haberdar olmadığı için, bunları, rızasıyla Vogelsang'a devretmiş olamaz. Bu nedenle *Wieland*, defineyi, kaybolmuş eşya saymaktadır (ZGB. Art. 934; 902, N. 4). Bu görüş, definenin herhangi bir üçüncü kişi tarafından bulunması hali için doğru olabilir. Fakat defineyi gizleyen şey birisine emanet edilmişse, definenin de emanet edilmiş sayılması gerekir. Anbarı Vogelsang'a emanet etmekle, davacı, onun içinde saklı şeylerin de haksız olarak başkasına devir edilmesi tehlikesini kabul etmiş olmaktadır. O, yanlış bir hukukî görünüşe sebep olmuştur (sebepl olma prensibi için krş. *Stark*, ZGB. Art. 930; MK. 898 N. 29 vd. ve ZGB. Art. 933; MK. 901, N. 22; *Hadb/Simonius*, ZGB. Art. 714; MK. 687, N. 62; *Meier - Hayoz*, ZGB. Art. 641; MK. 618, sistematik bölüm, N. 62) ve bu nedenle de, davalının iyiniyetli olması şartıyla, onun (davacının), Vogelsang'ın, hukuka uygun olmayan fiillerinin sonuçlarına katlanması haklı görülmelidir. Ayrıca, öğretiyeye göre hataen devir edilmiş şeyler de emanet edilmiş sayılmaktadır. (ZGB. 933; MK. 902 için bkz. *Stark*, N. 29; *Homburger*, N. 15; *Ostertag*, N. 7; *Huber*, Erlaeuterungen, II, s. 392; Alman Hukuku için krş. BGHZ. 4, s. 33 vd.). Bu nedenle, davacı, eğer içinde bir definenin saklı olduğunu bilseydi, ambarın sökülmesi ve taşınmasını Vogelsang'a vermeyeceğini iddia edemez.

4 — Bidayet mahkemesinin saptamalarına göre, ne davalı ne de veznedarı Saxer, altınların satılmasının cezalandırılan bir fiil olduğunu bilmiyorlardı. Bu nedenle, dar anlamıyla kötüniyetli, yani hukuka aykırı davranışta bulunma şuuruna sahip sayılamazlar (krş. *Jäggi*, ZGB. Art. 3, N. 43 - 48; *Egger*, ZGB. Art. 3, N. 6; *Stark*, ZGB. Art. 933; MK. 901, N. 48). Mesele, davalının, iyiniyetin korunmasından yararlanamamasının tek nedeninin, halin icabına göre gösterilmesi gerekli özeni göstermemiş olup olmadığının tespitidir (ZGB. Art. 3/II; MK. 3/II).

a) Mutad, özel rizikoları olmayan işlerde faaliyet gösteren bir banka, yerleşmiş öğretiyeye ve mahkeme kararlarına göre, müşterilerin güvenliği ya da kendisine teklif edilen değerli şeylerin kaynağını araştırmak zorunda değildir (BGE 83 II 139; 72 II 252; 70 II 106; 38 II 190; 35 II 587; 25 II 486; *Jäggi*, ZGB. Art. 3/MK. 3, N. 128; *Stark*, ZGB. Art. 933; MK. 901, N. 50; *Oftinger*, ZGB. Art. 884; 853,

N. 356). Ondan böyle bir şeyi beklemek, mutad ilişkilerine ilişkin talepleri gereksiz ilzam etmek olurdu. Bankanın haklı çıkarı, müşterilerine en iyi ve en çabuk şekilde hizmet etmektir. Bir iş ilişkisi kurduğu kimseye şüphe duyacak ve bunu onun yüzüne vuracak olursa, sadece teklif edilen işi değil, doğrudan doğruya müşteriye kaybetme tehlikesini göze alması gerekir ki, bunu ondan bekleyemeyiz. Bu nedenle banka, tanımadığı bir âkidi de saygı değer bir insan olarak kabul edebilir ve zilyetlik dolayısıyla doğrudan doğruya hak karinesine dayanabilir (ZGB. Art. 930; MK. 898), meğer ki, özel durumlar şüphe ve tereddüt doğuracak bir durum yaratmış olsunlar. Şüphe yaratacak durum, eğer banka, daha önceki olaylardan, sözkonusu kişiyle iş ilişkilerinde çok dikkatli olması gerektiğini biliyorsa, ya da eğer doğrudan doğruya iş ya da işle ilgili yakın durumlar şüphe uyandırıyor, sözkonusu olur. Örneğin, Federal Mahkeme; ağır bir borç altında olduğu bankaca bilinen bir kimse- nin 10.000 Fr.'lık bir hisse senedi üzerinde tasarrufta bulunması halinde (BGE 36 II 357); 125 Fr. aylığı olan bir müstahdemin 40.000 Fr. değerinde kıymetli evrakta spekülâsyon yapması ve bunların kaynağı hakkında tamamen inanılmayacak beyanlarda bulunması (BGE 38 II 469); bir bankaya, tereddütsüz çok daha yüksek bir bedelle satılabilecek tahvillerin, tamamen bilinmeyen bir kişi tarafından bir sigara satıcının dükkânında değerlerinin çok altında bir fiatla satılmalarında (BGE 47 II 264); bir kimse, kendisine kısa bir süre önce" bir günlük inceleme kaydıyla emanet edilen kıymetli evrakı ihtar ve yazılı geri verme taahhüdüne rağmen iki ay sonra dahi geri vermemesi ve aynı bankaya 27.000 Fr. değerinde kıymetli evrak rehin etmesinde (BGE 70 II 109); ya da satıcının, sattığı senetleri anormal ve şüpheli durumlar altında edindiğini alıcının bilmesi halinde (BGE 80 II 242) iyiniyetin korunmayacağını kabul etmiştir.

b) Bu durumlarla karşılaştırılabilecek hiç bir hal burada yoktur. Bankanın kasadarı Saxer, Alfred Baumann ve onun ailesini dürüst ve bankanın uzun süreden beri müşterisi olarak tanımaktadır. Ailenin, özellikle oğulları Alfred'in, davacının iddia ettiği fakat bidayet mahkemesince saptanamadığı gibi, vasat bir yaşam sürmesi önemsizdir; çünkü, altınlar, Baumann'ın güvenilebilir ifadesine göre, aileye ait olmayıp, bir akrabaya vasiyet edilmişlerdir. Ayrıca eski altın parayı satın alma bir bankanın mutad işleri arasın-

dadır. Gerçi, yerel bir bankaya, böyle büyük bir miktarda Louis altınlarının teklif edilmesi dikkat çekicidir ve satıcının bir emtia ile, teklif edilen miktarda alış veriş yapması olağan dışı ise, alıcının başka araştırmalar yapmak zorunluğu bulunduğu ileri süren davacıya katılmak gerekir (*Stark*, ZGB. Art. 933; MK. 901, N. 51 ve orada yapılan yollamalar). Ancak, buna ilişkin soruya, inanılabilir bir açıklama almışsa, bununla yetinebilir ve bunun doğruluğu için bir delil istemesi gerekmez, özellikle satıcıyı güvenilir olarak tanıyorrsa (*Stark*, a.g.y., ve BGE 71 II 92). ...Bidayet mahkemesinin saptamasına göre Saxer'de işi dikkat çekici bulmuş ve Baumann'a altınların çalınmış olup olmadığını sormuştur. Baumann tarafından, altınların bir vasiyet olduğunun açıklanması inanılabilir niteliktedir. Ticaret mahkemesinin, Saxer'in hiç olmazsa, Baumann'ın sözünü ettiği akrabanın adını sorması ve ondan bir yetki belgesi istemesi gerektiği iddiası yerinde değildir. Baumann, muhtemelen her iki istemi de tereddütsüz karşılayabilecekti (altınların satılmasına ilişkin Max Vogelsang'ın sözlü verdiği yetkiye sahipti) ve bu da işin gelişmesinde bir değişiklik yaratmayacaktı. Aynı şekilde altınları kimse kaybetmemiş olduğu için, polise sormak da, bir sonuç doğurmayacaktı. Araştırmaların ihmal edilmiş olduğu sebebiyle iyiniyetin yokluğu sonucuna, ancak, gerekli olan itina, satıcının tasarruf hakkı olmadığı sonucuna götürecekti idiye varılabilir (*Stark*, ZGB. Art. 933; MK. 901, N. 23). Önümüzdeki olayda ise bu illiyet bağı yoktur.

Bidayet mahkemesi tarafından ve temyize cevapta, davalının iyiniyetine karşı ileri sürülen deliller de kabul edilebilir nitelikte değildirler. Buna göre, Baumann'ın altınların sahibi dediği akrabanın, bizzat bankaya gelmemesi şüphe uyandıracak bir durum değildir, çünkü bir çok dürüst insan işlerini yaparken bir aracından yararlanırlar. Keza, Baumann'ın 14 özürlü altını başkalarıyla değiştirmesi de, şüphe uyandırmak için yeterli bir neden değildir. 116 altını satan kimsenin, 14 taneye daha sahip olması şüphe yaratıcı bir durum değildir. Nihayet, Baumann'a ödenen semen, bidayet mahkemesinin saptamasına göre, hiç de dikkati çekecek derecede düşük olmayıp, aksine uygundur. Bu saptamalar, fiilî nitelikte olup, Federal Mahkemeyi bağlar (OG. Art. 63/II). Ayrıca Baumann, belirli bir fiat istemeyip, davalıya altınların değerini sormuş ve bunun üzerine teklif edilen fiatı kabul etmiştir. Davalıyı, işin kanuna aykırı-

lığı nedeniyle bilerek çok düşük bir fiyat teklif ettiğiyle itham etmek, onu, sadece, gerekli özeni göstermeyi görevine aykırı olarak ihlâl etmekle değil, aynı zamanda kasden kötüniyetli olmakla itham etmek anlamına gelirdi. Bunun için ise, burada bir sebep yoktur. Davacı tarafından ileri sürülen, satılan 6 Louis altını *aux lunettes* denilen 1726 tarihli baskılardan olması hali de, durumda bir değişiklik yapamaz. Gerek Friedberg'in "Gold Coins Of The World" adlı kitabında gerek dosyadaki belgelerdeki değerlendirmelerde, bu parçaların değerleri, diğer yıllarda basılmış altınlarınkinden önemli derecede yüksek tahmin edilmemişlerdir.

Bu sebeple, bidayet mahkesindeki azınlıkla birlikte, davalının altınları edinirken, iyiniyetli olduğundan hareket etmek gerekir. Bu nedenle, halen elinde olan altınları geri vermeye ve satış bedelini ödemeye mahkûm edilemez.

#### FEDERAL MAHKEMENİN VARDIĐI SONUÇ

Temyiz istemi kabul edilerek Aargau Ticaret Mahkemesinin 14 Haziran 1973 tarihli kararı bozulmuş, dava reddedilmiştir.