

**ÇEVİRİLER**

## ASIL EDİMİN YERİNİ TUTAN BİR ŞEYLE İFADA HUKUKİ AYIPTAN SORUMLULUK (\*)

Yazan : Andreas B. SCHWARZ

Çeviren : Selâhattin Sulhi TEKİNAY

Kendisine bir miktar para borçlanılan alacaklı, bu paranın yerine menkul bir malın verilmesini —borcun ifası olarak— kabul ediyor. Sonradan anlaşılıyor ki bu şey, malikinden çalınmış ya da onun elinden —rızası olmadan— çıkmış, bu sebeple de alacaklı, iyi niyetli olmasına rağmen, o şey üzerinde mülkiyet hakkını kazanamamıştır. Bu durumda alacaklıya ne gibi haklar tanınacaktır?

Bu veya buna benzer bir hal, şüphesiz, sık sık vukubulmaz; böyle olaylara içtihat dergilerinde pek seyrek rastlanır (1). Bununla beraber burada, zengin bir literatüre yol açan, pek tanınmış ve hemen hemen ikibin yıllık geçmişi olan tartışmalı bir mesele bahis konusudur. Diğer bir çok Medenî Kanunların aksine, İsviçre Hukuku, bu meseleye dair herhangi bir pozitif çözüm tarzı ihtiva etmiyor; zaten İsviçre Borçlar Kanununda «asil edimin yerini tutan bir şeyle ifa» esas itibariyle hiç düzenlenmemiştir. O halde, Borçlar Hukukunun genel prensiplerine göre doldurulması gerekir. nisbî bir kanun boşluğu karşısındayız. Halen bu hususta hâkim bulunan doktrin kanaatimce tatmin edici değildir. Mukayeseli Hukuk, her yerde ve benzer tarzlarda rastlanabilen bütün menfaat çatışmalarında olduğu gibi, burada da çözüm imkânlarını gösterebilir ve bu imkânların tenkidine ilişkin ölçüleri sağlayabilir. Bu inceleme, her şeyden önce, (I) Mukayeseli Hukuktaki durumu ortaya koymak, sonra da (II) İsviçre Hukukundaki çözümü geliştirmek amacındadır.

(1) Meselâ karşılaştır : Plan'ol-Ripert, *Traité élémentaire de droit civil* II (1949) Nr. 2020

(\*) (Bu makalenin almanca aslı, 1953 yılında *Festschrift Hans Lewald*'de yayınlanmıştır).

## I

Konumuzun kökleri Roma Hukukuna uzanmakta ve kanunlaştırılan Hususî Hukukların Roma Hukukundan gelen meseleleri arasında yer almaktadır. Roma Hukukunda, satılan malın zaptı olayı gibi, bu mesele de —iyi niyetli müktesibi geniş ölçüde koruyan modern hukuklardakine nisbetle— şüphesiz daha büyük bir pratik önem taşıyordu.

Corpus iuris bu konuda birbirinden açıkça farklı çözümler ihtiva ediyor. Digestada «de solutionibus et liberationibus» başlığı altında, Marcian'dan alınmış bir metin parçasına göre, alacaklı, asıl edimin yerini tutmak üzere verilen şeyin zaptı halinde, eski alacağını ileri sürebilir : si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet **pristina obligatio** (D. 46, 3,46 pr.). Buna aykırı düşen diğer parçalara göre ise, mal zabtedildiği takdirde alacaklı borçluyu, tıpkı bir satıcı gibi, bir **actio empti utilis** ile takip ederek zararın tazminini isteyebilir. (Özellikle C. J. 8, 44 (45), 4; D. L3, 7, 24 pr.) (2).

Her iki görüşün faydaları ve sakıncaları vardır : Birinci çözüm, daha kolay bir yol gösteriyor; buna göre alacaklı, sahip bulunduğu teminatı, kefilleri ve rehinleri muhafaza eder. İkincisinde ise alacaklı bunları kaybeder ve tazminat isteyebilmek için zararını ispat zorunda kalır. Buna karşı, ikinci görüş, ona —tazminat, kaybedilen alacaktan daha fazla olduğu takdirde— fayda sağlayabilir.

Kaynaklar üzerinde yapılan yeni incelemeler, alacaklıya **actio empti** yolunu gösteren ikinci görüşün, interpolatio suretiyle yapılan bir tadile dayanmış olmasını kuvvetli bir ihtimal haline getirmiştir (3). Bu hususta, sözü edilen interpolatoların doğudaki Yunan çev-

(2) Brinz'in ortaya koyduğu (Pand. II. 12 paragraf. 280 Anm. 12) ve genellikle diğer müelliflerin benimsedikleri gibi, C.J. 7, 45, 8 den üçüncü bir imkân olarak, sona eren alacağın geri dönmesine matuf şahsî bir dava açılması gereği çıkıyor.

(3) Steiner, Datio in solutum (1914) 60 ve dev; --- De Francisci, L'evizione della «res data in solutum» e i suoi effetti (Pavia, 1915). Bu tez geniş ölçüde kabul edilmiştir. Siber'in yaptığı sınırlama (Röm. Priv R. 1928) s. 273, küçük bir ihtimal ifade eder. Karş. Buckland, Main Institutions of Roman Private Law (1931) 307.

resinin etkisi altında yapıldığına dair kuvvetli bir hipotez mevcuttur. Bunun gerekçesi —Roma hâkimiyetine bağlı Ptoleme'ler devrinden kalan pek çok yazılı papirüsten de anlaşıldığı gibi— orada, *datio in solutum*'un, fiktif bir satış —ya da satış modeline uydurulmuş olan diğer temlik akitleri— şeklinde, yazılı belgeye bağlanagelmekte olmasıdır (4). Akdin yapılmasına ilişkin bu uygulamalar, sözü edilen *interpolatio*'lara sebebiyet vermiş bulunabilir. Bununla beraber, kanaatimce, bu *interpolatio*'ların, Justinianus devrindeki kompilatörleri tarafından yapılmış olması ihtimali azdır. Eğer, *Digestayı* kaleme alanların kendileri klâsik görüşü bu tarzda değiştirmiş veya sadece diğer görüşe üstünlük tanımış olsaydılar, o takdirde «*sedes materiae*» deki Marcian'dan alınan (D. 46, 3, 46) ve anlamı bu kadar açık olan «*de solutionibus et liberationibus*» başlıklı parçayı almaları ve D. 13, 7, 24 pr. taki diğer görüşü, tamamen ikinci plânda bırakarak zikretmeleri mümkün olmazdı. Burada daha fazla, —diğer bir çok hallerde olduğu gibi— Justinianus devrinden önceki *interpolatio*'lar bahis konusu (5) olsa gerektir; bunlar muhtemelen Postklasik Okulda meydana gelmiş ve böylece, eski görüşün yerine yenisinin getirilmesine ya da her ikisinin birbiriyle bağdaştırılmasına gayret edilmiştir.

*Corpus iuris*'in, kendileri hakkında çelişik görüşler ihtiva ettiği diğer bir çok mesele gibi, bu romanist ilmin çok işlenen ve çeşitli hukuklarda gerek dogmatik bakımdan gerekse yasama politikası bakımından, bu güne kadar sürüp gelen çok tartışmalı bir mesele olmuştur (6). Bu problem —tabiatıyla her yerde pratik bakımdan aktüel olabilirse de— Romanist yapıya sahip olmıyan Hukuklarda hiçbir rol oynamaz. Özellikle İngiliz Hukukunda, bütün Kontinental Hukukların tanıdığı *datio in solutum*'a denk düşen herhangi bir kavram mevcut değildir (7).

(4) Karş. Rabel, Sav. --- Z. 28 (1907), 312 ve dev; --- Koschaker, ibid. 37 (1916) 368; --- De Fransisci, Aegyptus I (1920) 302 ve dev; --- Sözü edilen Papirus belgeleri için : Schwarz, Öff. v. Priv. Urk. (1920. 213 ve dev; --- Pringsheim, Greek Law of Sale (1950) 202, 214<sup>6</sup>, 330<sup>7</sup>

(5) Karş. (Genellikle) Schulz, History of Roman Legal Science (1946), 322

(6) Karş. Unger, Mosaik (1911) 120, Festschrift Fritz Schulz II (1951) 203<sup>1</sup> de tarafından zikredilmiştir.

(7) İngiliz Hukukunda *datio in solutum*, çok daha geniş olan «*accord and satisfaction*» tezahürü içinde düşünülecek bir meseledir. Karş. Fabricius, Rvgl. HWB. III, 159 : --- Anson, Law of contract<sup>17</sup> (1929) 397.

Kıta Avrupasının Romanist Hukukları, Roma kaynaklarındaki farklı görüşlerden kâh birini kâh diğerini benimsiyor; ya da bu görüşleri, çeşitli tarzlarda olmak üzere, birbirleriyle bağdaştırıyorlar. Müşterek Hukukta, alacaklıya, corpus iuris'in sağladığı iki hakkı seçimlik olarak tanıyan doktrin hâkimdi (8). Bizzat kompilatörlerin, her iki görüşe yer vermek suretiyle, böyle bir seçim hakkını kabul etmiş olmaları —her ne kadar D. 13, 7, 24 pr.'ın interpolatio yoluyla değiştirilmiş bulunan Passus'unda akla gelen bir düşünce ise de (ut in quantitate debiti ei satisfiatvel in quantum eius intersit)— şüpheyle karşılanmalıdır : Zira, eğer böyle olsaydı, bunun D. 46, 3, 46'daki esas metin parçasına yapılacak bir ilâve ile açık bir şekilde belirtilmesi yoluna gidilir ve burda da güçlük çekilmezdi.

Kanunnameler, Fransız-Roma ve Alman Hukuk çevreleri olarak ikiye ayrılabilirler.

Fransız Medenî Kanunu, her ne kadar Pothier seçim görüşünü temsil etmiş idiyse de, pozitif (mevzu) bir düzenlemeye girişmemiştir. Code Civil «asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifa» hususunda sadece iki yazılı kural ihtiva ediyor : Alacaklının, asıl edim yerine verilecek başka bir şeyi kabule mecbur olmadığı (m. 1243) ve sonradan vuku bulan zapt halinde bile kefillerin kesin olarak kurtulmaları (m. 2038). Bazan bu son hükümden, asıl edimin yerini tutan başka bir şeyin verilmesi üzerine, ilk borcun sukut etmiş sayılacağı çıkarılıyor (9). Fakat bu sonuç aslâ zorunlu değildir; nitekim Fransız Doktrini, bir taraftan çeşitli konstrüksiyon çabalarına (ifa, tecdit, satım gibi) diğer taraftan da birbirinden farklı menfaat durumlarına dayanmakta ve yukarıdaki geleneksel imkânlar arasında kararsız bulunmaktadır (10). 19. asrın romanist kanunnameleri Fransız Modeline bağlı kalmış ve oradaki hükümlerle yetinmişlerdir (11).

(8) Yakın tarihli : Windscheid --- Kipp, pandekten, II paragraf 342<sup>2</sup> dogmatik gerekçelerle; --- Daha eski tarihli : Glück. Pand. 20, I (1819) 196 ve dev; --- Römer'in başlıca monografisi (1860) elime geçmedi.

(9) Karş. Zachariae-Crome, Franz. Zivilrecht<sup>8</sup>, II (1894) 286 Anm., 736<sup>5</sup>. Keza Crome, Franz. OblR. (1894) 323 ve oradaki literatür.

(10) Halen başta gelen eserler, gerçekte, meseleyi açık bırakıyorlar. Karş. Planiol-Ripert, traité pratique, VII (1931) Nr. 1254, Traité élémentaire<sup>3</sup> II (1949) Nr. 2023; --- Colin-Capitant, Droit civil II (1935) Nr. 629 B.

(11) Bu arada karş. Hollanda (m. 1886), İspanya (m. 1849), Portekiz (m. 850), Şili (m. 2382) Medenî Kanunnameleri.

Buna karşı Alman Hukuk çevresi kodifikasyonları, baştanberi, tamamen satını kurallarına uygun olarak tekeffüi prensibinin hâkim olduğu bir düzenleme eğilimi gösteriyorlar (12). Herhalde Prusya Kanunnamesi (ALR I.16 paragraf 242/3) alacaklıya bir de —«mal üçüncü bir şahıs tarafından senesi içinde istenirse, onun iadesine karşı derhal peşin tediye istiyebilmek» haline ilişkin olmak üzere — şarta ve süreye bağlı bir yedek yetki (facultas alternativa) veriyordu (13). Daha sonraki kanunlarda «pristina obligatio» görüşünün artık tamamen terkedilmekte olduğu ve «asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifa»nın açıkça satım prensiplerine bağlı kılındığı görülüyor. Avusturya M.K. nu paragraf 1100 (14), keza Pandekt İlminin etkisi altında kalan tekmil Liv.—, Est—, Kurland Hususi Hukuku (paragraf 3521); Dresden projesi m. 345 daha az açıktır. Alman Medenî Kanununun 365 inci paragrafı bu gelişme seyrine eklendi. Buna göre, asıl edimin yerini tutan başka bir şey verildiği takdirde «borçlu, hukukî veya maddî bir ayıp dolayısıyla, tıpkı bir satıcı gibi tekeffül borcu altındadır.»

Bu prensip, gerek asrımızın başlarında gerekse daha sonraları Alman Medenî Kanununun, her yerde, Medenî Hukuk kodifikasyonlarına yaptığı büyük etkinin sonucu olarak, sadece BGB yi doğrudan doğruya iktibas eden yasama eserlerinde değil, fakat Avrupa içinde veya dışında vücuda getirilen diğer kanunlarda da kabul edildi : Meselâ, 1928 t. li Macar Medenî Kanun projesi (keza daha önceki) paragraf 1243; — 1928 t. li Fransız—İtalyan Borçlar Kanunu projesi m. 177 (15); Siyam Medeni Kanunu m. 322 (16); Polonya

(12) Eski Germen Hukuku da böyleydi. Karş. V. Amira, Nordgerm. OblR. I (1882) 481, 270<sup>3</sup>, 351, II (1895) 572 ve dev; --- Genel olarak, sadelik düşüncesiyle hep tekeffül prensibinden söz açılmakta, tekeffül sadelik düşüncesiyle hep tekeffül prensibinden söz açılmakta, tekeffül borcunun mu yoksa ifa mükellefiyetinin mi bahis konusu olacağı üzerinde durulmamaktadır. (Karş. Siber-Planck, Schuldverhältnisse s. 195 ve dev. 198, 482)

(13) Bu «hukuken gayri tabii» olmasına rağmen (Dernburg, preuss. Priv R. II<sup>4</sup> 248) kanaatimce mantıksız bir düzenleme değildir.

(14) Siebenhaar, Söchs Priv. R. (1872) 469<sup>1</sup>, buna rağmen, Müsterek Hukuktaki seçim görüşünde ısrar ediyor.

(15) Karş. H.W.B., II, 619

(16) BGB yi model olarak alan Japon (m. 482) ve Çin (m. 319) Kanunnameleri asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifanın kurtarıcı etkisi hakkında hüküm koymuş, fakat ayıplar meselesine hiç dokunmamışlardır.

Borçlar Kanunu, m. 207; Lübnan Borçlar Kanunu m. 319; Yunanistan Medenî Kanunu paragraf 420.

Böylece, Corpus İuris'teki, eski Yunan köklerinsen interpolatio yoluyla geldiği açık olan görüş, yeni kanunlaştırmalar tarihinde çok önemli bir zafer kazanmıştır. Bu nokta, şundan dolayı ilgi çekicidir : sözü edilen görüş hayat ihtiyaçları bakımından pek az tatmin edici olup, tarafların menfaat durumlarına çok defa hiç uygun düşmez. Özellikle Almanya'da BGB nin bu düzenleme tarzı, çok defa, yanlış notaya basma sayılıp tenkit edilmiştir (17). Eğer bir alacaklı, asıl edimin yerini tutan (başka) bir şeyle ifayı kabul etmişse, şüphe yok ki, bu şeyin kendi mülkiyetine geçeceğini umduğu içindir ki asıl alacağından vazgeçmiş olur. Borcun sona ermesi ve mülkiyetin geçişi birbirine bağlıdır; bunlar, bir ve aynı işlemle vukubulan karşılıklı mübadele içinde gerçekleşir. Bu tasarruflardan biri hükümsüzse, diğerinin temeli çöker. Asıl edimin yerini tutan (başka) bir şeyle ifa denkleştirme veya mübadele tasarrufları (18) arasında yer alır ve bu hukukî mahiyet BGB nin ve diğer kanunnamelerin «tekeffül borcu» prensibi ile tutarlı düşmemektedir. Çünkü bu prensib gereğince alacaklı, kendisi için düşünülen iktisap gerçekleşmiş olmadığı halde, asıl alacağını ve onun teminatını kaybediyor; gerekirse, zapta ilişkin davada husumeti üzerine almak ve çok defa muhtevası açıkça belli olan eski alacağı yerine şüphe ve kararsızlık ifade eden bir tazminat talebi ileri sürmek zorunda kalıyor. O, böyle bir taleple, ilk alacağının tutarı olan miktardan belki daha fazla, fakat belki de daha az alacaktır. Asıl edimin yerini tutan şey üçüncü bir şahıs tarafından verildiği takdirde tekeffül borcu altında bulunan bu şahsın ödeme kabiliyeti, kurtulan borçlunununkinden daha zayıf olursa, bu düzenleme

(17) Karş. Stampe, Das causa-problem (1904) (elime geçmemiştir); --- Kretschmar, Erfüllung, I (1906) 58; --- Siber-Planck, Schuldverhältnisse, S. 483 ve özellikle : Siber, Grundriss des Schuldrechts (1931) 122; --- Leonhard, Allgemeines Schuldrecht, I (1929) 599 ve dev; --- Tekeffül prensibinin tenkidi için keza bak : Planiol - Ripert, Traité élém. II Nr. 2023. ve Weiss-Klang, Komm. zum. ABGB IV (1935) s. 379 ve dev.

(18) Bu görüş ilk defa Strohal tarafından kabul edildi. Deutsche Jur-Ztg 14 (1904) 1035/6, Jherings Jahrbücher 57 (1910) 14 ve dev, 14<sup>15</sup>; --- Bu hususta ve metindeki müteakip açıklamalar için özellikle bak. Siber-Planck, J.a.O. 416 ve dev; --- 475, 481, 483 ve Siber, Grundriss des Schuldrechts 122 ve dev.

tarzının sakıncası daha belirli şekilde görülebilir (19). Görülüyor ki, mülkiyetin geçişi hükümsüz olduğu takdirde ilk alacağın yeniden elde edilebilmesi, kuvvetli bir ihtiyaçtır.

BGB. nin 365 ve sonraki paragraflarında ifade edilen prensip (tıpkı *pristina obligatio prensibi* gibi) —ki bu husus kanundaki ifade şekli bakımından kolaylıkla gözden kaçabilir— emredici nitelikte değildir. Bu prensibin aksi, açıkça veya örtülü şekilde kararlaştırılabilir; Keza, hukukî bir ayıbın, alacaklının iktisabını önlemesi hali (tarafarla) bozucu bir şart olarak kararlaştırılabilir (*condictio in paesens vel praeteritum relata*) (20). Fakat bu yoldaki bir maksadı ispat etmek çok defa zordur (21); bu sebeple, Siber'in —kanaatimce— pek faydalı bir mütalâasına göre, kanundaki hükmün aksi, kararlaştırılabildikten başka, BGB. nin 133 ve 157 nci maddeleri gereğince, iyi niyet (dürüstlük) kuralına dayanan bir yorum ile de kabul edilebilir (22).

Sonuç olarak, tekeffül borcu prensibi tek başına, pratik bakımdan tatmin edici olamaz. Nitekim, en yeni kanunnameler bu prensibi istisnasız olarak kabul etmiş olmaktan uzaktır; ve bunlardan bazıları, sözü edilen prensibi ya bir başkası ile birleştirmiş, ya da tamamen terketmiştir. Böylece 1942 tarihli yeni İtalyan Medenî Kanununun 1197 nci maddesi alacaklıya, zapta karşı garantiden başka bir de *facultas alternativa* (yedek edim yetkisi) veriyor: O, ilk olarak borçlanılan edici ve onun yanında da tazminat istiyebilir; bununla beraber üçüncü şahıs tarafından sağlanan teminat artık yeniden canlanamaz (*il debitore ẽ tenuto alla garanzia per l'evizione, salvo che il creditore preferisca esigere la prestazione originaria e il risarcimento del danno*). Bunun gibi, 1916 tarihli Brezilya Me-

(19) Titze (*Schuldverhältnisse*<sup>4</sup>, 1932. 62<sup>1</sup>) Üçüncü bir şahsın asıl edimin yerini tutan başka bir şeyle ifade bulunamayacağını neye dayanarak ileri sürmüştür, bunu anlıyamadım; --- Bak. Dernburg-Engelmann *Bürg. Recht*, II, 14 (1906) 327<sup>10</sup>; --- Weiss-Klang a.a.0. 382; --- P.J. Zepos, 'Evoxixóv dixalov, I, (1947) 456<sup>1</sup>; --- Karş. Kipp-Wolff, *Zivilrechtsfälle* (1924) Nr. 98 deki olay: Bu olayı senelerce önce Zürich Üniversitesindeki bir pratik çalışmada el aldığım zaman İsviçre Hukuku için kanaatime göre isabetli olan çözüme varılmıştı. (Bak aşağıda II).

(20) Karş. Dernburg-Engelmann, a.a.0., 327

(21) Doğru görüş için bak: Bechmann, *Kauf*, II, I (1884) 559

(22) Siber, *Grundriss des Schuldrechts*, 123.

denî Kanunu —diğer Lâtin Amerikası Kanunnamelerinden ayrılarak— Marcian'a ait eski görüşe tamamen dönmüş ve —998. maddesine göre— zapt halinde, keza eski kefaletler dışında (m. 1503, III) ilk borcun (obligatio primitiva) yeniden canlanmasını kabul etmiştir.

Görülüyor ki, Roma kaynaklarının çelişik prensipleri, 20. asrın kanunlarında ve hukuk doktrininde, hiç değişmeden, karşı karşıya bulunuyorlar. Tabiatıyla bu konuda, her iki imkânın, yeni hukukî gelişme içindeki durumlarının değişmiş olduğu ve pratik sonuçları itibariyle bunların, ihmal edilemeyecek kadar birbirine yaklaşmış buldukları gözden kaçırılmamalıdır. Gerçekten Pandekt Hukukunda alıcı —satılanın zaptı halinde— yalnız tazminat istiyebilmek hakkına sahipken, modern hususi Hukukların birçoklarına ve özellikle Alman Medenî Kanununa göre, hukukî ayıp varsa, o, icabında akitten geri dönebilir de (23). Aynı sonuç, ayıba karşı tekeffül prensibine göre, «edimin yerini tutan bir şeyle ifa» için de doğrudur (24). İmdi, dönme hakkı kullanılıncaya, tekeffüle müstenit haktan doğan hukukî durum, eski alacağın yeniden doğması halindeki hukukî duruma yaklaşmaktadır. Tabiatıyla eski alacak, dönme ile hemen canlanmaz; borçlu, sadece ,onu bütün yan haklarla birlikte, yine eski haline getirmekle yükümlü olur (25). Bununla beraber, haklı olarak ileri sürülen bir fikre göre, eski alacağın ifası esas itibariyle mümkün ise, alacaklı bunu —başka bir işleme lüzum kalmaksızın— ileri sürebilir; bu suretle de pratik bakımdan ilk borcun yeniden canlanması (herhalde teminatsız olarak) sonucuna varılmaktadır (26).

## II

İsviçre Medeni Kanunu, ortaya koyduğumuz meseleyi çözmeden bırakmıştır. Fakat İsviçre Doktrini —bazı zıt düşüncelere rağmen

(23) Daha fazla bilgi için : Enneccerus-Lehmann, Schuldrecht<sup>13</sup> (1950) paragraf 107 I; --- Mukayeseli Hukuk açısından Rvgl. H W B IV 751.

(24) Daha fazla bilgi için : Siber-Planck, paragraf 365, s. 483; --- Enneccerus - Lehmann paragraf 65, I, a.

(25) Buna benzer bir durum, Roma Hukukuna göre, alacaklıya tanınan *condictio* dolayısıyla meydana gelebilirdi. Karş. Yukarıda dip no. 2

(26) Karş. Enneccerus-Lehmann, a.a.0. Paragraf 65, I, a. E.S. 251; --- Heck, Schuldrecht (1929) s. 178. 10. b; --- Stoll Vertrag und Unrecht (1933) 221; --- Status controversiae için bak. Oertmann, Komm. der Schuldverh. zu paragraf 365 s. 262/3

Alman Medenî Kanunundaki görüşü benimsemiştir (27). İsviçre'de doktrinin ve uygulamaların, kanunun boşluklarını, özellikle kanun henüz yeni iken— bazan isabetsiz olarak— çok daha etraflı olan Alman Kanununa dayanarak doldurduğu nadir olmıyan noktalardan biri de budur (28).

a) Bu dayanma, Alman Medenî Kanunu ile onu takip eden kanunların yukarıda anılan noksanları bir tarafa bırakılsa bile yanlış ve yanlıştır; zira, kanaatimce, İsviçre Kanunu, meselemizin çözümü için, diğer kanunlarda bulunmıyan bir mesne'de sahiptir : Asıl edimin yerine başka bir şeyi, bu şeyin ifada bulunan şahsa ait olmadığını ve —iyi niyetli de olsa— mülkiyetini iktisap edemeyeceğini bilmeksizin, kabul eden kimse hiç şüphe yok ki, (yanılan tarafça, iş hayatındaki dürüstlüğe göre akdin lüzumlu bir temeli sayılmış olan bir hal veya olay üzerinde) yanılmış bulunmaktadır. (Bak. İsviçre B.K. m. 24,4). Burada bir temel hatası ve Federal Mahkemenin yeni ifade şekline göre (BE 53 11 39) «İş hayatındaki dürüstlük esası karşısında meseleye objektif olarak bakılınca, böyle bir akdin meydana gelmesi için, kendisinden vazgeçilemiyen bir şart» (condicio sine qua non) bahiskonusudur. Alacaklının mülkiyeti iktisap etmesinin akdin zarurî bir temeli, onun meydana gelmesi için, «condicio sine qua non» olması, «edimin yerini tutan bir şeyle ifa» nın yukarıda geliştirilen hukukî mahiyetinden, bir «denk tasarruf» olmasından çıkar.

Bu düşüncenin Marcian'a ait parçada (D. 46, 3, 46 pr.) ifade edilmiş bulunduğu söylenebilir : «nam non accepisset re integra creditor, nisi eius fieret». Mülkiyetin iktisabı ile borcun sona ermesi arasındaki organik bağıllık gözönünde tutulursa, burada bir temel hatasının mevcudiyeti, bir satışta bahis konusu olan hukukî veya maddî ayıbın mevcudiyetine oranla, daha açıktır (29). O halde, asıl edimin ye-

(27) Karş. V. Tuhr-Siegwart, Schweiz. OblR, II (1944) paragraf 56 I., s. 448 ve dev; --- Guhl, Schweiz. OblR<sup>3</sup> (1944) s. 160; --- Becker, Komm. VI 1 (1941) s. 359 no. 7; --- A. Bosshard, Abtretung zahlungshalber (Diss. Zürich, 1926) 82 ve dev; --- Keza karş. G. Lautner, Grundsätze des Gewährleistungsrechts (1937) 28.

(28) Şu konferansıyla karş : «Andreas Von Tuhr» 35 ve dev.

(29) Satımdaki hukukî ayıp dolayısıyla temel hatasının uygulanmasına dair karş. Oser/Schönenberger, m. 192, n : 1

rini tutan bir şeyle ifa, alacaklı için —temelde hata yüzünden— bağlayıcı değildir. Ve o, diğer tarafa bir yıllık süre içinde, akitle bağlı olmadığını bildirebilir (B.K.b. 23, 31/I). Bu suretle de ilk alacak, bütün teminatlarıyla birlikte devam etmiş sayılır (30). Böylece, pozitif bir düzenlemenin mevcut olmaması karşısında temel hatasının dermeyanı, doğrudan doğruya asıl borcun canlandırılmasını öngören ilk çözümle aynı sonucu veriyor gibidir.

Diğer Hukuklarda, mesele başka türü bir (yedek) hükümle düzenlenmiş olmasa bile, bu düşünce ya hiç söz konusu olmaz, ya da pek az vârittir; zira hata prensipleri hukukî ayıp haline herhalde aynı ve (kanaatimce) tereddüde yer bırakmayan bir kesinlikle uygulanmaz (21). İsviçre Borçlar Kanunundaki temel hatasının orijinal yapısı burada yeni ve açık bir yol sağlamaktadır (32).

Satım Hukuku alanında, tekeffül prensiplerinin yanı başında temel hatasına ilişkin esasları alternatif olarak uygulamakta olan İsviçre Mahkemelerinin, aynı şeyi bugüne kadar meselemiz açısından uygulamış olmamaları bu türlü olaylara pek seyrek rastlanmasından ileri gelse gerektir. Fakat İsviçre Doktrininin, bu görüşe yanaşmaması, aksine, gerek BGB ye gerekse birçok yeni kanunnamelere uygun olarak asıl borca dönme yonunu reddetmesi ve tekeffüle dayanan taleplere üstünlük tanınması, daha fazla hukuk politikasına ait bir düşünceye dayanıyor; buna göre, «asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifa vukubulunca sorumluluktan kurtulan kefil-ler ve rehin verenleri, bu ifanın ayıplı olması halinde yine sorumlu kılmak, adalete aykırı görünmektedir.» (33). Bu fikir, meselemizi her zaman etkiledi ve bundan dolayı Fransız Medenî Kanunu ile onu izliyen bütün kanunnameler —yeni İtalyan (m. 1197/III, ve keza

(30) Alman Hukukunda asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifanın iptali için meselâ karşılaştır : Dernburg-Engelmann, Bürg. R. II, 14, S. 376 II --- Von Tuhr, Allg. teil II, I, s. 313.

(31) Alman Hukuku için karşı. V. Tuhr, Allg. Teil II, 1, 582<sup>83</sup>, --- Diğer taraftan keza bak. Oertmann, Komm. zum. All. Teil zu paragraf 119, s. 401 ve dev.

(32) Almanyada hukukî işlemin sebebi doktrini ortaya çıktığından beri orada da bu doktrinin tekeffül vakasına uygulanmasına çalışılmıştır. Karşı. Oertmann, Geschäftgrundlage (1921) 71 ve dev.; --- Süß, Gewährleistung (1931) 131 ve dev.

(33) Tuhr,-Siegwart, Schweiz. Obl R II 449

Brezilya (m. 1503/III) Medenî Kanunları dahil— asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifa halinde, kefillerin kesinlikle kurtulacağını açıkça beyan ediyorlar (34). Lehinde bir çok şeylerin söylenmesi mümkün de olsa, bu fikir, bana hiç bir şekilde, meseleyi çözecek kadar önemli görünmüyor. Zira, bir taraftan yanılan alacaklının, elindeki teminatı kaybetmemekteki menfaati korunmalıdır; diğer taraftan zaten kefiller, diğer bütün hallerde, ifa işleminin butlanından veya iptal edilmesinden doğan rizikoları çekmek zorundadırlar. Sözü edilen kanıt, özellikle İsviçrenin Pozitif Hukuku bakımından meseleyi çözücü nitelikte olamaz; zira İsviçre Borçlar Kanununun 180 inci (Türk B.K.m.178) maddesi, borcun nakli ile ilgili olarak açıkça şu hükmü koyuyor : Eğer borcun nakli iptal edilirse «evvelki borçlunun yükümleri bütün ferileriyle birlikte» —öyleyse rehinler ve kefaletlerle beraber— (Karş. B.K.m.178/176) «geri döner». Bu hükmün meselemiz bakımından da uygulanması gerekir (35). Tabiatıyla, arzu edilen hukuk bakımından (de lege ferenda) tıpkı İtalyada ve Brezilyada eski borcun geri dönmesi hali için kabul edildiği üzere —kefillere ait sorumluluğun devam etmemesi gerekli midir? meselesi tartışılabilir. Kanaatime göre herhalde, Prusya Kanununda olduğu gibi (ALR I 16 paragraf 249), temel hatası dermeyeran edildiği takdirde, dürüstlük (iyi niyet) kuralı gereğince alacaklının kefillere bir bildirimde bulunma yükümü altına gireceği söylenebilir.

b) Diğer bir soru da şudur : Acaba, alacaklı, temel hatasına dayanıp asıl (eski) alacağı ileri sürecektir yerde, alıcıya hukukî ayıp dolayısıyla tanınan talepleri dermeyeran edebilir mi? Garanti yükümüne ilişkin taleplerin yalnız satım haline inhisar etmediği, lâkin onu aşan bir uygulamaya elverişli bulunduğu yolundaki görüşe «doğruluğu sâbit olan doktrin ve gelenek» gözüyle bakılabilir (36). Satım akdi bakımından İsviçre uygulamalarında ve doktrininde hâkim olan

(34) Aynı düşünce iledir ki Dernburg (Pfandrecht II, 1864, s. 246 ve dev; -Röm. Priv. R. Sokolowski tarafından yayınlanmış bası. s. 672, no. 7)

Müşterek Hukuk için bile alacaklıya seçim hakkı vermeyi reddetmek ve sadece onun hakkını zapta dayanan bir rücu imkânı ile sınırlamak istemişti.

(35) V. Tuhr'un (SJZ 18 (1922), 366, 2 ve Schweiz OR II paragraf 99, VI) 180 (178) inci maddeyi faydasız (caput mortuum) ve uygulama alanından yoksun sayan görüşü bu kanıtı etkilemez. (Ayrıca bak. Oser/Schönenberger, m. 180, no. 4)

(36) Bu hususta özellikle, Lautner'in ayrıntılı Mukayeseli Hukuk çalışması ile karşılaştır : Grundsätze des Gewährleistungsrechtes (1937).

görüş, temel hatası ile garanti yükümüne ilişkin taleplerin hukukî sonuçları hususunda bir telâhuk (konkurrenz) bulunduğunu kabul eder : Garanti yükümüne ilişkin talepler kanunda özel olarak düzenlenmiş olduğu halde durum budur! (37). Kendisi için kanunda hiçbir düzenleme bulunmayan «asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifa» da, aynı görüş öncelikle benimsemelidir. Buraya kadar yaptığımız açıklamalar, hukukî ayıpla sakatlanmış bir şeyi asıl edimin yerine geçmek üzere kabul eden alacaklı eğer Borçlar Kanununun 31 inci maddesinde yazılı bir yıllık hükümsüz bırakma süresini geçirmiş ve böylece işlemi benimsemişse onun, hukukî ayıplar karşısında bir alıcıya tanınan hakları kullanmasına hiçbir şekilde engel alamaz. Bu suretle, pratik bakımdan Pandekt Hukukunda (Bak. yukarıda s. 4) ve yeni İtalyan Medenî Kanununda (Bak yukarıda s. 7) temsil edilen görüşe yaklaşan bir sonuca erişmiş bulunuyoruz. Alacaklının hakları, garanti yükümünden doğan taleplere ilişkin olduğu takdirde, Satım Hukukuna ait olup kıyasen uygulanacak hükümlerin pek de aydınlık olmıyan ŝartları hususunda yeteri kadar açıklık yoktur. Tadıldıktan sonraki İsviçre Borçlar Kanununda bir taraftan satıcının mülkiyeti sağlamakla yükümlü tutulması; diğer taraftan da, Romanın zapta ilişkin prensibine ve Fransız Medeni Kanununun 1625 ve sonraki maddelerine dayanan eski Borçlar Kanunu hükümlerinin hemen hemen değiştirilmeden alınmış olması, alacaklının hakları üzerinde etki yapar (38).

Böylece, tarihî bakımdan birbirinden ayrı düşen iki prensip burada karşı karşıya gelmektedir. Kanaatimce doğru olan düşünceye göre, alıcı, mülkiyeti sağlama yükümünden doğan ifa taleplerine ve —ŝartları mevcut olduğu takdirde— garanti yükümüne ilişkin taleplere seçimlik olarak sahip olur (39).

Burada teferruata giremeyiz; buna lüzum da yoktur. Ancak ŝuna işaret edelim ki, asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifadan, tıpkı

(37) Bu hususta özellikle bak. Schönerberger SJZ 20 (1923/1924) 306 ve dev; --- Merz'in «eDr Festschrift f. Th. Guhl» adlı eserde (1950, s. 87 ve dev.) yaptığı dikkate değer açıklamalarda özel olarak incelediğimiz meseleye zannınca değinilmiyor.

(38) Karş. Weiss, Festschrift für Guhl (1950) 158 ve orada anılanlar.

(39) Karş. Bader, SJZ 20 (1923/24) 306 f.; --- Guhl, Schweiz. OblR<sup>3</sup> (1944) 235; --- Oser/Schönerberger, m. 192, no. 1; --- (Becker başka türlü görünüyor : m. 192, no. 2).

satıştan olduğu gibi, mülkiyeti sağlama yükümü doğar (40). Mülkiyet geçirilmez ve ifada bulunacak olan şahıs temerrüde düşerse, alacaklı herhalde anlaşmadan dönebilecektir (41). Sözü edilen dönme hakkı, alacaklıya, temel hatasınının dermeyeranından farklı olarak, teminatı yeniden sağlayıverecek değildir ve onun tarafından, ihtimal, sadece Borçlar Kanununun 31 inci maddesinde yazılı hükümsüz sayma süresi sona erdikten sonra kullanılacaktır. Buna karşı, dönme hakkı ona tazminat istiyebilmek imkânını verir. Bu imkân bir taraftan ifada temerrüt esasına, diğer taraftan da Borçlar Kanununun 192 ve sonraki (Türk Borçlar Kanununun 189 ve sonraki) maddelerindeki şartlar dahilinde Borçlar Kanununun 195/6 (Türk Borçlar Kanunu 192/6) maddesine dayanır.

Bu suretle, «asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifa» hali için elde edilen sonuçlar İsviçre Satım Hukukunun bilinen prensiplerine uygun düşmektedir. Gerçekten, satımda maddî ve hukukî ayıplar bulunduğu takdirde, İsviçrede hâkim olan uygulamalara ve doktrine göre, garanti yükümüne ilişkin prensiplerle temel hatasına ilişkin hukukî sonuçlar seçimlik olarak uygulanırlar. Ancak, asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifada temel hatasınının, satış akdindeki temel hatasına oranla çok daha zengin bir pratik önem taşıdığı gözden kaçırılmamalıdır. Satışta temel hatası alıcıya yalnız satım akdinden kurtulmak ve böylece, akitteki menfaatini terketmek imkânını verir; bundan dolayı o, satım hukukunun daha verimli olan taleplerini tercih edecektir (42). Oysa asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifada alacaklı temel hatasından doğan haklarını kullanınca, eski alacağını ve bu suretle tatmin edilmesinin ilk araçlarını yeniden elde eder. Borçlar Kanununun 24/4 üncü maddesi, satışta sadece yardımcı, ikinci derecede önemli bir çare sağlar; oysa asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifa'da, 24/4 üncü madde, hiç değilse diğer yola denk düşer, yani,

(40) Kanaatimce doğru olarak : Siber-Planck, BGB, paragraf 365, 1.

(41) Bugüne kadar yalnız Türkçe çevirisi yayınlanmış olan «Akdin ihlâli sebebiyle fesih» hakkındaki makalemde, (Ebulûlâ Mardin'e Armağan, 1943. çeviren : Bülent Davran), İsviçre-Türk Borçlar Hukuku bakımından da, Kanunun ve hâkim doktrinin kabul etiğinden daha geniş bir şümül dâhilinde olmak üzere, kötü ifa dolayısıyla bir dönme hakkının varlığını açıklamaya çalıştım.

(42) Karş. Schönerberger, SJZ 40 (1944) 308; --- Merz, Festschrift für Theo Guhl (1950) 87 ve dev.

birinci derecede önemli bir rol oynar ve pek çok hallerde hem tercihe değer hem de pratik bakımdan büyük faydalar sağlar (43).

---

(43) Asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifada maddî ayıplar bulunduğu takdirde, temelde hatanın dermeyanı, alacaklı için, Borçlar Kanununun 205 ve sonraki (Türk B.K.m.202 ve sonraki) maddelerine dayanan garanti yükümüne ilişkin taleplere oranla çok defa daha faydalı olacaktır. H. Merz'in, burada yer veremediğimiz çok dikkate değer açıklamalarına rağmen, asıl edimin yerini tutan bir şeyle ifa halinde garanti yükümünden doğan haklarla hatadan doğan hakların herhalde seçimlik olarak uygulanmasında direniyorum.