

Prof. Dr. Rona SEROZAN\*

## SÖZLEŞME İLİŞKİSİNİN ÇÖZÜLMESİ: SÖZLEŞME GEREĞİNCE ELDE EDİLMİŞ EDİMİ GERİ VERME YÜKÜMÜ

### GİRİŞ

Sözleşme gereğince evvelce yerine getirilmiş olan edimlerin daha sonra geri verilmesi (iade) yükümü değişik nedenlerle gündeme gelebilir:

1. İşlevleri gereği daha baştan iadeye indekslenmiş olan kira benzeri sözleşmelerin bitiminde iade yükümü.
2. Sözleşmede öngörülmüş olan (tesadüfi veya iradi-) bozucu şartın gerçekleşmesi, saklı tutulmuş olan dönme hakkının kullanılması veya sözleşmeyi ortadan kaldırma (ikale) anlaşmasının kurulması üzerine iade yükümü.
3. İfa engelinden ötürü yasal dönme hakkının kullanılması üzerine iade yükümü.
4. Sözleşmenin oluşmasından sonraki ifa imkansızlığında yasa (BK 117) uyarınca iade yükümü.
5. Bağışlamanın geri alınması üzerine iade yükümü.
6. Tüketim sözleşmesinde tüketicinin serbest geri alma hakkını kullanması üzerine iade yükümü.
7. Sözleşmenin hükümsüzlüğüne bağlı olarak iade yükümü.
8. "Culpa in contrahendo" tazminatı bağlamında iade yükümü: İptal yoluyla tasfiye (iade) yerine tazminat yoluyla tasfiye (iade).

İşte bu gibi durumlarda, karşılıklı (sinallagmatik) sözleşme çerçevesinde evvelce edimi vermiş olan kişiyle edimi almış olan kişinin konumları değişir; adeta baş aşağı çevrilir.

Şöyle ki evvelce edimi vermiş olan borçlu şimdi bu edimi geri isteyebilecek olan alacaklı olur; evvelce edimi almış olan alacaklı da onu geri vermekle yükümlü olan borçluya döndürür. Değişik bir benzetmeyle şöyle de denebilir: Düz verme edimleri ters geri verme edimlerine çevrilir. Böylece "eski hale iade", başka bir deyişle, geçmişe dönüş (restitutio in integrum) amaçlanır.

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

Uygulamada pek sık karşılaşılan bu “çözülme” ya da “tasfiye” (Rückabwicklung, liquidation) ilişkileri beraberlerinde karmaşık sorunları da gündeme getirirler. Bu karmaşık sorunlar şöyle özetlenebilir: Acaba bu tersyüz edilmiş ilişkide: Ödemezlik define yer var mıdır? Kişisel ve nesnel güvenceler yürürlüklerini sürdürürler mi? Giderin, yarann ve zararın karşılanması konusundaki yan istemlere hangi kurallar uygulanır? Edim ve karşı edim hasarına kim katlanır? Zaman aşımı süresi ne olur? Tasfiye ilişkisinde güven ilkesi kaynaklı sözleşmesel yorum kuralları işler mi?

Ne yazık ki bu sorunların karşılaştırılması, derinlemesine ve tümel bir yaklaşımla değerlendirilmesine pek rastlanmaz.

Sayıli kaynakları analım:

Büdenbender: Rückgewährsprüche im bürgerlichen Recht, Juristische Schulung, 1998, 328

Ehrt: Rücktritt vom Vertrag, Zürich, 1990

Glasl: Rückabwicklung im OR, Zürich, 1992

Grigoleit: Neuere Tendenzen zur schadensrechtlichen Vertragsaufhebung, Neue Juristische Wochenschrift 1999, 900

Honsell: Die Rückabwicklung sittenwidriger Geschäfte, München, 1974

Hornung: Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge, Baden Baden, 1998

Köhler: Die gestörte Rückabwicklung gescheiterter Austauschverträge, Köln, 1985

Krebs: Die Rückabwicklung im UN – Kaufrecht, München, 2000

Medicus: Die Lösung vom unerwünschten Schuldvertrag, Juristische Schulung 1988, 1

Medicus: Typen bei der Rückabwicklung von Leistungen, Juristische Schulung, 1990, 689

Polydor-Werner: Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerverträge, Zürich, 1988

Schlechtriem: Aufhebung des Vertrages als Rechtsbehelf bei Leistungsstörungen, Festschrift für Müller-Freienfels, 1986, 525

Schlechtriem: Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Tübingen, 2000

Schmidlin: Le sort du contrat résolu ou annulé, Mélanges de Cannata, 1999, 333

Serozan: Geçersiz satım sözleşmesinin karşılıklı ifa sonrası çözülmesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi Yeni Seri Yıl 3 Sayı 4 (1969)

Serozan: Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975

Bu yazıda, işte bu sorunlar ve onların olası çözümleri ele alınacaktır. Bu arada sorunların ve çözümlerinin parametrelerini yakalayıp, bu noktadan ortak bir değer yargısına ve çözüm önerilerinin geliştirilmesine çalışılacaktır.

## DEĞİŞİK ÇÖZÜLME İLİŞKİLERİ

1. İşlevleri gereği, daha baştan iadeye yönelik “geçici” kullandırma, teminat ve iş görme sözleşmelerinin fesih ya da sürenin dolması üzerine sona ermesinde “iade”, yani intifada, kirada, ödünçte, ariyette, vediada ve rehinde “iade” ile başlayalım.

*Dönme ile yenilik doğurucu hak karakterini paylaşan “fesih”, yerine getirilmiş edimlerin tasfiyesine (iadesine) elverişsiz sayılan sürekli sözleşme ilişkilerini çözmeyip sadece ileriye doğru (ex nunc) sona erdirir; bu özelliğiyle de dönmeden ayrılır. Fesih üzerine doğabilecek geri verme yükümleri, fesih işleminin dolaysız sonucu olmayıp, bizatihi feshedilen sözleşmenin sonucudur. Nitekim aynı geri verme yükümleri sözleşmenin fesihle değil de sözleşme süresinin dolmasıyla sona ermesinde de söz konusu olurlar.*

*Sürekli sözleşme ilişkilerinde, evvelce yerine getirilmiş olan edimlerin iadesine yol açabilecek olan (iptal veya dönme benzeri) yaptırımlar “amaca uygun sınırlama” (teleolojik redüksiyon) yoluyla, geçmiş edimlere ilişmeyen yaptırımlara indirgenirler. (Bk. Serozan, İfa ve İfa Engelleri, § 1’de N 12)*

Geçici kullandırma, teminat ve iş görme sözleşmelerinin sonunda gündeme gelen iade isteminin konusu, eğer depozito gibi düzensiz rehinde, tasarruf mevduatı gibi düzensiz vediada ve ödünçte olduğu gibi “para” olacaksa, o zaman bu iade isteminin rengi de ister istemez salt kişisel güçte bir iade istemi olur; yoksa aynı güçte bir iade istemi olmaz. Çünkü para, niteliği ve eşya hukukunun “özellik ilkesi” gereği, “karışma” yoluyla, tahsil edenin mülkiyetine girdiğinden, kural olarak aynı isteme konu olamaz.

*Paramın karışması konusunda ayrıntılı bilgi için bk. ileride 7)*

*Şunu da eklemeli: Daha baştan fazla ödenmiş olan paranın, sözleşmenin baştan kararlaştırılmış olan bitim gününden önce bitmesi halinde “edim zenginleşmesi” (condictio ob causam finitam) ile mi yoksa sözleşme kökenli bir istemle mi geri isteneceği tartışmalıdır. (Bk. Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, § 25 N 6; Gernhuber, Erfüllung, s. 403; Reuter/Martinek, Ungerechtfertigte Bereicherung, s. 720 i.s.) BK 63 I kuralının eksişilme savunması yüzünden amaca pek uygun bulunmayan haksız zenginleşme kökenli tasfiyeden sözleşmesel tasfiyeye kaçma eğiliminin ilginç bir izdüşümü de bu tartışmada karşımıza çıkar.*

Buna karşılık, iade konusu, para dışı bir eşya olursa, iade alacaklısının kişisel iade istemiyle onun mülkiyetten doğma aynı iade istemi yarışır. Örneğin, aynı zamanda malik olan kiraya verenin iade istemi sözleşme temeline dayandırılabilir.

bileceği gibi, mülkiyet temeline de dayandırılabilir. Sözleşmesel iade istemi istihkak davasını dışlayan bir “özel istem” sayılmaz.

*Yalnız bu konu Almanya’da çok tartışmalıdır. Bk. Baur/Stürner, Sachenrecht, § 11 B I 2; Jauernig, BGB – Kommentar, Vor § 987 N IV; Palandt/Bassenge, Vor § 987 N 17 – 25; Raiser, Juristenzeitung 1958, 68 ve 1961, 531*

İadeyi isteyen malik değilse, onun aynı iade isteminin söz konusu olamayacağı ve kendisinin salt kişisel iade istemiyle yetineceği doğaldır.

*İade borçlusunun eşyayı, aynı hak sahibi ile kişisel iade alacaklısının ayrı ayrı kişiler olması durumunda kime geri vereceği sorulabilir. Yasanın gözetinde alacaklının kişisel geri verme istemiyle yarışan malikin aynı geri verme isteminin bu yarışta herhangi bir önceliği olmaz. Nitekim BK 191 ve 470 kuralları da genelde gözden kaçan bu olguyu yansıtır.*

*Rehin güvencesi altındaki borç kapatılınca, rehin hakkı da (fer’ilik ilkesi gereği) düştüğü için (BK 113 I), rehni veren malikin iade isteminin yine seçeneği iki temeli olur: Mülkiyetten türemiş istihkak istemi (MK 683) ve doğrudan doğruya rehin sözleşmesinden kaynaklanan sözleşmesel iade istemi (MK 944). Bununla birlikte, kimi yazarlar, MK 853 kuralının söylemine dayanarak taşınmaz rehminde aynı iade istemini tanımazlar.*

*Sözleşmesel iade isteminin gider, yarar ve zarar karşılama konularındaki yasal boşlukları, yerine göre, iade ile yükümlü haksız zilyedin sorumluluğuna ilişkin MK 993 – 996 kuralları ile ya da haksız zenginleşenin sorumluluğuna ilişkin BK 63/64 kuralları ile doldurulur.*

2. Evvelce yerine getirilmiş olan edimlerin iadesine, tarafların sözleşmelerini daha baştan (tesadüfi veya iradi -) bir bozucu şarta bağlamaları, sözleşmeden dönme haklarını özel olarak saklı tutmaları ya da sonradan bir “ikale (kaldırma) anlaşması” yapmaları halinde de rastlanır.

Bu durumlarda iade sözleşme kurallarına göre gerçekleştirilir. Tasfiye sürecinde karşılaşılan boşluklar da haksız zenginleşme ve haksız zilyetlik kuralları eliyle doldurulur.

*Bu konuda bk. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.82 i.s. ve s.85 i.s.*

*Aynı tasarruf sözleşmesinin bozucu şarta bağlanması ve bu yoldan “ayni rücu” etkisinin yaratılması, taşınmaz eşyada olanağız, taşınır eşyada da teminat amaçlı sözleşmeler dışında kuşkuludur. (Bk. Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s. 206 i.s.)*

3. İfa engelinden, yani temerrütten, ayıplı ifadan, eşyanın zapt edilmesinden, sözleşmenin müspet ihlalinden, imkansızlıktan ve işlem temelinin çökmesinden ötürü sözleşmeden dönme üzerine oluşan iade yükümlerine gelince: Öğretide ve uygulamada geçerli yeni anlayışa göre, bu iade yükümü sözleşme kökenli olur.

*Eklmeli ki ayıplı ifada bedel indirimi veya malı değiştirme yaptırımlarının seçilmesi halinde de iade istemleri sözleşme kaynaklı olur.*

Gerçekten de günümüzde ağır basan anlayışa göre, ister ifa öncesinde, ister ifa sonrasında gerçekleştirilsin, dönmenin olumsuz gücü, sözleşme ilişkisinin salt içeriğine yönelik dolaylı bir güçtür. Dönme, sözleşmenin içeriğini tersine çevirmekle, düz verme yükümlerini ters geri verme yükümlerine dönüştürmekle kahr. Bu yenilik doğurucu işlem henüz yerine getirilmemiş olan edimlerin gerçekleştirilmesi istemini sürekli bir defa hakkıyla bloke eder; yerine getirilmiş edimlerinse, doğrudan doğruya sözleşme kökenli iade istemleriyle gerisin geriye sağlanmasını olanaklı kılar.

Bu yeni anlayış sayesinde ki dönmeyle içeriği tersine çevrilmiş olan sözleşmeye özgü yorum, savunma, teminat, tazminat, zaman aşımı, ispat yükü ve hasar düzeni de yürürlükte kahr. Özellikle zenginleşmenin eksildiği savunması ile zaman aşımı süresinin kısılgı yüzünden ve başkaca nedenlerle amaca hiç de uygun düşmeyen haksız zenginleşme kuralları ise devre dışı kalır.

Hiç kuşku yoktur ki dönme üzerine doğan çözülme ilişkisinde, iade edilecek nesneyle bağlantılı yararların ve masrafların karşılanması konusunda, ister istemez, haksız zenginleşme (BK 63/64), haksız zilyetlik (MK 993 – 995) ve başkaca yasal tasfiye kurallarından (örneğin BK 192 / 205’ten) örnekseme yoluyla yararlanılacaktır. Böylece, düz verme yükümlerine ilişkin sözleşme hukuku kurallarının ters geri verme yükümlerini birçok alanlarda çözümsüz bırakan düzenlemesi, yasanın değişik tasfiye düzenlemelerinin senteziyle tamamlanıp biçimlendirilecektir. Ama bir başına yetersiz haksız zenginleşme kurallarının şematik ve mekanik bir uygulaması söz konusu olacak değildir.

*Yeni dönme kuramı için bk. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.63 i.s., s.78 i.s. ve s.544 i.s.; Serozan, İfa, İfa Engelleri, § 17 N 14; Gauch/Schluet/Rey, OR Allgemeiner Teil N 1570’te anılan yazarlar ve kararlar; Schwenzler, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil N 66; Weber, OR 109 N 64 i.s.; İsv. FM, BGE 114 II 152.*

*Aslında, bu yeni dönme kuramının geniş bir yandaş topluluğu kazanmasında, çözülme ilişkileri açısından yetersiz kalan haksız zenginleşme kurallarından, özellikle de BK 63 I’in zenginleşmenin eksildiği savunmasından ve kısa zaman aşımından sıyrılıp kaçma güdüsü önemli bir rol oynamış olsa gerektir. Nitekim ileride 4) te gösterileceği gibi, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sonraki imkansızlıkta da aynı yaklaşımla, “haksız zenginleşme” yerine “sözleşme” kökenli bir tasfiye ilişkisinin varlığı kabul edilir.*

*Şunu da eklemeli: Bir an için dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili bir güçle ortadan kaldırdığı yolundaki eski görüş savunulsa bile, dönmenin aynı etkisinin varlığı ileri sürülemez. Yani dönme sonucunda ve sonrasında aynı hakkın kendiliğinden eski sahibi-*

ne geri döneceği savunulamaz. Çünkü bir kere devredilmiş veya tesis edilmiş bir hakkın adeta bir bumerang pervanesi etkisiyle sonradan eski sahibine geri dönmesi, sözleşmeden dönme şöyle dursun, teknik – dar anlamda iptalde, geri almada, ihalede ve mirasın reddinde bile söz konusu olamaz. Bu olgu, aynı hakkın üçüncü kişiler içindeki özel ağırlığından, bu hakkın borçlanma işleminden bağımsızlığı ilkesinden çıkar. (Bk. Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s. 205 i.s.) Nitekim yasada mülkiyeti saklı tutma anlaşmasına yer verilmesinin gerekli görülmesi de, dönme üzerine oluşan çözümler ilişkisinde bir “aynı rücu”nun kural olarak söz konusu olamayacağı gösterir.

Yalnız mülkiyeti saklı tutma anlaşmasında, teminaten temlikte ve rehinde, sözleşmeden dönme üzerine bir “aynı rücu”, teminat haklarında geçerli “fer’ilik” (alacak hakkına sıkı bağımlılık) ilkesi ışığında göze alınır..

Dönme sonrası çözümler ilişkisinde evvelce verilmiş olanın iadesi konusundaki sözleşmesel isteme eşlik edecek olan “giderin, yararın ve zararın karşılanması” konusundaki yan istemler BK 106 – 108 kurallarında düzenlenmiş değildir. Bu alanda haksız zenginleşme ve haksız zilyetlik kurallarından uyumlu bir derleme yapmak gerekir. (Bk. Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 577 i.s.) Nitekim BK 192/93 ve BK 205 kuralları da zapt ve ayıp nedeniyle dönmeye böyle yapmışlardır.

Çözümle ilişkisinde giderin, yararın ve zararın karşılanması sorunu dışında duyarlı bir sorun da hasarın taşınması sorunudur. Dönme üzerine iadesi gerekecek olan nesnenin dönmeden önce veya sonra, dönme hakkı sahibinin veya karşı yanın elindeyken yok olması, hasara uğraması, tüketilmesi, yıpratılması, başkalaştırılması veya başkalarına devredilmesi halinde karşı edim hasarının ve sorumluluğun nasıl belirleneceği sorunu baş ağıtır.

Bize göre, edim ve karşı edim hasarına katılma alanında ortaya çıkabilecek olan adaletsizlikler yeni § 346 BGB ışığında pekala aşılabılır. Şöyle ki edimin iadesi herhangi bir nedenle gerçekleştirilemediğinde, kural olarak, edimin yerine, bu edimin sözleşmede saptanmış olan parasal karşılığı (değer tazminatı) ödenir. Böylece iade edilecek nesnenin hasar görmesi riski iade borçlusuna yüklenir. Hasarın iade alacaklısına yüklenmesi ancak şu üç olasılıkta düşünülebilir:

a. İade imkansızlığına iade alacaklısının kendisi yol açmıştır; b. borçlunun sözleşmeye aykırılığı yüzünden sözleşmeden dönmüş olan alacaklı tüm özeni gösterdiği halde iade edilecek eşya hasara uğramıştır; c. iade imkansızlığı zaten iade alacaklısında da oluşacaktı. İşte bu üç ayrıkçı durumda iade alacaklısına sadece elde kalan zenginleşme iade edilir. Yoksa herhangi bir değer tazmini söz konusu olmaz.

4. Borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa imkansızlığında BK 117 kuralı çerçevesinde ortaya çıkan iade yükümü de yeni anlayışa göre, haksız zenginleşme temeli yerine sözleşme temeline dayandırılır. Dönme işlemi

üzerine oluşan iade yükümünde olduğu gibi, imkansızlık üzerine yasa gereği oluşan iade yükümünde de, temel amaç haksız zenginleşmenin sakinca “eksilme savunmasından” (BK 63 I’den) sıyrılmaktır.

Gerçi BK 117 kuralında haksız zenginleşme kurallarına göndermede bulunulmaktadır. Ama yasanın haksız zenginleşme kurallarına yollaması (atfı) bu iade isteminin haksız zenginleşme kökenli bir istem, diyelim bir “condictio ob causam futuram” ya da “...finitam” oluşturduğu anlamına gelmez. Kuralın göndermesi haksız zenginleşmenin gereklerine ve öğelerine değildir; salt belirli sonuçlarına ve etkilerinedir.

Bu sınırlı yollamada, zenginleşmenin eksildiği ya da elde kalmadığı yolundaki ünlü BK 63 I savunması doğrudan doğruya uygulanmaz da, ancak dolaylı olarak uygulanır ve bu arada amaca uygun biçimde sınırlanır. (Teleolojik redüksiyon) Şöyle ki borçlunun ifası imkansız hale gelmiş olan edimle ilgili giderleri, onun alacaklısından evvelce almış olduklarını iade borcundan düşülmez. Aksi halde, BK 117 kuralıyla borçluya yüklenmesi amaçlanmış olan yatırım (giderlere katılma) riski, alacaklıya yansıtılmış olurdu.

Unutulmasın ki borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa imkansızlığında alacaklıya sağlanan kaim değer devri istemi de artık bir sözleşmesel istemdir. Bu durumda, kaim değer isteminin eşdeğerli seçeneğini oluşturan “yerine getirilmiş edimin iadesi istemi”ne değişik bir hukuksal etiket takılması tutarlı olmaz. Kaldı ki borçlu temerrüdü üzerine oluşan çözümler ilişkisinde de sözleşme kökenli bir tasfiyenin geçerli olduğu kabul edilince, BK 117 kuralı bağlamındaki tasfiyeyi aynı temele oturtmak, ifa engellerinin tümüne uyumlu ve bağdaşık bir tasfiye sistemi bağlama (hukuksal güvenlik) gereğine de uygun düşer.

Bu görüş çerçevesinde, iade istemi haksız zenginleşme hukukunun bir yıllık kısa zaman aşımı süresine değil de, sözleşme hukukunun on yıllık uzun zaman aşımı süresine bağlı tutulur. Sonra, iade istemi, sözleşme edimleri için öngörülmüş olan rehin ve kefalet gibi güvencelerle de pekişmiş sayılır.

*Borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sonraki imkansızlıkta tasfiye ilişkisini sözleşme hukuku normlarıyla biçimlendiren yeni anlayış için bk. Caytas, Der unerfüllbare Vertrag, s. 188/89; Gauch, recht 1989, 127 i.s.; Gauch/Schluep/Rey, OR Allgemeiner Teil N 1488 ve 3285 i.s.; Aepli, OR 119 N 79 i.s.; Serozan, İfa ve İfa Engelleri, § 15 N 8a*

5. Bağışlamanın geri alınması üzerine oluşan çözümler ilişkisinde (BK 244) iade yükümü, genelde klasik “edim zenginleşmesi” (Leistungskondition) çerçevesinde saptanır. BK 244 kuralının elde kalan zenginleşmenin iadesinden söz etmesi de bu genel kanıyı destekler. Bk. Becker, OR 251 N 2; Oser/Schönenberger, OR 251 N 4; Vogt, OR 251 N 3

Ne var ki bu çözüme ilişkisinde bile, sözleşme hukuku kurallarına üstünlük verenlere rastlanır. Bu ilginç yaklaşıma göre, bağışlamanın geri alınmasına bağlı iade yükümü de aynen dönmedeki gibi sözleşme kökenli sayılmalı ve gerekirse bu yoldan BK 63 I'nin eksilme savunması bağışlama lehdarının elinden alınmalıdır. Bu anlayış çerçevesinde BK 244 kuralında haksız zenginleşme kurallarına yapılan gönderme, aynen BK 117 kuralındaki gönderme gibi, haksız zenginleşme sorumluluğunun kapsamıyla ilgili olup, gereğinde üzerinde oynanabilecek bir gönderme sayılmalıdır.

*Bk. Maissen, Der Schenkungsvertrag, Fribourg, 1996, s.123*

*Bağışlamanın geri alınmasına herhangi bir ayni etkinin bağlanamayacağı ise kuşkusuzdur; tartışmasıdır.*

6. Batı'da tüm tüketim sözleşmelerinde, bizdeyse yalnız kapıdan satışlarda ve onlarla eşdeğerde tutulan mesafeli (uzaktan) satışlarda (Tüketiciyi Koruma Kanunu m. 9 A V) tüketiciye sunulan serbest geri alma (yasanın deyimıyla "cayma") hakkının kullanılması da bir çözüme (iade) ilişkisi yaratır. Satıcıyla (girişimciyle) tüketici evvelce birbirlerinden almış olduklarını birbirlerine geri vermekle yükümlü olurlar. (Tüketiciyi Koruma Kanunu m. 8)

Bu çözüme ilişkisinin bir özelliği vardır: Özel bir korumayı hak eden tüketiciye özel ayrıcalıklar tanınır.

Bir kere, tüketici, geri alma üzerine iade edeceği malı satıcının hesabına ve hasarına geri yollayabilir. Nitekim Tüketiciyi Koruma Kanunu m. 8 III 4 kuralına göre, geri alma üzerine malı geri alma yükümü satıcıya düşer. Öte yandan, yollanacak borçlarda hasar zaten daha yollama anında alacaklıya geçtiğine göre, burada da hasar iade alacaklısına geçecektir.

Sonra, tüketici, yedi günlük süre içinde (malı benimseyip kabul edinceye kadar) malın işlevine uygun biçimde kullanılıp denenmesi sırasında oluşan hasardan da sorumlu tutulmaz. Bu adaletli hasar düzeni, kapıdan ve uzaktan satışlara "malı gözden geçirip uygun bulma koşullu (iradi geciktirici şarta bağlı) satım" gözüyle bakan yasa koyucunun yaklaşımında uygulanması gerekli BK 183 III kuralına da uyar. Bilindiği gibi, BK 183 III kuralı şöyle der: "Geciktirici şarta bağlı yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku anından itibaren iktisap edene geçer."

Öte yandan, tüketici, malı kullanmasının karşılığında (taksitle mal satın alan alıcıdan ayrımlı olarak) herhangi bir kullanma bedeli (ecrimisil) de ödemez. Nitekim yeni Tüketiciyi Koruma Kanunu m. 8 V'te şu kurala yer verilmiştir: "Tüketici malın mutad kullanma sebebiyle meydana gelen değişikliklerden ve

bozulmalarından sorumlu değildir." Ne de olsa tüketici malı kesin olarak satın alma kararını ancak malı kullanarak verebilir. Kaldı ki sekiz günlük kullanma süresi de pek kısıdır. Bunun bedeli zaten sembolik kalır. Üstelik tüketici taksitle mal alıcısından ayrımlı olarak, temerrüde düşmek suretiyle satımın çözülmesine yol açan kişi değildir. Öyleyse tüketicinin "değer düşürme tazminatı" ödeme borcunun ancak onun malı aşırı ölçüde (hoyratça) kullanıp yıpratması durumunda söz konusu olması yerindedir.

*Kimi yazarların malı aşırı yıpratma (kusurlu olarak bozma) durumunda tüketicinin geri alma hakkını etkisizleştirmeleri menfaatler durumuna uygun değildir. Tüketici böyle bir durumda, dilerse değer tazmini yükümünü göze alarak geri alma hakkını kullanabilmeli, dilerse ve tazminatı ödemeyi göze almıyorsa, geri alma hakkını gözden çıkarmalıdır.*

*Alman hukukunda, geri alma hakkını kullanabileceğini ve buna bağlı olarak malı iade yükümü altına girebileceğini bilmesi gereken bir kişi olarak, tüketici, malı yıpratmadan ve hatta kazara yitirmeden ötürü her halde sorumlu tutulur. (§ 357 BHGB) Bu çözüm tüketiciyi koruyan sosyal yaklaşıma yakışmaz. (Krs. Gonzenbach, Basler Kommentar, OR 40 fN 3; Schulze, BGB – Handkommentar, Schulze, § 361 a N 17)*

Tüketicinin tüketim sözleşmesinin geri alınması üstüne gündeme gelebilecek olan masraf istemlerine gelince: Tüketici, çözüme ilişkisi çerçevesinde, mal için harcamış olduklarının tümünü haksız zenginleşme kuralları bağlamında sınırsız olarak isteyebilmelidir.

7. Sözleşmenin kuruluş aksaklıklarında, açıkçası, ehliyetsizlikte, hukuka ve ahlaka aykırılıkta, şekle aykırılıkta ve irade bozukluğunda, iade, yerine göre, ya haksız zenginleşme kurallarına ya da haksız zilyetlik kurallarına göre gerçekleştirilir. Eğer tasarruf işleminin borçlanma işlemine (hukuki sebebine) bağlılığı ilkesi benimsenir ya da tasarruf işlemiyle borçlanma işlemi arasında "geçersizlik özdeşliği" (Fehleridentität) varsayılırsa, iade istemi "ayni güçte" olur; haksız zilyetlik kuralları bağlamında gerçekleştirilir. Yok eğer soyutluk ilkesi benimsenir ve "geçersizlik özdeşliği" de yok sayılırsa, tasfiye kişisel istem temelinde ve haksız zenginleşme kuralları çerçevesinde gerçekleştirilir.

*Taşınır esya mülkiyetinin transferinde sebebe bağlılık ve soyutluk kuramları ile geçersizlik özdeşliği kavramı konusunda bk. Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s.200 i.s.*

*Son zamanlarda, sözleşmenin iptalinde bile tasfiyenin aynen dönmedeki ve ifa imkansızlığındaki gibi sözleşme temelinde oturtulması gerektiği savunulmaktadır. (Bk. Schmidlin, Mélanges de Cannatta, s.333 i.s.) Bu görüşün temelinde de haksız zenginleşmenin eksilme savunmasından sıyrılabilme amacının yatdığı açıktır.*

*Bu arada şunu eklemeli: Ehliyesizin haksız zenginleşme kökenli iade borcunda onun bir ek savunması özel bir önem kazanır. Şöyle ki küçük veya kısıtlı, klasik ekşilme savunmasının yanısıra, zenginleşmenin objektif piyasa değerinden değil de, salt kendi işine yarayan daha sınırlı sübjektif tutarından ötürü sorumlu olacağı savunmasını da ortaya atabilir. (MK 452)*

*Aslında, hükümsüz sözleşmelerin tasfiyesinde karşılaşılan en duyarlı sorun şudur: Acaba BK 81/117 kurallarında somutlaşan karşılıklılık (sinallagma) bağlantısı bu edimlerin iadesi (çözülme) ilişkisinde de geçerli tutulabilir mi? Haksız zenginleşme hukukunda geçerli "hesap artışı" (Saldo) kuramı ve haksız zilyetlikte geçerli "hapis ve alıkoyma hakları" eliyle, hatta Yargıtay'ın yaptığı gibi, BK 81'in ödemelik definin kıyasen uygulanması yoluyla, bu bağlantı uygulamada fiilen sağlanmış gözükmektedir. Böylece karşılıklılık anlayışına uyan adaletli bir hasar düzeni sağlanmış olur.*

*Hesap artışı kuramı, hapis ve alıkoyma hakları ile ödemelik defii aracılığıyla çözülme ilişkilerinde adaletli bir hasar düzeninin kurulması çabaları için bk. Serozan, MHAD 1969 sayı 4, s.206 i.s. ve Serozan, İfa, İfa Engelleri, § 6 N 7 ile § 27 N 18*

*Hükümsüzlük üstüne oluşan tasfiye ilişkisiyle ilgili olarak eklenmesi gerekli son bir nokta da şudur: Paranın iadesi her zaman haksız zenginleşme istemiyle olur. Ta pandekt hukukundan gelme klasik anlayışa bağlı kalan çoğunluğa göre, başkasının parasını açıkça ayırt edilemez (bireyselleştirilemez) biçimde kendi parasına kıtan (onu karıştıran) kişi, bu parayı tek başına mülkiyetine geçirmiş olur. Para kural olarak bireyselleştirilemeyeceğine göre, paranın aynı güçte bir istemle geri istenebilmesi de söz konusu olamaz. İade istemi, olsa olsa, kişisel güçte bir haksız zenginleşme istemi olabilir. Bu görüş menfaatler durumuna da uyar. Gerçekten de para alacaklıları arasındaki eşitliği bozabilecek olan bir aynı hak (cebri icra) önceliği ve ayrıcalığı paralı alışverişin üstüne sakıncalı bir güvensizlik bulutu çöktürdü.*

*Gerçi azınlıkta kalan hukukçulara bakılırsa, paranın da, başkasının parasıyla karışsa bile, aynı bir istemle geri istenebilmesi ve bu bağlamda cebri icra sürecinde öncelikli ve ayrıcalıklı biçimde çekilip alınabilmesi göze alınmalıdır. Böyle bir aynı istemin dayanağı da, ya MK 776 kuralı çerçevesinde varsayılan bir paylı mülkiyet ilişkisi olabilir ya da öğretilde yaratılan bir "para değeri (nicelik) istihkakı" diye nitelendirilebilecek kendine özgü bir aynı istem (Geldwertvindikation) olabilir. Doğrusu, bu görüşü alışveriş güvenliğiyle bağdaştırmak zordur.*

*Bk. Stark, ZGB 935 N 7. Yazara göre, başkasının parasını kendi parasıyla karıştıran kişi hep tek başına malik olur; paylı mülkiyet ilişkisi asla söz konusu olamaz. Krş. ama Burcuoğlu, Erem'e Armağan, s.79 i.s. Yazar, paranın karışması durumunda MK 776 kuralının pekala örnekseme yoluyla uygulanabileceğini ve paranın paylı mülkiyet hakkına dayanılarak aynı istemle çekilip alınabileceğini savunmaktadır.*

8. Sözleşmenin elverişsiz koşullarla oluşmasına yol açma bir "culpa in contrahendo" sayılabildiği ölçüde, çıkarı bozulan taraf, "aynen tazmin" yaptırımını çerçevesinde sözleşmenin çözülmesini ve eski halin iadesini (restitutio in integrum'u) sağlayabilir. Böylece evvelce yerine getirilmiş edimlerin tasfiyesi "culpa in contrahendo" tazminatından kaynaklanmış olur. Bunun için gerçekleştirilmesi gerekli aşama, "culpa in contrahendo" tazminatını geleneksel "menfi zarar" kalıbının cenderesinden kurtarmaktır.

*Bk. Serozan MHAD 1989/90, Sayı 18, s. 41; Medicus, Juristische Schulung, 1988, s.3/4; Grigoleit, NJW 1999, 900 i.s.*

Aslında iade (restitüsyon) ile tazminat (reparasyon) birbirinden titizlikle ayırt edilir. İade "haksız artıları", tazminat ise "haksız eksileri" arıtır. Bu iki yaptırım seçenekli (alternatif) veya yığışik (kümülatif) olarak yarışabilseler bile, değişik işlevlidirler. Ama işte burada ele alınan olasılıkta, tazminat yaptırımını ayrıksı bir biçimde, düpedüz iadeyi sağlama işlevi üstlenebilmektedir. (Aynen tazmin = Sözleşme öncesi duruma dönme!)

Üstelik yeni anlayışa göre, "culpa in contrahendo" tazminatının işlevi bu kadarla da kalmaz. Böyle bir tazminat pekala sözleşmeyi tasfiye etmeyip, onun elverişsiz koşullarının değiştirilmesini de sağlayabilir. Sözleşmeye böylesine bir müdahale (uyarlama), hilede ve tehditte doğrudan doğruya, gabinde de dolaylı olarak (kıyasen) uygulanan BK 31 II kuralı sayesinde gerçekleştirilir. Sonuçta, hile, tehdit veya gabin zararının tazmini fahiş edimin (özellikle fahiş faizin) makul bir düzeye indirilmesini sağlar.

*Bk. Kocayusufpaşaoğlu, Semaine franco – turque 1983, 69; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s.240'da not 55; ayrıca bk. Walter, ZSR 142, 79; Grigoreit, NJW 1999, 900 i.s.; Handkommentar BGB'de Schulze, Vor §§ 275 – 292 BGB N 37; Serozan, MHAD 1989/90, Sayı 18, s.41*

Bilindiği gibi, bizde, ahlaka aykırılığı ve gabini yasaklayan kurallar, bu yasağa aykırı işlemlere tümel hükümsüzlük yaptırımlarını bağlamışlardır. (BK 20/21) Bu elverişsiz durumda fahiş edimi makul bir çizgiye (haddine) çekip indirebilmek için iki yol benimsenir: Birincisi şudur: BK 20 II'nin bölümsel hükümsüzlüğe ilişkin "aksine farazi irade" engeli Ticaret Kanunu 1466'nın "eksik geçerlilik" (FehlWirksamkeit) yaptırımını doğrultusunda şu ya da bu yoldan aşılır. Bu uğurda "bölümsel butlan" kavramı yalnız "nitel bölümsel butlan" (qualitative Teilnichtigkeit) olarak değil, ama aynı zamanda "nicel bölümsel butlan" (quantitative Teilnichtigkeit) olarak da algılanır. Bizi burada asıl ilgilendiren ikinci yol ise şudur: BK 21'in gabine bağladığı iptal (ya hep ya hiç) yaptırımını, BK 31 II kuralı çerçevesinde "culpa in contrahendo" tazminatı yar-

dımıyla düzeltilir. Bu son durumda edimin aşırı (fahiş) oranı kadar tazminat alacağı toplam edimden indirilir ve bu sayede aşırı edim de makul düzeye çekilmiş olur.

*BK 20 II, 21 ve 31 II kurallarının dar kalıplarının "kıyas" ya da "amaca uygun sınırlama (teleolojik redüksiyon) yoluyla zorlanarak çatlatılması ve böylece sömürülen sözleşme yanının isteğine bağlı uyarılama yolunun açılması üstüne bk. Serozan, Oğuzman'a Armağan, s.1018 i.s.; Guhl/Merz/Schnyder/Koller, § 7 N 40 i.s.; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil N 32. 41 i. s.; Schraner, OR 73 N 112 i.s.; Gauch, recht 98/2, s. 55 i.s.; İsv. FM, BGE 123 III 292 i.s.*

*Aynı yönde geliştirilen "modifiye bölümsel butlan" (modifizierte Teilnichtigkeit) almaşığı için ayrıca bk. Kocayusufpaşaoğlu, Kaneti'ye Armağan, s.25 i.s.; Guhl/Merz/Schnyder/Koller, § 7 N 40 i.s.; Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, N 32. 41 i.s.*

"Culpa in contrahendo" tazminatı aracılığıyla genel kural düzeyinde iadeyi ve uyarlamayı sağlayabilmenin başlıca avantajı şuradadır: Bu yola başvurulmakla, hile nedeniyle iptal veya iptal yerine tazminat (BK 31 II) ya da ayıp nedeniyle dönme veya indirim (BK 202) yaptırımlarının yetersizce sağladıkları "iadeyi ve uyarlamayı gerçekleştirme" olanakları, bu alandaki sıkı gerekler (hilede ve tehditte kast, ayıpta kısa etkisizleşme süreleri gibi gerekler) aşılarak geliştirilir.

## SONSÖZ

Çözülme ilişkilerinde, ana kural olarak, aynı iade istemi söz konusu olduğunda, "haksız zilyetlik" kurallarına, buna karşılık, kişisel iade istemi söz konusu olduğunda, "haksız zenginleşme" kurallarına başvurulur.

Bu iki talep temeli hem kendi aralarında karşılıklı etkileşime açıktır hem de sözleşme hukuku kuralları eliyle düzeltilmeye ve geliştirilmeye elverişlidir.

*Bk. Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, s. 166 i.s. ve s. 175 i.s.; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 574 i.s.*

Sözleşme hukukunun haksız zilyetlik ve haksız zenginleşme kurallarını düzeltici ve geliştirici etkileri, özellikle şu alanlarda göze çarpar: İade edilecek nesnenin hasarına katlanma, zaman aşımına uyma, düz verme edimlerini güvence altına alan teminatları ters geri verme edimleri için de ayakta tutma! Ama sözleşme hukukunun olumlu etkisi bundan ibaret değildir. Unutulmasın ki ancak sözleşme hukukunun güven ilkesi ışığındaki süzme yorum teknikleri sayesinde ki hakça bir tasfiye (iade) düzeni oluşturulabilir. İşte çözülme ilişkisini sözleşme temeline oturtmanın önemli bir pratik yararı da bu noktada ortaya çıkar.

Son zamanlarda, özellikle haksız zenginleşenin ölçüsüz "eksilme" (elde kalanı geri vermekle yetinme) savunmasını (BK 63 I kuralını) ve haksız zilyedin ölçüsüzlükte bunu da bastıran sorumsuzluk savunmasını (MK 993 kuralını) delebilmek için, tüm tasfiye ilişkilerinde sözleşme hukuku kurallarını uygulama eğilimi gözlenmektedir. Böylece eksiksiz ve doyurucu bir iade rejiminin kurulması amaçlanmaktadır.

Öte yanda, buna paralel bir başka ilginç eğilim daha dikkat çekmektedir. O da şudur:

İptalin ancak bile bile yanılmada yanılana herhangi bir külfet altına girmeksizin bağıttan sıyrılmaya yetkisi vermesinin ve yanıtılop sömürüleni "ya hep ya hiç" (ya sözleşmeyi olduğu gibi kabullenme ya da tümüyle iptal etme) almaşıkları arasına sıkıştırmasının sakıncalarını gidermek üzere, sözleşmesel "culpa in contrahendo" tazminatı, uyarlamaya elverişliliği yüzünden gittikçe daha sık işletilmektedir. Bu eğilimin temelinde yatan da, aslında hep aynı kaygıdır; yasal tasfiye kurallarının düzeltilip geliştirilmesi, onların iyileştirilmesidir.