

**KARŞILIKLI SÖZLEŞMELERDE
BAŞTAN DAYATILMIŞ VEYA SONRADAN OLUŞMUŞ
EDİMLER ARASI DENGESİZLİĞİN UYARLAMA
YOLUYLA DÜZELTİLMESİ**

**Kronolojik açıdan ayrımlı olguları
ortak bir rejime bağlama denemesi**

PROF. DR. RONA SEROZAN *

**GİRİŞ: SÖZLEŞME ADALETİNE İLİŞKİN TEMEL VARSAYIMLARIN VE
İLKELERİN ÇÖKÜŞÜ**

Karşılıklı sözleşme, sözleşmenin her iki yanına da borç yükleyen sözleşmedir. Bu gibi sözleşmelerde, genelde, tarafların birbirlerine karşılıklı olarak sağladıkları avantajlar, özel olarak onların birbirlerine taahhüt ettikleri "edimler" belirli bir menfaat dengesi içinde olurlar. "Serbest pazarlık", yani hukuki deyimle "sözleşme serbestliği" doğrultusunda, taraflar birbirlerine verdikleri ödünlere ve birbirlerine söz verdikleri edimlerde ölçüyü korurlar. Alıcı satın aldığı orta (vasat) kalitede malın serbest piyasadaki ortalama bedelini, kiracı kullanılabilir düzgün mal için rayiç kirayı, ödünç (kredi) alan serbest piyasada geçerli faizi öderken, iş gören ve eser yaratan da işgücünün ve servisinin karşılığında hak ettiği ücreti alır. Bu arada tarafların birbirlerinden sağladıkları hukuki avantajlar, diyelim sözleşmeyi fesih ve edimi değiştirme hakları ve sorumsuzluk ayrıcalıkları arasında da bir eşitlik olur.

Sözleşmenin kuruluşu aşamasında oluşturulan bu hakça denge, sözleşmenin ifası ileri bir tarihe sarksa veya kira, ödünç ya da iş ilişkisin-

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

ve olduğu gibi, "sürekli olarak" gerçekleştirilse de sonradan kolay kolay bozulmaz; öylesine korunur.

Ne var ki karşılıklı sözleşmenin yanları arasındaki biçimsel ve soyut özerklik (irade muhtariyeti) ve hak ehliyetinde eşitlik varsayımına, ayrıca ekonomide istikrar varsayımına dayanan bu soyut hukuki tablo kimi zaman (son yıllarda çoğu zaman) maddi yaşam gerçeğine uymaz. Öz çıkarlarını akılcı bir biçimde değerlendirebilen, ekonomik ve entelektüel yönden eşit bireylerin saydam rekabet ortamında oluşturdukları karşılıklı edimler arası denge güncel ve somut yaşam gerçeğinde düpedüz nostaljik bir hayale dönüşür.

Söyle ki "sermaye" giderek yoğunlaşıp merkezileşmiş (Konzentration und Zentralisation), bu tekelleşme (tröstleşme ve kartelleşme) sürecinde eşitsizlikler, bağımlılıklar ve dayatmalar artmış, piyasada rekabet ve saydamlık ortadan kalkmış, yurttaşlar işletmelerin tüketim robotuna dönüştürülmüş ve bütün bunlara bağlı olarak, eşit kozlarla serbest pazarlık efsanesi de çökmüştür.

Özetle, sözleşmenin bir yanı adamakıllı güçlenirken, öteki yanı adamakıllı güçsüzleşmiştir. Sonuç olarak, tekelleşme, işletmelerin iradelerine özel erk katarken, bireylerin o mistik irade özerkliklerini onların elinden almıştır.

Doğaldır ki taraflardan biri para erki ve buna bağlı bilgi üstünlüğü sayesinde sözleşmeyi ve koşullarını "oldu bitti" ile dayatma ayrıcalığını sağlayınca, bağımlı karşı taraf için geride ne irade özerkliği ne de eşitlik şansı kalır. Sonuç olarak, "sözleşme adaletsizliği" istisna olmaktan çıkar, düpedüz kural olur.

İlk olarak iş, konut kirası ve tüketim sözleşmelerinde, daha sonra da genel işlem koşullu sözleşmelerde gözlemediğimiz eşitsizlik, bağımlılık, dayatma, edimler arası dengesizlik ve yargısal müdahale gereksinimi başkaca sözleşmelerde de adım başında karşımıza çıkar.

Değersiz bir mal için astronomik paralar koparılır; önemli hizmetler için komik kaçan çok düşük paralar ödenir; bu arada hukuki silahlar arasındaki eşitsizlik de çarpıcı boyutlara ulaşır. O kadar ki güçsüz taraf gücünün elinde sanki bir oyuncak olur. Son yıllarda kredi ve leasing sözleşmelerinde, acente, tek satıcılık, franchising, yönetim (management) gibi pazarlama (Vermarktung) sözleşmelerinde, ayrıca, garanti, kefalet, rehin benzeri teminat sözleşmelerinde karşılaşılan ra-

hatsızlıklar göz önüne getirilsin¹.

Yalnız özel yasal veya yargısal koruma rejimine bağlanmış olan iş, kira, tüketim, kredi, teminat, pazarlama (acente, franchising), turistik gezi, öğretim (kurs), içecek ve akaryakıt sevki ile genel işlem şartlı sözleşmelerde değil, tüm sözleşmelerde adım başında haksız ve bencil dayatmalarla karşılaşılır; bu konuda özel bir tavır alma gereksinimi hukukçunun gündemine gelip oturur. Sözün özü, genel işlem şartları heyulasına benzer heyulalar her köşe başında, her bireysel sözleşmede karşımıza çıkar.

Avusturya'da Tüketiciyi Koruma Yasasının genel işlem şartı içermeyen bireysel tüketim sözleşmelerinde de hakkaniyet (içerik) denetimini öngörmesi, sözleşme hukukunda haksız dayatma sorununun ivedi çözüm bekleyen ne denli geniş kapsamlı bir sorun olduğunu ve salt genel işlem şartlı sözleşmelere indirgenemeyeceği gösterir.

* * *

Öte yandan, başlangıçta edimler, ödünler ve hukuki silahlar arasında kurulmuş olan göreceli menfaat dengesi sonradan ortaya çıkan gelişmeler yüzünden altüst olabilir. Tüketicilerin, kiracıların ve kredi alanların borçları zamanla kendileri için bir yıkım oluşturacak katlanılmaz boyutlara ulaşabilir. Tersine, iş gören ve eser yaratan alacaklıların ücret alacakları zamanla efektif alım gücü açısından olağanüstü ölçüde düşebilir.

Eklemeli ki bunun tam tersi de olabilir: Kiracının veya kredi alanın borcu zamanla efektif olarak gülünç denecek düzeylere düşebilir. Bunun gibi, taşınmazın olağanüstü artan değerine karşılık, önalım (şufa) bedeli fiilen gülünç sayılabilecek bir ölçüde kalabilir; işgücü sunanın ücret alacağı ise aşırı artabilir. Ama sosyal açıdan pek sorun çıkarmaz; ağırlık taşımaz, sosyal yıkıma (Sozialkatastrophe'ye) yol açmaz bu gelişmeler.

Ne yazık ki sözleşme sonrası denge bozulması sorununun boyutları da son zamanlarda adamakıllı genişlemiştir. Stagflasyon, devalüasyon, borçlanma ve borsa krizleri, savaş, darbe ve rejim değişiklikleri yaygınlaştıkça, baştan her nasılsa kurulabilmiş dengeler sonradan sıkça altüst olmaktadır. Bu arada alacaklarını sağlam "değer koruma" (echelle mobile) kayıtlarına (endekslere), özellikle dövize bağlanmış olan deneyimli, tedbirli, güçlü işletmeler ve iş adamları, kendileri için

¹ Coester-Waltjen, Inhaltskontrolle von Verträgen ausserhalb des ABGB, AcP 190, 1 i. s.

olumsuz gelişmeleri kestirme kapasitesinden yoksun kiracıları, kredi kullananları ve tüketicileri, hani neredeyse MK 2 II'nin deyimiyile "haklarını kötüye kullanarak" ve "ahlaka hiç de uygun sayılamayacak biçimde" acımasızca köşeye sıkıştırmakta, asla hak edilmemiş bir artı değeri ceplerine indirmektedirler. Böyle bir olanağa işgücünü satmak zorunda bırakılanlar sahip değildirler. Böylece sözleşmenin kuruluş aşamasında güçsüzün öz çıkarlarını gereği gibi değerlendirememesine bağlı eşitsizlik sözleşmenin ifası sürecine de yansımış olmaktadır.

Bu eşitsizlikler de küçümsenecek gibi değildir. Özellikle kira, leasing, kredi, tüketim ve pazarlama sözleşmelerinde, ama aynı zamanda uzun bir süreye yayılan başkaca sözleşmelerde de ifa sürecinde sık sık "sosyal felaketler" (soziale Katastrophen) ile karşılaşmaktadır.

Aşlında, Batı'daki gibi, bizde de taşınmaz kirasında ve tüketim sözleşmelerinde dövizle ödemeler yasaklanmış olsa, bu sorunun önu geniş ölçüde alınmış olurdu.

Özetle, piyasada liberalizm ve ekonomide istikrar efsanesi somut yaşam gerçeğinde yıkılınca, bu temellere dayanan özerklik ve eşitlik (mübadale adaleti) varsayımı ve "pacta sunt servanda" (ahde vefa) ilkesi de temelleriyle birlikte yıkılıp parçalanmıştır.

YASAL AVADANLIĞIN (KLASİK ENSTRÜMANLARIN) YETERSİZLİĞİ

Borçlar Kanununun, irade özerkliği ve hak ehliyetinde eşitlik varsayımına ve verilen söze her ne pahasına olursa olsun sonuna dek bağlı kalınacağı ilkesine dayanan geleneksel avadanlığıyla (klasik enstrümanlarıyla) bu sorunların üstesinden gelinemeyeceği bellidir.

Bilindiği gibi, edimler arası oransızlığın daha baştan dayatılmasından söz edilince, akla sadece patolojik durumlara ilişkin olup, sıkıca sınırlanmış ve ağır gereklere bağlanmış olan işlem ehliyetsizliği, hata, hile, ikrah ve gabin gelir. Yukarıda anılan irade özerkliği zayıflıkları ise bu katı ve köşeli kalıplara uymaz.

İlginçtir, kronik ve yapısal dayatmaların paradigmasını oluşturan "genel işlem şartlarında" bile, yasal kalıplar arasına sıkışıldığında, edimler arası denge (parite) içerik denetiminin dışında tutulur.

"Undue influence" (haksız etkileme) ve "fahrlaessige Tauschung" (ihmalî aldatma) gibi kavramlarla, bu dar yasal kalıpları çatlatma girişimleri bu bakımdan dikkate değer.

Aynı durum sonradan oluşan dengesizlikler için de geçerlidir. Pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkesiyle para borçları için geçerli nominalizm ilkesi, borçlunun sübjektif imkansızlıktan ve hele para bulamadan ötürü sıkı garanti sorumluluğu (tedarik yükümü) karşısında, (Geld soll man haben) yasada özel olarak düzenlenmiş ifa engelleri (temerrüt, imkansızlık ve sözleşmenin müspet ihlali) dışında, sözleşmenin edimlerini değişen koşullara uyarlama, hele o sözleşmeyi çözme asla söz konusu olamaz².

Bu alanda da klasik imkansızlık kalıbını "aşırı ifa güçlüğü" (Uner-schwinglichkeit) ve "ekonomik imkansızlık" (wirtschaftliche Unmöglichkeit) kavramlarıyla zorlayıp çatlatma girişimleri dikkat çeker; başta dövizle kredi alanlar gelmek üzere, dövizle borçlananların feriyadını bastırarak yasal ve yargısal müdahaleler gittikçe daha sık göze çarpar.

Oysa bütün bu "edimler arası dengesizlik" sorunları hukukçunun bir takım göstermelik kuramlarla ve kaçamak kavramlarla çözümünden kaçınamayacağı sorunlardır. Alman Anayasa Mahkemesi yargıçlarının sözlerini aktaralım: "Sözleşenlerden biri fiilen üstün durumdaysa, güçsüz tarafın irade özerkliğinden söz edilemez. Eğer böyle bir durumda sözleşme koşulları güçsüz kişi için aşırı bir külfet oluşturuyorsa, hukukçu, sözleşme sözleşmedir; buna sonuna kadar bağlı kalınmalıdır diye hareketsiz kalmaz. O bu gibi olumsuzluklara karşı tavır almali ve gerekli düzeltmeleri yapmalıdır. Bu zorunluluk, doğrudan doğruya, anayasa gereği, irade özerkliğini ve sosyal devleti koruma zorunluluğundan kaynaklanır."³

Kişilerin yasal erginliklerinin yok sayılamayacağı, onların durup dururken hacir altına alınamayacakları, yasal kalıpların zorlanıp çatlatılmayacakları, hukuk güvenliğinin ve istikrarının zedelenmemesi gerektiği ve icra iflas hukukunda borçluyu koruyucu kuralların yeterliliği konusundaki demagojilerle bu anayasal zorunluluğa karşı çıkılamaz.

Eğer yasa koyucusu tüketiciyi, acenteyi, konut kiracısını, işçiyi, aynı ve şahsi teminatlar vereni ve benzerlerini özel olarak korumak üzere evvelce yaptığı gibi harekete geçmezse, uygulayıcının devreye girmesi

² Serozan, Juristische Blätter 1983, 562 - 565.

³ NJW 1994, 38/39; çeviri için bk. Atamer, İÜHFEM Cilt LV Sayı 3 (1997), 419 i.s.

kaçınılmaz hale gelir.

İşte, bu zorunluluk doğrultusunda, ekonomik eşitsizliklerin ve para değerindeki dalgalanmaların gittikçe yayıldığı bir dönemde, gerek karşılıklı sözleşmenin kuruluş aşamasına, gerek onun ifası sürecine ilişkin edimler arası haksız dengesizlik sorununun yasal kalıplar zorlanarak çözüme bağlanması ve bu arada çözümlerin ortak bir temele ve ölçüte bağlanması yerinde olur.

Karşılıklı edimler arasında dengesizlik biçiminde belirmese de, baştan haksız dayatmalarla ölçsüz ödünler ve sonradan adaletsiz çarpıklıklar karşılıklı sözleşmeler dışında da ortaya çıkabilir. Tek yanlı sözleşmelerden kefalette keflin oldu bittiye getirilip sömürülmesi ve bağışlamada da bağışlayan için külfetlerin zamanla ağırlaşması düşünülün. (Kefalet için krş. Gauch/Schmid, N 676'da anılan Alman Federal Mahkemesi içtihatları; bağışlama için krş. BK 245 b. 2/3) Ama unutulmasın ki kefalette ve bağışlamada, bu gibi adaletsizliklerde uyarılama olmaz da ancak temelli çözüme (kurtuluş) söz konusu olur.

Bunun gibi, ortaklık sözleşmelerinde karşılaşılan haksız kayırmalar da ayrı bir bağlamda hakkaniyet denetiminden geçirilir.

Karşılıklı sözleşmede edimler arasında baştan ve sonradan dengesizlik olgularına değinmişken, sözleşme öncesi ve sonrası aksaklıkların ve aksiliklerin panoramasına göz atalım:

Sözleşme öncesinde:

Gabin/Ahlaka aykırılık/Temel hatası

Baştan obj. veya sübj. İmk. Cic



Sözleşme sonrasında:
İşlem temelinin çökmesi

Sonraki imkansızlık

Cis (smi)+
CpPP*

BAŞTAN KATLANILMIŞ EŞİTSİZLİĞİN DÜZELTİLMESİNDE KAMU DÜZENİNE VE AHLAKA AYKIRILIK KAVRAMININ MOBİLİZE VE FORSE EDİLMESİ

Tüm özel hukukun temel yapı taşlarını oluşturan irade özerkliği ve sözleşme serbestliği ilkeleri, sözleşenler arasında belirli ölçüler içinde ekonomik, sosyal, psikolojik ve entelektüel bir güç dengesini varsa-

* Cic: Culpa in contrahendo, cis: culpa in solvendo (sözleşmenin müspet ihlali), cpPP: culpa post pactum perfectum.

yar. Eğer bu varsayım taraflardan birisi lehine ve ötekisi aleyhine belirgin bir biçimde çarpıtılıp çökertilirse, serbest pazarlık şansını yitirmiş olan güçsüzün irade özerkliğinin koruyucusu ve güçlünün irade özerkliğinin bir sınırlayıcısı olarak, kamu düzenine ve ahlaka aykırılığa butlan yaptırımını bağlayan BK 19/20 kuralı seferber edilmelidir.

Böylece, BK 19/20 kuralı, aynı zamanda, adalet değeri içeren ağırlıklı yedek yasa kurallarını adeta buyurucu kural katına çıkararak bir manivela işlevi görür.

BK 19/20'nin kamu düzenine ve ahlaka aykırılık kavramlarının belirlenmesi konusunda öğretide ve uygulamada benimsenmiş birtakım ölçütler vardır. Bu ölçütlerin ilginç gelişim çizgisi "ekonomikleştirme", "sosyalleştirme" ve "anayasallaştırma" deyimleriyle özetlenebilir. (Ökonomisierung, Sozialisierung, Konstitutionalisierung)

Açalım: Başlangıçta ahlaksızlık cinsel yaşama indirgenmişken, zamanla ekonomik, ticari yaşam alanına aktarılmıştır. Değişik bir anlamla, ahlakın ışılacağı yatak odasından bürolara çevrilmiştir. İstatistiklerin ortaya çıkardığı gerçek şudur ki aile yaşamıyla ve cinsel yaşamla ilgili ahlaka aykırılık olgularının tüm ahlaka aykırılık olgularına oranı yüzde ona düşmüştür.

Üstelik, işin başında, ekonomik ahlaksızlık açısından "ekonomik üstünlüğün aşikar biçimde istismar edilmesi", "tipik bir tekel konumunun bulunması", "ekonomik açıdan köşeye sıkışmış olan kişiye sunulan edimin kendisinden vazgeçilmezliği" ya da "cendereye dayanılmazlık" gibi oldukça ağır koşullar öngörülmüşken, günümüzde, sosyal açıdan çok daha geniş yürekli, esnek değerlendirmeler yapılmaktadır.

Bu sosyal yaklaşımda, "sözleşenlerden birinden esirgenmiş olan bir hukuki avantajın sözleşenler arasındaki karşılıklı menfaat dengesini hakkaniyete aykırı biçimde bozmuş olması" ya da "yasanın yedek kurallarının kurmuş bulunduğu adaletli düzenden sapıp ayrılmanın somut olayda makul gözükmemesi" bile, artık, tek başına, BK 19/20 butlanı damgasının sözleşmeye basılmasına yetebilmektedir.

Bu arada, ahlakın "aklı başında yurttaşların ahlak anlayışının ortalama" (Anstandsgefühl aller gerecht und billig Denkenden) ölçütünden ve kamu düzeninin de "devletin resmi güvenlik düzeni" ile özdeşleştirilmesinden kurtarılıp "anayasal temel hakların ve ilkelerin özel hukuk ilişkilerindeki yatay ve dolaylı etkisi" (Drittwirkung) öğretisi ışığında anayasal değer yargılarıyla laik, sosyal, demokrat ve öz-

gürlükçü bir içeriğe kavuşturulması da sağlanmıştır. Aynı sonuca BK 19/20 kuralının zayıf ölçüsüz ödünlere karşı koruyucu MK 23'ün sosyal kuralıyla bütünleştirilmesi de sürüklemiştir.

Özetle, kamu düzenine ve ahlaka aykırılığa yepyeni bir anayasal, ekonomik ve sosyal çerçeve kazandırılmıştır.⁴

Ne var ki BK 19/20 kuralının etkin işlerliğini bloke eden bir saplantı bu alandaki olumlu gelişmenin hızını kesmiştir. Talihsiz saplantı şudur: "BK 21 kuralı BK 19/20 ikilisi karşısında öncelikle uygulanması gerekli bir özel kuraldır. BK 21'in özel ağırlıktaki öznel gerekleri bir araya gelmedikçe, güçsüzden yana geçersizlik yaptırımına uygulanma şansı tanınmaz."⁵

Neyse ki bu formalist ve kavramcı yaklaşıma da artık aşılmış gözüyle bakılabilir. Aynı konuyu düzenleyen kurallar arasında "dışlama" mı yoksa "yarışma" mı olacağını eleştirel ve işlevsel menfaat – değerlendirme hukukçuluğunun pusulası gösterir. Bu yaklaşımda, öngördüğü yersiz öznel gereklerle oldum olası eleştirilmiş olan BK 21 kuralı BK 20 kuralı karşısında asla inhisari uygulamayı hak eden bir özel kural sayılamaz. İleride saptayacağımız gibi, bu kuralların öngördükleri yaptırımlar açısından benimsenen diyalektik, global yaklaşım hukuki gerekler açısından da geçerli olmalıdır. Gabinle ahlaka ve kamu düzenine aykırılık arasında kapıların karşılıklı etkileşime alabildiğine açık tutulmasına Almanya'da § 138 BGB kuralı bağlamında da rastlanır. Orada da "gabin benzeri işlem" (wucheraehnliches Geschaef) gabinin özel koşullarından bağımsız olarak ahlaka aykırı sayılır.

Nitekim BK 189 III/196 – BK 99 – BK 20, Türk Ticaret 24 – BK 20 ve BK 41 II – BK 20 ilişkilerinde de hep bu sağlıklı ve tutarlı yaklaşımla, özel kural-genel kuralı ilişkisi yadsınmakta ve BK 20 butlanına dışlanması gerekli genel kural gözüyle bakıl-

⁴ Mayer-Maly, AcP 194, 105 i.s. ve Münchener Kommentar, § 138 N 43 i.s.; Damm, Juristenzeitung 1986, 918 i.s. ve alternativ Kommentar zum BGB § 138 N 13 i.s., N 44 i.s.; Jauernig, § 138 N 6; Esser/Schmidt, Schuldrecht, § 10 II, 139; Zufferey-Werro, Le contrat contraire aux bonnes moeurs N 1029; Kramer, OR 19/20 N 163; Huguenin Jacobs, OR 19/20 N 23; İsv. FM, BGE 111 II 245.

⁵ İsv. FM, BGE 115 II 236; Bucher, OR AT, 259; Koller, OR AT N 1003; Gauch v.b., Obligationenrecht N 676, 744, 757; krş. ama aynı kitapta Alman etkisinde kefalet için bir ayrıntı tanyan Schmid, N 676a; ayrıca bk. Huguenin Jacobs, OR 19/20 N 40.

*mamaktadır.*⁶

BK 19/20 bağlamında gözlenen daha ilginç gelişme şudur:

Başlangıçta, sözleşme serbestliği ilkesinin BK 19/20 eliyle korunmasında dozun kaçmaması için, sınırlamaları sınırlayıcı ilke olarak, hem subjektif planda, iradenin oluşması aşamasında bir terslik hem de objektif planda, sözleşmenin içeriğinde bir dengesizlik olması koşulu aranmışken, bu konuda da belirgin bir esneklik gösterilmeye başlanmıştır.

Şöyle ki günümüzde sözleşmenin içeriğindeki nesnel dengesizliğin fazlalığının öznel öğelerin eksikliği pekala telafi edebileceği kabul edilmektedir. "Kum yığını kuramı" (Sandhaufentheorem) olarak tanınan bu görüş, özellikle Avusturyalı hukukçuların (başta da Wilburg'un) nesnel öğelerle öznel öğeler arasındaki oynak ve esnek mekiğe ilişkin saptamalarına kadar geri gider. (Zusammenspiel beweglicher Elemente)

Uygulamanın sözleşmenin öznel ve nesnel tüm öğelerini hep birlikte tartıp değerlendirmesi de (Gesamtbeurteilung) aynı çizgidedir. Bunun gibi, uygulamanın sözleşmenin içeriğindeki aşırı (ekstrem) nesnel dengesizliği (grobes, krasses, auffalendes Missverhaeltnis) öznel gereklerin varlığına "karine" sayması da yine aynı yöndeki gelişmeyi gösterir.⁷

Değişken sosyo-ekonomik yapıda özerk iradeye pek yer kalmayınca, iradi öğelerin kurcalanmasına da pek gerek duyulmaz.

Uygulamada ölçüsüz teminat verme işlemlerinde, özellikle global alacak temliklerinde ve dar gelirli için sakıncalı kefaletlerde öznel öğeler ve gerekler hiç kurcalanmaz; salt edimin katlanılmaz ağırlığına bakılır ve bu nesnel ölçüsüzlüğe dayanılarak, işleme BK 19/20 (Al-

⁶ Zufferey-Werro N 676 – 687; Schwenger, OR AT, s. 203/4; Serozan, Medeni Hukuka Giriş, § 5 N 34; İsv. FM, BGE 93 II 189; Yargıtay HGK 20.03.1974, YKD 1977/1, 21; 13. HD 3. 10. 1998, Karahasan II, 332.

⁷ OLG Stuttgart'ın NJW 1979, 2409'da yayımlanmış ve yankılar yaratmış kararından beri Alman uygulaması hep bu yöndedir: BGH, NJW 1983, 1420; 1984, 2292; 1988, 131 ve 1661; 1992, 899; 1996, 1204. Ayrıca bk. Mayer-Maly, Juristische Schulung 1986, 596 i.s. ve Münchener Kommentar, § 138 N 25; Roth, Münchener Kommentar, § 242 N 521/22; Kramer, OR 21 N 26; Zufferey-Werro, N 1013 i.s.; Gauch v.b., Obligationenrecht N 744; Serozan, Juristische Blätter 1983, 568/69.

manya'da § 138 BGB) butlanının damgası basılır.⁸

Aslında, tüm cendere sözleşmelerinde (Knebelungsvertraege), özellikle de pazarlama konusundaki sözleşmelerde (acente, tek satıcılık ve franchising gibi) artık sömüren yanın kastına, onun kınanabilir tutumuna ve sömürülenin saflığına, onun irade zayıflığına bakılmamaktadır. Bu öznel öğeleri kanıtlayıcı yükünü davacının sırtına yüklemek sosyal olmayan bir tutum olarak değerlendirilmektedir.

Unutmayalım ki BK 161 III, 349 ve 409 kurallarında da ölçsüz edimin ve koşulların düzeltilebilmesi için herhangi bir öznel öge aranmış değildir. İlginçtir, Almanya'da BGB'nin değiştirilmesi konusunda hazırlanan bir yasa tasarısında da, hiç değilse kredi sözleşmelerinde, bankanın öznel tutumundan veya kredi alanın konumundan bağımsız olarak, salt edimler arasındaki göze batıcı dengesizlik bir başına butlan nedeni olarak öngörülmektedir. (Juristenzeitung 1974, 11; BR-Drucks. 573/80 – Beschluss)

Aslında bu değerlendirme tutarlı sayılabilir. Süresi aşırı uzunlukta tutulmuş edimle BK 20/MK 23 ikilisi ışığında kayıtsız koşulsuz ve hiç duraksamasız (öznel öğelerden bağımsız olarak) benimsenen yargısal müdahalenin (nicel bölümsel hükümsüzlüğün ve revizyonun) aşırı pahalılıktaki edimde benimsenmemesi inandırıcı olamaz. On yıl yerine yirmi yıl kararlaştırıldığında yirmi yılı on yıla indirebilen yargıcın gerekler ve sonuçlar yönünden ayrımsız bir yaklaşımla, on milyar yerine yirmi milyar kararlaştırıldığında da yirmi milyarı on milyara indirebilmesi doğal sayılmalıdır. Sürede mevcut yedek kuralın parada eksik olması bu saptamayı değiştirmeye yetmese gerek. Ne de olsa, adaletsiz düzenlemenin yok sayılmasında yalnız yedek yasa kuralı değil, yargısal kural da pekala devreye girebilmektedir. Eğer yargısal uyarılama ve ayarılama kapısı sürede açık sayılıyorsa, parada da açık sayılmalıdır.

Böylece BK 19/20 kuralı, sosyal açıdan zayıf koruyucu MK 23 kuralıyla birlikte, irade özerkliğini güçsüzden yana koruma ve güçlüye karşı sınırlama işlevini daha da etkin biçimde yerine getirebilmektedir.

BK 19/20'nin uygulanabilmesi için öngörülen gereklerin yeniden değerlendirilmesindeki esnekliğe ve geniş yürekliliğe koşut olarak, kurala birlikte devreye girecek olan hukuki sonuçlar, yani yaptırımlar da sosyal korumayı hak eden kişiden yana geliştirilmektedir.

Artık pandekt hukukundan miras kalma apriori, otomatik, mutlak ve tümel butlan yaptırımı yerine çok daha rafine ve esnek yaptırımlar

⁸ Roth, Münchener Kommentar, § 242 N 521; Schmid, Gauch'ta N 676a.

vardır.

Tümel ve bölümsel butlanın normun sosyal koruma amacı (Normzweck) ile nispileştirilmesi ve esnekleştirilmesi (Relativierung und Flexibilisierung der Nichtigkeit), bölümsel butlana ilişkin BK 20 II kuralının teleolojik redüksiyonu, nicel bölümsel butlan (quantitative Teilnichtigkeit), geçerliliği koruyucu indirgeme (geltungserhaltende Reduktion), modifiye bölümsel butlan (modifizierte Teilnichtigkeit), iptalle culpa in contrahendo tazminatının birleştirilmesi (BK 31 II), "punitive damage" ve "turpitude dantis" kavramlarının (BK 65, İsviçre Tüketici Kredisi Yasası mad. 11) fahiş edimi ayarlama, hatta gereğinde sıfırlama aracı olarak kullanılması, bu ilginç ve olumlu gelişmenin sadece birkaç göstergesidir.⁹

Bu kavramlar, kuramlar ve kurallar sayesinde, sözleşmenin gücünün iradesiyle ve tümüyle yakılması önlenmekte, fahiş rakam yasal hadde, hatta bu haddin de altına çekilip indirilmekte, o kadar ki sömürünün cezası olarak kullanma karşılığı sıfırlanabilmektedir.

Bu genel değerlendirmeyi biraz somutlaştırmaya çalışalım:

Bilindiği gibi, önce tümel hükümsüzlüğün yerine bölümsel hükümsüzlüğün benimsenebilmesinin önüne BK 20 II kuralının çıkardığı "tersine varsayımlı taraf iradesi" engeli aşılmıştır. Daha sonra, hükümsüzlüğün otomatikten kurtarılıp yalnız korunmayı hak eden tarafın iradesine bağlanması sağlanmıştır. Nihayet, geçerliliği koruyucu indirgemedede (geltungserhaltende Reduktion) olsun, modifiye bölümsel butlanda (modifizierte Teilnichtigkeit) olsun, konversiyon ve tamamlama gibi yorum tekniklerinde olsun, dozu kaçmış edimi aşağıya çekip indirmenin, hatta sıfırlamanın yolu açılmıştır. Böylece son aşamada pahalı mal mağdur çıkarına ucuza getirilmiş, hatta malın mağdur tara-

⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Kaneti'ye Armağan, 25/26 ve Semaine franco – turque, 1983, 69; Başpınar, Borç sözleşmelerinin kısmi butlanı, 62/63, 142, 152 i.s.; Serozan, İfa, ifa engelleri, § 8 N 8, § 25 N 12; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, § 68 III 3; Canaris, Festschrift für Steindorff, s. 519 i.s.; Fastrich, Richterliche Inhaltskontrolle, 329; Bechmann, Nichtigkeit und Personenschutz, 328 i.s.; Krampe, AcP 194, 1 i.s.; Roth; JZ 1989, 411 i.s.; BGH, NJW 1962, 1148/49; 1983, 1422 i.s.; Gauch v.b.; Obligationenrecht N 703, i.s., N 754/55; Gauch, recht 98/2, 55 i.s.; Zufferey-Werro N 1665 i.s.; Hürlimann, Teilnichtigkeit von Schulverträgen, 74 i.s. ve 101 i.s.; Kramer OR 19/20 n 322; Huguenin Jacobs, OR 19/20 N 52 i.s.; Schwenzler, OR AT, s. 206/7; İsv. FM, BGE 123 III 292/297.

findan karşılıksız kullanılması sağlanmıştır. Bütün bu çabalar, besbelli, istismarcı sözleşme yanına fırsatçılığının kâr kalmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Bu yaklaşımda caydırıcı ve cezalandırıcı öğeler gözden kaçmaz.

Genel işlem şartlı sözleşmelerde sorumsuzluk anlaşmasının hafif kusurdan sorumsuzluk anlaşmasına indirgenmeyip her türlü kusurdan sorumluluğu davet edecek biçimde sıfırlanması da (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion) bu bağlamda özel olarak anılmaya değer.

Gabinde istismarcının kullandığı değer in iadesinin istenebileceği veya sözleşmenin sona erdirilebileceği güne kadar (bis zum naechsten Rückzahlungstermin bzw. bis zum naechstmöglichen Kündigungzeitpunkt) faizsiz krediye ve bedelsiz kiraya mahkum edilmesi Almanya'da yaygın uygulamadır; İsviçre Tüketici Kredisi Yasası mad. 11 kuralı da bu yöndedir.

Ekleme ki gerçi satımda mülkü karşılıksız bırakmaya mahkumiyet olamaz ama a-damakullu düşük bir paraya bırakırma olanağı bulunabilir. İlginçtir, ayıplı ifadan ötürü bedel indiriminde sifıra kadar inilemese bile (BK 202 III) refakat zararının (Begleitschaden) tazmini aracılığıyla satıcının fırsatçılığı yine de onun yanına kâr bırakılmaz.

SONRADAN BOZULAN EŞİTLİĞİN YENİDEN SAĞLANMASINDA İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ KURAMININ İŞLERLİĞİNİN GENİŞLETİLMESİ

Karşılıklı sözleşmede edimler arasındaki denge BK 19/20 firtresinden geçtikten sonra, umulmadık gelişmeler yüzünden sonradan bozulacak olursa (Äquivalenzstörung), yasada bu sorunun çözümüne doğrudan uygulanabilir bir kural bulunmaz.

Çare, yasanın münferit kurallarından yasa boşluğunun doldurulması bağlamında, "hukuki kıyas" (Rechtsanalogie) yoluyla türetilen (güven sorumluluğu ve ivazsız iktisabın korunmazlığı benzeri) bir genel ilke de bulunur. Buna göre, sözleşenlerin, eğer gelişmeleri baştan kestirebilirdi, sözleşmeyi bambaşka koşullarla kurmuş olacakları söylebiliyorsa (it was not this that I promised to do or give), ayrıca, beklenmeyen gelişme yüzünden sözleşmeye baştan kararlaştırılmış koşullarla olduğu gibi katlanmak taraflardan biri için özveri sınırlaması (Opfergrenze) aşılması anlamına geliyorsa, nihayet, yasal ve sözleşme risk dağılımı çerçevesinde taraflardan sözleşmeye baştan kararlaştırılmış koşullarla bağlı kalmaları beklenemiyorsa (Unzumutbarkeit nach Risikogesichtspunkten), sözleşme koşulları değişen maddi ko-

şullara uyarlanır, olmazsa, sözleşme çözümlür.¹⁰

İşlem temelini çökmesi (frustration of contract) diye bilinen bu genel ilkenin münferit yasal dayanakları olarak şunlar anılabilir: Borçlunun sonradan acze düşmesine ilişkin BK 83/310, beklenmeyen gelişmeler yüzünden müteahhidin taahhüdünü gerçekleştirmesinin aşırı ölçüde zorlaşması konusundaki BK 365 II, sürekli sözleşme ilişkilerinde ilişkiyi katlanılmaz hale getiren haklı nedenlerin ortaya çıkmasında fesih yetkisi veren BK 264 v.b. kurallar ve alacaklı temerrüdünde mahsup konusundaki BK 252/274, 325 kuralları...

Demek ki edimler arasında baştan eşitsizlik BK 20'nin genişletici yorumuyla düzeltilebilirken, eşitliğin sonradan bozulması bu konudaki yasa boşluğunun hukuki kıyas yoluyla doldurulması sayesinde düzeltilebilmektedir.

İsviçre'de uyarlamının MK 2 I'e (bağlılık ve güven kuralına) veya MK 2 II'ye (hakkın kötüye kullanılması kuralına) dayandırılmasına da rastlanır.¹¹

Sonradan bozulan edimler arası eşitsizliğin yargısal uyarlama yoluyla toparlanabilmesi konusunda dikkati çeken özellikler şunlardır:

Bir kere bu alanda gereksiz yere aşırı bir çekimsellik gösterilmektedir.¹² İlginçtir, bu çekingenlik bizde taşınmaz kirasında pek gösterilmez de para kirasında (tüketici kredisinde) fazlasıyla gösterilir. Bu tutum farkında bankaların ağırlığı bir rol oynamış olsa gerektir.

Sonra, bu alanda da öznel öğelere, özellikle olumsuz gelişmenin mağdurun kendi etki alanından kaynaklanmaması gereğince, hatta bu gelişmenin önceden görülmezliği (Unvorausehbarkeit) koşuluna aşırı bir ağırlık verir. Nesnel koşullar ne denli ağırlaşmış olursa olsun, edimin katlanılmaz ağırlığı kendi yaşam ilişkilerinden kaynaklanmış, tüm ağır koşullara karşın ifada bulunmuş ya da bu ağırlaşmayı önceden kestirebilmiş kişiye bağıttan sıyrılmaya veya edimi uyarlama şansı ta-

¹⁰ Abas, Rebus sic stantibus, 309/10; Burkhardt, Vertragsanpassung, 345/46; Gauch v.b., Obligationenrecht N 1280 i.s.; Kramer, OR 18 N 337 i.s.; Baumann, ZGB 2 N 443 i.s.

¹¹ Krş. Schwenger, OR AT N 218 i.s.; Baumann, ZGB 2 N 443 i.s.; Wiegand, OR 18 N 96.

¹² Abas, 173; Kramer, OR 18 N 333.

Bizde taşınmaz kirasında dövizzede kiracıdan yana geniş yürekli bir tutum alan Yargıtay (Burcuoğlu, MHAD 1996/20, 73 i.s.'de anılan bir dizi Yargıtay kararı) ödünç faizinde dövizzede kredi borçlusundan yana bu hoşgörüyü göstermez. (Bk. Sungurbey, Türkiye'de Bankaların İçyüzü, 10 i.s.).

nınmaz.¹³

Baştan ahlaka aykırılık olgusuyla sonradan işlem temelinin çökmesi olgusu arasındaki kronolojik ayırım, lojik sayılamayacak olan bu rejim ayırımını haklı kılamaz.

Baştan ahlaka aykırı biçimde aşırı külfet dayatmayla sonradan aşırı külfetin yerine getirilmesini işlem temelini çökerterek isteme arasındaki mesafe sanıldığı kadar uzak değildir. İki olgu arasında bir dizi ekonomik, sosyal, psikolojik ve hukuksal köprü vardır. Yapısal nedenlere bağlı irade özerkliği eksikliği ile sözleşmeyi kurma aşamasında olduğu kadar sözleşmeyi ifa aşamasında da karşılaşırlar.

Gerçekten de yeni yeni pazarlama teknikleri bilinci öylesine çarpıtmakta ve gözleri öylesine kamaştırmaktadır ki artık eskiden olduğu gibi, borçluya "gözünü açsaydın ve gelecekteki olumsuz gelişmeleri kestirebilseydin" diye çıkışılmamaktadır.

Kaldı ki, baştan haksız dayatmalar ile edimler arasındaki dengenin sonradan bozulması arasındaki ayırım da sanıldığı kadar büyük değildir. Ekonomik ve entelektüel açıdan üstün durumda olanlar ya değer koruma kayıtlarını ya da edimi tek yanlı artırma yetkilerini kendi yararlarına saklı tutmaktadırlar. Bu durumda, haksız dayatmayla sonradan işlem temelinin çökmesi düpedüz birbirinin içine geçmektedir. Nitekim Almanya'da, sözleşmeyle tanınmış özel yetkiye dayanarak edimi sonradan haksız ve ölçsüz biçimde belirleme ile böyle bir özel yetkiden bağımsız olarak daha baştan haksız ve ölçsüz bir edim dayatma, yani işlemsel dayatmayla eylemsel dayatma arasında ayırım gözetilmez; ikisi de aynı gerekçeyle bağlayıcı sayılmaz. Eğer taraflardan biri ötekine edimi sonradan bir başına buyruk belirleme konusundaki yetkisini daha baştan dayatmışsa, bu yetkinin sonradan, dürüstlük kuralına aykırılık edilerek ya da hak kötüye kullanılarak ve işlem temeli çökertilerek ölçsüzce kullanılması durumunda aynı kapıya çıkan iki yola girilir: Ya bu denli geniş kapsamlı bir yetkinin tanınmasında baştan ahlaksızlığa ilişkin BK 19/20 butlanı (kuşkusuz modifiye ve rafine edilerek) uygulanır ya da yetkinin kullanılmasında dozun kaçırılmasıyla ilgili olarak, işlem temelinin sonradan çökmesine bağlanan u-

¹³ Öznel öğelere, yani önceden görülmezliğe, öz kusur ve bu arada savruluk eksikliğine verilen ağırlık için bk. dn 10'da anılan yazarlar, özellikle Kramer, OR 18 N 337 - 345.

yarlama (hatta belki fesih veya dönme) yaptırımı uygulanır.¹⁴

Sonradan aşırı boyutlara ulaşan edimi istemenin hakkın kötüye kullanılması ya da gabin benzeri istismar (wucherische Ausbeutung) sayılması ve bu aşamada bir "sonradan ahlaksızlık"tan, hatta daha da ilginç bir benzetmeyle "sonradan gabin" den (atteinte postérieure aux bonnes moeurs, lésion postérieure a la conclusion du contrat) söz edilmesi de bu açıdan manidardır.¹⁵

Unutulmasın ki sözleşmenin kuruluş aşamasındaki temel yanılmasıyla işlem temelinin sözleşmenin ifası sürecinde sonradan çökmesi arasında da kesişme noktaları vardır. Gelecekteki gelişmelere ilişkin tahminde yanılma düşülsün. İlginçtir, BK 24 b. 4 benzeri bir kuraldan yoksun Almanya'da işlem temelinin baştan eksikliğiyle sonradan çökmesi arasında hiç ayırım gözetilmez.¹⁶

Aynı şey, borçlunun baştan acziyle (hatayla) sonradan acze düşmesini (işlem temelinin çökmesini) aynı kaba atan yaklaşım (BK 83'ü BK 310 gibi değerlendiren görüş) için de söylenebilir.

İfa engelleri alanında da benzer bir gelişme dikkati çeker: Baştan ve sonradan imkansızlık birbirine adamaklı yaklaştırılır; zapla sonraki imkansızlık kaynaştırılır; alacağımı temlik edenin BK 169 çerçevesindeki garanti sorumluluğunda alacağın borçlandırıcı satımı öncesi ile sonrası ve tasarrufi temlik öncesi ile sonrası arasındaki ayırım gözetilmez; culpa in contrahendo ile sözleşmenin müspet ihlali de, krono-

¹⁴ Gottwald, Münchener Kommentar, § 315 N 35.

Edimi sonradan belirleme yetkisinin kötüye kullanılmasına ilişkin § 315 BGB kuralının, son tahlilde, ifası vadeye bağlanmış olan süreli sözleşmelerde işlem temelinin çökmesinin bir paradigması olduğu yadsınamaz.

Teslim gününde geçerli fiyat klozu (Tagespreisklausel) da işte bu bağlamda değerlendirilir.

Bankaya tek yanlı faiz artırma yetkisi veren sözleşme kayıtlarının değerlendirilmesinde MK 2 (sonradan dürüstlüğe aykırılık ki son aşamada sonradan işlem temelinin çökmesi ile eşanlamlıdır) ile BK 20 (baştan ahlaka aykırılık) kuralları arasında zikzak çizen Yarıgıtay kararları için bk. YKD 1998, 1513; 1997, 963; 1996, 1113; 19995, 88; İBD 1997/2, 439.

¹⁵ Kramer, OR 18 N 300, İsv. FM, BGE 100 II 348, 101 II 21.

¹⁶ İşlem temelinin sonradan çökmesi (uyarlama) olgusunun baştan temel yanılması (iptal) olgusuyla kesişmesi ve bu arada gelecekteki gelişmeyi kestirememenin (tahminde yanılma) kimilerine göre temel yanılması sayılırken kimilerine göre de işlem temelinin çökmesi bağlamında ele alınması konusunda bk. Kaplan, Hakimim sözleşmeye müdahalesi, 140 i.s.; Serozan, İfa, ifa engelleri § 20 N 1; Schwenger, OR AT N 218 i.s.; Kramer, OR 18 N 304 - 310.

Alman hukukunda öznel işlem temelinin baştan eksikliği (temel yanılması) ile nesnel işlem temelinin sonradan çökmesi arasında ayırım gözetilmemesi konusunda bk. örneğin Roth, Münchener Kommentar, § 242 N 496 i.s., 516, 533.

lojik ayırım gözetilmeksizin, "edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi"nin potasında toplanır.

*Bu arada, tüzel kişinin daha baştan hukuka ve ahlaka aykırı amaç izlemesiyle sonradan böyle bir amaç izlemeye başlaması arasında ayırım gözetilmemesi de anılmaya değer.*¹⁷

Özetle, hiç de "lojik" olmayan "baştan ve sonradan edim dengesizliği kronolojik ayırımı" aşılmalıdır. Böylece, sözleşmenin kuruluş aşamasında, edimler arasındaki baştan eşitsizliğin saptanmasında alışılabilecek ölçütler, öznel öğeler ve koşullar karşısında alınan tutum, özellikle bu bağlamda benimsenen oynak mekik sistemiyle kum yığını, sosyal ve esnek yaptırım sistemi, sözleşmenin ifası aşamasında da aynen geçerli sayılmalıdır.

Açıkçası, aynen sözleşmenin kurulma aşamasında olduğu gibi, onun ifası sürecinde de ağırlığı sözleşmenin içeriğindeki nesnel ölçüsüzlüğe, göze batıcı (criant) eşitsizliğe, kişiden beklenebilir özveri eşliğinin (Zumutbarkeitsschwelle'nin) aşılmasına vermek ve değerlendirmeyi son aşamada sosyal koruma ihtiyacı ışığında gerçekleştirmek gerekir. Öznel öğeler ve koşullar (kişisel kınama) ise değerlendirme dışı tutulmalıdır.

*Nitekim edimin ölçüsünün kaçması yüzünden işlem temelinin çöktüğünü sosyal destek ve bakım (Versorgung) amaçlı irat sözleşmelerinde daha geniş yürekli olarak kabul eden anlayış da bu yöndedir.*¹⁸

Bu görüş ışığında, sözleşmenin uyarlanmasıyla sona erdirilmesi ya da çözülmesi seçenekleri arasındaki tercihin de tıpkı BK 19/20 butlanında olduğu gibi, kuşkusuz MK 2 I'in bağlılık ve güven (Treu und Glauben) kuralının sınırları içinde, sosyal açıdan korunmayı hak eden sözleşme yanına bırakılması yerinde olacaktır.

Böylece, sonuçta, sözleşmesel edimler arasında baştan eşitsizlikte öznel ve nesnel öğeler ve değişik kuralların yaptırımları arasında benimsenen global değerlendirme, bir üst soyutlama düzeyinde, edimler arasında baştan mevcut eşitsizlikle sonradan oluşan eşitsizlik arasında da benimsenmiş olur.

¹⁷ İsv. FM, BGE 112 II 1.

¹⁸ Medicus, Bürgerliches Recht N 166/67.

SONUÇ

1. Baştan dayatılmış edimler arası dengesizlikte öznel gereklere, bu arada kişisel kınanabilirliğe (Verwerflichkeit) değil de, nesnel çıkar dengesizliğinin boyutlarına ağırlık verilmelidir. Belirleyici ölçüt, edimler arası dengede olağanüstü ve katlanılmaz ölçüsüzlük (Unzumutbarkeit) olmalıdır.
2. Ahlaka ve kamu düzenine aykırılık (BK 19/20 kuralı) ile gabin (BK 21 kuralı) arasındaki ilişki kavram hukukçuluğu yaklaşımıyla, genel kural – özel kural ilişkisi diye algılanmamalı, menfaat (-değerlendirme) hukukçuluğu yaklaşımıyla global biçimde değerlendirilmelidir.
3. BK 20/21 kurallarının yaptırımları sosyal korumayı hak eden kişiden yana geliştirilmelidir.

Bu arada fahiş edim makul hadde, hatta cezai bir işlevle, onun da altına indirilebilmelidir.

Eklenebilir ki tazminat hukukunda "ya hep ya hiç" (Alles oder Nichts) cenderesinde bunalmış olan Almanya'nın sıkıntılarını edimler arası aşırı dengesizlik alanında bizim çekmemizin yeri ve gereği yoktur.

4. Sonradan oluşan edimler arası dengesizlikte de (Aequivalenzstörung) aynı yaklaşım yine hem gerekler hem sonuçlar (yaptırımlar) açısından benimsenmelidir.
5. Sonuç olarak, "lojik" olmayan tüm "kronolojik" ayrımlar ve kurallarla olgular arasındaki tüm yersiz yatırımlar (izolasyonlar) ortadan kaldırılmalıdır.

Bu karşılıklı etkileşim sürecinde, başlangıçtaki çarpıcı katlanılmazlıkta (Unzumutbarkeit'ta) yargısal uyarlama (revizyon) için aranacak ölçütlerle sonraki çarpıcı katlanılmazlıkta uyarlama için aranacak ölçütler özdeş olacaktır.

Ne baştan karşı çıkılabildi diye, başlangıçta mevcut oransızlık daha sıkı ve engellenemezdi diye, sonradan oluşan oransızlık daha gevşek, ne de tersine, sonradan oluşan oransızlık dayatılmadığı ve önceden görülebileceği için daha sıkı, başlangıçta mevcut oransızlık ise dayatıldığı için daha gevşek değerlendirilmemelidir. Her iki olgu global bir vizyonla, ekonomik, sosyal ve hukuksal açıdan

sadece kesişmekle kalmamakta, düpedüz örtüşmektedir.

Eklemeli ki bu yaklaşım ifa engelleri alanında son yıllarda gözlenen benzer bir yaklaşımı anımsatır. Gerçekten, bu alanda da lojik olmayan kronolojik ayrımları aşma ve ortak bir paydada benzer olguları benzer gereklere ve sonuçlara (yaptırımlara) bağlama eğilimleri giderek güç kazanmaktadır.

Öyle sanıyorum ki böylesine global bir vizyon, sözleşmenin kuruluş aşamasında olsun, onun ifası sürecinde olsun, daha tutarlı, istikrarlı, sosyal ve adaletli çözümleri beraberinde getirecektir. Hele (baştan ahlaka ve kamu düzenine aykırılıkta) “kişiyi kınama” ya da (sonradan işlem temelinin çökmesinde) “kişiyi kınayama” gibi kanıtlanması pek zor öznel öğelerin dışlanması hukuki yargılarda özlenen istikrarı sağlamaya katkısı yadsınamaz.

Tarihsel yasa koyucu bile bir dizi kuralında yargıca sözleşmelerin revizyonu (edimi uyarlama) yetkisi tanıdığı (BK 161, 202, 250, 360, 365, 409 v.b.), sosyal koruma gereğinin arttığı bir dönemde bu yargısal yetkiyi geliştirmemek olmaz.

Son olarak şunu da eklemeli: Ekonominin ibresinin serbest piyasacılıktan (laissez faire liberalizminden) müdahaleci sosyal devletçiliğe doğru yeniden geriye kaydığı ikibinli yılların hukuki yapısına yakışan da “sosyal adaletsizliklerde” yargısal müdahaleciğin kapılarını aralayan böylesine sosyal bir tutum olur.