

"ALIUD" VE FEDERAL MAHKEMENİN "ALIUD" KONUSUNDAKİ TUTUMU ÜZERİNE

Doç. Dr. Kevork ACEMOĞLU

I. GENEL OLARAK

"*Aliud*", basit bir tarifle, borçlunun borçlanılan edimden başka bir şey teslim etmesidir. Borçlu, kural olarak, ancak tarafların sözleşmede üzerinde anlaşmış oldukları edimi ifa ile borcundan kurtulur. Meğer ki ifa edilen edim, borçlanılana uygun bulunmadığı halde, alacaklı bunu bir *datio in solutum* olarak kabul etsin¹.

İfa edilen edimin, borçlanılana uygun bulunmadığı durum, *aliud*'dan ibaret değildir. Ayıplı ifa halinde de borçlanılana uygun olmayan bir edim vardır. Bu yüzden, ayıplı ifa ile "aliud"un sınırlarını dikkatle çizmek gerekir. Çünkü ayıplı ifa'da ayıba rağmen bir ifa bulunduğu halde, bir "aliud" tesliminde, ifa yoktur. Bu ikisi arasındaki sınır ise, itiraf edelim ki, üzerinde herkesin kolaylıkla uyduğu bir çizgi değildir.

II. HUKUKÇULARIN "ALIUD" KARŞISINDAKİ TUTUMU

Hukukçuları, "*aliud*" konusundaki tutumları açısından üç kategoride toplayabiliriz.

1) Bu ifademize rağmen, *datio in solutum* borçlunun da geçerli iradesini gerektiren bir sözleşmedir ve her sözleşme gibi, sözleşmenin kurulması hükümlerine aykırılıklar yüzünden (burada özellikle temel yanılmasaldatma) geçersiz kılınabilir. Oysa, bugün artık normal ifa için, "ifa sözleşmesi aranmamakta, ifa sonucuna açıkça uygun bir ifa fiili yeterli görülmektedir, **Larenz** I 315. Bu yüzden de, ifa için fiil ehliyeti gerekli olmadığı halde (**von Tuhr** 494; **Oser/Schönenberger** Md. 68-69'a örne düşünceler/N. 8) *datio in solutum* için gereklidir.

1) Birinci gruptaki hukukçular², genel olarak “aliud” kavramına bir yer tanımakta, tarafların üzerinde anlaşmış buldukları edimin teslimi halinde bile, teslim edilen şey üzerinde tasarlanılandan önemli surette farklı bir nitelik varsa, bir *aliud* teslim edildiğini kabul etmektedirler. Örneğin, *von Tuhr*'a göre,

“Fotoğraf makinesi zannı ile paket veya kutu içinde bulunan bir şey satın aldığı ve paketi açınca bir dürbün bulduğu takdirde 194. maddeye istinat edemez. Filhakika dürbünün fotoğraf çekmemesi, dürbün için bir ayıp değildir”³.

Bu görüşte bulunan hukukçular, görüşlerinin tabii sonucu olarak, borçlanılandan nitelikleri onu başka bir şey haline getirecek ölçüde ayrılan bir şeyin tesliminde, ayıplı ifa hükümlerinin değil, ifa etmeme hükümlerinin uygulanacağını savunurlar.

2) Diğer bazı hukukçular ise⁴ “aliud” kavramını tamamen reddetmemekte, fakat ona yalnız çeşit borçları açısından bir görev yüklemektedirler. Örneğin, *Seergel/Siebert/Ballerstedt*, “aliud” tesliminin sadece çeşit borçlarına ilişkin bir problem olduğunu ifade etmektedir⁵. Yine bu görüşte olan *Kocayusufpaşaoğlu*'na göre⁶,

“Sözleşme konusu malın vasıflarının, sözleşmeye göre bulunması gerekli vasıflardan şu veya bu şekilde farklı olması (bu yüzden şeyi alış-veriş hayatının görüşlerine göre başka bir dâim ve çeşit mal kategorisine dahil saymak gerekse

2) *von Tuhr* 304, dn. 39; *Becker* 197/2; *Tunçomağ* II 76. Özellikle *Se-rezan* MHAD 1969, sayı 5, sh. 235, dn. 45. Son derece ilgi çekicidir ki, Alman Hukukunun mümkün olduğu ölçüde ayıp hükümlerini uygulamak isteyen tutumuna (Bu tutum iki şekilde belirmektedir: a) Bir kanun hükmü olarak, bkz. HGB 378. b) Bir olayda irade bozukluğu hükümleri ile ayıp hükümlerinin yarışmasını gerektiren durumlara rağmen, bu yarışmayı reddeden doktrin ve uygulama (bkz. RGZ 61, 174 138, 356) olarak.) rağmen, *Esser* 490, *Fikentscher* 352; *Fabricius* JS 1964 sh. 2 gibi büyük hukukçular *aliud* kavramına büyük bir uygulama alanı açmak istemektedirler.

3) *von Tuhr* 304, dn. 39. *Haymann* ise aynı düşüncüyü şöyle ifade etmektedir: “sıhhatli bir ev kedisi, Ankara kedisi olarak satılması yüzünden ayıplı sayılamayacağı gibi.....” JW 1932 Nr. 32, 1863 (*Schubiger* 44'ten naklen).

4) *Soergel/Siebert/Ballerstedt* 459'a ön düş./N. 35; *Kocayusufpaşaoğlu*, sh. 74 altındaki dn. Bkz. ayrıca *Schubiger*, sh. 41, dn. 4'te anılan yazarlar.

5) *Soergel/Siebert/Ballerstedt* aynı yer.

6) *Kocayusufpaşaoğlu* aynı yer.

bile), meseleinin ayıp hükümleri çerçevesinde ele alınmasına engel olmayacaktır. Zira sözleşmenin konusu sadece o maldır ve o da (mevcudiyeti farzolan vasıflardan yoksun olsa bile) teslim edilmiştir. Parça borçlarında bu anlamda aliud kavramına yer yoktur”⁷.

3) Nihayet son gurup hukukçular, *aliud* kavramını tamamen reddetmekte, her halde ayıp hükümlerinin uygulanacağını söylemektedirler⁸. Onlar herşeyden önce, ayıp kavramının, *aliud*’u da içerecek kadar geniş olduğu görüşündedirler⁹. Bu yüzden, onlara göre, çeşit borçlarında da bir “aliud” kavramı yaratmaya lüzum yoktur¹⁰. Hatta bunlardan *Schubiger*¹¹, parça borçlarında, üzerinde anlaşılardan başka birşey tesliminde, dahi, aliud’a başvurmanın gereksiz olduğunu, yine ayıp hükümlerinin uygulanacağını, ancak, bunun yanında alıcıya bir aynen ifa talebi tanınacağını ileri sürmektedir.

III. FEDERAL MAHKEMENİN “ALIUD” KONUSUNDAKİ TUTUMU

Federal Mahkemenin, “aliud” konusunda ilk vermiş bulunduğu önemli karar, BGE 52 II 143’tür. Federal Mahkeme, bu kararında, teslim edilen alıcının incelemiş ve tarafların üzerinde anlaşmış buldukları halı olmasına rağmen, gerçek bir Şah Abbas halısı olmayıp onun modern bir taklidinden ibaret bulunması yüzünden bunun “aliud” olduğuna karar vermiştir.

Federal Mahkeme nisbeten yeni bir kararında ise, aynı olaya çok benzeyen bir durumda tam aksi sonuca varmıştır. BGE 82 II 411. Federal Mahkeme bu kararında şu görüşleri ileri sürmektedir¹².

“... Gerçi dâvacı (tablonun hakikî olmadığı kabul edilirse fiilen ya da iktisaden beklediğini, yâni hakikî bir von Gogh tablosu alamamıştır. Ancak tarafların Haziran 1948’de yapmış

7) Krş. **Flume** 114-115.

8) **Heck** sh. 278; **von Caemerer** Festschrift für Martin Wolff, sh. 13 is; **Staub** 378 HGB.

9) **Heck** aynı yer.

10) **von Caemerer**. 8; **Schubiger** 127.

11) **Schubiger** 126.

12) **Kaneti**, çevirisi sh. 43’ten.

oldukları sözleşmenin konusu, dâvalının bir bankanın kasa dairesinde sakladığı ve dâvacıya gösterdiği çeşitli tablolar arasında, dâvacının seçtiği, satın aldığı ve götürdüğü tablodur. Dâvacının satın aldığı tablo van Gogh'un otoportresi sayılan, banker M'nin koleksiyonunda uzun süre durmuş olan, sanatkarın eserleri listesinde yer alan ve birkaç kez röpredüksiyonu yapılan tablodur; dâvacı, bu tabloyu teslim almıştır. .. satılan tablo ile teslim edilen tablo aynıdır. Satım sözleşmesi ifa edilmiştir; zira başka bir nesnenin (aliud) teslimi yoktur.

Federal Mahkeme, en son kararında ise, teslim edilenin, satılardan bir eski model Jaguar olduğu durumda, aliud bulunduğuna karar vermiştir, BGE 94 II 26. Bu son karara göre,

“Bir çeşit borcunun ifasında o çeşidi belirleyen her unsur, teslim edilen şeyde mevcut olmalıdır. Bunlardan bir tanesi bile eksikse, o şey artık üzerinde uyulmuş şey değildir; bir aliuddur.”

Federal Mahkemenin bu son iki kararın birlikte ele alındıkta, onun da yukarıda (2) altında görüşlerini özetlemeye çalıştığımız hukukçuların düşüncesine katıldığı ortaya çıkar. Van Gogh'un sahtesini — üzerinde taraflar anlaşmış buldukları, yâni bir parça borcu söz konusu olduğu için — aliud saymayan Federal Mahkeme, Jaguar satımında bir çeşit borcu bulunduğu için, bir model eski Jaguar'ı aliud saymaktadır. Bu konudaki tartışmalara girmeden hemen şunu belirtmekten kendimizi alamayacağız : hukukçu olmayan bir kimse, Federal Mahkemenin bu tutumunu hiç anlayamayacaktır. Gerçek van Gogh yerine sahte van Gogh ifadır da, bir model eski Jaguar mı ifa değildir? Bir model eski Jaguar, yeni Jaguar'ın yerini pekâlâ tutabilir ama ya sahte van Gogh, gerçeğinin yerini nasıl tutar?

IV. FEDERAL MAHKEMENİN GÖRÜŞÜNÜN DOKTRİN VE MENFAATLER DURUMU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Federal Mahkeme son kararı ile, van Gogh kararından açıkça rücu etmemişse ki, etmemiştir, doktrinde savunulan “aliud” bir çeşit satımı problemidir görüşüne katılmış demektir. Dolayısıyla biz Federal Mahkeme kararlarının çizgisini inceler ve eleştirirken bu görüşü eleştireceğiz demektir. Zaten, “at yerine eşek” tes-

lim edilmesi halinde bile ayıp vardır diyen, ama bir de aynen ifa talebi lütfeden *Schubiger*'in görüşünü ele alacağız da ne olacaktır?

Bu sınırlamadan sonra, Federal Mahkeme tarafından benimsenen görüşün çözümlenmesine ve incelenmesine geçebiliriz.

Federal Mahkemenin benimsediği görüş, birçok açılardan eleştiriye ve yergiye mahkûm sonuçlara yol açabilecek bir görüştür.

1) Bugün, bize Roma Hukukundan kalmış bulunan “çeşit borcu - parça borcu” ayırımına karşı ciddi kuşkular belirmiştir. *Serozan*¹³ bu ayırımı kesin olarak karşı çıkmakta, doktrin ile uygulama ise hiç değilse bu ayırımı bağlanan farkları hafifletmeye çalışmaktadır¹⁴.

Şimdi, kanun hükümleri tarafından parça ve çeşit borçları arasında öngörülmüş farklar bile yumuşatılmaya, azaltılmaya çalışılırken, kanunda öngörülmemiş yeni bir fark yaratmanın hiçbir dayanağı yoktur. Yaratılan bu farkın hiçbir şekilde menfaatler dengesi düşüncesi ile haklı kılınmaya çalışıldığı da yoktur: Tam tersine, bu görüşü savunanlar ve Federal Mahkeme, *aliud* açısından böyle bir ayırım kabul etmenin getireceği sonuçlar üzerinde hiç eğilmeksizin, görüşlerini *sadece kavramsal gerekçelere* dayandırmaktadırlar. Onlara göre, mesele çok basittir :

“Satılan ile teslim edilen... aynıdır”¹⁵. Öyleyse bir *aliud* yoktur. Ama satılan ile teslim edilen arasında çok önemli nitelik farkları varmış. Örneğin, teslim edilen, satılanın sahtesiymiş. Önemi yok.

“Zira sözleşmenin konusu sadece o maldır ve o da (mevcudiyeti farzolunan vasıflardan¹⁶ yoksun olsa bile) teslim edilmiştir”¹⁷.

Niçin? Çünkü sözleşmenin konusu bir parça borcudur. Oysa bir çeşit borcu olsaydı :

13) *Serozan* MHAD 1969, Sayı 5, sh. 211 is.

14) Bu çabaların tanıtılması için bkz. *Serozan* aynı yazı sh. 217.

15) BGB 82 II 411.

16) Örneğin gerçek olmasından.

17) *Kocayusufpaşaoğlu* 74, dn. 98. *Kocayusufpaşaoğlu*, anlaşılıyor ki, bu görüşü sh. 64, dn. 73'te benimsediği “sübjektif ayıp” teorisine uygun bir sonuca varmak endişesiyle savunmaktadır. Nitekim, *Kocayusufpaşaoğlu*, ou görüşün yukarıda not 73'te benimsenen sübjektif ayıp kavramına da tamamen uygun düştüğünü söylemektedir. Oysa, *Serozan* (aynı yazı sh. 235, dn 45), *Fabricius*, JS 1964 sh. 5'e dayanarak, sübjektif ayıp görüşü çerçevesinde de pekâla *aliud* kavramına yer verilebileceğini ileri sürmektedir.

“...çeşidi belirleyen her unsur, teslim edilen şeyde mevcut olmalıdır. Bunlardan bir tanesi bile eksikse, o şey artık üzerinde uyuşulan şey değildir; bir *aliud*'dur”¹⁸.

2) Federal Mahkeme tarafından benimsenen görüş çizgisi, en basit mantık kuralları tarafından bile redde mahkûmdur. Bu görüş, yukarıda belirttiğimiz *aliud* kavramını tamamen reddeden yazarlar gibi, parça borcunda *aliud*'un değil, her zaman ayıplı ifanın varolduğunu savunmaktadır.

İmdi, üzerinde anlaşılana teslim edilen aynı şey diye, alıcı fotoğraf makinesi almak istemişse, dürbünü; gerçek bir van Gogh almak istemişse sahtesini, Ankara kedisi istemişse bir ev kedisini nasıl ayıplı bir ifa sayabiliriz? Serozan'ın¹⁹ haklı olarak belirttiği gibi,

“...sahte van Gogh tablosu, bozuk van Gogh tablosuna ne ölçüde yakınsa, bir Gauguin tablosuna da o ölçüde yakındır. O halde van Gogh yerine Gauguin yollanırsa da yanlış bir ifa yok, ayıplı bir ifa vardır mı diyeceyiz?”²⁰.

Kocayusufpaşaoğlu, bu itirazı şu şekilde cevaplandırmaya çalışmaktadır :

“Haymann'ın “Ankara kedisi olarak satılan sıhhatli bir ev kendisinin bu sebeple ayıplı sayılamayacağı” veya von Tuhr'ın bir kimsenin ambalâjına ve etiketine bakarak bir fotoğraf makinesi ihtiva ettiği zannı ile satın aldığı kutudan tencere çıkması halinde buna ayıplı bir fotoğraf makinesi gözü ile bakılamayacağı yollu izahları, sadece ayıp kelimesinin, satış konusu şeyin vasıflarının satış sözleşmesine uymaması demek olan bir hukukî kavramı gereği gibi ifadan âciz olduğunu ispat ederler”²¹.

Bu savunmanın anlamı şudur : ayıp, “sübjektif ayıp” görüşü çerçevesinde ele alınırsa, böyle mantıksızlıklar izah edilebilir. Öyle bir sa-

18) BGE 94 II 26.

19) Serozan aynı yazı, sh. 235, dn. 45.

20) Yalnız Serozan'ın bu sorusu, bu şekliyle, Federal Mahkeme'ye değil, Schubiger'e yöneltilebilir. Federal Mahkemeye soru şu şekilde sorulmalıydı: alıcı, Gauguin'in tablosunu, bir van Gogh olarak kabul etmiş bulunsaydı, bu, ayıplı bir van Gogh ifası mı sayılacaktı?

21) Kocayusufpaşaoğlu, sh. 74, dn. 98.

vunma, belki²² *Kocayusufpaşaoğlu*'nu tutarlı saydırabilir. Ama olaydaki sağduyuya aykırı çözümü ortadan kaldıramaz. Hele Federal Mahkeme-yi hiç kurtaramaz. Çünkü, Federal Mahkeme, bildiğimiz kadarıyla, “süb-jektif ayıp” görüşünü benimsemiş de değildir. Bir model eski Jaguar' ifa saymayan Federal Mahkeme, sahte van Gogh'u ifa sayacak. Böyle bir tutumu haklı gösterebilecek hiçbir “ayıp” kavramı henüz icat edilmiş değildir.

3) Ayıplı ifa, *Serozan*'ın isabetli olarak belirttiği gibi, bir yan edim yükümüne aykırılıktır²³. Yan edim yükümü *neyin* ifa edilmek gerektiği-gini değil, *neyin* nasıl ifa edilmek gerektiğini gösterir²⁴. Oysa, bir van Gogh'un mu, yoksa sahte bir van Gogh'un mu, bir dürbünün mü, bir fo-toğraf makinesinin mi verildiği mes'elesi, borçlanılanın *nasıl* ifa edildi-ği sorunu olmayıp *neyin* verildiği mes'elesidir. Bu halde de artık bir ifa söz konusu olamaz. Söz konusu bulunan borçlanılandan farklı bir şeyin, bir *aliud*'un verilmesidir.

3) Parça borçlarında *aliud*'un reddi yolundaki Federal Mahkeme-ce benimsenen ve çeşit ve parça borçları arasında kanun tarafından ön-görülmemiş bir fark yaratmaya yönelik görüş, görülüyor ki, dayanmak istediği kavramsal düşünce açısından da fazla kuvvetli sayılamaz. Ne var ki, bizce, bu görüşün asıl sakıncaları menfaatler durumu açısından yarattığı adaletsizliklerde aranmalıdır.

aa) Sahte van Gogh tablosuna, ev kedisine, dürbüne v.s. ayıplı ifa dersek ne olacak? Sonuç şudur : alıcı, şartları varsa irade bozuklukları-na, yoksa ayıp hükümlerine dayanmak zorundadır²⁵. Alıcının, van Gogh'-

22) Bununla birlikte *Serozan* bu görüşte değildir. Bkz. yukarıda dip-notu 17.

23) *Serozan* aynı yazı sh. 230, dn. 41. *Kocayusufpaşaoğlu* ise (bkz. sh 69 dn. 84 **in fine**) ayıplı ifayı bir asıl edim yükümüne aykırılık saymak-tadır. Çünkü ona göre, ayıplı ifa, ifa etmemenin özel olarak düzenlenmiş bir çeşididir, bkz. sh. 68, aynı dipnotu. Bu açıdan *Kocayusufpaşaoğlu*'nun yukarıda açıklanmış görüşlerinin bu temel görüşünün t u t a r l ı bir sonucu olduğu ortadadır. Ama bu tutarlılık, *Kocayusufpaşaoğlu*'nu men-faatler durumuna çok aykırı çözümlere varmasını bağışlatabilir mi, bilmi-yoruz.

24) *Serozan* aynı yazı, sh. 230, dn. 41; aynı yazar MHAD 1969, N. 4. sh. 212, dn. 61.

25) Hukukumuzda, Alman Hukukundan farklı olarak (bkz. RGZ 61 174...138, 3f6) ayıp hükümlerinin irade bozukluğu hükümleri ile yarışacağı hem içtihat hem de genellikle doktrin tarafından kabul edilmektedir (bkz. BGE 42 II 498...82 II 411. 88 II 410; **von Tuhr/Siegwart** 276; **Oser/Schönen-**

un sahteliğini geç farkına vardığını farzedelim. Ortaya çıkan durum, tek kelime ile trajiktir.

aaa) Alıcı, bir yıllık ayıp hükümleri zamanaşımını kaçırmışsa, artık hâkim görüş çerçevesinde²⁶ ayıp hükümlerine dayanmak imkânını kaybetmiştir. Meğer ki, satıcı onu iğfâl etmiş ola²⁷.

bbb) Ayıp hükümlerini kaçırmış bulunan alıcı artık sadece irade bozukluğu hükümlerine dayanmak zorundadır. Böyle bir ihtimalde ise, durumu ikiye ayırmak gerekir :

ab) Ya bir temel hatası söz konusudur. Böyle ise, büyük ihtimalle gerçek bir van Gogh fiyatı ödemiş bulunan alıcı, van Gogh'un sahtesini alıp oturmak durumundadır. Çünkü, BK. mad. 25 gereğince, hata, güven ilkesine aykırı olarak ileri sürülemez. Hatanın çok uzun bir süre sonra ileri sürülmesinin ise, satıcının kusurunun bulunmadığı durumlarda, güven ilkesi ile çalıştığı kuşkusuzdur²⁸. İlle, satıcı aynı yanılmayı paylaşıp kendisi de ona gerçek bir van Gogh fiyatı ödemiş ise,

aa) Ya da bir hile söz konusudur. Ancak bu son halde alıcı sahte van Gogh'tan kurtulma imkânına sahiptir.

Görülüyor ki, sahte van Gogh, alıcısı. Federal Mahkemenin kabul ettiği görüşe göre²⁹ *sadece* satıcısının davranışı hile olarak kabul edilebi-

berger 197/5: **Simonius** Festschrift Guhl 55 is; **Tunçomağ** II 107. Aksi görüş **Becker** 197/210'a ilk düşünceler /4; **Merz** Festschrift Guhl 87 is.; **von Büren** 203.

26) **Oser/Schönenberger** 210/N 4; **Becker** 210/3.

27) Ayıplı malın kabulü bir hilenin sonucu ise, BK. mad. 207/III satıcının bu bir yıllık zamanaşımından yararlanamayacağını öngörmektedir. Federal Mahkeme, böyle bir durumda, ayıp hükümlerinin 10 yıllık genel zamanaşımı süreleri içinde ileri sürülebileceği kanaatindedir. BGE 81 II 138. Kanaatimizce burada hileye uğrayan alıcıya, hileyi öğrendiği tarihten bir yıl geçmiş olsa dahi ayıp hükümlerini ileri sürme imkânı vermek için hem hiçbir sebep yoktur, hem de böyle bir çözüm alış-veriş hayatının gerekleriyle uyuzmaz.

28) **von Tuhr** 324; **Oğuzman** SJZ 1963, 266.

29) **Kocayusufpaşaoğlu**, yine sistemi ile tutarlı kalmak endişesiyle ayıp hükümleri ile irade bozukluğu hükümlerinin yarışmasını da reddetmektedir. Böylece, van Gogh yerine sahte van Gogh elde eden alıcı, ayıp süresini kaçırmışsa, artık irade bozukluğu hükümlerine de dayanamayacaktır, sh. 81. Ama, **Kocayusufpaşaoğlu** çözümünün alıcının alıcının menfaatlerini hiçe saydığının farkındadır, sh. 82. Bunun için, alıcıya bir imkân tanımaktadır. Eğer, alıcı ayıbı bir yıl geçtikten sonra farkına varmışsa, **Kocayusufpaşaoğlu**, artık ona BK. mad. 96 ve sonraki maddelerde düzenlenen genel hü-

len hallerde sahte van Gogh'u geri verip ödemiş parayı alabilecektir. Hoş, bu halde — yâni alıcının sahte van Gogh'u gerçek sandığını bil-

kümlere başvurma imkânı tanımaktadır. Böylelikle, sisteminin tutarlılığını sağlamak için alıcıyı yıkmış bulunan **Kocayusufpaşaoğlu**, bu sefer yıkılan alıcıyı kurtarmak için sistemini yıkmaktadır.

Kocayusufpaşaoğlu'nun bu son gayreti ne kavram ne menfaat hukukçuluğu açısından haklı ve tutarlı gösterilemez. Ayıp hükümlerini, ifa etmeme hükümlerinin özel bir düzenlemesi sayan **Kocayusufpaşaoğlu** (bkz. yukarıda dipnotu 23) özel düzenlemenin şartlarını kaçıran alıcıya, genel hükümlerin kapısını nasıl açar? Ayrıca, **Kocayusufpaşaoğlu**, bu çözümünü, parça borçlarında ayıbı zamanasını süresi içinde farkedenden alıcıdan esirgediği aynen ifa talebini, bu süre geçtikten sonra farkedenden alıcıya tanımaktadır.

Son saniyede, **Serozan** da kurduğu sistemi yıkmakta, **Kocayusufpaşaoğlu** ile yarış etmektedir. **Serozan**'a göre

“Ayıp hukukunun gereklerini (hukukî ödevlerini; muayene ihbar, yılanma süresine uyma) gerçekleştiren alıcı; kendisi için daha elverişli ayıp hukuku olanaklarından yararlanabileceği gibi, bu gerekleri yerine getirmeksizin “sözleşmenin gereğince ifa edilmemesi” hukuku olanaklarından da yararlanabilir” (aynı yazı sh. 235)...”
Alıcı ister BK. 194 is.'e ister BK. 96 is.'e dayansın aynen ifa yaptırımına sahiptir” (aynı yazı sh. 236).

Doğrusu, **Serozan**'ın mantığını tâkip edemiyoruz. Önce, bir tek davranış hem aslî edim yükümüne hem yan edim yükümüne nasıl aykırı olabilir? Çünkü, **Serozan**'a göre, haklı olarak, ayıplı ifa, ifa etmeme gibi aslî edim yükümüne değil, yan edim yükümüne aykırılıktır (bkz. yukarıda dipnotu 23).

Üstelik, hem çeşit borcunda, hem parça borcunda, bütün ayıplı ifalarda, “alıcı ister BK. mad. 194'e ister 96'ya dayansın, aynen ifa yaptırımına sahip” ise, ayrıca **aliud** kategorisini yaratmanın ne gereği kalmaktadır? **Aliud**'u yaratmanın amacı, alıcıya, ayıp hükümleri dışında bir aynen ifa talebi sağlamak değil miydi. Her ayıplı ifade alıcı zaten bu imkânlara sahip ise, alıcının dilediğinin dışında bir şey teslimi ayıplı ifa sayılsa bile, o yine dilediği sonucu elde edebilecektir. **Aliud** kavramı, ayıplı ifa halinde, süre şartları geçmiş olduğunda genel hükümlerin uygulanmasını reddedenler, parça satımlarında ayıp hükümlerinden bir değiştirme imkânının doğmadığını kabul edenler içindir. Yoksa **Serozan** için değil. Nitekim, bunu kendisi de itiraf zorunda kalmaktadır, sh. 236, dn. 47 in fire.

Yine **Serozan**'ın

“Gerçi tür ve birey sapmasında ayıplı ifa yok, aliud pro alio vardır ama aliud ifasına örneksemeyle ayıp hukuku kuralları uygulanmalıdır” (sh. 236) demesi, yukarıdaki ilk itirazımızı cevaplandırır görünmektedir ama, aslî edim yükümüne aykırılık ile yan edim yükümüne aykırılık arasında örnekseme yoluyla böyle bir köprü kurulabilir mi?

Serozan'ın,

“Çünkü iktisaden güçlü oldukları varsayılacak satıcıların

mesi halinde — alıcının irade bozukluğu hükümlerine dayanmaya da ihtiyacı yoktur. Çünkü, bu gibi durumlarda, sözleşmenin hiç kurulmamış bulunduğu da kabul edilebilir³⁰.

bb) Bir an için, sahte van Gogh, Ankara kedisi ve özellikle dürbün alıcısının irade bozukluğu hükümlerine dayanabildiklerini düşünelim. Hatta, zamanaşımı sürelerini dahi kaçırmamış olduklarını, ayıp hükümlerine de başvurabileceklerini kabul edelim. Yine alıcının durumu, *aliud*'un kabulündeki kadar amaca uygun değildir. Fotoğraf makinesi almak isteyen alıcı, ayıp hükümlerine dayanıp ne yapacaktır? İrade bozukluğu hükümlerine dayanıp ne yapacaktır? O dürbün değil, fotoğraf makinesi istemektedir. Üstelik, fotoğraf makinesi, satıcısında mevcuttur da. Ama biz ona sadece sözleşmeden dönme imkânı teklif ediyoruz (tabii bu olayda satış parasının indirilmesi söz konusu değildir). Bir parça borcu söz konusu olduğundan, alıcının “ayıpsız” bir parça isteme hakkı da yoktur³¹.

borca aykırılıktan dolayı kusursuz sorumlulukları ayıplı ifa bakımından bir kez doğru görülünce, onların ayıplı ifaya göre çok daha ağır bir borca aykırılık oluşturan *aliud* ifasında kusursuz sorumluluklarını kabul, hukuk mantığına uygun düşer” yollu düşüncesi (sh. 236) hukuk mantığı açısından belki güzel görünen bir yaklaşımdır ama, menfaat hukukçuluğu açısından yanlıştır; tehlikelidir. Mes'ele önce, borca aykırılıklarda kusursuz tazminat yükümünün hukuk politikası açısından değerlendirilmesi ile ilgilidir. Borçlar Kanunumuzun, borca aykırılık hukukunda bellibaşlı iki yerde kusursuz sorumluluğa yer vermiştir: ayıpta ve zaptta. Özellikle ayıpta bu düzenlemeyi haklı kılan sebepler vardır. Alışveriş hayatının gerekleri bunu zorladığı gibi, Borçlar Kanunumuzun haksız hasar sistemi de bunu kaçınılmaz kılmaktadır. Oysa, *aliud* tesliminde durum tamamen farklıdır. Satıcıyı *aliud* tesliminde kınama imkânı çok kere yoktur. Özellikle parça satımlarında. Eğer satıcı kınanabilecek durumdaysa, zaten sorumludur ve kusursuz sorumluluk aramak için sebep mevcut değildir. Kaldı ki, satıcı *aliud* tesliminde kusurlu ise, çok kere ayıp sorumluluğundan çok daha ağır, hile sorumluluğu altındadır.

Üstelik, bu hukuk mantığından hareket edildikte, “ayıplı ifadan çok daha ağır bir borca aykırılık oluşturduğunda kuşku olmayan hiç ifa etme durumunda da kusursuz sorumluluğu kabul gerekir” deyip, kusursuz sorumluluğu imkânsızlık dışındaki bütün borca aykırılıklara da yaymaktan başka çare yoktur. Bu, dönmeyi bile, ancak kusurlu borçluya karşı tanımak isteyen **Serozan** açısından tutarsızlıktır.

30) Bkz. **Esener** 130.

31) **Serozan** MHAD S. 5. sh. 227 is.'de, parça borçlarında ayıpsız parçanın değiştirilmesi talebini reddeden klasik görüşten (bkz. **Kocayusıfpaşaoğlu** sh. 69 is) ayrılarak, alıcıya ayıplı parçanın da değiştirilmesi talebini tanımaktadır.

Bu yüzden *aliud* kavramı, asıl Federal Mahkeme tarafından inkâr edildiği yerde, yâni parça borçlarında büyük bir öneme sahiptir. Çünkü, çeşit borçlarında, alıcı, zaten BK. mad. 203/I gereğince, teslim edilen farklı şey, *aliud* değil de, ayıplı ifa sayılsa bile, asıl istediğini, yâni Federal Mahkeme'ye göre “ayıpsız şeyi” elde etme imkânına sahiptir³². *Aliud* istediği şey bir parça olduğu için, aynen ifa talebi reddedilen alıcı için çok daha gereklidir.

32) BGE 94 II 26. Zaten Federal Mahkeme, bu kararında, haklı olarak, ayıplı şeyi, ayıpsız şeyle değiştirme talebinin, ayıp hükümlerinin değil, ifa hükümlerinin özel bir düzenlemesi olduğunu Windscheid'e (Pandekten, No. 21 ad. paragraf 394) ileri sürmektedir.