

PARÇA BORCU - ÇEŞİT BORCU; aşılması gerekli bir ayırım

Asis. Dr. Rona SEROZAN

La coutume fait nos preuves les plus fortes et les plus crues: elle incline l'automate, qui entraîne l'esprit sans qu'il y pense.

PASCAL

I. Hukukun özü ve biricik kaynağı olarak yürürlükteki yazılı hukuk kuralını gören ve bu 'kategorik emperatif'i tarihsel, filolojik ve sistematik açıdan yorumlayan 'kavram içtihatçılığı' (Begriffsjurisprudenz) yönteminde hukukcu, yasanın soyut kavramlarına ve yine bu kavramlardan türetilmiş, uslamlanmış üst-kavramlara, ilkelere, varsayımlara sıkı sıkıya bağlıdır; o, bir 'kavram matematikçisi', 'soyut konstrüksiyon hukukcusu'dur; hayata, insana sırt çevirmiş, fildişi kulesinde gönülden irak, hukuk dilinin filolojisini, hukuk kavramlarının skolâstliğini yapmaktadır. Luther'in «İyi hukukcu = kötü Hristiyan» sloganı hiç kuşkusuz bu tür hukukcuyu hedef alır.

Bugün artık bu mistik, totemist, ön-mantıksal hukukî düşünce yöntemi aşılmış ve hukuk kurallarının, korumayı amaçladıkları, amaçlamaları g e r e k e n menfaat açısından (şematik bir lojik ile değil, bilinçli bir teleoloji ile) yorumlanmaları eğilimi (Interessenjurisprudenz) iyiden iyiye yüzeye çıkmaya başlamıştır. Hukukcu, fildişi kulesinden inerek yere basmış, hayata ve insana dönmüş, 'kavram fetişisti' olmaktan çıkmış, adalet terazisini gözlerinin önünden kör-ebe-bağını çekerek tutmaya başlamıştır. Söz gelimi, salt mantıksal imkânsızlığın değil, fakat borçlunun kusursuz ifa güçsüz-

lüğünün de borçluyu borcundan kurtarması, sinallagmada başta var olan dengenin sonradan bozulması (işlem temelinin çökmesi) nedeniyle borçlunun sözleşmeyi kaldırabilmesi (fesih) veya çözebilmesi (dönme), 'edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi' kuramı, nesnel hak kazanma söz konusu oldukça iyi inancın saptanmasında bütün sertliği ile uygulanan objektif-düzyüsel (normatif) ölçeğin, hakkın korunması (teminat çıkarı) söz konusu oldukça yumuşatılması, akdî giderim hukukunda 'mübadele kuramı' yerine 'fark kuramı' nın benimsenmesi, hep bu olumlu, sevindirici eğilimin ürünleridir.

Aşağıdaki deneme, kavram içtihatçılığının kalıntılarından 'parça-çeşit' kavramları ve bu kavramlara bağlanan birtakım ortodoks dogmaları menfaat içtihatçılığı yöntemiyle aşma amacıyla kaleme alınmıştır.

II. Sözleşme, hukuken korunmaya değer bir somut çıkarın varlığını gerektirdiğine göre, alacaklının neyi isteyebileceğini, borçlunun neyi vermekle yükümlü bulunacağını bilmesi gerekir. Bu yüzden sözleşmenin konusu belirli, hiç değilse belirlenebilir olmalıdır¹.

(Bu söylenen, nisbîlik ilkesinin değil de mutlaklık ilkesinin yürüdüğü değginlik (aidiyet) - eşya - hukukunda işlemez. Burada hakkın, kişisel alacak hakkından farklı olarak, belirli, özel bir nesne üzerinde kurulması gerekir; özellik ilkesi!)

Sözleşenler, konuyu sözleşmenin kurulduğu sırada belirlemeyebilirler ve bunu, daha sonra yapması için aralarından birine, hatta üçüncü bir kişiye bırakabilirler. Bunun dışında, konusu seçimlik borçlar, kararlaştırılmış edim yerine bir yedek edim isteme (veya verme) yetkisinin (**facultas alternativa**) hatta sözleşmenin konusunu değiştirme yetkisinin saklı tutulması da mümkündür. Bazı ihtimallerde yasanın tamamlayıcı kuralları ve giderek güven ilkesi çerçevesinde tamamlayıcı yorum da konusu başta saptanmamış bir sözleşmenin konusunu, çevresini belirleyebilir. İşte 'çeşit borcu' diye adlandırılacak borç da böyle konusu başta kesinlikle belirlenmemiş bir borçtur. Ve bence o kadardır da!

Evrende mevcut herhangi bir şeyin satımı geçersizdir; herhangi bir taşınır satımı da geçersizdir. Ama herhangi bir araba satımı geçerlidir. Geçerlilik araba satımında (konusu belirlenmemiş, ama be-

1) Bk. BECKER, OR 1 N 20; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, 6. Auflage, München, 1963, 5; ESSER, Schuldrecht, 2. Auflage, Karlsruhe, 1960, 132/40.

lirlenebilir satım) başlar, belirli plâkalı arabada (konusu belirlenmiş satım) biter.

Peki, konusu salt belirlenebilir borç (bir araba satımı) ile konusu en ince ayrıntısına dek saptanmış borç (şu, şu, şu niteliklerde bir araba satımı) kutupları arasındaki geniş ıskalada hangi 'hukuk peygamberi' 'Kızıldenizi yaracak' ve «bu yarım parçadır, bu yarım çeşittir» diyebilecektir? «Konusu ferden belirlenmiş borç, para borcudur; konusu ferden değil de genel olarak belirlenmiş borç ise çeşit borcudur»² formülü ile bu sorunun üstesinden gelinmeye çalışılmaktadır. Peki ama belirli marka araba, 15 inci Louis mobilyası, 'belirli' bir seyisin yetiştirdiği 'siyah' bir koşu atı satımlarında satım sözleşmelerinin konusu ferden mi belirlenmiştir, yoksa genel olarak mı belirlenmiştir? Kavram düşünürlerinin bu örneklere 'sınırlı veya karmaşık çeşit satımı' kavramını yakıştırmalarının, kendilerini — yöntemlerinin pek doğal bir sonucu olarak — ne denli talihsiz bir çıkmaza soktuğunu aşağıda göreceğiz.

Sınırlı çeşit kavramı yetmiyormuş gibi, bazı yazarlar, konusu salt belirlenebilir borç ile konusu en ince ayrıntısına dek belirlenmiş borç kutupları arasına bir de 'topal parça borcu' (hinkende Speziesschuld) kavramını sokuşturmuşlar ve bunu yapmakla, kavramsal hukuk düşüncesi için aynen ifa yaptırımı imkânsızlık nedeniyle işletilemeyecek olan parça borcunda bazan aynen ifa yaptırımına 'vicdan azabı çekmeden' (!?) olanak tanımışlardır³. Bu, tipik bir kavramsal hukuk düşüncesi çözümüdür.

III. Çeşit kavramı — aynen kavramsal hukuk düşüncesi gibi — mistik felsefenin ve 'participation' düşüncesinin ürünüdür. İlkel topluluklardaki mistik ve ön-mantıksal bilinç, birey ile sosyal grup arasında bir mistik birlik kurmuş (totemizm) ve giderek birbiriyle hiçbir ilintisi bulunmayan kavramları çağrışım (Association) yoluyla bir mantıksal bağlılık içerisinde görmüştür.

Participation düşüncesinin biraz gelişmiş biçimi olan 'essentialisme' de zorunlu olarak gruplaştırıcıdır. Nasıl birey, bir sosyal grubun birimi ise, nesne de bir üst-kavramın, bir nesnelere kategorisinin birimidir. Bugün artık metafizik piramitler kurmuş bu atavist kategoriler düşüncesi aşılmıştır. Günümüzün düşünürü, mistisizmden,

2) Bk. von TUHR-SIEGWART, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auflage, Zürich, 1944, § 8 I; BECKER, OR 71 N 1; LARENZ, 128; von BÜREN, Schweizerisches Obligationenrecht, Zürich, 1964, 24; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku 1. Cilt 3. bası, İstanbul, 1968, 44/45

a priori yargılardan uzaklaştığı ve gerçekçi bir olaybilime yöneldiği ölçüde, soyutlamalardan ve kavramsal düşünceden uzaklaştığı gibi, özel olarak çeşit kavramından da silkinmektedir. Bireydeki güdünün (saikin) belirliliğinin, somutluğunun isteği de belirlediği, somutlaştırdığı, işbu somut isteğin de istenen nesneyi somut kıldığı, 'parça'-laştırdığı kabul edilmektedir^{3a}.

İmdi bazı yazarların⁴ itiraf ettikleri gibi — son bir tahlille — a priori bireyin, özelliğine, niteliğine değer verdiği nesne (parça) ve değer vermediği nesne (çeşit) ayırımına dayanan parça-çeşit ayırımı da anlamını yitirmektedir. Her taşınmaz veya hak alımı bir parça alımı olduğu gibi, her taşınır alımı da bir parça alımıdır. Sanat eseri veya mücevher alımının bir parça alımı olduğunu, satımın konusuna verilen değere dayanarak a priori ileri sürenler⁵ et ve yemiş alımının — konuya değer verilmediği için — çeşit satımı olduğunu nereden çıkarıyorlar? Ya daha et ve muz yüzü görmemiş bir alıcı — ki onun indinde et ve muz tektir, eşsizdir — söz konusu ise? Yoksa et, varlıklı indinde çeşit, yoksul indinde parça; yüzük, kuyumcu indinde çeşit, alıcı indinde parçadır mı diyeceğiz?

Sayı, hacim veya tartı ile belirtilip (böyle kömür) belirtilmeyeşine (böyle taşınmaz) ve ikamesinin mümkün bulunup (böyle kömür) bulunmayışına (böyle taşınmaz) dayanan misli veya misli olmayan nesne ayırımı ile tüketilebilip tüketilemeyeşi gerçeğine, dayanan tüketilebilir nesne - tüketilemez nesne ayırımı, objektif, gerçeklere uygun bir ayırıcın söz konusu olduğu anlamlı bir ayırımıdır ama entellekte ve hukuk öznellerinin iradelerine tepeden indirilen parça-çeşit ayırımı anlamsız bir konuttur.

Kaldı ki çeşit borcu diye adlandırılacağı borç da en geç ifa anında parçaya dönüşmekte, *in obligatione* her çeşit, *in solutione* parça olmakta, 'alacak hukuku' ile 'değginlik hukuku' arasındaki diyalektik süreç içerisinde geniş-genel-belirlenebilir hak, dar-özel-belirli bir hakka dönüşmekte değil midir?⁶ Gerçi çeşit borcunun parça üzerindeki hakkın bir nedeni olarak hukukî varlığını sürdürdü-

3) Bk. WÜSTENDÖRFER, Zeitschrift für Handelsrecht 88, 244 i.s.

3a) Bu konuda daha fazla bilgi için bk. LEVY-BRUHL, Les fonctions mentales dans les Sociétés Inférieures, Paris, 1910, 68; COHN, Existenzialismus und Rechtswissenschaft, Basel, 1955, 87 i.s.

4) von BÜREN, 25; STOLL, Vertrag und Unrecht, 1. Halbband, 2. Auflage, Tübingen 1937, 157.

5) ESSER, 142.

6) Bk. LARENZ, 129; ESSER, 144; TUNÇOMAĞ, 45.

ğü düşünülebilir ama bu diyalektik bilincin bir yararı yok, tersine zararı vardır. Felsefî, sosyal ve psişik temeli çürük olan çeşit kavramını hukukî plâtfomda da terketmek bana salt yararlı değil, fakat bunun ötesinde gerekli de gözükmektedir. Aşağıda bunu tanıtlamaya çalışacağım.

IV. Parça-çeşit ayırımına bağlanan en belli başlı dogma şudur:

«Species perit ei, cui debetur, genus perire non censetur» («Parça, alacaklının zararına yok olur, ama çeşidin yok olması düşünülemez»).

Bu dogmadan hemen şu ilkeye de geçilivermektedir : Şu halde çeşit borçlusu için de bir ifa imkânsızlığı söz konusu olamaz; ifa imkânsızlığından salt parça borcunda söz edilebilir⁷.

Bu ilkenin kökenine indiğimizde ilginç ve çarpıcı bir gerçeğe karşılaşıyoruz : Anılan ilke, borçlu için bir yüküm değil de yükümden beter sonuçlar doğuran *obligatio*'da ifayı (*solutio*) bir sorumluluktan kurtulma (*liberatio*) gereği olarak karşılayan biçimsel-realist Roma hukuku anlayışının, ifa imkânsızlığını (aslında tutarlı olarak) salt mantıksal açıdan ve alacaklının edim sonucuna kavuşması bakımından ele alan doğal bir yansıyışını oluşturmaktadır. Gerçekten *actiones stricti iuris*'de *solutio* (ifa) her zaman mümkündür ama *dare* veya *reddere* (verme veya geri verme) borcu bir *certa res* (belirli nesne) oldukça, verilecek veya geri verilecek nesnenin yok olması, borçluyu her durumda (ister kusurlu, ister kusursuz olsun!) borcundan kurtarır. Bunun nedeni de borçluyu koruma değil (böyle olsaydı, korunmaya lâayık olmayan kusurlu borçlunun borcundan kurtulmaması gerekirdi) fakat *actio stricti iuris*'de *formula*'nın *dare oportere*'sinin, verilecek nesnenin *litis contestatio* anında borçluda var olmasını gerekli kılması idi⁸.

Bugün artık 'formula' hukukunun imkânsızlığı salt objektif açıdan ele alan 'formalist' anlayışı ve bu anlayışın modern hukuklara taşıyıcılığını yapmış olan Mommsen'in görüşü aşılmıştır. Gü-

7) Bk. von TUHR-SIEGWART, § 8 III, GUHL, Das Schweizerische Obligationenrecht, 5. Auflage Zürich, 1956, 58; von BÜREN, 26, TUNÇOMAĞ, 47

8) Ne var ki kusurlu borçlunun bile ifa yükümünden kurtulmasının adaletsizliğini gidermek üzere Romalılar bir varsayıma sarılmışlar ve borçlunun kusurlu olması ihtimalinde borcun, parçanın yokluğuna rağmen süregeldiğini

nümüzde, pozitif dayanağını MK 2 I'de bulan güven ilkesinin sürüklediği olumlu bir evrim sonucu, borç ilişkisine, alacak'ının edim sonucuna kavuşması açısından değil de borçlunun edim eylemlerini yerine getirmesi açısından bakılmaktadır. Sözleşme ile borçlanılan, borçlunun belirli bir davranışla edimi yerine getirmesidir⁹. Roma'dan farklı olarak kusursuz ifa imkânsızlığının borçluyu borcundan kurtarması, buna karşılık kusurlu ifa imkânsızlığının borçluyu sorumlu kılması, borçlunun ifa güçsüzlüğünün ifa imkânsızlığı ile bir tutulması, 'akdin müsbet ihlâli' kurumu, borçlunun borcun ifasında aşırı güçlüğü düşmesi durumunda sözleşmeyi çözebilmesi veya kaldırabilmesi, hep bu eğilimin belirgin izleridir.

İmdi ifa imkânsızlığını 'objektif edim sonucu' açısından ele alan ve dolayısıyla konusu geniş borçta (çeşit borcunda) borç'uya bir 'tedarik yükümü' (Beschaffungspflicht) yük'leyen bu biçimsel-realist ve borçluyu sanki alacak'ının tutsağı kılan anlayışın bir kalıntısı olan «genus non perit» («nev'i telef olmaz») kuralı ve buna bağlanan ortodoks dogma da Roma müzesine kaldırılmalıdır. Borç ilişkisinin fenomenolojisi, işbu ilişki hakkındaki anlayışı zorunlu olarak değiştirmektedir. (Bu anlayış değişikliğinin ifa bozukluk'arı hukukunda bazı radikal düşünüş alışkanlıklarını — «borçlu geciktirmesi kusursuz borca aykırılıktır» gibi — revizyona muhtaç bir duruma düşürdüğünü başka bir yazımda ayrıca tanıtlamaya çalışacağım.)

Kaynağını güven ilkesinde bulan söz konusu evrimin tutarlı hukukî sonucu şu olmaktadır ki ifa imkânsızlığının artık tek ölçeği, borçlanılanın çeşit veya parça biçiminde saptanmış olmasından soyut olarak, borçlunun, edim eylemlerini güven ilkesine göre seferber etmesi kendisinden beklenebilecek araçlarla gerçekleştirebilip gerçekleştiremeyeceğidir.

(perpetuatio obligationis) kabul etmişlerdi. Böylece, aslında borçlunun elinde olmayan parça, *litis contestatio* anında borçlunun elinde sayılıyordu. Kavramsal hukuk düşüncesinin girdiği çıkmaza ve bu çıkmazdan kurtulabilmek için her zaman zorunlu olarak yaptığı salto mortale'ye bundan güzel örnek bulunamaz.

Postklâsik çağda formula'ya sıkı bağlılık kalkınca, işbu varsayıma bir gereksinme kalmadan, borçlu kusurlu ifa imkânsızlığından sorumlu tutulmaya başlandı. Nihayet *bonae fidei iudicia*'da borçlu, her türlü borca aykırı davranışından sorumlu tutuldu. Ne var ki edim sonucundan edim eylemine geçiş hiçbir zaman ifa güçsüzlüğünün ifa imkânsızlığı ile bir tutulmasına kadar ileri gitmedi. Bk. KASER, *Römisches Privatrecht*, 4. Auflage, München und Berlin, 1965, 145/46.

9) Bk. WIEACKER, *Festschrift für Nipperdey*, München und Berlin, 1966, 784, 787, 789, 791, 801/802, 804.

İfa imkânsızlığı açısından parça-çeşit ayırımında direnenlerin bu ayırımdan nasıl bir rahatsızlık duyduklarını aşağıdaki formüller pek güzel açığa vurur :

«Nev'i tamamen tükenirse (pekâlâ) ifa imkânsızlığı olabilir.»¹⁰

«Böylesine özelleştirilmiş bir çeşitte artık çeşitten söz edilemez.»¹¹

«Bir kayıtlı çeşit borcu söz konusu ise, borçlunun ifa güçsüzlüğü itirazı, parça borcu esaslarına göre ele alınır.»¹²

«Kayıtlı çeşidin satımı, belirsiz konulu parçanın satımıdır.»¹³

«Kayıtlı çeşit ortalama bir şey (Mittelding) dir.»¹⁴

«Kayıtlı çeşit son bir tahlille parçadır.»¹⁵

Parça-çeşit ayırımı dogmasıyla zincirlenmiş bir hukuk düşüncesinin bu dogmadan ifa imkânsızlığına ilişkin olarak duymakta bulunduğu rahatsızlık, bu anlatımlarda açık bir biçimde belirlemekte ve gösterildiği gibi arada bu dogmadan tuhaf ve indî ödünler verilmektedir de. Oysa yapılacak iş — bir kez daha dile getireyim — ifa imkânsızlığının varlığının tek ölçüğü olarak güven ilkesini uygulamak ve borçlanılan edimin (çeşit olsun, parça olsun), borçlunun güven ilkesine göre kendisinden seferber etmesi beklenebilecek araçlarla sağlanabilip sağlanamayacağını saptamaktır^{16 17}.

10) von TUHR-SIEGWART, 51; TUNÇOMAĞ, 47; LARENZ, 128; GUHL, 58; von BÜREN, 26.

11) Alman İmparatorluk Mahkemesi, RGZ 57, 116

12) Alman İmparatorluk Mahkemesi, RGZ 108, 420

13) LEONHARD, Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1. Band, München und Leipzig, 1929, 103

14) LEONHARD, 103.

15) SCHÖLLER, Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts 46, 24

16) Bu yolda umut pırıltıları için bk. RGZ 107, 157; 57, 116 i.s.

LARENZ, 131'de kayıtlı çeşit satımının çeşit satımı sayılıp sayılmayacağı sorununun tamamlayıcı yorumla çözüleceğini yazarken eksik bir itirafta bulunmaktadır. Kayıtlı çeşidin çeşit mi, yoksa parça mı olduğu değil, fakat daha da ötede, imkânsızlığın söz konusu olup olmadığı güven ilkesi çerçevesinde tamamlayıcı yorumla saptanacaktır. İnekleri hastalanan köylünün süt yollama borcundan kurtulması, bu borcun bir parça borcu olarak yorumlanmasının bir sonucu olmayıp, güven ilkesi çerçevesinde ifanın artık borçludan beklenmezliği nedeniyledir.

BALLERSTEDT de Festschrift für Nipperdey, 270 i.s.'de çeşit borçlusuna bir tedarik yükümü yükleyen § 279 BGB'yi yermekte ve ifa imkânsızlığına iliş-

V. Acaba 'konuda imkânsızlık' (BK 20) sorununda, borçlanılan edimin parça veya çeşit olarak saptanmış olması, farklı hukukî sonuçlara götürmeyecek midir? Bir menfaat içtihatçısının düzeltmesiyle, 'götürmeli midir?' Sesine hayran olduğu kanaryasını satın almak isteyen komşusuna satıcı, bu kanaryayı, birkaç saat önce bir hava akımına kapılarak ölmüş olduğunu bilmeden satacak olsa, bu satım sözleşmesi BK 20 gereğince batıl sayılmak, buna karşılık aynı kazanın kuşcu dükkânında alıcının seçiminden önce gerçekleşmesi durumunda, satım sözleşmesi geçerli sayılmak gerekmeyecek midir? Bir menfaat içtihatçısına göre 'Hayır!'^{17a)}

Roma hukukunun «*impossibilium nulla obligatio est*» kuralı bir mantıksal konut (postulat) değildir¹⁸. BK 20'nin konuda imkânsızlık butlanı, salt hukukî imkânsızlıkta (mevcut olmayan bir alacak üzerinde harcamada bulunmada olduğu gibi) uygulanmalıdır. Yoksa borç ilişkisinin konusunu oluşturan 'parça'nın, borç ilişkisinin kurulmasından önce yok olması, BK 20'nin uygulanmasını gerektirmemelidir. Bir sözleşme ilişkisinin BK 20 uyarınca geçersiz sayılabilmesi için butlan yaptırımının uygulanmasını haklı kılacak önemde bir çıkar söz konusu olmalıdır. Satılan parçanın satımdan önce kazaya uğramış olması karşısında borç ilişkisinin anlamını, amacını yitirip yitirmediği, bu borç ilişkisinin taraflarının iradelerine terkedilmek gerekir. Belki de satıcı, sattığı, fakat satımdan birkaç dakika önce ölen kanaryası yerine aynı güzellikte şakiyan bir başka kanaryaya verecektir. Niçin 'rigor iuris' ve zorunlu olarak belirli ölçüde 'soyut' bir yargı ile butlan yaptırımını uygulayarak satıcının ve alıcının somut iradesine karşıt bir hukukî sonucu taraflara empoze edelim? Burada, Yurttaşlar yasasının temel ilkesi olan irade özerkliğini kayıtlamayı haklı kılabilen bir neden var mıdır ki?

kin yargının esaslarının, parça borçlusu hakkında verilen yargının esasları ile özdeş olması gerektiğini yazmaktadır.

17) Savunduğum görüş karşısında, çeşit vasiyetinin her zaman bir «tedarik vasiyeti» oluşturduğuna inanan baskın görüş de (bk. KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU, Miras Hukukuna Giriş, İstanbul, 1966, 183; TUOR, ZGB 484 N. 19 ve 22) terkedilmek gerekir. Miras sözleşmesinde güven ilkesi, vasiyetnamede ise irade ilkesi, parça-çeşit ayırımından soyut olarak, ortada bir «tedarik vasiyeti» nin bulunup bulunmadığını saptamada tek ve şaşmaz ölçek olabilir.

17a) Bk. ama baskın görüş için TUNÇOMAĞ, 168; BECKER, OR 20 N 3; STAUDINGER-WEBER, § 243, N 7.

18) BK. STOLL, Die Lehre von den Leistungsstörungen, Tübingen, 1936, 31.

İmkânsızlık sorununun çözümü yalnız sübjektif imkânsızlık diye adlandırılan ifa güçsüzlüğünde değil, fakat aynı zamanda objektif imkânsızlık diye adlandırılan ihtimallerde de sözleşmenin kurulması safhasından ifa safhasına kaydırılmalı, imkânsızlık yargısına a priori değil, sözleşmenin ifası safhasında ve borcun 'parça borcu' veya 'çeşit borcu' oluştuğundan soyut olarak hic et nunc varılmalıdır. Ancak sözleşmenin ifası safhasındadır ki hukukcu, esnek güven ilkesinin yardımı ile somut güncel (aktüel) koşullara ve menfaatler durumuna uygun bir müdahalede bulunabilecektir, bulunmalıdır. Borçludan, borçlanılmış ve (görünüşte!) ifası mümkün olmayan edim yerine bir başkasını vermesi beklenebildikçe ve alacaklının başka bir nesnenin verilmesinde çıkarı da var oldukça (güven ilkesi) (konuda imkânsızlıktan sonra) şimdi de ifa imkânsızlığını pekâlâ reddedebileceğiz.

Bugüne dek genellikle yapıldığı gibi, klâsik anlamda parça satımında satılanın satımdan önce hasara uğraması ihtimalinde satım sözleşmesinin BK 20 gereğince batıl sayılması yerine, benim önerdiğim biçimde, konuda imkânsızlığı reddedip imkânsızlığın varlığını veya yokluğunu ifa safhasında güven ilkesi çerçevesinde saptamanın pratik zararı yok, ama pratik yararı vardır¹⁹. Kusursuz olarak yol açılmış konuda imkânsızlıkta olsun, kusursuz olarak yol açılmış ifa imkânsızlığında olsun, borçlu borcundan kurtulacaktır. Savunduğum yeni görüşün bu alanda borçlunun çıkarlarına karşıt düşen tehlikeli bir değişiklik getirdiği söylenemez. Buna karşılık, geleneksel görüşten ayrılarak ortada olmayan parçanın satımında konuda imkânsızlığı reddetmenin ve bu olguyu ifa imkânsızlığı hukukuna aktarmanın yararları vardır : Bu sayede imkânsızlık olgusu gerçekleştikte, alacaklının imkânsızlaşmış edimin yerine geçen değeri (Surrogat) istemesine olanak kazandırıyoruz. (Eğer satılan ve sigortalanmış kanarya, satımdan birkaç dakika önce ölmüşse, alıcı niçin sigorta tazminatını — ki Surrogat'tır — isteyemesin? (Bu ihtimalde sözleşmenin 'batıl' olduğuna inanan geleneksel görüş için bir salto mortale yapmaksızın kabulü mümkün olmayan, fakat benim önerdiğim görüş çerçevesinde gönül rahatlığı ile benimsenebilecek bir çözüm!)

Sözleşme ilişkisinin kurulmasından 1 dakika önce işbu ilişkinin konusunu ortadan kaldırma ile aynı ilişkinin kurulmasından 1 da-

19) Tübingen menfaat içtihatçılığı okulunun temsilcisi HECK de (Grundriss des Schuldrechts, Tübingen, 1929, 141) birçok durumlarda konuda imkânsızlığın ifa imkânsızlığı gibi işlem görmesini önermekte; ne var ki benim yaptığım çıkışa yanaşmamaktadır.

kika sonra aynı hukukî olguyu yaratma arasında bugüne dek yapılan ve Yurttaşlar Yasasının amaçladığı asla söylenemeyecek olan tüm anlamsız ayırımlar ('kronolojik' fark vardır ama 'lojik' fark nerededir ki?) burada savunulmuş görüş çerçevesinde kendiliğinden düşmektedir.

Yeni görüşün bir başka faydası da hukukçuyu özellikle müsbet bilimlerdeki serî evrim karşısında iyiden iyiye güçleşmiş olan «imkânsızlığın sürekli mi, yoksa geçici mi olduğu» sorununu çözmeden kurtarması, onu birtakım varsayımlı (farazî) imkânsızlık yargılarından kaçındırması, böyle bir soruya ifa anında gerçeklere uygun bir cevap verme olanağına kavuşturmasıdır. Düşünülsün ki bugün mevcut olmayan bir ilâç (kanseri giderecek ilâç gibi) yarın yaratılabilir. Bu gibi ilâçların satımı niçin batıl sayılsın?^{19a}.

Yine bu yeni görüş çerçevesinde, satılan parçanın satımdan önce yok olmasına rağmen bu durumu bile bile satış akçasını ödeyen alıcıya karşı satıcı, «Borçlu olmadığı şeyi ihtiyariyle veren kimse hataen kendisini borçlu zannederek verdiğini isbat etmedikçe onu istirdat edemez.» diyen BK 62 ye dayanamayacak, fakat BK 117 II gereğince satış akçasını geri vermek zorunda kalacaktır. Çünkü burada savunulmuş görüş karşısında, alıcı borçlu olduğu edimi yerine getirmiş olmaktadır.

Burada ortaya atılan görüş çerçevesinde, konuda imkânsızlık butlanını ön gören bölümüyle BK 20 nin uygulama alanı iyice büzülmektedir. Gerçekten, konusu dar borçta, borçlanılan nesnenin var olmaması ihtimalinde konuda imkânsızlığı reddedince, BK 20'nin '*impossibilium nulla obligatio est*' ilkesinin uygulanmasını gerektirecek 'artık olgular'dan hukukî imkânsızlıkta çok kez aynı zamanda bir 'hukuka aykırılık' da söz konusu olacağından (sükna hakkının devrine ilişkin sözleşmede olduğu gibi), bu ihtimalde butlanın nedeni, konuda hukukî imkânsızlık değil, fakat 'hukuka aykırılık' olacaktır.

VI. «Nev'i telef olmaz» ilkesiyle b o r ç l u y u parçalama işlevini (fonksiyonunu) tanıladığımız 'parça-çeşit ayırımı', satıcının

19a) İşaret edeyim ki Okyanusu yüzerek geçme, Marmaraya düşen yüzüğü bulma söz vermeleri gibi müsbet bilimlerin verilerine göre gerçekleştirilmesi imkânsız görünen söz vermeler çok kez, sözü alan tarafca da anlaşılabilir 'şaka' veya hukuken korunmaya değer menfaat eksikliği nedeniyle hukuken bir değer taşımayacaklardır.

ayıplı ifadan sorumluluğu hukukunda bu kez alacaklıyı (alıcıyı) lâik anlayışa ve hukukî sağduyuya taban tabana karşıt düşen bir yolda parçalamaktadır. Şöyle ki: Ayıplı çeşit ifasında alıcıya ayıplı nesnenin ayıpsız ile değiştirilmesi (aynen ifa yaptırımı) BK 203 I'e²⁰ bir de BK 70'e^{20a} dayanılarak tanınmakta olduğu halde, ayıplı parça ifasında alıcıdan aynı elverişli olanak esirgenmekte ve o, salt satım sözleşmesinden dönme veya satış akçasının indirimi (artı giderim) olanaklarına (BK 202) inhisar ettirilmektedir.

Ne tuhaftır ki satılan parçanın niteliklerinin irade bildirimine ön gelen hukuken değersiz güdüler (saikler) olarak kaldığı ve ayıplı ifanın bir borca aykırılık oluşturmadığını, satıcının ayıplı ifa nedeniyle salt bir sağlama (tekeffül) sorumluluğunun söz konusu olduğunu ileri süren ZITELMANN'ın köhnemiş sağlama kuramını (Gewährleistungstheorie)²¹ aşan ve satılan parçanın belirli nitelik-

20) BK 203'ün misli eşyadan söz etmesi yanıltıcıdır; misli eşya terimi, § 480 BGB'de olduğu gibi çeşit (Gattung) diye anlaşılmalıdır; bk. von TUHR-SIEGWART, § 55 II, BARTH, 7/8; TUNÇOMAĞ, Borçlar Hukuku Dersleri 2. Cilt, İstanbul, 1967, 105.

20a) «Verilmesi lâzım gelen şey, yalnız *neviyle* tayin edilmiş ise işin mahiyetinden hilâfı anlaşılmadıkça bu şeyin intihabı borçluya aittir. Bununla beraber borçlu mutavassıt vasıftan aşağı vasıfta bir şey veremez.» diyen BK 70, çeşit borcu diye anlandırıl gelmiş borçta ayıplı ifanın söz konusu olamayacağı anlayışının (bk. WINDSCHEID-KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts II, 693; SOHM, Institutionen II, 425; RABEL, Das Recht des Warenkaufs II, 103) bir yansıması olarak Yurttaşlar Yasasına girmiş bulunup, ayıplı ifayı çeşit borcu diye adlandırıl gelen borç bakımından da kabullenmiş olan BK 194 i.s. karşısında tüm anlamını yitirmiştir. «Orta vasıftan aşağı vasıfta» nesne verme (BK 70), nesnenin «kıymetini... tenkis eden» bir bozuklukta verilmesi (BK 194) demektir; krş. STAUDINGER WERNER, § 243 N 31. Bugün, BK 70'in tamamlayıcı kuralının anlamı, olsa olsa şu olabilir: borçlanılan ve niteliği saptanmamış nesnenin orta kaliteden aşağı bir kalitede teslimini — bu nesne ister çeşit (!?) ister parça olsun — alacaklı, alacaklı geciktirmesine düşmeksizin geri çevirebilir. BK 70, alacaklının, borçlusunun teklifini red olgusuna belirli bir ihtimal için 'hukuka uygunluk' etiketi takmış olmaktadır. Nasıl borçlanılan ve niteliği saptanmış nesnenin «kıymetini... tenkis eden» bir bozuklukta verilmesi halinde alıcı sorumlu olmaksızın ifayı kabulden kaçınabileceyse. Doğal ilke eğrisine indirgenmiş bu biçimiyle BK 70'in günümüzün hukukunda herhangi bir işlevi de kalmamış demektir.

21) ZITELMANN, Irrtum und Rechtsgeschäft, Leipzig, 1879, 440; SCHOLLMEYER, Jh. Jb. 49, 93 i.s.; SÜSS, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, Leipzig, 1931, 49 i.s.; von TUHR-SIEGWART, 538; von BÜREN, 384/85; BECKER, Vorb. zu OR 197/210 N 1; LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, 7. Auflage, München und Berlin, 1965, 33. İsviçre Federal Mahkemesi, BGL 81 II 351, 82 II 416.

leri kapsar biçimde yollanmasının satıcının bir (yan) edim yükümü oluşturduğunu kabul eden FLUME'nin ifa kuramı da (Erfüllungstheorie)²² bir sihirbaz değneği ile, satıcının ayıpsız nesne yollama yükümünü ifa anında kaldırılmekte, ayıplı çeşit ifası ile ayıplı parça ifası arasında özlenen özdeşliğin kurulmasına ilişkin umudumuzu kursağımızda boğuvermektedir.

Ayıpsız ifada bulunma yükümünün satım sözleşmesinin içeriğine girdiği, güven ilkesinin tamamlayıcı yorum görevi çerçevesinde kabul edildiği, alıcı, ayıplı bir parçayı alacaklı geciktirmesine (temerrüdüne) düşmeksizin geri çevirebildiği, satış akçasını isteyen satıcısına karşı ödemezlik defini ileri sürebildiği halde²³, bir kez ayıplı ifa gerçekleştikten sonra artık alıcının ayıpsız parça ifasını da isteyemeyeceği noktasında saplanıp kalınmaktadır²⁴.

Ne anlaşılabilir ve talihsiz bir rastlantıdır ki § 463 BGB'den farklı olarak, nitelik söz vermesi (vasıf vaadi) ihtimali dışında da ayıplı ifada bulunan satıcıya giderim yükümü yükleyen ve böylece ayıplı ifanın bir borca aykırılık oluşturduğu yolundaki görüşe elverişli bir hukukî temel armağan eden İsv. BK 208 çerçevesinde bile İsviçreli hukukcular sağlama kuramında yıllar yılı direnmişler, edimin niteliğinin de borca uygun bir ifanın ögesi olduğunu tanımazlıktan gelmişlerdir.

Ayıptan doğan sorumluluğun nedenini culpa in contrahendo'da tanılamaya çalışan görüş (krş. EDİS, Satıcının ayıba karşı tekeffül borcu, Ankara, 1963, 23 i.s.) ise nitelik söz vermesi dışında, gizli ayıplardan kusursuz sorumluluğu açıklayamadığı gibi, nitelik söz vermesinde (bile) bu söz vermeye aykırılığa bağlanan yaptırımlarla (dönme, satış akçasının indirimi) bağdaşmaz. Nitelik söz vermesinde bir culpa in contrahendo (davranış yükümüne aykırılık) söz konusu olsa bile, bu, yan edim yükümüne aykırılık olgusu karşısında ancak ikinci derecede (subsidiare) hukukî önem taşır.

22) FLUME, Eigenschaftsirrtum und Kauf, Münster, 1948, 31 i.s.; KORİNTENBERG, Abschied von der Gewährleistung, Köln, 1948, 69 i.s.; GRAUE, Die Mangelhafte Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, Heidelberg, 1964, 218/19 ve 287 i.s.; SCHUBİGER, Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung, Bern, 1957, 6 i.s.; MERZ, Festschrift für Guhl, Zürich, 1950, 96; KANİTİ, Akdin ifa edilmediği defii, İstanbul, 1962, 112 i.s.; ARSLANLI, Ticarî bey, İstanbul, 1955, 58 i.s.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Güven nazariyesi karşısında borç sözleşmelerinde hata kavramı, İstanbul, 1968, 59 i.s.; EDİS, 129/30 — ne var ki EDİS, anılan yerde ARSLANLI'nın peşinden ifa kuramını savunurken, iclemesinin bir başka yerinde (sayfa 19/20) bu kez sağlama kuramını benimser gözükmektedir —.

23) Bk. KANİTİ, 113; GRAUE, 218 ve 289; FABRİCIUS, Juristenzeitung, 1967, 472;

24) KANİTİ, 121 i.s.'de KORİNTENBERG (sayfa 45) gibi, alıcıya hiç değilse bir kayıtlı - değiştirilmiş aynen ifa istemi (modifizierter Erfüllung-

Sağlama kuramının ve son adımı atmamış ifa kuramının çözümlünün hukukî sağduyuya, iktisadî hayatın gereklerine ne denli aykırı düştüğü, aşağıdaki örneklerde belirecektir:

Alıcı, tezgâhtardan bir kravat istemiş, tezgâhtarın seçip paketlediği kravat lekeli çıkmıştır. Çeşit satımı (!?) söz konusu olduğu için, alıcı bu kravatın lekesiz bir kravatla değiştirilmesini isteyebilecektir. Buna karşılık alıcı kravatı kendisi seçmiş, ayırmış olsaydı, satım sözleşmesinin konusunun ferden belirlenmesi ve dolayısıyla parça satımı söz konusu olacağı için, lekesi gözünden kaçmış kravatın lekesiz bir kravatla değiştirilmesini isteyemeyecekti! Alıcı, titizliğinin, tasarımını tüm ayrıntılarıyla somutlaştırmasının kurbanı olmaktadır! *Summum ius, summa iniuria!* (Alıcının ikinci ihtimalde ayıbı farketme gerekliliği nedeniyle korunmaya lâyık olmadığı ileri sürülemez. Böyle bir gereklilik var idiyse, alıcının zaten «Saticı alıcının satılanı kâfi derecede muayene etmekle farketmiş olacağı ayıptan.. ancak bunun mevcut olmadığını temin etmiş ise mes'ul olur.» diyen BK 197 karşısında, ayıplı ifadan ötürü herhangi bir istemi söz konusu olamaz. Fakat bu gereklilik yoksa, alıcıyı aynen ifa yaptırımından yoksun bırakmak, adaletsiz bir risk dağılımı olur.) Alıcının işaret parmağına gözlerini insafsızca dikmiş bu kıyıcı-ortodoks görüş çerçevesinde alıcılara şu yolda bir duyuruda bulunmak gerekecektir: «İlgilendiğiniz nesneyi sakın kendiniz seçmeyiniz; bırakınız satıcı seçsin!»

Başka bir örnek :

Alıcı kendisine ipek olduğu sanısıyla bir kravat seçiyor, tezgâhtar da ipek kravat diye satıyor. Oysa kravat aslında bir tergal kravat! Bu ihtimalde kötü-ayıplı ifa değil, fakat yanlış-aliud pro alio ifa söz konusu olduğu için tergal kravatı geri verip yerine ipek kravatın verilmesini alıcı isteyebilecektir²⁶. Buna karşılık, alıcının seçmiş olduğu ve ipek diye satılan, gerçekten de ipek olan kravatın arkasında leke veya yırtık çıkarsa, bu bozuk (ayıplı) kravatın lekesiz, yırtıksız bir kravatla değiştirilmesini alıcı isteyemeyecektir!

sanspruch), bir onarma, ayıbı giderme istemi tanımaktadır. Saticının satılmış parçayı tel quel teslim etmekle borcunu ifa etmiş sayılacağını, kötü bir ifa söz konusu olsa bile alıcının böyle bir isteminin söz konusu olamayacağını ileri süren baskın görüş bu çözümü bile reddetmektedir; bk. BECKER, Vorb. zu OR 197/210 N 3; SCHUBİGER, § 5, 2.

26) Bk. ileride dipnotu 45.

Aliud ifası yok, ayıplı ifa vardır da ondan! 'Kötü Hristiyan' yine iş başındadır! Getirdiği çözümler, hukukî sağduyuya öylesine aykırı düşmektedir ki satıcının bu gibi durumlarda alıcısının aynen ifa istemini tersleyebileceğini hukukçudan öğrendikte hayretler içerisinde kalacağından kuşku bile edilemez. Kabak çıkmış bir karpuz yerine kabak olmayan bir karpuz vermek zorunda olmadığı hususunda 'kötü Hristiyan'ın satıcıyı uyarması gerekir ki o, alıcının bu hukuk mantığına yüzde yüz uygun istemine sırt çevirsin; alıcıya, ancak dolambaçlı bir dönme yolu ile önce sözleşmeyi çözmeyi, sonra yeni bir satım sözleşmesini kurmasını salık versin!

Peki ne nedir acaba ifa kuramını bu lâik anlayışla çelişir çözüme sürükleyen nedenler? Bunlar acaba öylesine güçlü müdür ki bizi hayatın gereklerine aykırı bir çözüme kaçınılmaz şekilde itelemektedir? Nedir acaba borçluyu (satıcıyı) sattığı parçadan başka bir şey verememe durumunda, adeta edim yükümüne aykırı davranma zorunda (!?) bırakan bu kanıtlar?

Önce «ayıpsız parça ifasının satıcıdan güven ilkesine (gelenekleşmiş deyimle: dürüstlük kuralına) göre istenebileceği hallerde (satıcı ayıpsız parçaya da sahiptir), bu olanağın alıcıya açık olacağı kanısındayım diyen Serozan'a katılmıyoruz. Alıcının parça satışlarında sözleşme dışında kalan ayıpsız bir mala ilişkin aynen ifa talebi olamaz» diyen KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun kanıtları üzerine eğilelim : Yazara göre, «alıcının talep hakkının muhtevası ile, satıcının borcunun muhtevası arasındaki... fark şaşırılmamalıdır. Borcun muhtevasının ne olduğu başka şeydir, o borcun aynen yerine getirilmesinin alacaklı tarafından talep olunabilip olunamayacağı başka şeydir.... Aynen ifa talebinin maddî hukuk yönünden istisnaları bulunabileceğine dair... bk. BECKER, Art. 97 N. 102 v.d.; SCHOBERT, 37 v.d., 42.»²⁷

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun, çözümünün (kendisinin bile itiraf ettiği) şaşırıcılığında n kurtarmak için bizi yolladığı BECKER ve SCHOBERT'in kanıtları üzerine eğilmeden önce, öğretilerde genellikle karanlık bırakılan, BECKER ile SCHOBERT'in ışık tutamadığı ve KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun da görmezlikten geldiği şu ayırımı dikkati çekmek isterim :

a) Edim yükümünün ifasının talep (Erfüllungsanspruch) edile-

27) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 71/72 ve orada dipnotu 93.

meyeceği ihtimaller. (Talebedilemez haklar; BK 62/2. cümle uyarınca yılanmış alacak hakkı)

b) Edim yükümünün ifasının istenebileceği, fakat edim yükümünün ifa edilmemesi üzerine alacaklının 'aynen ifa' yaptırımına (Realerfüllung) sınırlamayacağı ihtimaller. (Edim sonucunu gerçekleştirme imkânsızlığı; mutlak kesin vadeli işlemlerde böyle bir imkânsızlık söz konusu olur.)²⁸

c) Aynen ifa yaptırımının cebren icrasının (Zwangsvollstreckung) söz konusu olamayacağı ihtimaller. (Özellikle yapma yükümüne aykırılıkta borçluya yüklenmezlik, borçludan beklenmezlik nedeniyle aynen ifa yaptırımının cebren icrası yoluna gidilmez; *nemo praecise cogi potest ad factum!*)

Satılan parçanın ayıplı ifası ihtimalinde alıcının satıcıdan ayıpsız bir parça isteyemeyişi, bu ihtimallerden birincisine atlanamaz²⁹. Geriye kalan ihtimallerden ikincisine atlamak ise *idem per idem* uslamamada bulunma anlamına gelir; ayıplı parça ifasında aynen ifa yaptırımının 'imkânsızlık' nedeniyle söz konusu olmadığı, *tanıtılması gereken* noktadır. Değişik bir söyleyişle: Ayıplı parça ifası ihtimalinde satılardan başka parça istenemeyeceği için imkânsızlık vardır, imdi aynen ifa yaptırımı yoktur demek, mantıken sakat bir uslamama olur. Nasıl ki ayıplı parça ifasında aynen ifanın istenemeyeceğine kanıt olarak BK 202'yi göstermek, bir bozuk (*idem per idem*) uslamama oluşturursa. Üçüncü ihtimale gelince: Burada da aynen ifa yaptırımı mümkün, yalnız bu yaptırımın *cebren icrası* söz konusu olmamakta bulunduğuna göre, ayıplı parça ifasında aynen ifa yaptırımının mümkün olmayışı buraya da sokulamaz³⁰. Fa-

28) Hukukî işlemin geçersizliği ihtimalinde bu geçersizliğe kusurlu olarak yol açmış tarafa karşı aynen giderim yaptırımının söz konusu olamayacağı ihtimaller hakkında bk. SEROZAN, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht, Tübingen, 1968, 92/93. İşaret edeyim ki hukukî işlemin geçersizliğine kusurlu olarak yol açmış tarafa karşı aynen giderim yaptırımının işletilebilip işletilemeyeceği bir boşluk doldurma sorunudur; kesin, *a priori* yargı ile çözümlenemez.

29) Bk. GRAUE, 288/89.

30) Cebren icra edilemez aynen ifa yaptırımının kabulünde önemli pratik yarar vardır: Borçlu herşeyden rağmen belki de borcunu ifa edecektir; niçin ona bir 'son şans' tanımayalım da alacaklıya doğrudan doğruya ifa etmeme giderimi isteme veya sözleşmedeki dönme hakkı tanıyalım?

kat bir an için c şikkına altlanan ihtimallerde aynen ifa yaptırımının da söz konusu olmayacağını kabul edecek olsam bile, ayıplı parça ifası ihtimalinde aynen ifa yaptırımına olanak tanıyan görüşüm çökmüş olmaz. Şöyle ki: BECKER veya SCHOBERT aynen ifa yaptırımını gerçekleştirmenin güven ilkesi ile bağdaşamayacağı durumlarda borca aykırılığın bu yaptırımının da söz konusu olamayacağını yazmakta ve böylece benim önermiş olduğum çözüme karşı değil, tersine bu çözümden yana kanıtlar armağan etmektedirler. Ben de zaten ayıpsız parça ifasının her halde satıcıdan istenebileceğini ileri sürmemiş, bir çekince ekleyerek, aynen ifa yaptırımının salt «güven ilkesinin izni oranında» mümkün olabileceğini yazmıştım. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun yolladığı BECKER ve SCHOBERT'in örneğini vermek gerekirse: Yıkıldıktan sonra enkazı devretmeye söz veren satıcıya karşı alıcı evin yıkılmasını hangi nedenlerle sağlayamayacaksa (beklenmezlik, yüklenmezlik) aynı nedenlerle alıcı, satıcıdan yollamış olduğu kırık heykel yerine aynı heykelin kırık olmayanını elde edemeyecektir. (Beklenmezlik, yüklenmezlik)³¹

FLUME'nin kanıtlarına gelince: «Gerçi satıcının ayıpsız ifa yükümü vardır ama bu yüküm, satıcının satılan parçayı satım sözleşmesinin kurulduğu andaki gibi (tel quel) teslim etme yükümü ile kayıtlıdır. Çünkü § 433 BGB — ki BK 182'yi karşılar — satıcıya satılan nesneyi teslim yükümü yüklemiştir³². FLUME'nin — genellikle alıcının aynen ifa yaptırımını reddetmek yolunda benim-senen — bu kanıtı da KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nunki gibi çürüktür. Sözleşenlerin kararlaştırdıkları veya kararlaştırdıkları güven ilkesi ışığındaki tamamlayıcı yorumla varsayılan nokta, ancak bir *i u s c o g e n s* (buyurucu kural) ile giderilebilir. Oysa FLUME, tamamlayıcı yorum yolu ile satım sinallagmasının içeriğine soktuğu satıcının ayıpsız ifa yükümünü bu kez tamamlayıcı kural niteliğinin-

31) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun «kendisini adeta mantıklı bir zorunlulukla kabul ettirmekte» olduğunu ve «işin mahiyeti icabı» kabul edilmesi gerektiğini, «parça borçlarını çeşit borçlarından ayıran özelliğinin de zaten burada olduğunu», «kanun gereğince, ancak şeyin olduğu gibi teslimine yönelebilen bir ifa talebinin mevcut olduğunu» ileri sürerek alıcı yararına aynen ifa yaptırımını mümkün görmeyişine karşı, okurumu, bu yazımın parça-çeşit borcu ayırımı bakımından duymuş olduğum kuşkuların ve ayıplı 'parça' ifasında da aynen ifa yaptırımını haklı gösterecek kanıtların sıralandığı bölümlerine ve kavram içtihatçılığının anlamsızlığını dile getiren literatüre yollamakla yetiniyorum.

32) FLUME, 39

deki bir yedek hukuk kuralına (*ius dispositivum*) — § 433 BGB'ye — kovdurtmaktadır³³.

İfa kuramının bir yandan ayıpsız ifa yükümünün varlığını kabul etmesi, fakat öte yandan bu yükümün ayıplı parçanın teslimi anında kalktığını ileri sürmesinin şaşırtıcılığını giderebilecek sağlam kanıtlar mevcut olmadığı halde, bizi ayıpsız parça ifasında da alıcı yararına aynen ifa yaptırımı tanımaya mantıksal bir zorunlulukla iteleyen bir dizi köklü neden vardır :

a) Nasıl güven ilkesinin tamamlayıcı yorum işlevi aracılığı ile ayıpsız ifa yükümünün satım sözleşmesinin konusuna girdiği kabul ediliyorsa, aynı ilkenin aynı işlevi çerçevesinde işbu yüküme aykırılık ihtimalinde aynen ifa yaptırımının da sözleşenlerin iradesine uygun düştüğü kabul edilmek gerekir. Edim yükümünün yerine getirilme biçimi kadar, edim yükümünün yerine getirilmemesine bağlanacak yaptırımlar da irade bildirimlerinin tamamlayıcı yorumu konusuna girebilir. Borçlunun borcun ifa günü gelmeden ciddî ve kesin olarak borcu ifa etmeyeceğini bildirmesinin alacaklıya ifa gününü beklemeden sözleşmeden dönme hakkı vermesi, art arda yollamalı sözleşmede edimlerden birinin yerine getirilmesindeki ifa bozukluğunun alacaklıya daha yerine getirilmemiş edimlere de yaygın bir fesih hakkını vermesi, aşırı ifa güçlüğü nedeniyle borçlunun sözleşmeden dönebilmesi, hep güven ilkesine dayanan yaptırımlar değil midirler? Anılan ihtimallerde yasanın hiçbir yaptırım ön görmemiş olduğu, buna karşılık ayıplı ifada yaptırımların tüketici olarak sayılmış olduğu söylenemez. Çünkü nihayet BK 202 buyurucu bir kural değildir. Güven ilkesi çerçevesindeki tamamlayıcı yorum, tamamlayıcı kurallarda ön görülmüş yaptırımları kısabileceği gibi (*nemo praecise...* ilkesinde olduğu gibi), bu kurallarda ön görülmüş yaptırımlara yenilerini de katabilir. MK 2 II nasıl *ius cogens*'i düzeltebiliyorsa, MK 2 I (güven ilkesi) de öylesine *ius dispositivum*'u düzeltebilir. İmdi satılanın niteliklerine ilişkin bir tasarımı güven ilkesi çerçevesinde satım sözleşmesinin içeriğine alan bir hukukcu, bu tasarıma uygun düşmeyen ifa ihtimalinde 'aynen ifa yaptırımı'nı sözleşme dışında bırakamaz, tutarlı olursa bırakmamalıdır.

33) Bk. FABRİCIUS, *Juristenzeitung* 1967, 465. İşaret edeyim ki KOCA-YUSUFPAŞAOĞLU da açıkça olmasa bile peçelenmiş bir anlatımla (bk. sayfa 75) FLUME'nin anılan kanıtını benimsemektedir.

b) Kaldı ki yasanın aynen ifa yaptırımı yolunu «çeşit alıcısı» na açtığı halde (BK 203) aynı olanağı «parça alıcısı» ndan esirgemiş olmasının nedeni, satıcı için — çeşitten farklı olarak — ayıpsız başka bir parça bulmanın, hatta ayıbı gidermenin kural olarak pek zor hatta imkânsız oluşu olarak da görülebilir³⁴. Böyle olunca, satıcıdan ayıplı parçayı ayıpsızı ile değiştirmenin beklenebileceği (Zumutbarkeit) ihtimalde alıcı yararına aynen ifa yaptırımının tanınabileceği hukuk mantığına da uygun düşer³⁵. Yeter ki bir kez parça-çeşit ayırımının hukukî düşünceyi taşlaştırıcı, kalıplaştırıcı dogması çözülsün ve kavram uğruna değil, menfaat uğruna hukukculuk yapılsın!

c) İstisna sözleşmesinde ayıbın giderilmesi istemi yasaca açıkça ön görülmüştür. BK 360 II, iş sahibinin «eğer... işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değilse müteahhidi tamire mecbur...» edebileceğini söylemekte, baskın görüş, alacaklının bu 'kılık değiştirmiş aynen ifa istemi' (Modifizierter Erfüllungsanspruch) yanında eserin yeniden yapılmasını da isteyebileceğini (katıksız, arık aynen ifa) kayda değer bir itirazla karşılaşmaksızın kabul etmektedir³⁶. İstisna sözleş-

34) Krş. FABRİCIUS, Juristenzeitung 1967, 470. BGB'nin hazırlık çalışmaları sırasında alıcıya aynen ifa yaptırımı yolunun açık tutulması için yapılmış bir önerinin reddedilmesinde ZITELMANN'ın sağlama kuramının etkileri yanında, böyle bir yaptırımın satıcı için ağır sonuçlar doğurabileceği kaygısının da etkin olmuş olduğuna dair bk. MUGDAN, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II. Bd., 1899, 676. SCHUBİGER de (sayfa 10) ayıpsız parça ifası yaptırımının alıcı yararına ön görülmemiş olmasını böyle bir yaptırımın gerçekleştirilmesindeki zorluğa bağlamakta, fakat bu itirafa rağmen ayıplı parça ifasında aynen ifa yaptırımına — böyle bir güçlüğü söz konusu olmadığı ihtimallerde bile — olanak görmemektedir.

35) BK 203'ün temelinde başka tarihsel kanıtlar yatsa bile (krş. KANİTİ, 122) bunlar zamana uygun - teleolojik yorum yöntemini benimsemiş bir menfaat içtihatcısını ilgilendirmez. «Yasa, yaratıcısından daha akıllı olabilir; hukukî yorum, önceden düşünülmüşün sonradan düşünülmesi (Nachdenken) olmayıp, düşünülmüşün sonuna dek düşünülmesidir (Zuendedenken).»; bk. RADBRUCH, Rechtsphilosophie, Stuttgart, 1956, 211.

36) Bk. BECKER, OR 368 N 12; STOCKAR, ZSR 25, 66.

LARENZ de (Bd II, 228) alacaklıya salt onarmayı isteme hakkı tanıyıp aynen ifayı isteme yolunu tıkanmanın nisbî adaletsizliğe yol açabileceğini şu örnekle tanıtlamaktadır: Odayı kahverengine boyama yükümü altına giren boyacı, odayı tekdüzenli (yeknesak) boyamasa, ev sahibi yalnız onarım ve ücretnin indirimini isteyebilecek iken, boyacının odayı kahverengi yerine sarıya boyaması ihtimalinde (ayıplı ifa yok, yanlış ifa vardır) pekâlâ odanın yeniden kahverengine boyanmasını isteyebilecektir. Bu ise anlamsız bir ayırım-

mesinde de kavram içtihatçıları indinde bir 'parça borcu' söz konusu olduğuna göre³⁷ bu kural, burada savunulmuş görüş açısından önemli bir anlam taşımaktadır. Üstelik anımsanmalıdır ki İsviçre ve Türk Borçlar Yasasının yürürlüğe girdiği çağlarda istisna sözleşmesine konu oluşturan edimler (mobilya, giyecek gibi) günümüzde satım sözleşmesinin edimlerini oluşturmaktadırlar. Fabrikasyonun el emeğinin yerini aldığı günümüzde, alacaklıları 'endüstri çağının cilvesi'ne katlandırmak, von TUHR'a, evine bozuk mobilya yollayan mobilyacıya karşı aynen ifa yaptırımı yolunu açıp, aynı olanağı von TUHR'un torunundan esirgemek, doğrusu kavram içtihatçılığının pek gaddar bir oyunu olur. Ressama çizdirdiğim portre ayıplı çıkarsa, yeniden bir portre çizdirebildiğim halde, zilyetliğime geçmiş ayıpsız ve ayıplı bu iki portreden ayıplısını sattığım takdirde alıcının ayıpsızının verilmesini isteyemeyişini açıklamak için gerçekten pek şeytanî bir kavram hukukcusu olmak gerekir.

d) Uygulamada, iktisaden güçlü satıcılar, alıcının ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönebilmesinin, satış akçasının indirimini sağlamasının önünü alabilmek için, «genel işlem şartları» nı (Allgemeine Geschäftsbedingungen) kapsayan tip (konfeksiyon) sözleşmelerde ayıplı parçayı ayıpsız ile değiştirme hakkını saklı tutmaktadırlar. (Clause d'arbitrage)³⁸

Bunun ötesinde, güven ilkesi veya *exceptio doli* konstrüksiyonları ile çok kez satıcının ayıbı giderme veya ayıplı nesneyi ayıpsız ile değiştirme yoluyla alıcısının sözleşmeden dönmesine engel olabileceği kabul edilmektedir³⁹. Yazılı hukukun satıcı yararına yazılı hukuk dışı yollarla değiştirilişini görmezlikten gelmek ve alıcıya da eşitlik ilkesine uygun biçimde özdeş karşı-haklar tanımamak, satıcıya açıkca adaletsiz bir ayrıcalık tanınması anlamına gelir. Niçin satıcı satılan parçadan başka bir parça verebilmektedir de çok kez

dır; imdi ikinci ihtimalde aynen ifa yaptırımına sahibolan alacaklının, birinci ihtimalde de aynen ifa yaptırımına sahip kılınması gerekir.

Kavram içtihatçılığının ne anlaşılmas ve talihsiz bir cilvesidir ki bu olayda aliud pro alio ile ayıplı ifa arasındaki sınırın bulanıklığına dayanarak ayıplı ifade da aynen ifa yaptırımı yolunu alacaklıya açan LARENZ, gelelim satılan parçanın ayıplı ifasında aynı kanıtı anımsamazlıktan gelmektedir.

37) Bk. BECKER, OR 71 N 6; SOERGEL-SIEBERT, § 243 N 3.

İşaret edeyim ki kira sözleşmesinde de kiralanan 'parça' nın ayıplı ifası ihtimalinde kiracının aynen ifayı istemesi mümkündür; bk. BK 250.

38) Bk. GÖTZ, Sachmängelbeseitigung beim Kauf, Bielefeld, 1960, 19 ve 29 i.s.; ayrıca bk. Avusturya Yurtttaşlar Yasası § 932a.

39) Bk. GÖTZ, 29 i.s.; Alman İmparatorluk Mahkemesi, RGZ 61, 94.

iradesi özerk bile olsa özgür olmayan alıcı, satılardan başka bir parça isteyememektedir? Orada **exceptio doli** (!?) mümkünse, burada öncelikle mümkündür!

e) 'Parça borcu' diye adlandırılan bir borcun ifası, parçanın başına gelen bir kazadan ötürü imkânsızlaşacak olsa ve fakat satıcı, imkânsızlaşmış edimin yerine geçen bir değer sağlamışsa, alıcının bu değeri (Surrogat) satıcıdan isteyebileceği pekâlâ ve haklı olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Görülüyor ki satıcı, pekâlâ satılan parçadan başka bir nesne de verebilir, vermesi de kendisinden istenebilir.

f) Eğer kararlaştırılmış tür veya bireyden sapan bir nesne yolunursa, bu olguya — benim gibi — aliud pro alio ifa diyenler^{40a} aynen ifa yaptırımını 'borçlu geciktirmesi (temerrüdü) hukuku'na dayanarak tanımaktadırlar; ayıplı ifa diyenler ise aynen ifa yaptırımını tanımamaktadırlar. Kötü ifa ile yanlış ifa arasında bu kadar bulanık bir sınır varken yurttaşları hukukcuların şu veya bu yönde verilebilecek kararlarına göre değişik olanaklara kavuşturmak, ne dereceye kadar doğru görülebilir?

g) Ayıplı parça ifası bir yan edim yükümüne aykırılık oluşturduğuna göre⁴¹ bu yan edim yükümünün ifasının ve borca aykırılık halinde aynen ifası yaptırımının işletilebileceği doğaldır. Borca aykırılıklarda aynen ifa yaptırımı kuraldır, asıldır. Bu kuraldan, ancak cayılmasını zorunlu kılan pek önemli çıkarlar veya bir 'telâfi imkânsızlığı' varsa cayılabilir. Yoksa kavram içtihatcılığı uğruna bu kuraldan cayılamaz; eğer cayılacak olursa, para con-

40) Bk. TEKİNAY, MHAD Yeni Seri, Yıl 1, Sayı 2, 205; BECKER, OR 119 N 1; BARTH, 208.

40a) Bk. aşağıda not 45'e bağlı metin.

41) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (sayfa 68, dipnotu 84) ERMAN'ın (Juris-tenzeitung 1960, 41) izinden giderek, ayıplı ifayı (asıl) asli edim yükümüne aykırılık olarak nitelendirirken, asli edim yükümü kavramına alışılmamış bir anlam kazandırmaktadır. Asli edim yükümleri, sözleşmenin tipini belirleyen yükümlerdir (bk. LARENZ, 1. Bd. 5); satılanın niteliği (karpuzun kabak olup olmadığı) ise satım sözleşmesinin tipini belirlemez; bir **essentialia negotii** değildir. Sonra, asli edim yükümleri, söz konusu nitelikleri gereği mutlak karakterdedirler. Satıcının alıcısına satılanı teslim ve mülkiyeti kazandırma yükümleri, hayvan satımında da çiçek satımında da değişmez. Oysa yan edim yükümleri (ki sözleşmenin sübjektif amacına ulaşmasına hizmet ederler) nitelikleri gereği görelidirler, değişendirler; her somut sözleşme ile alacaklının güttüğü amaca göre belirlenirler. Satılanın ayıplı olup olmadığı da her somut satım sözleşmesi ile «maksut menfaat» e göre belirleneceğinden ayıpsız ifa yükümü ancak yan edim yükümü olabilir.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU üstelik güven ilkesine (yazar, güven ilkesi karşılığında objektif iyi niyet terimini kullanmaktadır; bu terimin isabetsizliği hakkında bk. SEROZAN, MHAD yıl 2, sayı 3, 122 dipnotu 38) alıcının satım sözleşmesi ile güttüğü (sübjektif) amaçtan (güdüden), satıcı için bir aslı edim yükümü çıkartma görevi de yüklemekte ve böyle yapmakla güven ilkesine taşıyamayacağı, taşımaması gereken bir görev taşıtmaktadır. Alıcının iç (ruh) dünyasında kalmış bir tasarımın (güdünün) — satıcı tarafından önemiyle birlikte tanınabilir olmak kaydıyla — işlem temeli (Geschäftsgrundlage) ve giderek bir yan edim yükümü katına çıkmak suretiyle hukuken önem kazanması düşünülebilir ama böyle bir tasarımın (güdünün) bir aslı edim yükümünün kaynağı olması düşünülemez. Bk. SEROZAN, MHAD yıl 3, sayı 4, sayfa 212, dipnotu 61. (İşaret edeyim ki alıcının satın almak istediği nesnenin niteliğine açıkca parmak bastığı ihtimaller pek enderdir; bununla beraber bu ihtimaller bakımından bile KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun savı doğru görülemez; bk. aşağıda)

Güven ilkesinin bazan aslı edim yükümlerini yıkabileceğine göre (işlem temelinin çökmesi ve etkisizleşme kurumları!) bu tür yükümleri pekâlâ yaratabileceği sanısına kapılmamalıdır. Çünkü güven ilkesinin bu olumsuz gücünü sözleşme adaleti gerekli kıldığı halde, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun (daha önce de fiili sözleşme kuramcılarının) önerdiği biçimde bir olumlu gücü sözleşme adaleti gerektirmez; gerektirmeyişi bir yana, böylesine olumlu bir gücün tersine kesinlikle yadsınmasını gerektirir. Şöyle ki: Eğer bir tasarıma uygun ifade bulunma yükümü aslı edim yükümü sayılacak olursa, bu yüküme aykırılık durumunda — tutarlı olunursa — borçluya karşı, hiç kayıtsız, sözleşmeden dönme olanağı tanımak da gerekecektir. (Adaletsizlik) Hatta baskın görüşün yaptığı gibi, borçlu geciktirmesinde (temerrüdünde) borçlunun kusuru bir *essentialia morae* olarak karşılanmazsa, kusursuz bir borçluya karşı bile sözleşmeden dönmek mümkün olabilecektir. (Beter adaletsizlik!) Oysa yan edim yükümüne aykırılık nedeniyle sözleşmeden dönebilmek için — satılanın ayıplı ifası faraziyesi bir yana — yan edim yükümüne aykırılığın kusurlu olması tartışmasız gerektiği gibi (BK 96), ayrıca yan edim yükümüne aykırılık karşısında, sözleşmenin amacına ulaşmasının tehlikeye girmiş olması ve bu tehlikeyi göze almasının alacaklıdan beklenememesi de gerekir; bk. BLOMEYER, Allgemeines Schuldrecht, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt, 1964, 162; Alman Federal Mahkemesi, BGHZ 11, 84; Zürich Ticaret Mahkemesinin Blätter für Zürcherische Rechtsprechung 46 Nr. 155'de yayımlanan 29.5.1947 tarihli kararı. Bu son gereğin nedeni açıktır: Sözleşmenin amacına ulaşmasına hizmet eden bir yüküme (yan edim yükümü) aykırılık, elbette ancak söz konusu amaç gerektirdikte sözleşmeyi çözüme hakkı verebilir.

Görülüyor ki KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun savunduğu görüş, güven ilkesinin sözleşme adaletini gerçekleştirme görevini, sözleşme adaletsizliğine yol açacak ve irade özerkliğini kayıtlama işlevini bu özerkliği kökünden kaldıracak biçimde yozlaştırma tehlikesini bünyesinde taşımaktadır.

Üstelik, satılanın ayıplı olarak teslimi neyin ifa edileceğine ilişkin bir yüküme aykırılık olmayıp neyin nasıl ifa edileceğine (ifanın biçimine) ilişkin bir yüküme aykırılıktır. İfanın 'nasıl'ı (biçimi) ise aslı edim yükümünün değil, yan edim yükümünün konusuna girer. (Ancak, alıcı tarafından istendiği açıklanmış — bir tasarımdan öteye geçmiş — türün veya bireyin yerine, bu tür veya bireyden sapan (inhiraf eden) bir nesnenin tes-

limi durumundadır ki artık bir kötü-bozuk ifadan değil de başka bir şeyin ifasından (aliud pro alio-yanlış ifadan) ve dolayısıyla bir a s l i edim yükümüne aykırılıktan söz edilebilir. (Bu anlamda bir aliud kavramına yer vermeyen KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun bu görüşünün eleştirisi için bk. aşağıda dipnotu 45).

Nasıl 'sözleşmenin gereğince ifa edilmemesi' (kötü ifa) hiç kuşkusuz bir yan edim yükümüne aykırılık oluşturuyorsa (bk. ESSER, 341; SEROZAN, MHAD Yeni Seri, Yıl 2, Sayı 3, 117 i.s.; BARTH 10/11.) ayıplı ifa (bozuk ifa) da öylesine kuşkusuz, bir yan edim yükümüne aykırılık oluşturmaktadır. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun ayıplı ifa ile 'sözleşmenin gereğince ifa edilmemesi' arasında kesin ve katı bir paralel çizdiği halde (bk. sayfa 68, dipnotu 84; sayfa 75) ayıplı ifayı a s l i edim yükümüne aykırılık olarak nitelendirmesi, okurunu şaşırtacak bir çelişkidir. Yoksa yazar, satıcının satılana ait bir prospekt yollamamasının, satılanı sigortalamamasının, alıcıyı bazı noktalarda uyarmamasının da bir a s l i edim yükümüne aykırılık oluşturduğunu mu ileri sürecektir?

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, ayıplı parça ifasının bir asli edim yükümüne aykırılık oluşturduğunu ileri sürmekle, kendisini, bir de içinden ters bir yol kullanarak çıkmış bulunduğu talihsiz bir labirinte de sokmuştur. Şöyle ki: Ayıplı parça satımında a s l i edim yükümünün yerine getirilmesi — satılan parçadan başka parça verilemeyeceği kanısında olan KOCAYUSUFPAŞAOĞLU için — daha satım sözleşmesinin kurulduğu anda sürekli bir biçimde imkânsız olduğuna göre, ayıplı parça satımı, sözleşmenin konusunda imkânsızlık nedeniyle batıl olmak gerekirdi. Oysa KOCAYUSUFPAŞAOĞLU — benim kabul etmiş olduğum gibi — ayıplı parça ifasının salt bir yan edim yükümüne aykırılık oluşturduğunu kabul etmiş olsaydı, yan edim yükümünün yerine getirilmesindeki sürekli imkânsızlığın sözleşmenin butlanına yol açmayacağı ilkesiyle sorunun üstesinden gönül rahatlığı içerisinde gelebilirdi. Buna karşılık KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, ayıplı parça ifasını bir a s l i edim yükümüne aykırılık olarak karşıladığı için, konuda imkânsızlık butlanını ancak ayıplı parçanın teslimi üzerine alıcının aynen ifa yaptırımını yadsıyabilmek için yapmış bulunduğu z o r l a m a'ya benzer bir başka z o r l a m a yaparak aşabilmektedir. Yazara göre, BK 169 I konuda imkânsızlık nedeniyle batıl bir alacak satımına butlan yaptırımını bağlamadığına göre, ayıplı parça satımında da konuda imkânsızlığın butlana yol açmayacağını kabul edebilmemizi sağlayacak bir pozitif dayanak var sayılabilir. (Bk. sayfa 71 ve orada dipnotu 91). Ne var ki «Alacağın temlik ivaz mukabilinde icra edilmiş ise temlik eden kimse alacağın temlik zamanında mevcudiyetini zamindir» diyen BK 169 I, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun yorumladığından çok değişik bir biçimde yorumlanabilir ve menfaat içtihatçılığı açısından yorumlanmalıdır da. Gerçekten, BK 169 I mevcut olmayan bir alacak satımını — yazarın sandığından farklı olarak — b a t ı l s a y m a k t a (harcama işlemi geçersizdir) ve k u s u r l u satıcıya bir culpa in contrahendo giderimi yüklemektedir. (Böyle daha SEROZAN, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft, 93, dipnotu 161. Ve bu giderim — benim ötedenberi savunduğum görüşü (bk. SEROZAN, anılan kitapta sayfa 90 i.s. ve MHAD Yeni Seri, Yıl 2, Sayı 3 sayfa 127) doğrularcasına — isabetli olarak 'menfi' (!?) zararlar kayıtlı değildir. Bu görüşün KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ve çoğu yazarların savunduğu görüşe üstünlüğü şuradadır: Eğer BK 169 I bir zapt sorumluluğu benzeri (BK 169 I'e çok kez, daha

demnatio'sunu asıl kabul eden ve specific performance'ı yadsıyan Common Law'a dönmüş oluruz⁴².

Sonuç olarak: — Üzerinde uyushulmuş veya tamamlayıcı yorumla, üzerinde uyushu'duğu varsayılmış (güven ilkesi sayesinde satım sözleşmesinin konusuna girmiş) nitelik ile satılanın gerçek niteliği arasında bir sapma (inhiraf) varsa, ayıplı ifa (yan edim yükü-

önce geçirilmiş bir alacağın ikinci bir kez geçirilmesi olgusu girer) olarak karşılanırsa, mal satıcısı bakımından bile rahatsız edici olan satıcının zapttan dolayı kusursuz sorumluluğunu, mal satıcısından iktisaden daha güçsüz olduğu varsayılacak alacak satıcısına (iktisaden güçlü olsaydı, alacağını satmaz, doğrudan doğruya para verirdi) yaydırmış oluruz. Oysa benim yaptığım gibi, BK 169 I bir culpa in contrahendo giderimi olarak nitelendirilirse, alacak satıcısı, ancak geçersizliğe kusurlu olarak yol açmış bulunmak kaydıyla sattığı alacak tutarında bir giderim ödemek zorunda kalacak, hayatı boyunca dostlarına ödünç vermiş ve şimdi parası tükenmiş iyiliksever kişi, alacak geçirilmesi karşılığı aldığı radyo için haciz tehdidi altında bulunmayacaktır. Sonra, mevcut olmayan bir alacak hakkını bu durumu bilmeden satan kişinin sorumlu tutulup, mevcut olmayan bir nesneyi bu durumu bilmeden satan kişinin sorumlu tutulmaması arasındaki anlamsız çelişki de ancak BK 169 sorumluluğunun, geçersizliğe culpa in contrahendo yoluyla sebeb olunması ihtimalinde işleyeceği görüşü ile aşılabılır.

Görülüyor ki KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, ayıplı parça ifasının bir asli edim yükümüne aykırılık oluşturduğu yolundaki görüşünün kendisini içine sokmuş bulunduğu çıkmazdan kurtulabilmek için, baskın görüşün tuttuğu fakat menfaat içtihatçılığı açısından yaslanılamayacak bir destek kullanarak çıkmış bulunmaktadır.

42) Her ne kadar MERZ, ZGB 2 N 262; BARTH, 65; TANDOĞAN, Hirsch'e Armağan, Ankara, 1964, 423; BECKER, OR 97 N 104; ESSER, 106, OĞUZMAN, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul, 1968, 103, yan edim yükümlerine aykırılıkta aynen ifa (Realerfüllung) yaptırımının söz konusu olamayacağını ileri sürmekte iseler de prospekt yollama, satılanı sigortalama yan edim yükümlerinin aynen ifasının istenemeyeceğine hiçbir inandırıcı kanıt getiremedikleri için savları temelsiz kalmaktadır. Yan edim yükümüne aykırılık bakımından aynen ifa yaptırımının söz konusu olmadığı ihtimaller (paketleme yükümüne aykırılık) elbette bulunabilir, ama bunlar, asli edim yükümüne aykırılık bakımından aynen ifa yaptırımının söz konusu olamayacağı ihtimallere nazaran bir özellik taşımazlar. Ancak davranış yükümlerine aykırılıktadır ki aynen ifa yaptırımı, hatta aynen ifa istemi düşünülemez; bk. SEROZAN, MHAD, Yeni Seri, Yıl 2, Sayı 3, 117.

Yazarlar, salt 'bağımsız' yan edim yükümlerine aykırılıkta aynen ifa yaptırımını tanırlarken bir contradictio in adiecto'ya düşmektedirler; yan edim yükümleri her zaman bağımlıdır; bağımsız olan 'davranış' yükümleridir. (Bk. SEROZAN, MHAD Yeni Seri, Yıl 2, Sayı 3, 117). Yazarların 'bağımlı yan edim yükümlerine aykırılık' kavramı ile kasetmek istedikleri yan edim yükümlerine aykırılıklar, aynen giderilmesi (tam'ri) imkânsız yan edim yükümüne aykırılıklardır (paketleme yükümüne aykırılık gibi).

müne aykırılık) vardır. Bu durumda, satılan ister çeşit, ister parça olsun, alıcının — güven ilkesinin izni oranında — artık aynen ifa yaptırımı (ayıpsız bir nesne verilmesini istemesi) veya kılık değiştirmiş aynen ifa yaptırımı (ayıplı nesnenin onarılmasını istemesi) yolu açıktır. Nitelik eksikliğini bilseydi, nesneyi satın almayacak olan alıcının, aldatılmaya veya yanılmaya dayanarak sözleşmeyi iptal hakkı saklıdır⁴³.

İstendiği açıkca bildirilmiş nitelik ve gerçek nitelik (şu sun'î deriden çantayı istiyorum, satıcı da istediğim çantayı teslim ediyor) ile gerçekte istenen nitelik (aslında deri çanta istiyordum) arasında bir sapma varsa, ne ayıplı ifa, ne aliud-ifa söz konusudur; salt bildirim içeriğinde (beyan muhtevasında) yanılma vardır. Alıcı sözleşmeyi yanılma nedeniyle iptal edebilir⁴⁴.

Eğer alıcı deri çanta, balina eti, gerçek van Gogh tablosu, gerçek Stradivarius kemanı istemişse ve bu isteğe uygun bir bildirimde de bulunmuşsa, sun'î deriden çanta, köpek balığı eti, sahte van Gogh tablosu ve sahte Stradivarius kemanı teslimi bir ayıplı ifa değil, bir aliud pro alio ifadır. Çünkü istendiği açıklanmış tür (deri çanta, balina eti) ve bireyden (gerçek van Gogh tablosu, gerçek Stradivarius

43) KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (sayfa 79 i.s.) ise Alman hukuk öğretisinde baskın görüşün (FLUME, 132 i.s.; ENNECCERUS-LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Auflage, Tübingen 1958, § 112 III; LARENZ, 2. Bd., § 37 II e; ESSER, § 107 4 a; yargısal içtihatlar için bk. RGZ 138, 356; BGHZ 16, 57) doğrultusunda, alıcıyı münhasıran ayıp hukuku kurallarının himayesine terketmektedir. Yanılmaya dayanan alıcı, hiçbir zaman ayıp hukukunun kendisine sağladığı elverişli hukukî olanaklara kavuşamayacağına göre, onun 'muayene', 'ihbar' ve 'kısa yılanma sürelerine uyma' gereklerinin etrafından dolanacağı kaygısını ve dolayısıyla bu görüşü — İsviçrede ve Türkiyede baskın görüşe katılarak — paylaşmıyorum. Bk. von TUHR-SIEGWART, I, 276/77, OSER-SCHÖNENBERGER, OR 197 N 5; TUNÇOMAĞ, II, 107; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 81 II 217, 82 II 424; 83 II 28; 84 II 515; 87 II 134; 88 II 420. Aksi görüşü savunanlar, acaba malî gücü hakkında yanıldığı borçlusuna karşı, sözleşmenin ifası kurallarına dayanabileceğine göre, alacaklının sözleşmeyi BK 24 i.s.'e dayanarak iptal edemeyeceğini de ileri sürecekler midir? Doğrusu merakla değer!

44) Artık bu ihtimalde 'deri' çanta, 'gerçek' van Gogh tablosu isteğinin sinallagmaya girdiğinden söz edilemez. Böyle bir istek, aksine açık bir bildirimle yıkılmıştır. Bizatihi güven ilkesi, bu gibi ihtimallerde, istenen niteliğin ve türün veya bireyin satım sinallagmasının içerliğine girdiğini kabule engeldir.

kemanı) sapan bir şey teslim edilmiştir⁴⁵. Alıcı yararına aynen ifa yaptırımı — güven ilkesinin izni oranında — vardır.

Ayıp hukukunun gereklerini (hukukî ödevlerini; muayene, ihbar, yillanma süresine uyma) gerçekleştiren alıcı, kendisi için daha elverişli ayıp hukuku olanaklarından (BK 194 i.s.) yararlanabileceği gibi, bu gerekleri yerine getirmeksizin 'sözleşmenin gereğince ifa edilmemesi' hukuku olanaklarından (BK 96) da yararlanabilir⁴⁶. Alıcının böyle yapmakla, ayıp hukukunun ağır gereklerinin etrafın-

45) FLUME (sayfa 114 i.s.) ve KOCAYUSUFPAŞAOĞLU (sayfa 74 dipnotu 98 ve sayfa 80 dipnotu 117). 'sübjektif ayıp kavramı' çerçevesinde aliud kavramına yer verilemeyeceğini, anılan örneklerde de bir *ayıplı ifanın* söz konusu olduğunu ileri sürmektedirler. Yazarların yaptığı, tipik bir saltus in concludendo'dur. Ben, ayıp kavramı bakımından sübjektif kuramı savunduğum halde, pekâlâ 'tür veya birey sapması'nda (Art — und Individual — abweichung) ayıplı ifa yok; yanlış, aliud pro alio ifa vardır diyebilirim. (Bk. FABRİCIUS, Juristische Schulung 1964, 5)

Ayıplı ifa ile aliud ifası arasındaki sınırın bulanıklığı da aliud ifası kavramını dış özdeşliğin mevcut olmadığı ihtimallere (at yerine eşek yollanması) inhisar ettirip iç özdeşliğin söz konusu olmadığı ihtimallerde yadsımak için yeterli bir neden değildir. Kaldı ki sahte van Gogh tablosu, bozuk van Gogh tab'osuna ne ölçüde yakınsa, bir Gauguin tablosuna da o ölçüde yakındır. O halde van Gogh yerine Gauguin yollanırsa da yanlış ifa yok, ayıplı ifa vardır mı diyeceğiz? Bence, von TUHR-SIEGWART, § 37 not 39; BECKER, OR 197 N. 2; SCHMİDT, NJW 1962, 712; FABRİCIUS, Juristische Schulung 1964, 2 i.s.; ESSER, 501; FİKENTSCHER, Das Schuldrecht, Berlin, 1965, 352; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 52 II 143 izinde gitmek doğrudur. İmdi köpek balığı eti ayıplı bir balina eti olmadığı gibi, sahte van Gogh tablosu da ayıplı bir gerçek van Gogh tablosu değildir; kötü (ayıplı) ifa değil, yanlış (aliud pro alio) ifa söz konusudur. Önemle işaret etmek isterim ki KOCAYUSUFPAŞAOĞLU için burada savunulmuş çözümü benimsemek üstelik kaçınılmaz idi de; bk. aşağıda dipnotu 47. Ne yazık ki KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, FLUME'nin izinden gitmekle burada da kendisini menfaat içtihatçılığı açısından doğru görülemeyecek bir çözümün içerisine sokmuştur.

46) Aksi görüşte SCHUBİGER, 108 i.s.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, 75 dipnotu 102 ve öğretilde çoğu yazarlar.

İşaret edeyim ki BK 96 i.s.'e dayanıldıkta da ayıp ihbarının yerine, alıcının — anlamsızlık söz konusu olmadıkça — ihtar ve süre tayini hukukî ödevlerini yerine getirmesinin gerekeceği doğaldır.

Şunu da eklemek isterim ki burada savunulmuş görüşün önemli bir pratik yararı, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönmeyi bir sözleşme olarak gören 'sözleşme kuramı'nın (bk. OSER-SCHÖNENBERGER, OR 205 N 5 ve 210 N 6; von TUHR-SIEGWART, 676) en güçlü kanıtını (sözleşmeden dönme üzerine doğan geri verme istemleri kurma kuramının — Herstellungstheorie — zorunlu olarak kabul ettiği gibi 1 yılda değil, 10 yılda yillanacaktır.) çökertmesi ve bu dolambaçlı, çapraşık ve hukukta yalınlık ilkesine ters düşen kuramı gereksiz bırakmasıdır.

dan dolandığı (fraudem legis!) söylenemez. Çünkü satılanı muayene etmeyen, ayıbı ihbar etmeyen alıcı artık ancak satıcının kusurlu olması kaydıyla sözleşmeden dönebilir veya giderim isteyebilir. (BK 96) Alıcı ister BK 194 i.s.'e ister BK 96 i.s.'e dayansın, aynen ifa yaptırımına sahiptir.

Gerçi tür ve birey sapmasında (Artabweichung, Individualabweichung) ayıplı ifa yok, aliud pro alio ifa vardır ama aliud ifasına örneklemeye ayıp hukuku kuralları uygulanmalıdır. Çünkü iktisaden güçlü oldukları varsayılabilir satıcıların 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 düşer⁴⁷.

VII. İmkânsızlık ve kötü (ayıplı) ifa hukukunda salt gereksizliğini değil, fakat üstelik zarar saçma tehlikesini de göstermeye çalıştığım parça borcu -çeşit borcu ayırımına bir de BK 183'ün olgular

47) Bir yandan aliud ifasını ayıplı ifadan ayrı tutmak, öte yandan aliud ifasını örneklemeye ayıplı ifa hukuku kurallarına atlamak, ilk bakışta sanıldığı gibi, bir çelişme oluşturmaz. Gerçekten bu iki tutum arasında pratik sonuçlar açısından önemli farklar vardır. Şöyle ki: Aliud ifasını ayıplı ifa ile özdeş gören anlayış için (böyle KOCAYUSUFPAŞAOĞLU) alıcının sahte tablo yollayan satıcıyı ancak BK 207'de ayıplı ifadan doğan hakları kayıtlayan 1 yıllık süre içerisinde kovalaması mümkün olabilecektir. Özdeşlik anlayışının kendisini mantıksal bir zorunlulukla kabul ettiren bu çözümünün menfaatler durumuna ve nisbî adalete uygun düşmediği açıktır. Lekeli bir tablo değil de sahte bir tablo yollamış ve böyle yapmakla çok daha ağır bir borca aykırılıkta bulunmuş satıcıyı lekeli tablo yollamış satıcı gibi yalnız 1 yıllık süre içerisinde kovalatmak nasıl doğru görülebilir? KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun menfaatler durumuna ve nisbî adalete aykırılığı açık bu çözümü, örnekseme görüşünde söz konusu olmaz. Gerçekten, burada savunulmuş görüş çerçevesinde, alıcı, aliud pro alio ifade bulunmuş satıcıya karşı BK 207'deki 1 yıllık süre içerisinde BK 194 i.s.'e — örnekseme yoluyla — dayanabileceği gibi, bu süre geçtikten sonra da BK 96 i.s.'e dayanabilecektir. (Krs. ESSER, § 107 1) İşaret edeyim ki benim taraflısı bulunduğum görüş (BK 194 i.s. ile BK 96 i.s. her zaman alternatif olarak uygulanabilir; bk. s. 235) açısından ikinci derecede önem taşıyan bu çözüm, KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun savunduğu ve BK 194 i.s.'nin BK 96 i.s.'e göre özel kural oluşturduklarını ileri süren görüş çerçevesinde menfaatler durumu ve nisbî adalet düşünceleri bakımından kaçınılmaz görünmektedir. Başka bir anlatımla: Burada savunulmuş görüş çerçevesinde ayıplı ifa ile aliud ifası özdeş sayılsa da olurdu; fakat KOCAYUSUFPAŞAOĞLU'nun aliud ifasını ayıplı ifa ile özdeş tutması, kendisini sistemi içerisinde adaletsiz bir çözüme itelediği için mümkün görülemezdi. Gelgelelim KOCAYUSUFPAŞAOĞLU bunu mümkün görmüştür.

bütününde rast'ıyoruz : «...satılan şeyin nefi ve hasarı akdin inikadı anından itibaren alıcıya intikal eder. Bununla beraber yalnız nev'en tayin edilmiş olan satılanın ayırdedilmiş olması da lâzımdır...»

Bu madde bakımından, parça borcu - çeşit borcu ayırımının menfaatler durumuna aykırı çözümlere iteleyen zararlı bir fikir alışkanlığı oluşturduğu söylenemez. Burada, parça borcu - çeşit borcu ayırımından önce aşılması, kökten giderilmesi gereken, BK 183'ün Roma hukuku kalıntısı kuralının kendisidir. Parça borcu - çeşit borcu ayırımı per se zararlı BK 183 çerçevesinde salt gereksizdir; o kadar..⁴⁸ «Nev'en tayin edilmiş» deyimini «konusu belirlenmemiş» yolunda anlaşılmalı ve madde şu biçimde yorumlanmalıdır: Eğer satılan, tüm ayrıntılarıyla ve kesinlikle belirlenmişse satıcı, bu nesneyi alıcısına karşı sorumlu olma riskini yüklenmeksizin bir başkasına geçiremeyeceği için karşı edim riski de satım sözleşmesinin kurulduğu anda alıcıya geçmektedir. Yok, eğer satım sözleşmesinin konusu başta belirlenmemiş de bu iş ifa sözleşmesinin⁴⁹ yapılacağı ana bırakılmışsa, anılan risk satıcının sırtında kalmaktadır.

48) BK 183 yalnız adalet düşüncelerine değil, fakat bizatihi Yurttaşlar Yasasının BK 264, 286, 345, 347 ve 370'de beliren «herkesin kendi etki alanında doğmuş ifa imkânsızlığının sonuçlarını yüklenmesi» ilkesine (Sphärentheorie) — son bir tahlille güven ilkesine — de aykırı düşmektedir.

BK 183 kuralını aşma yolunda çabalar için bk. SCHWARZ, AHFD 1947, 162 i.s.; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 84 II 158 ve bu kararı benimseyen TANDOĞAN, 64; AKINTÜRK, 206/207. Ne var ki bu sonuncu yazar, bütün incelemesi boyunca yermiş bulunduğu kuralı aşma yolunda tek çareyi BK 183'ü Yurttaşlar Yasasından çıkarmada veya değiştirmede görmüş, de lege lata bir çözüm getirmek şöyle dursun, BK 183'ün uygulanma alanını kısma yolunda bugüne dek yapılmış türlü önerileri bile reddetmiştir.

Bence, BK 183, yorum kuralından farklı olarak, örtülü irade bildirimleri ile de giderilebilecek bir tamamlayıcı hukuk kuralı sayılınca, modern yorum yöntemleri ışığında, güven ilkesinin (MK 2 I) tamamlayıcı yorum ve böylece son bir tahlille, tamamlayıcı hukuk kurallarını düzeltici etkisi ve işlevi çerçevesinde uygulanmadan kovulmuş sayılabilir. Çünkü satıcı ile alıcının 'periculum est emptoris' kuralını değil de 'casum sentit dominus' ilkesini ve adaletli 'etki alanı kuramı'nın (Sphärentheorie) hukukî sonuçlarını benimsemiş oldukları varsayılabilir. Gerçekten modern yorum yöntemleri çerçevesinde, nasıl adaletsiz sonuçlara götüren buyurucu kurallar MK 2 II aracılığı ile düzeltilebiliyorsa, adaletsiz sonuçlara götüren tamamlayıcı hukuk kuralları da MK 2 I aracılığı ile (hatta öncelikle) düzeltilebilmektedir.

49) Verme borçlarının ifası eyleminde — ifa yerine edim faraziyesi dışında da — bir sözleşmenin varlığını gerekli görmek (ifanın bir sözleşme oluşturduğu görüşünü benimsemek) soyutluk ilkesinin birbirinden koparmış olduğu

İmdi 'kayıtlı çeşit satımı' diye adlandırılan satımda, karşı edim hasarının alıcıya geçmeyeceği kabul edilebileceği gibi 'çeşit satımı' diye adlandırılan satımda da karşı edim hasarının alıcıya geçişi anının — konunun belirlenmesi, sözleşme ilkesine uygun olarak, bir uyuşmayı gerektirdiğine göre — satıcının satılanı ayırdetmesi anı, hatta bu ayırdetme olgusunun alıcıya bildirilmesi anı değil de bütün bunların ötesinde ve fazladan, satıcının bu bir yanlı ayırdetmesinin alıcı tarafından kabulü veya bu kabulden kaçınması (alacaklı geciktirmesine düşmesi) anı olacağı da gönül rahatlığı içerisinde kabul edilebilecektir^{50 51}.

borçlanma işlemi ile harcama işlemi arasına hukuken gerekli ve yararlı bir köprü kurmamıza ve böylelikle soyutluk ilkesine tanınan — sağlam bir dogmatik temelden yoksun — ayırıkların (nesnel sözleşmede causa uyumsuzluğu) da kendiliğinden düşmesine ve ifa sözleşmesinin geçersizliği üzerine salt bir haksız zenginleşme istemi yöneltilebileceğini kabule yarar.

Verme edimlerinde ifanın bir sözleşmeyi gerektirdiği görüşüne karşı yöneltilen en belli başlı yergi, bu görüşün, alacaklının bir yandan borçlunun edimini alması, öte yandan ifayı reddetmesi (ifa sözleşmesini kurmaması) ihtimalinde borçluyu — mantıksal bir zorunlulukla — ifada bulunmamış sayması ve böylelikle borçluyu ağır bir biçimde hırpalamasıdır. Bu yergi haksızdır, çünkü böyle bir ihtimalde alacaklının 'protestatio facto contraria non valet' ilkesi gereğince ifayı kabul etmiş olduğu ve imdi ifa sözleşmesinin de kurulmuş olduğu pekâlâ söylenebilir. Alacaklının hem 'alma'dan, hem 'kabul'den kaçınması ihtimalinde alacaklı geciktirmesine düşmüş sayılacağı ise doğaldır; krs. ROTHER, AcP 169, 32.

50) ARSLANLI, 250 i.s.; TANDOĞAN, 65 ve OSER-SCHÖNENBERGER, OR 185 N 9 burada savunulmuş görüşü — ne var ki burada dayanılan değişik öncüle dayanmaksızın — benimsemişlerdir. Bk. ama BECKER, OR 185 N 6; AKINTÜRK, 133/34.

51) Çeşit borcu diye adlandırılan konusu belirlenmemiş borçta konunun belirlenmesi, borçlunun — burada satıcının — bir yenilik doğuran hakkı değildir. Gerçekten BK 70'in İsviçre aslı da «borçlu orta kaliteden aşağı bir şey teklif edemez demekte ve seçmenin bir yenilik doğuran hak olmadığını, seçimlik borçtan farklı olarak, ifa edilecek edim yükümünün belirlenmesi etkisinin borçluya bırakılmamış olduğunu dile getirmektedir. Zaten seçimlik borç ile çeşit borcu diye adlandırılan borç arasındaki menfaatler durumunun farklılığı da seçimlik borç bakımından kabul edilmiş olan 'seçimin yenilik doğuran hak olduğu görüşü' nün çeşit borcu diye adlandırılan borç bakımından da kabulüne engeldir. (Çeşit borcu diye adlandırılan borçta alacaklının çıkarı bellidir, seçimlik borçta değildir.) Burada yenilik doğuran hak ile icap arasında yer alan ortalama bir hukuki olgu söz konusudur. Kabulü gerekli (yenilik doğuran hakta kabul olmaz) ve zorunlu (k'lâsik anlamda icapta kabul zorunluluğu yoktur) bir icap söz konusu olmaktadır.