

ATİPİK TRAMPA SÖZLEŞMELERİ

Prof. Dr. Rona SEROZAN*

ÖZET

Tipik trampaya pek az rastlanır. Trampa edilecek mallar eşdeğerde olmayınca aradaki farkın bir denklik parası ile kapatılması kaçınılmaz olur. Bu da bizi satım ile trampa karması bir atipik sözleşmeyle karşı karşıya getirir. Ama "eskiyi bırak yeniği götür" işleminde yaygın olarak somutlaşan bu atipik trampa sözleşmesi dışında, başka atipik trampa sözleşmelerine daha rastlanır. Üçlü (*trilateral*) trampa, barter sözleşmesi ve kısmen ivazlı kısmen ivazsız kaynaşık trampa bu atipik trampaların en yaygın örneklerini oluşturur. Bu alanda karşılaşılabilecek sorunlar menfaat değerlendirme hukukçuluğu yönteminin uzantısı tipolojik yöntem ile çözümlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Trampa sözleşmesi, atipik sözleşme, atipik trampa sözleşmesi, barter sözleşmesi, karma trampa sözleşmesi, denklik parası ödenerek eski-yeni trampası.

ABSTRACT

Typical exchange deals are rarely met. If there is not equality between the values of the commodities subject to exchange, then it is inevitable to make up the difference with a surcharge. This leads us to face with atypical mixed contract containing sale and exchange. However, there are other types of atypical mixed contract other than its ordinary form, which is usually formulized within the procedure of "old against new". The most recognized examples for such atypical mixed contracts are trilateral exchange, barter agreement, and joint exchange with and without consideration. The problems occurring in this field should be resolved by the typological method, a production of the method of jurisprudence of interest.

Keywords: Contract of exchange, atypical contract, atypical contract of exchange, barter, mixed exchange, exchange of old and new by paying surcharges.

(*) İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (rona.serozan@bilgi.edu.tr).

Tipik trampa sözleşmeleri

Trampa malın veya hakkın satımdaki gibi para karşılığında değil de mal veya hak karşılığında temelli devrini amaçlayan bir borçlanma sözleşmesidir (*Tauschvertrag, contrat d'échange*).

İki koleksiyoncu pullarını, telefon kartlarını, kartpostallarını veya eski madeni paralarını değiş tokuş etmeyi kararlaştırdıklarında tipik bir trampa sözleşmesi kurulmuş olur. Para bozdurma (parçalatma) ve döviz (euro ile dolar) değiştirme de böyle bir trampadır.

Döviz alımına veya satımına ise, dövizin mal, ulusal paranın da satış akçası sayıldığı bir alım satım gözüyle bakılır.

El değiştirebilir her mal ve hak satıma olduğu kadar trampaya da konu olabilir. Demek ki yalnız eşya değil, ticari işletmeler, yazıhaneler, muayenehaneler, ticari sırlar, müşteri çevreleri ve fikri haklar da trampa edilebilir¹.

Bu nedentedir ki yeni TBK 282'nin "mal değişimi sözleşmesi" olarak adlandırdığı trampayı tarafların birbirlerine karşılıklı olarak eşya zilyetliğini ve mülkiyetini devretmeyi üstlendikleri bir sözleşme olarak tanımlaması doğru değildir; bu başlık ve tanım eksik kalmış bir başlık ve tanımdır.

Tipik trampa sayılmayanlar

Satıma konu olamayan iş görme ve yararlanma edimlerinin değiş tokuşunun trampaya da konu olamayacağı açıktır. Mal edimi karşılığında hizmet veya yararlanma edimi trampa oluşturmaz da çift tipli bir "karma sözleşme" oluşturur².

Kıralık konutların ve işyerlerinin kiracılar arasında değiş tokuşu da (sözleşmenin ve zilyetliğin kiraya verenin oluruyla TBK 323 anlamında devri de) temelli temlik değil de salt geçici yararlanmayı amaçladığı için tipik bir trampa sayılamaz; olsa olsa "atipik" bir trampa sayılabilir³.

Alacak hakları da trampa edilmez; takas edilir. Uygulamada "taşıt takası" diye adlandırılan işlem aslında bir taşıt trampasıdır.

(1) Bk. Huber, U.: H. Th. Soergel Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2011, § 515 N 1.

(2) Bk. Giger, H.: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 1. Teilband: Kauf und Tausch, 5. Abschnitt: Der Tauschvertrag, Bern 1999, OR 237 N 9/12.

(3) Krş. Mader, P.: J. von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2004, § 480 N 8; Soergel/Huber, § 515 N 11.

Satımla trampa arasındaki ilişki

Satımla trampanın diyalektik ilişkisi ilginçtir. Tarihsel gelişim sürecinde satım trampadan türemiştir ama şimdi trampa satımın ikincil türevine dönüşmüştür.

Trampa tarihsel açıdan satımdan önce geldiği gibi, aslında dogmatik açıdan da satımın üstünde yer alır. Çünkü satımın belirleyici öğesini oluşturan para da hukuken bir maldır. Dolayısıyla, satımda da son tahlilde mal ile mal trampa edilir.

İlginçtir, Avusturya hukukundan devşirilme bir yorum kuralı (*in dubio pro permutatione*) gereği, kuşkulu durumda trampa kuralları satım kurallarına yeğ tutulur⁴.

Gelgelelim, trampa; paranın alışveriş yaşamında güvenilirliği arttıkça, uygulamada satım karşısında gerilemiş ve ancak paraya karşı güvenin sarsıldığı dönemlerde bir nebze toparlanabilmiştir.

Trampanın canlanması (ihyası)

Son zamanlarda uluslararası ticarete barter anlaşmalarıyla ve ulusal pazarda da "eskiyi getir, yeniyi götür" kampanyalarıyla trampa yeniden güncellik kazanmıştır.

Bir de şirket devralma (*takeover*) ve şirket birleştirme (*fusion*) amaçlı hisse senedi trampası (*share for share exchange*) ve faiz ile döviz değiştirme (*swap*) işlemleri dolayısıyla trampa son zamanlarda teorik ve pratik önem kazanmıştır.

Hisse senedi trampasında, büyük ortaklık küçük ortaklığa para yerine kendi hisse senetlerini verir ve bu yoldan küçük ortaklığın tüm hisse senetlerini sahiplenmiş olur. Böylece tüm hisse senetleri büyük ortaklığın hisse senetlerine dönüşmüş olur. Son zamanlarda şirket birleşmeleri (fil evlilikleri) böyle gerçekleştirilir.

Swap işlemlerine gelince: Bu işlemlerde, genelde, bankayla akdedilen kredi sözleşmesinde belirli bir dövizden (diyelim eurodan) başka bir dövize (diyelim dolara) geçmek isteyen bir borçlu tersini isteyen bir borçluya anlaşır. Dövizlerin trampa edildiği bu anlaşmaya "döviz swapı" denir. Faiz swapı'nda ise yürürlükteki bir kredi sözleşmesinde sabit faizden dalgalı (değişken) faize

(4) Bk. Giger, Berner Kommentar, OR 237 N 10.

geçilir veya tersi yapılır; sözün özü, faiz talepleri "swap" (trampa) edilir. Bu operasyon yapılırken de değişik kişilerin değişik dövizli veya faizli sözleşmeleri bir "swap deposu" oluşturan banka aracılığıyla değiş tokuş edilir. Yalnız swap'ın trampa sayılabileceği çok kuşkuludur. Nitekim kimi hukukçu bu anlaşmaya salt sözleşmelerin karşılıklı devri gözüyle bakarlar.

Yasada trampa

Uygulamasının azlığı yüzünden yasa, trampa sözleşmesine adeta üvey evlat gözüyle bakmış ve bu sözleşmeye hepi topu iki kural ayırmıştır.

Bu kurallardan biri, trampa sözleşmesine örnekseme yoluyla satım sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanacağını belirtmekte, öteki de zapt ve ayıp olasılıklarında ortaya çıkabilecek özel tasfiye sorunlarına ilişkin çözümleri ve bu bağlamda dönme ile tazminat seçeneklerini öngörmektedir (TBK 283/84). İndirim ancak bölünebilir edimlerin trampasında gündeme gelebilir. Bölünemez edimlerde indirim ister istemez denklik parası aracılığıyla ek edim sağlanarak gerçekleştirilebilir.

Yasanın gözünde trampada taraflardan her biri, iki hukuksal maske kullanmakta, mal verme borçlusu olduğu ölçüde satıcı maskesiyle, mal alma alacaklısı olduğu ölçüde de alıcı maskesiyle hukuk sahnesine çıkmaktadır. Sanki ortada satış parasız iki satış vardır.

Ashında, yasanın alım satım paradigmasına göre ayarlanmış gözlüğünden bakılınca trampa sözleşmesi çift tipli bir karma sözleşme, bir atipik sözleşme görünümündedir. Şöyle ki; iki satıcı edimi bir karma sözleşme bağlamında karşı karşıya gelmektedir. Trampaya atipik sözleşme etiketinin takılmaması, bu karmayı bizzat yasanın gerçekleştirmesindedir.

Arık trampanın seyrekliği

Kimyasal saflıkta arık trampaya pek az rastlanır. Çünkü trampa edilecek malların eşdeğerde olması pek enderdir. Trampa edilecek malların değeri farklı olunca da bu sefer aradaki farkı, aynen paylaşım sözleşmesinde yapıldığı gibi, bir denklik parası (*Aufgeld, soulte*) ile kapatmak gerekir. O zaman da bir satım - trampa karması ile karşılaşılır. Bu atipik sözleşmeyi ileride özel bir başlık altında ayrıca özel olarak ele alacağız.

Satım - trampa ayrımının önemi

Satım kuralları trampaya ancak "örnekseme" yoluyla dolaylı biçimde uygulanabilir. Böyle olunca da kredili ve taksitle satışlarda alıcıyı koruyan satım kuralları trampaya mekanik biçimde aktarılamaz; örnekseme süzgecinde tutulur. Ne de olsa, "trampacı", alıcı kadar korunmaya muhtaç sayılmaz.

Sonra, ayıplı ifade karşılıklı edimler arasında bozulan denge satış parasının indirimi yerine, üste bir denklik parasının ödenmesiyle sağlanır. Bölümsel ifa engelinde de aynı çözüm benimsenir.

Taşınmazlara ilişkin alım opsiyonlarından önalım hakkı da ancak satımda kullanılabilir; yoksa trampada değil! Çünkü "önalım olayı" mantiken ancak "para (bedel) karşılığı" mülkiyet devrinde söz konusu olabilir; yoksa "mal karşılığı" mülkiyet devrinde değil.

Öte yandan, yedek edimli "satımda" yedek mal teslimiyle ilgili bir aksilikte yedek malın teslimi yerine asıl edim olarak satış parasını ödemek gerekirken, yedek edimli satımın yok sayıldığı "trampada" eşya teslimine ilişkin herhangi bir aksilikte borçlu borcun tümünden kurtulur⁵.

Üste denkleştirme parası ödemeli trampada bu önemli ayrımı yapmak (bu sözleşme satımdır ya da trampadır demek) adamaklı kritik hale gelir. Sözleşmede eşyanın mı yoksa paranın mı ağır bastığına bakmakla yetinmek biçimsel bir bakış olarak doyurucu bulunmaz. Yeni görüşler biçimci ve kavramcı bir ölçüte dayanan bu iki seçeneğin dışında üçüncü bir seçenek olarak atipik bir sözleşmeyi varsayma eğilimindedir. Bu tanıya bağlı olarak da bu atipik sözleşmeye "tipolojik yöntem" izlenerek, somut tipe yakışan kural "yaratılır" (Yaratma kuramı!)⁶. Bu konuya ileride özel bir başlık altında eğileceğiz.

Buraya kadar tipik trampa sözleşmelerini ele aldık. Şimdi sıra asıl konumuza, "atipik trampa sözleşmelerine" geldi. Ama önce genelden özele, soyuttan somuta yürüyüşümüzde genel olarak atipik sözleşmeleri irdelememiz yerinde olsa gerek.

(5) Bk. *Vulliétty*, J. P.: *Commentaire Romand. Code des Obligations*, Basel 2003, OR 237 N 7.

(6) Krş. *Giger*, Berner Kommentar, OR 237 N 9; *Schönenberger*, B.: *Handkommentar*, 2009, OR 238 N 1.

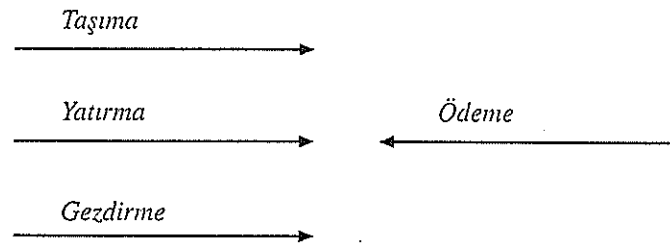
Genelde atipik sözleşmeler

Yasal, kavramsal modelden ayrılan atipik sözleşmelerin bu modelden sapma dozları değişik olur. Yalın sapmadan atipik karmaya, atipik karmadan atipik bileşime, atipik bileşimden atipik kendine özgü (*sui generis*) sözleşmeye açılan yelpaze geniştir.

Yüzde yüz kimyasal saflıkta tipik sözleşmeyle, yasanın hiçbir sözleşme modeline uymayan "sıfırdan icat edilmiş sözleşme" arasında çok değişik sapmalar ve karmalar yer alır. Öyle ki, atipik sözleşmeler arasındaki gruplandırmalarda basamaklar değil de düpedüz bir kaydırak söz konusu olur.

Atipik sözleşmeler şöyle bir şemada ayrıştırılabilir:

Kombine sözleşme: Örnek: Turistik gezi sözleşmesi

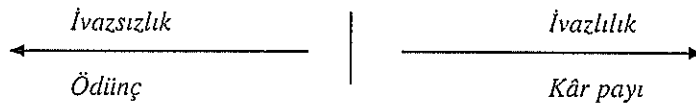


Çift tipli karma sözleşme: Örnek: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi

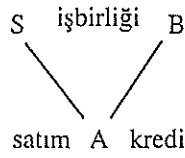


Kaynaşık (eklemlî) sözleşme: Örnek: Karma bağışlama, kafılmalı ödünç

Almanlar "Typenverschmelzung" derler bu atipik kaynaşmaya.



Bileşik (bağlantılı) sözleşme: İkilisine örnek, iş sözleşmesi ile işçi için lojman kirası sözleşmesi bağlantısı; üçlüsüne örnek, finanse edilmiş satımda (B - *Geschäft*'de) banka - satıcı - alıcı üçgeni



Kendine özgü sözleşme: İcat. Kıırma. Örnekler: Yapmama edimleri, garanti, evlilik dışı yaşam birliktelikleri, inançlı temlik, uzlaşma...

----->

Sorunların çözümünde tutulacak yol şudur: Atipik sözleşmede açıklayıcı basit yorumlama ve boşluk doldurucu tamamlayıcı yorumlama aynen tipik sözleşmelerdeki gibi "güven ilkesi" ya da "kuramı" ışığında yapılır. Tamamlayıcı yorumda varsayılan iradeye öncelik veren "sübjektif otonom yorum" ile yedek yasa kuralına öncelik veren "objektif heteronom yorum" seçenekleri arasındaki seçim, menfaatler durumuna göre yapılır.

Bu arada uzun süreli atipik sözleşmelerde sıkça ortaya çıkan uyarılama zorunluluğuna da "işlem temelini çökmesi" öğretisiyle uyulur.

Yasanın adalet değeri içeren sosyal boyutlu buyurucu kurallarının ve "genel işlem koşulları" bağlamında "yarı buyurucu kural" sayılan yedek kurallarının örneklemeye (kıyasa) dayanak olarak alınmasına, gerekirse yargıç eliyle yaratılmasına önem ve öncelik verilir. Tek satıcılık ve franchise sözleşmelerinde acenteliğe kıyasen bayi ve franchise alıcısı yararına portföy (fesih) tazminatı (denkleştirme bedeli) tanınırken yapıldığı gibi.

Aynen tipik sözleşmelerde olduğu gibi, atipik sözleşmelerde de sözleşmeyi nitelendirmede ve bu nitelendirmeye bağlı olarak sözleşmeye uygulanacak olan yasal kuralları belirlemede taraflar arasındaki menfaat çatışmasında uzlaştırıcı veya taraf tutucu bir yaklaşım benimseyen "menfaat hukukçuluğu" yöntemi izlenir.

Menfaatler durumuna uygun yasal kuralları beraberinde getirecek olan hukuksal nitelendirme yeğlenir.

Bu arada menfaat hukukçuluğu yönteminin ilginç bir versiyonu olan "tipolojik yöntem"e de başvurulur.

Menfaat hukukçuluğunun çocuğu sayılan tipolojik yöntemde sorunun çözümünde somut sözleşme ilişkisine yasa koyucunun gözlüğüyle bakılmaz; satım, kira, vekalet, eser, acentelik gibi katı, kapalı, statik yasal kavramlara ve tanımlara aldırış edilmez. Hazır yasal kalıplara mekanik atılma yapılmaz. Somut bir sözleşme mutlaka bir yasal yatağa (*Prokrustes yatağına*) sokuşturulmaz. Bunun yerine, somut ve ünük "tipin" genel fotoğrafı çekilir; bu fotoğraftaki kendine özgü menfaat çatışmasından (özel problemden) yola çıkılarak soyut kurala (tüme) varılır; daha doğrusu, somut ilişkiye uygulanacak soyut kural sıfırdan üretilir; yaratılır. Atipik sözleşmelere özgü "yaratma kuramı"nın yaklaşımı da budur zaten!

Sonuç olarak, kurala göre çözüm üretilmemiş, probleme göre çözüm üretilmiş olur.

Bu çözüm sürecinde, aranan ve benimsenen kuralın da ille yasada hazır bulunan bir kural olması gerekmez. Böyle bir kuralın birden fazla yasa kuralından toplu "hukuki kıyas" yoluyla elde edilen yeni bir "ilke kural" olması yeter.

Böylesi ilke kurallarına; riskin hakça paylaşılması, özverinin ödüllendirilmesi, tüketicinin korunması, güvenin korunması gibi "ilke kuralları" (topikler) örnek gösterilebilir.

Aslında sübjektif - otonom tamamlama olsun, ileride atipik sözleşmelerin özel sorunları için üretilmiş kuramlar bağlamında değinilen serbest yaratma kuramı olsun, hep sorunlara çözümü somut sözleşmenin bünyesinden çıkarsamaya çalışan tipolojik yöntemin çocuğu sayılabilir⁷.

Burada savunulan görece serbest ve yaratıcı hukukçuluk yaklaşımı sözleşme serbestliğinin egemen olduğu bir sözleşme düzeninde yadırganmamalıdır. Ne de olsa, aile hukukunun, eşya hukukunun ya da miras hukukunun tip sıklığının cenderesinde sıkışıp kalmak zorunda

(7) Bk. *Larenz, K./Canaris, C. W.: Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Auflage, Berlin 1995, s. 37 i.s., s. 122 i.s., s. 290 i.s.

değildir hukukçu. Hukukçunun sözleşme hukuku alanındaki yaratıcılığına sınır konamaz.

Yalnız şu olguyu da gözden kaçırmamalı: Atipik sözleşmeler alanında salt tipik sözleşmelerde de uygulanan genelgeçer yöntemlere başvurmakla yetinilmez. Atipik sözleşmelerde tipik sözleşmelerde rastlanmayan özel kuramlara ve kavramlara da gerek duyulur. Karma sözleşmelerde "birleştirme" ve "soğurma" kuramları, bileşik sözleşmelerde "yazgı birliği" ve "işlem temeli" kuramları ve "örtülü koşul" (zımni şart) kavramı sıkça yardıma çağrılan böylesi özel kuramlardan ve kavramlardandır.

Özel olarak: Mülkiyet devrini amaçlayan atipik sözleşmeler (temlik sözleşmeleri)

Temelli, kalıcı hak transferine yönelik atipik sözleşmelerin listesi kabarıktır:

Bayilik sözleşmesi, tek satıcılık sözleşmesi, koltukçuluk sözleşmesi ve arsa payı (kat) karşılığı inşaat sözleşmesi, akla ilk gelen atipik temlik sözleşmelerindedir.

Ama başkaları da vardır: Satış parasını nakit olarak ödeme yerine, taşınmaz üstündeki rehinli borcu üstlenerek taşınmazı devralma böylesi atipik temlik sözleşmelerindedir. Bilindiği gibi bu sözleşmede borç üstlenme, alacaklının kabulü varsayımı ile kolaylaştırılmıştır (MK 888).

Bir başka örnek: Ayrı zamanlarda kurulan iki ayrı ama "bileşik" satım sözleşmesinin "takas kaydı" ile ya da "koşul" veya "işlem temeli" kısıkaıyla birbirine eklenmesi (çifte satım, *counter-purchase*). Örnek: İstanbul'daki dairenin satışının Bodrum'daki dairenin alışı ile birleştirilmesi. Eksik bir sinallagma oluşturur, bu bileşik (bağlantılı) sözleşmeler. Sinallagmatik (karşılıklı) sözleşmelere, bu arada satıma ve trampaya özgü kurallar "çifte satımlara" uygun düşmezler; onlara doğrudan doğruya uygulanamazlar; olsa olsa "kıyas" süzgecinden geçirilerek uygulanabilirler.

Alicının asıl para ödeme borcunu dilerse ikincil bir yedek edimle, "ifa yerine edim" (*datio in solutum*) yoluyla ve para yerini tutacak başka bir edimle (diyelim bir eşya vererek) yerine getirme seçimlik yetkisine kavuşturulduğu satım, atipik temlik sözleşmeleri bağlamında anılacak son örnektir.

Özel olarak: Atipik trampalar

Kimyasal safılıkta trampaya pek ender rastlandığını belirtmiştik. Trampa edilecek mallar eşdeğerde olmayınca, aradaki farkın bir denklik parasıyla kapatıldığı yaygın olasılık bizi ister istemez satım ile trampa arası ve karması bir atipik sözleşmeye götürür. Ama "eskiyi bırak yeniye götür" işlemleri bağlamında uygulamadaki yaygınlığından ve öneminden ötürü bu sözleşmeyi atipik trampalar listesinin sonuna bırakarak, önce başka atipik trampaları ele alalım:

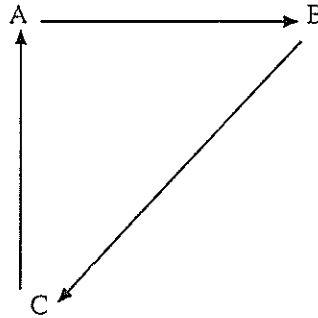
1- Üçlü (*trilateral*) trampa/Döngüsel trampa (*Ringtausch*): Bir örnekle başlayalım:

A, C'nin bir malına taliptir. C ise A'nın malına değil de B'nin malına ilgi göstermektedir.

B'ye gelince, o, A'nın malıyla ilgilidir. Edimlerin üçlü trampasıyla üç ilgili de amaçlarına kavuşturulacaklardır.

Sinallagmatik karakterde tek sözleşme ekseninde oluşan ve üçgeni çepeçevre dolanan böyle bir üçlü ilişkide Roma hukukunun sinallagmatik (karşılıklı) sözleşmelere özgü ünlü "*do ut des*" (veriyorum veresin diye) formülü şu değişik görünüme bürünür: "*Do ut tertio des ut tertius mihi det*". Sana veriyorum, sen üçüncü kişiye veresin ve üçüncü kişi de bana versin diye!

Örnekte somutlaştıralım: A, B'ye şöyle der: "Ey B bilesin ki sana malımı veriyorum ama sırf sen de kendi malını C'ye veresin ve C de kendi malını bana versin diye!"



Bu üçlü sözleşme, bileşik (bağlantılı) sözleşmelerin üç kişinin katıldığı üç köşeli türünü, özellikle bir banka tarafından finanse edilmiş tüketim satımındaki "bileşik sözleşmeyi" andırır, anıştırır.

Yalnız şu var: Üçlü trampada edimler türdeş (üçü de mal iken) iken, bileşik sözleşmelerde edimler türdeş değildir; biri mal alışverişidir, öteki ödünç vermedir.

Üstelik şu da var ki; "bileşik sözleşmede" (özel olarak evvelce burada anılan örnekte satıcı - bankacı - müşteri üçgeninde) üçlü trampadaki yoğunlukta (kertede) bir sinallagmadan değil de olsa olsa bir "eksik sinallagma"dan söz edilebilir.

Gerçekten de bileşik sözleşmelerde bağlantılı edimleri birbirine bağlayabilmek için "örtülü (zımnî) koşul" ya da "işlem temeli" kıskacılarına gereksinim duyulur. Oysa üçlü trampada eksiksiz ve dolaysız bir sinallagma kendiliğinden vardır zaten. Bu komple sinallagmada edimleri birbirine bağlayabilmek için örtülü koşul ya da işlem temeli gibi yapyay ve zorlama bağlaçlara gerek bulunmaz.

A'nın B'ye edimi, B'nin C'ye ediminin *causa'sını* oluştururken, B'nin C'ye edimi de C'nin A'ya ediminin *causa'sını* oluşturur. Üçlü trampada üç edim de *causa* düğümü ile kendiliğinden birbirine sınıksıkı bağlanmıştır.

Bu nedenle, bu atipik üçlü trampa'nın (trilateral sinallagmatik sözleşmenin) bir ortaklık sözleşmesi veya benzeri bir birleşme sözleşmesi olduğu da söylenemez.

Bilindiği gibi, birleşme (örgütlenme) sözleşmelerinde sözleşenler ortak bir amaç ekseninde kalıcı bir kişi birliği oluştururlar; yoksa herhangi bir edim değiş tokuşunda bulunmazlar. Kimileri işte bu nedenle onlara sözleşme gözüyle değil de toplu hukuki işlem gözüyle bakarlar⁸.

Doğaldır ki, basit ikili sinallagmatik (karşılıklı) sözleşmeye ilişkin kurallar bu tür üçlü sinallagmatik trampalara dolaysız ve mekanik bir biçimde uygulanamaz; ancak dolaylı yoldan ve "kıyas" (örnekseme) süzgecinden geçirilerek uygulanabilir.

(8) Bk. *Serozan, R.*: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2006, s. 9 i.s. ve s. 62 i.s. Edimlerin türdeş olmayıp, değişik türde olduğu bileşik sözleşmelerde bile "eksik ve dolaylı bir sinallagma"nın değil de "eksiksiz ve dolaysız bir sinallagmanın" söz konusu olduğunu ileri süren değişik bir görüş için krş. *Pfister, B.*: Der mehrseitige Austauschvertrag. *Juristenzeitung* 1971, Bd. 26, Heft 9, s. 285.

Bir kere şu kesindir ki; "genetik (doğuştan) sinallagma" anlayışına uygun olarak, ilk olarak oluşturulan bağıt ancak en son irade beyanı hüküm doğurduğunda oluşmuş sayılır. Açıkçası, A, B'ye karşı ancak B, C'ye, C de A'ya karşı borç altına girdiğinde borç altına girmiş olur. İrade beyanlarından birinin hükümsüzlüğü ötekilerin de hükümsüzlüğüne yol açar. "Genetik sinallagma" anlayışının yansımasıdır bu.

"Fonksiyonel (işlevsel) sinallagmaya" gelince: Ödemezlik defii üçüncü kişi edimini yerine getirmediğinde de ileri sürülebilir; edimlerden herhangi birine ilişkin ifa engeli, sözgelimi ifa imkansızlığı da öteki edimleri etkiler⁹.

Pekiyi ama bu gibi üçlü trampa sözleşmelerinde sözleşenlerden herhangi birinin ifayı engellemesinden ötürü sözleşmeden dönme hakkı da kullanılabilir mi? Kural olarak dönmeye engel çıkarılamaz. B, C'nin sözleşmeye aykırılığı nedeniyle pekala sözleşmeden dönebilmeli ve üçlü sinallagmayı çözüp bir tasfiye (iade) ilişkisine dönüştürebilmelidir. Edimler arasındaki sıkı fonksiyonel (işlevsel) bağıllık ve menfaatler durumu bunu gerektirir.

Örneğin A - B - C üçgeninde B, C'ye karşı C'nin sözleşme yükümüne aykırılığında ötürü sözleşmeden dönerse, bu dönme işlemi B ile C arasında etkili olacağı gibi, A ile B ve C ile A arasındaki ilişkiyi de etkiler. Bu etkileşim "dönmenin sırayeti" diye bilinir.

Bununla birlikte, somut ilişkinin özellikleri karşısında, bazen dönmenin etkisini sınırlı tutmak gerekebilir.

Örneğin B'nin C'ye karşı sözleşmeden dönmesi üzerine C ile A arasındaki ilişki de çözülmüş sayılırsa, C'nin A'ya karşı sözleşmeye aykırılık tazminatı talep etme hakkı da yitip gitmiş olur. Oysa C, sözleşmeden dönmüş olan B'den aynen ifayı isteyemese bile, hiç değilse A'dan sözleşmeye aykırılık tazminatı isteyebilmelidir. İşte dönmenin etkilerinin sınırlanması gereği ile kastedilen budur¹⁰.

(9) Bk. *Larenz*, K.: *Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., Allgemeiner Teil*. 14. Auflage, München 1987, Par. 15 II, s. 209-210; *Pfister*, *Juristenzeitung* 1971, s. 284 i.s.; *Heermann*, P. W.: *Ringtausch, Tauschringe und multilaterales Bartering*, *Juristenzeitung* 1999, s. 183 i.s.

(10) Bk. *Serozan*, R.: *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul 2007, s. 158; *Pfister*, *Juristenzeitung* 1971, s. 285 i.s.

2- İlginç bir atipik ve multilateral trampa da barter sözleşmesidir.

Barter, bir barter firmasının üyelik sistemi çerçevesinde bir ortak pazar oluşturmasını gerektirir. Bu ortak pazara giren mal sahibi, havuza (*pool'a*) kattığı malın karşılığında, havuzdan eşdeğerde bir mal veya hizmet edimi alma hakkına kavuşur.

Barter işleminde ilk olarak edimde bulunan trampacının gelecekte bu ediminin, daha doğrusu, "edim hesabına kayıt"ının (sabit trampa biriminin) karşılığında hangi partnerinden (barter örgütü üyesinden) hangi mala veya hizmete kavuşacağı baştan belli değildir.

Barter örgütünün merkezi (organizatör barter firması) gelecekteki trampa işlemlerini koordine ederken, tarafların değiş tokuş isteklerini mal ve hizmetlerin toplandığı havuzdan çekip çıkararak ve trampa birimini dikkate alarak yaşama geçirecektir.

Görülüyor ki barterde üçlü trampadaki gibi salt üç sözleşenin inisiyatifine dayanan "*do ut des ut det*" formülüne uygun tek ve bağımsız bir üçlü sözleşme oluşturulmamakta; birden çok iki yanlı trampa sözleşmesi bir örgüt (organizasyon) ağı ile ve bir havuzda birbirine bağlanmaktadır. Öyle ki Almanlar "*Ringtausch*" yerine "*Tauschring*" etiketini takarlar bu sözleşmelere! Trilateral sözleşme yerine multilateral sözleşmeden söz edilir bu durumda. Tam ve dolaysız sinallagmanın yerini eksik ve dolaylı bir sinallagma alır burada.

Barteri üçlü trampadan ayırt eden bir öge de barterin konusunun mal veya hakların yanısıra hizmetlerden de oluşabilmesidir. Evvelce belirtildiği gibi, malın hizmetle değişimi ise trampa sayılmaz; ayrı ve özel bir karma sözleşme sayılır.

Öte yandan, değiş tokuş edilecek değerlerin baştan belli olmaması da barteri üçlü trampadan ayıran başka bir özelliktir.

Nihayet üçlü sinallagma eksikliği, yani üçüncü kişilere karşı edim isteminin ileri sürülmezliği de barteri klasik trampa dışına iter.

Açımlayarak yineleyelim: Barterde üçlü trampadaki gibi bir üçlü sinallagmatik sözleşme söz konusu değildir. Barterde edimin ne zamanı ne de içeriği bellidir. Katılımcı üye barter merkeziyle (organizatörle) sözleşir; yoksa başka bir katılımcı üye ile değil. Katılımcı üyelerden hiçbiri herhangi bir başka katılımcı üyeye karşı herhangi bir edimde bulunma

yükümü altında değildir. Sözün özü, ortada simetrik bir talep - yüküm ilişkisi yoktur. Katılımcı üyeler arasında olası bir trampa daha sonra oluşacaktır. Sonuçta, merkezle oluşturulan birden çok iki yanlı sözleşme adeta bir sözleşmeler ağıyla birbirine bağlanmaktadır. Barter organizatörü, mal veya hizmet sunan katılımcı üye ve mal veya hizmet talep eden katılımcı üye arasındaki ilişkiler ağı bir örümcek ağı kadar giriftir.

Bu durumda üçlü trampaya ilişkin çözümleri barter sözleşmesine aktarmak da zor gözükür. Barterde değişik ikili (bilateral) sözleşmeler arasında üçlü trampadaki veya bileşik sözleşmelerdeki gibi tam veya eksik bir sinallagmatik bağıllık ve bağımlılık yoktur ki. Ama örümcek ağındaki sözleşmelerin "koşul" kısılacıyla birbirlerine bağlı ve bağımlı kılınmaları da pekala olanaklıdır. İfa engellerine uygulanacak yasal çözüm de bu değişik olasılıklara göre belirlenecektir.

Anlaşılan odur ki bartere, trampaya oldukça uzak kalan kendine özgü (*sui generis*) bir sözleşme gözüyle bakılmalıdır¹¹.

3- İlginç bir atipik trampa sözleşmesi de kısmen ivazlı kısmen ivazsız kaynaşık "karma trampa" sözleşmesidir¹². Burada aynen karma bağışlamada olduğu gibi, edimin bir bölümü karşılıklı, bir bölümü de karşılıksızdır. Örneğin, A aslında 100.000 lira değerindeki taşıtını 50.000 liralık bir motosiklet ile trampa etmektedir.

Tip kaynaşması tarzındaki bu eklemli karma sözleşmede birleştirme (birlikte uygulama) kuramı doğrultusunda, ivazlı bölüme trampa, ivazsız bölüme de bağışlama kurallarını uygulamak, eğer bölümsel uygulama mantığa ve amaca aykırı olacaksa, soğurma kuramı doğrultusunda, karakteri ağır basan sözleşmeye özgü kuralları tek başına uygulamak yerinde olur.

(11) Bk. Keskin, A. D.: Barter Sözleşmesi, Ankara 2004. s. 3 i.s., s. 84 i.s.; Belen, H.: Barter Sistemi, İstanbul 2007. s. 11 i.s., s. 130 i.s.; Heermann, s. 183 i.s. Yazarlar da bu karmaşık (kompleks) ilişkiyi *sui generis* sözleşme olarak nitelendirme eğilimindedirler.

(12) Bk. Ernst, W.: Entgeltlichkeit - Eine Untersuchung am Beispiel des Tauschs, der gemischten Schenkung und anderer Verträge, Festschrift für Eduard Picker zum 70. Geburtstag, Tübingen 2010, s. 139 i.s. Yazar, varlıklı iş adamları arasında lüks kol saatlerinin değeri kurcalanmaksızın trampa edilmesini bu tür karma trampalara örnek gösterir.

4- Evvelce belirtildiği gibi, kiralık konutların sözleşme devri bağlamında değiş tokuş edilmesini de, aslında salt geçici yararlanma amaçlı bir sözleşme olduğu için atipik trampa olarak ele alanlar vardır¹³.

Atipik trampanın prototipi: Denklik parası eşliğinde eski - yeni trampası

Nitelendirilmesi en zor ve en çekişmeli sözleşme, kullanılmış eski eşya ile sıfırda, yepyeni bir eşyanın trampasına bir denklik parasının eşlik ettiği sözleşmedir¹⁴.

Otomobil piyasasından bir örnekle başlayalım: Sıfır kilometrede bir otomobili satın almaya yetecek nakit parası olmayan müşteri, bu yeni taşıtın bedelini, onun bir bölümünü kullanılmış kendi eski otomobilini satıcıya (oto galerisine) bırakıp, onun üstüne bir denklik parası vererek karşılar.

Bu alışverişte, satıcı (oto galerisi), pahalı yeni taşıtı satabilmek için, genelde, müşterisinin kullanılmış eski aracına hak ettiğinden (efektif ederdinden) daha yüksek bir değer biçer. Böylece yeni otunun satıcısı bu alışverişte müşterisine üstü kapalı ve dolaylı bir indirim yapmış olur.

Bu tür alışverişler "eskiyi getir, yeniyi götür" sloganıyla son zamanlarda yalnız otomobil piyasasında değil, aynı zamanda başka malların, özellikle "beyaz eşyanın" pazarlanmasında da gözlenmektedir.

Bu özgün sözleşmeyi irdeleyen hukukçunun aklına ilk gelen hukuksal nitelendirme seçeneği şudur: Burada müşterinin asıl edimi oluşturan satış parasını ödeme yerine, ikincil yedek edimi oluşturan kullanılmış araçla ifada bulunma konusunda seçimsel bir yetkiye sahip olduğu olağan bir satım sözleşmesi söz konusudur. Çünkü böyle bir sözleşmede ön planda tutulan ağırlıklı birincil edim satış parasını ödeme edimidir. Kullanılmış taşıtın devri salt bu asıl edimin yerine getirilmesinin özel bir biçimidir (modalitesidir). Böyle olunca da bu özgün sözleşmede satımın kuralları işletilmelidir¹⁵.

(13) Krş. Staudinger/Mader, § 480 N 8; Soergel/Huber, § 515 N 11.

(14) Krş. Giger, Berner Kommentar, OR 237 N 14; Cavin, P.: Schweizerisches Privatrecht VII/1: Obligationenrecht - Besondere Vertragsverhältnisse, erster Halbbd., Basel 1977, s. 180-81.

(15) Nitekim böyle İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 81 II 221.

Olağan satımda asıl edimi oluşturan satış parasını ödeme yerine ikincil yedek edim olarak kullanılmış mal verme konusundaki seçimlik yetki üzerinde bir nebze duralım:

Bilindiği gibi, borçluya sözleşmede baştan saptanmış bir edimi sonradan tek yanlı olarak değiştirme ve borçlanılmış asıl edimin yerine başka bir (ikincil, yedek) edim seçip verme (edimi ikame) yetkisi tanındığında, bu yetkiye "seçimlik yetki" (facultas alternativa) denir.

Seçimlik yetkide tek tür bir edim yükümü, ama başka bir edimi onun yerine verme (ikame etme) şansı söz konusu olmaktadır. "Unum in obligatione, duo in solutione" formülüyle açıklanır bu.

Sözleşmenin hukuksal rejimini belirleyen de bu seçimlik yedek edim olmayıp, sözleşmede baştan öngörülmuş asıl edimdir.

Eğer yedek edim herhangi bir nedenle yerine getirilemezse, borç salt asıl edime indirgenmiş bir borç olarak varlığını sürdürür. Başka bir anlatımla, yedek edimin ifası olanaksızlaşır, birincil, başat, asıl edim yine ön plana çıkar. Bu arada yedek edim "ayıplı" veya "zaptlı" çıkarsa, alacaklı asıl edimi sözleşmeden dönme yoluyla diriltip canlandırabilir (ihya edebilir).

Eğer böylesi bir edim değiştirme operasyonu tarafların ifa aşamasındaki anlaşmasıyla kotarılırsa, "ifa yerine edim" (datio in solutum) söz konusu olur. İşin niteliği gereği, ifa yerine edimde herhangi bir ifa engeli düşünülemez. Çünkü ifa (tenfiz) zaten ifa yerine edimin tipik ögesi sayılır. İfa edilmiş bir edimde ne temerrüt olabilir ne de imkansızlık! İfa yerine verilen edimde olsa olsa bir ayıp veya zapt olgusuyla karşılaşılabilir. O zaman da alacaklı sözleşmeden dönüp asıl edimi yeniden ayakları üstüne dikebilir.

Yedek edimle ifade bulunma konusundaki seçimlik yetki üstüne bu kısa açıklamadan sonra, kullanılmış taşıtı satış parasının bir bölümü yerine oto galerisine kabul ettiren müşteri arasındaki örnek sözleşmemize dönecek olursak:

Acaba bu sözleşme için, seçimlik yetki veya ifa yerine edim bağlamında "yedek edimli olağan satım" nitelendirmesi tarafların izlediği amaca ve menfaatler durumuna uygun düşer mi?

Bu soruya verilmesi gerekli yanıt olumsuzdur. Böyle bir nitelendirme somut ilişkide tarafların izlediği amaca ve menfaatler durumuna uygun düşmez. Açalım:

Unutulmasın ki, müşteri sırf kullanılmış eski aracına satıcı galeri tarafından biçilen görece yüksek değer ve nakdi ödemenin görece düşüklüğünün (dolaylı iskontonun) dayanılmaz çekiciliğine kapılarak böyle bir özel alışverişe kalkmıştır. Yeni aracı pazarlayan galeri sahibi de bu gerçeği çok iyi bilmektedir. Üstelik o bu alışverişten ek kazanç elde etmektedir.

Bu gerçek karşısında, müşterinin sonradan ortaya çıkan birtakım aksilikler yüzünden kendisi için avantajlı özel anlaşmanın kendisine sağladığı özel olanaklardan yoksun bırakılması ve sonuçta asıl edim diye, yeni taşıtın indirimsiz yüksek bedelini nakden ve tamamen ödeme yükümü altına sokulması, ne tarafların varsayılan istencine, ne menfaatler durumuna ne de tüketiciyi koruma politikasına uygun düşer.

Bu durumda yapılacak iş, sözleşmeyi değişik bir hukuksal nitelendirmeye tâbi tutmaktır. Açıkçası, onu yedek edimli olağan bir satım sözleşmesi yerine kendine özgü atipik bir trampa sözleşmesi olarak nitelendirmektedir.

İşte o zaman, eski aracın teslimi, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyecek biçimde "kazara" imkansızlaştığında, karma veya kırma trampa sözleşmesinin bir bölümü de imkansızlaşmış sayılacak ve bu bölümsel ifa imkansızlığı sözleşmeyle izlenen amaç gereği para ödeme bölümüne de taşıp yayılarak tümel imkansızlığa dönüşmüş olacaktır. Sonuçta tüm edimler düşüp sönmüş sayılacaktır. "Ya hep ya hiç" çözümü olarak nitelendirilebilir bu sonuç (TBK 137).

Müşterinin eski taşıtını "ayıplı" veya "zaptlı" olarak teslim etmesi olasılığına gelince: Bu olasılıkta da satıcının eski aracın trampasına ilişkin sözleşme bölümünden dönmesi, onun aynı zamanda sözleşmenin parasal ödemeye ilişkin bölümünden de dönmesi anlamına gelecektir. "Ya hep ya hiç" çözümü yine geçerlidir. Eğer satıcı mutlaka alışverişini kurtarmak istiyorsa, "satış parasının indirimi", bu olasılıkta daha doğrusu "kararlaştırılmış satış parasının oransal artırımı" yaptırımıyla yetinmelidir.

Kimi hukukçular bu doyurucu hukuksal sonuca ulaşabilmek için, mutlaka "yedek edimli satım" nitelendirmesinden vazgeçmeye gerek bulunmadığını, eğer koşulları varsa, müşteri yararına bir "örtülü (zımnî) bozucu koşulun" öngörülmüş olduğu ya da son çare olarak "işlem temelinin çökmüş" olduğu varsayılarak, müşteriye sözleşmeden sıyrılma yolunun açık tutulabileceğini savunurlar. Bu görüşün inandırıcılığı gibi, müşteri

yanlısı pratik sonuçları da burada savunulan görüşün inandırıcılığı ve pratik sonuçları karşısında zayıf kalır¹⁶.

Sözleşmenin nitelendirilmesi tartışmasının pratik önemini somut bir olayda, aynı zamanda alışverişi de parasal verilerle somutlaştırarak canlandırılalım:

A, aslında 20.000 lira eden kullanılmış eski otosunu gerçek değerinden yüzde yüz yükseğine, 40.000 liraya saydırıp B'ye devredecek, B de yeni oto için öngörülmüş olan 120.000 liralık nakit alacağından bu tutarı düşecektir. Böylece A, yeni oto için yalnız 80.000 lira nakit (denklik parası) ödeyecek ve ayrıca eski otosunu B'ye devredecektir.

Gelgelelim, aksilik bu ya, A, B'ye eski otosunu henüz teslim etmeden, bu oto onun özenle korumuş olduğu park yerinden çalınmış ve hırsız aracı denize uçurmuştur.

Bu olayda A'nın çıkarlarına hiç de uygun düşmeyecek şöyle bir hukuksal akıl yürütmeye (şeytan avukatlığına) yer olamaz: "Olayda A'ya satış parasını ödeme edimi yerine kullanılmış eski aracını teslim etme konusunda bir yedek edimde bulunma yetkisi (seçimlik yetki) tanınmış sayılmalıdır. Bu yetki ise şimdi bir kaza (hırsızlık olayı) yüzünden kullanılmadığı için, artık asıl edinim, yani 120.000 lira tutarındaki satış parasının nakden ve tamamen ödenmesi gerekli görülmelidir."

A için bir yıkım oluşturabilecek olan böylesi duyarsız bir akıl yürütme yolu izlenmemeli, onun yerine daha sağlıklı ve tutarlı şöyle bir hukuksal usullama yeğlenmelidir:

(16) Öğretide yazarların çoğunluğu burada savunulan "atipik trampa sözleşmesi" nitelendirmesinden yanadır. Bk. *Larenz, K.: Lehrbuch des Schuldrechts, II. Bd., Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1986, § 42 I, s. 92-93; Medicus, DJLorenz, S.: Schuldrecht II, Besonderer Teil, 16. Auflage, München 2012, § 76 II 1 c; Reinking, K./Eggert, C.: Der Autokauf, 10. Auflage, 2009, N 324 i.s.; Behr, V.: Die Inzahlungnahme von Gebrauchtwagen als Beispiel der Entstehung eigenen Rechts für verkehrstypische Verträge, Archiv für die civilistische Praxis 1985, Bd. 185 s. 401; Pfister, B.: Monatsschrift für deutsches Recht 1968, s. 361; Dubischar, R.: Alt gegen neu beim Kauf, Juristenzeitung 1969, Ed. 24, Heft 5-6, s. 175; Mayer-Maly, T.: Dogmengeschichtliches zu BGHZ 46, 338, Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag, München 1973, s. 673 i.s.; Schulin, B.: Juristenzeitung 1984, Bd. 39, Heft 8, s. 379-380.*

Yalnız Alman Federal Mahkemesi, satım nitelendirmesi bağlanunda da işlem temelinin çökmesi kuramıyla pekala doyurucu sonuçlara ulaşabileceği kanısındadır (BGHZ 46, 336 ve 89, 126).

Olayda taraflarca izlenen amaç ışığında, A'nın kullanılmış eski aracının teslimi ve onun değerinin satış parasından düşülmesi konusundaki anlaşma, salt asıl para ödeme ediminin yerini tutan bir yedek edimde bulunma anlaşması sayılamaz. A'nın eski aracını teslim edimi sıfır kilometredeki yeni aracın teslimi karşı ediminin önemli, ağırlıklı bir bölümünü oluşturmaktadır.

Değişik bir söyleyişle: Kullanılmış aracın para yerine teslimi salt "asıl para ödeme ediminin yerini tutan yedek edimin yerine getirilmesi" sayılmayıp, sözleşmenin özelliği gereği, ifanın (bölümsel de olsa) ta kendisi sayılmalıdır. Öyle ki kullanılmış aracın devrindeki herhangi bir aksaklık yüzünden para edimi sonradan tüm kapsamıyla diriltilesin.

Unutulmasın ki, yeni aracın yüksek satış parasının diriltilmesi müşteri için hazırlıklı olmadığı ve altından kolay kolay kalkamayacağı ağır bir yük yaratır.

Müşteriden yana çözüm için izlenecek mantıksal yol açıktır: Buradaki somut ilişkide yeni araç konusunda yedek edim yetkisini içeren yalın bir alım satım sözleşmesi söz konusu değildir. Yapılan anlaşmanın özü, eski aracın asıl edimin belirli bir bölümünü oluşturduğu atipik bir trampa sözleşmesidir. Böyle bir trampada "para ödeme edimi" araç teslimi edimi karşısında arka planda kalmaya (ikincil edim sayılmaya) mahkumdur. Böyle olunca da aracın tesliminin olanaksızlaşması ister istemez atipik trampa sözleşmesinin bölümsel ifa imkansızlığına ve sonuçta da tümel ifa imkansızlığına yol açacaktır.

Özetleyerek yineleyelim: Örnekteki sözleşme; tarafların iradesi, amacı ve tüketicinin korunması gereği ışığında yedek edimli bir satım olarak nitelendirilemez. Menfaat hukukçuluğu yöntemi ve tipolojik yöntem ışığında bu sözleşme daha ziyade satım ile trampanın kaynaştığı (biraz satımdan biraz da trampadan oluşmuş) "karma", belki de "kıрма" bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Burada eski araç salt yedek edimin konusu sayılmamalı; düpedüz atipik trampa ediminin belirli bir bölümünün konusu sayılmalıdır. Böyle bir sözleşmeye satım kuralları yakışmaz; trampa kuralları yakışır. Böylesi bir uygulamada ise, A'nın atipik trampa ediminin belirli bir bölümünün (eski aracın devrinin) ifası imkansız hale gelince, karşı trampa edimi aynı oranda bölünemeyeceğine göre, bu bölümsel ifa imkansızlığı ister istemez tümel imkansızlığa

dönüştürmüş kabul edilecektir (Krş. TBK 137, 27 II). Sözün özü, ilişkinin tümü sıfırlanacak demektir.

Bu nitelendirme karşısında A 120.000 lirayı ödeme borcundan, B de yeni aracı devretme borcundan kurtulmuş sayılır.

Bir formülde toparlayalım: Trampa ediminin bölümsel imkansızlığı = Tümel imkansızlık = Tümel tasfiye! Ya hep ya hiç çözümü!

Bir şemada gösterelim:

Yok sayılacak tablo A ——— 120.000 liralık satış parası ———> B
 - - - - 40.000 liralık eski araç - - - ->
 <—— Sıfırda yeni araç ——>

Üstün tutulacak tablo A — 40.000 liralık araç + 80.000 lira —> B
 <—— Sıfırda yeni araç ——>

Anlaşmanın özü, eski taşıtın asıl edimin belirli bir bölümünü oluşturduğu, tip kaynaşması tarzında atipik bir satım trampa karmasıdır, hatta kırmasıdır. Bu atipik sözleşmede eski otoyu verme edimi ve dolayısıyla trampa karakteri ağır basar.

Böylece, tüketiciden yana sosyal bir yaklaşımla, Avusturya hukukunun "*in dubio pro permutatio*" yorum kuralı da ihya edilmiş olur. Tüketici de bu sayede eski aracıyla ilgili eksikliklerde ve aksaklıklarda yeni aracın satış parasını ödeme yükü(mü) altına sokulmuş olmaz. Bu gibi aksilikler ortaya çıktığında atipik trampa sözleşmesinin tümüyle tasfiyesi yoluna gidilir.

Öyleyse, eski aracın batması üzerine, alıcı A'nın asıl edimini (ki bu bir trampa edimi sayılacaktır) ifa etmesi sonradan ve nesnel olarak imkansızlaşmış sayılmalıdır. Bu imkansızlıkta A'nın ve ifa yardımcılarının herhangi bir katkısı da yoktur. Bu durumda A da TBK 136 uyarınca borcundan kurtulmuş sayılmalıdır.

Gerçi imkansızlık salt eski aracın devrine ilişkin bölümsel bir imkansızlık görünümündedir. Ne var ki yeni aracın (karşı edimin) bu bölümsel imkansızlık oranında bölünmesi düşünülemez. Böyle olunca da bölümsel imkansızlık ister istemez tümel imkansızlığa dönüşmüş olur. Tüm ilişki tasfiyeye mahkum sayılır (TBK 27 II kuralı örnek alınır; TBK 137 doğrudan uygulanır). B de yeni aracın A tarafından 120.000 lira karşılığında teslim alınmasını isteyemez. Tümel ifa imkansızlığı nedeniyle tümel tasfiye amaca uygun çözümü oluşturur.

Eğer müşterinin kullanılmış eski taşıtı satımla bağlantılı bir komisyon gereğince satıcıya bırakılmışsa ve bu arada kullanılmış otunun baştan kararlaştırılmış olan görece yüksek satış parası da daha baştan satıcı oto galerisine temlik edilmişse, eski aracın, bünyesindeki ayıp yüzünden satılamaması halinde yine aynı çözüm geçerli olmalıdır. Öyle ki oto galerisi bağlantılı iki sözleşmeyi, yani satımı ve komisyonu ancak birlikte çözebilmeli; yoksa salt eski araca ilişkin komisyon sözleşmesini çözüp yeni aracın tüm parasal karşılığını talep edememelidir.

Aynı "ya hep ya hiç" yaklaşımıyla, A'nın eski araca ilişkin bir sözleşmeye aykırılığında, diyelim temerrüdünde veya ayıplı ifasında da B'nin sözleşmenin sadece eski araca ilişkin bölümünden dönemeyip, ancak sözleşmenin tümünden dönebileceği kabul edilmelidir.

Dikkat edilirse, bu örnek olayda menfaatler durumuna ve pratik sonuca göre (pratik sonuç odaklı) bir hukuksal nitelendirme yapılmaktadır (*Rechtsfolgenorientierte Lösung, remedy oriented approach*). Tüme varımcı (endüktif) bir hukuksal akıl yürütmedir bu.

Kavramcı, kuralcı ve biçimci soyut bir tümenden gelim mantığı yerine, böylesi bir tüme varım mantıklı menfaat - değerlendirme hukukçuluğu yaklaşımı benimsendiğinde, hele de bu hukukçuluk yönteminin daha da süzme (rafine) uzantısı olan "tipolojik yöntem" yeğlendiğinde, somut olayda korunmayı hak eden sözleşenden yana sosyal boyutlu bir çözüme ulaşmak ve somut olay adaletini gerçekleştirmek adamakıllı kolaylaşacaktır.

Yine dikkat edilirse, bu olayda hem a) tüme varım yöntemiyle pratik sonuç eksenli (adaletli sonuca uygun) bir hukuksal nitelendirme yapılmıştır (satım yerine trampa varsayılmıştır) hem de b) mekanik, şematik, soyut bir kavramcı altlamadan kaçınılarak, somut ve özel (ünik) sözleşme tipine uygun özel bir kural üretilmiş, bu arada tüketicinin ko-

runması ilkesi de değerlendirmeye katılmıştır. Tüm sözleşmeler için, ama özellikle atipik sözleşmeler için benimsenmesi gerekli çağdaş sosyal hukukçuluk yaklaşımı budur işte! Kurala göre çözüm değil de probleme göre çözüm; kavramcı altlama değil de gerçekçi yaratma budur işte!