

**Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda)
İmkansızlığa Bağlanan
Butlanın Aşılması**

Rona Serozan*

BK 20 I kuralı “bir akdin mevzuu gayri mümkün ... olursa o akit batıldır” der. Bu butlan, tüm butlanlar gibi, tarafların bilgisine ve iradesine bağlı olmaksızın, kendiliğinden oluşur.

Bilindiği gibi, bu kesin hükümsüzlük yaptırımını davet eden imkansızlığın ancak dünyada yaşayan herkes için geçerli, mutlak ve nesnel (objektif) bir imkansızlık olabileceği kabul edilir. Buna karşılık, sadece borçlunun şahsına özgü “sübjektif imkansızlığın” böyle bir radikal butlana yetmeyeceği hiç tartışılmaz. Açıkçası, butlan gibi köktenci ve ayrık bir yaptırım için imkansızlığın baştan, mutlak ve nesnel (objektif) olması şart koşulur. Buna karşılık, öznel (sübjektif) imkansızlık olgusu butlan için yeterli görülmez. Örneğin, yanmış bir parça geçerli olarak satılamaz da (objektif imkansızlık ve butlan varsayılır), çalınmış bir parça pekala geçerli olarak satılabilir. (Sübjektif imkansızlık ve borçlunun sözleşmesel garanti sorumluluğu kabul edilir.)

*Bk. Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 78; Gauch/Schluep/
Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, N 634.*

BK 20 I kuralının sözleşmenin kuruluşu aşamasındaki objektif, mutlak, temelli imkansızlığa bağladığı köktenci butlan yaptırımı, Roma hukukunun ve Romanist Mommsen’in “olanak dışı sayılan ve dolayısıyla akıl dışı olan edim borçlanılamaz” (impossibillium nulla obligatio est) dogmasına dayanır. Bu anlayışa göre, anlamsız, amaçsız, mantık dışı bir edim aynı zamanda hukuk dışıdır da! Nitekim baştan imkansızlık butla-

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

nı çoğu zaman hukuka aykırılık butlanıyla, hatta hukuken bağlanma (beyan-) bilincinin eksikliğiyle örtüsür. Geleceği kestirme (falcılık), kimlik rehnetme veya Boğaziçi köprüsünden suya atlama sözverilerinde işte böyle bir örtüşme olasılığıyla karşılaşılır.

Ne var ki bu gerçeğe karşın, baştan imkansızlığa bağlanan butlan yaptırımının pek de tutarlı ve yerinde bir yaptırım olduğu ileri sürülemez. Gerçekten de Mommsen'in şu tarihsel ve kavramcı ayırımına günümüzde anlamını geniş ölçüde yitirmiş bir ayırım gözüyle bakılır: a. Impossibilium nulla obligatio est = baştan imkansızlıkta borç doğmaz ve b. Casus a nulla praestunt = sonradan kaza olasılığında ifa yükümü olmaz!

Mommsen'e ve onu izleyenlere şu retorik soruyu yöneltmek gerekir: Niçin bir nesnenin sözleşmenin kurulmasından bir dakika sonra yanması halinde bu sözleşme geçerli sayılıp, sözleşme hukukunun yaptırımları devreye girer de bir nesnenin sözleşmenin kurulmasından bir dakika önce yanması halinde bu sözleşme geçerli sayılmayıp haksız zenginleşme hukukunun tasfiye rejimine tabi tutulur? Salt "kronolojik" bir farkın böylesine çarpıcı bir hukuksal rejim farkı yaratması nasıl olur da "lojik" sayılabilir? İmkansızlık olasılığında edim isteminin tanınmaması yerinde görülse bile, sözleşmenin tanınmaması nasıl yerinde görülebilir? Hukuk zamansal bir rastlantıya (adeta at yarışı kumarına) alet edilebilir mi hiç? Böylesine indi bir çözüm hangi adalet, yerindelik ve hukuksal güvenlik gerekçesiyle haklı gösterilebilir?

Gerçekten de alacaklıya sözleşmenin kuruluşundan sonra gerçekleşen imkansızlıkta sağlanan olanakların (yaptırımların), sözgelişi, iade borçlusunun objektif zenginleşmesiyle ve elde kalan zenginleşmesiyle sınırlı tutulmayan, üstelik zaman aşımı süresi de bir yıl yerine on yıl tutan komple tasfiye (iade) sorumluluğunun, alacaklının kaim değer (Surrogat) ve tam tazminat istemlerinin, bir dakika önce gerçekleşmiş olan baştaki imkansızlıkta alacaklıdan esirgenmesi doğrusu kolay kolay anlaşılabilir gibi değildir.

İmkansızlık butlanının pratik sakıncası yalnız bu kadarla da kalmaz. Dahası var: Bu butlan, yerine getiremeyeceği taahhütlerde bulunanlara, en başta da inşaat ruhsatı eksik taşınmaz veya kullanma ruhsatı eksik taşınır eşya satanlara ve fırsatçı blöfçülere BK 20 kuralının siperine sığınarak sözleşmesel sorumluluktan sıyrılmaya olanağı sağlar. Sözleşmenin geçerliliği imkansızlık yüzünden yadsınca kuralcı ve kavramcı hukukçular için kaçınılmaz olur bu adaletsiz çözüm!

İlginçtir: Yeni ulusal ve uluslar arası hukuk kaynaklarında, örneğin Hollanda ve Alman Medeni Kanunlarında, Eşya Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşmasında ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde, "başlangıçtaki (konudaki) imkansızlık", sözleşmenin hükümsüzlük nedeni olmaktan çıkarılmıştır. Bu yeni yaklaşımın sonucu olarak da baştan imkansızlıkla sonraki imkansızlık aynı tasfiye ve tazminat rejimine bağlanmıştır.

Başlangıçtaki imkansızlığın sözleşme serbestliğinin sınırları ve sözleşmenin hükümsüzlük nedenleri arasında düzenlenmesi İsviçreli hukukçuların hemen hemen tümü tarafından da acımasızca eleştirilir. Onlar BK 20 kuralını Roma hukukunun ve Mommsen'in "impossibilium nulla obligatio est" dogmasının talihsiz bir kalıntısı olarak değerlendirip yererler.

Bk. örneğin Schwenger, Schweizerisches Obligationenrecht, N 64. 03; Koller, Obligationenrecht Allgemeiner Teil I, N 867 i.s.; Kramer, Berner Kommentar, OR 19-20 N 236 i.s.; Weber, Berner Kommentar, Vorbemerkungen zu OR 97 – 109 N 34; Wiegand, Basler Kommentar, Vorbemerkungen zu OR 97 – 100 N 1. Türk hukuk öğretilerinde benzer bir eleştirel yaklaşım için bk. Altunkaya, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, s. 168 i.s.

Bu gelişmeler karşısında, bizde de BK 20'nin baştan imkansızlık olgusunu BK 96/117'nin sonraki imkansızlığa ilişkin kurallarının kapsama alanına aktarmak yerinde olsa gerektir. Bunun yolu da yasa boşluğunu doldurma sürecinde kıyas dolambacından geçer.

Gerçi sonradan ve baştan "kusurlu" imkansızlıkta sorumlulukların hukuksal temelleri ayrımlıdır. Sonraki imkansızlıkta hukuksal temel edimin ifasını kusurlu olarak olanaksızlaştırmaktır. Başlangıçtaki imkansızlıkta ise hukuksal temel mevcut imkansızlığı bile sözleşme kurmaktır. Demek ki ilkinde imkansızlaştırma eylemi, ikincisinde ise alacaklıya bilgi vermemedir ifa engelinin temeli! Buysa ilk bakışta örneksemeye (kıyasa) engel gibi gözükebilir. Ama aradaki benzerlik de yadsınacak gibi değildir doğrusu. Ne de olsa ifa engeline (imkansızlığa) "sonradan" dolaysız biçimde yol açıyorsa, ifa engeline (imkansızlığa) "başlangıçta" da alacaklıyı uyarmama yoluyla dolaylı biçimde yol açılmaktadır. Aradaki bu mantıksal bağlantı bu iki olgu arasına kıyas köprüsünün kurulmasına yeterli sayılabilir. Sözün özü, rahatsız edici kronolojik ayırım pekala lojik bir örnekseme köprüsüyle aşılabılır.

Bir de şu var: Öğretide ve uygulamada baştan subjektif imkansızlık (diyelim satılan tablonun çalıntı olması) oldum olası kıyas köprüsünden geçirilerek sonraki imkansızlığın kapsama alanına aktarılmaktadır. Bu olasılıkta da sorumluluk ifayı sonradan imkansızlaştırmaktan doğmamakta (sözleşmenin kurulmasından önce böyle bir yüküm varsayılmaz) doğrudan doğruya subjektif imkansızlığı bile bile ve ifa yeteneğini (yetisini) yeterince soruşturmaksızın sözleşme kurmaktan, yani davranış yükümüne aykırılıktan (Übernahmeverschulden'den) doğmaktadır.

Türk hukukunda baştan subjektif imkansızlığı BK 96'nın sonraki imkansızlık kuralı bağlamında ele alan görüş baskındır. Bk. Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 78.

Subjektif imkansızlıkla objektif imkansızlık arasında özellikle kişisel edim borçlusunun (diyelim bir portre ressamının) iş göremezliğinde göze batan sınırın silikliği karşısında (bu gibi durumlarda kimilerin objektif imkansızlık kabına attığını kimileri subjektif imkansızlık kabına atar), baştan subjektif imkansızlık olgusu için benimsenen bir örneksemeyi baştan objektif imkansızlık olgusu için yadsımak ise asla inandırıcı olmaz.

Gerçi sonradan ve baştan kusurlu (daha doğrusu, borçlusunun sorumluluğunu gerektiren) imkansızlığın yalnız hukuksal temelleri değil, onlara öğretide ve uygulamada bağlanan hukuksal sonuçlar da değişiktir. Şöyle ki sonradan kusurlu imkansızlıkta zarar görene tam tazminat (olumlu zararının giderimi) sağlanırken, baştan imkansızlıkta zarar görene salt sınırlı bir tazminat (olumsuz zararın giderimi) sağlanır. Şu da var ki bu rejim ayırımı da aslında yasaya dayanmaz; Jhering'in peşine takılan kimi yazarların talihsiz bir tarihsel saplantısına dayanır. Öyleyse, biraz ileride özel olarak eleştirilip aşılacak olan bu saplantı baştaki imkansızlık olgusunu sonraki imkansızlık olgusuna kaydırma önerisini engelleyici sayılmaz. Zaten aslına bakılırsa burada anılan örnekseme ve kaydırma önerisi sırf bu talihsiz saplantı yüzünden gündeme gelmiş sayılabilir.

Sonradan ve baştan "kusursuz" (daha doğrusu, borçlusunun sorumluluğunu gerektirmeyen) imkansızlık ayırımına gelince: Bu alanda boşluk doldurma ve kıyas büsbütün sorunsuz kotarılabilir. Çünkü bu olasılıkta olumlu ya da olumsuz zararın giderilmesine yol açabilecek değişik sorumluluklar gündeme gelmez. Gerçekten de kusursuzluk durumunda

edimleri sıfırlayan tek tür bir tasfiye (edimleri iade) rejimi söz konusu olur. Bu tek tür tasfiye rejimi de pekala zenginleşmenin eksilmesi, objektif zenginleşmeyle sınırlılık ve bir yıllık kısa zaman aşımı süresi savunmalarıyla "itici" haksız zenginleşme hukukuna değil de bu gibi sevimsiz savunmalara yer vermeyen, üstelik kaim değer (Surrogat) istemine de yer veren sevimli ve çekici sözleşme hukukuna dayandırılabilir. Sonraki kusursuz imkansızlıkta benimsenen çözümün baştaki kusursuz imkansızlıkta da benimsenmesi mantığın ve adaletin doğal buyruğu olur.

Şunu da eklemeli: Eğer burada önerilen köktenci boşluk doldurma operasyonu göze alınamayacaksa, BK 20'nin sivri butlan yaptırımını törpülemenin başka yolları da bulunabilir. Bu yollar örnekseme (kıyas) önerisi kadar ileri gitmezler; daha sınırlı etkilerle yetinirler. Açıkçası, bu ılımlı yollar sadece butlanın bilinen bazı sonuçlarını düzeltmekle yetinirler.

Bu mütevazı yollardan biri, baştaki imkansızlığı bile bile sözleşme kurmanın sözleşmesel kökenli culpa in contrahendo sorumluluğuna yol açacağını kabul etmek ve bu arada tazminatın kapsamını olumsuz etkili olumsuz zarar kavramıyla sınırlamamaktır.

Ne var ki baştan imkansızlık butlanına yol açmada tazminatın nedeni sözleşmenin geçerliliği konusunda yaratılmış olan güvenin boşa çıkarılması olunca, tazminatın kapsamı da genelde bu nedensellik bağına uygun olarak şöyle saptanır: Sözleşme görüşmelerine hiç girilmiş olmasaydı kaçırılmayacak olan daha elverişli sözleşme fırsatları (malı ucuza alma fırsatı) ve yapılmamış olacak (şimdiye boşuna yapılmış sayılacak) efektif masraflar (posta, telefon, yolculuk giderleri) tazmin edilecek zarar kalemlerini oluşturur. Geçerliliğine güvenilmiş bir sözleşmenin geçerli çıkmamasından doğmuş olumsuz (menfi) güven zararlarıdır bu.

Sözleşmenin ifa edileceğine ilişkin güvenin boşa çıkmasına dayanan ve genelde daha geniş kapsamlı olan olumlu (müspet) zarar, bu arada edimden elde edilebilecek olan kazançtan yoksunluk zararı ise bu tazminatın konusu sayılmaz. Çünkü geçersiz ve dolayısıyla ifası istenemez bir sözleşmede olumlu ifa çıkarının tazmin ettirilmesi bir çelişki olarak görülür. Böylesine kapsamlı bir tazminatın sözleşmenin koruma amacıyla bağdaşmadığı savunulur.

Oysa sözleşmenin hükümsüzlüğüne yol açmadan ötürü tazminat istemini sınırlayıcı işlevi belirli ölçüler içinde belki kabul edilebilecek olan olumsuz güven zararı kavramının ifa engelini bile bile sözleşme kurmada ve ifa engeline kusurlu olarak yol açmada yeri ve gereği ol-mamalıdır.

Gerçekten de ifa engelleri arasındaki biçimci ve yapmacık ayırım yetmiyormuş gibi, bu ifa engellerine bağlanacak olan hukuksal sonuç-ları da biçimci ve yapmacık bir yaklaşımla ayırmak doğru değildir. Satı-lan malın satımdan bir dakika sonra yok olması durumunda satıcıdan olumlu zararın tazmini istenebilirken, aynı malın satımdan bir dakika önce yok olması durumunda ondan ancak olumsuz zararın tazmininin istenebileceğini ciddi ciddi savunmak ve bunu hukukçu olmayana an-latmak kolay değildir.

Gerçekten de mevcut olmayan bir alacağı veya patenti ve onarıl-maz biçimde ayıplı bir parçayı satanın, ayıplı bir malı kiraya verenin ve ya ayıplı bir eseri taahhüt edenin olumsuz zararlarla sınırlı tutulmayan bir tazminatla sorumlu tutulduğu bir hukuk düzeninde (BK 169, 194/205, 249/50, 360) başkaca imkansız edimleri borçlananların olumsuz zararlarla sınırlı eksik bir tazminatla sorumluluktan sıyrılabilmeleri asla inandırıcı sayılamaz.

Ne yazık ki uygulamada kamusal bir yasağın (inşaat yapma, ithalat-ta bulunma, trafiğe çıkma ve yurt dışına çıkma yasağının) baştan varlı-ğında "hukuki imkansızlık butlanı" (BK 20 kuralı) tüm geleneksel ve olumsuz tazminat rejimiyle hukuki ayıptan ötürü sorumluluk rejiminin (BK 194 kuralının) önüne geçirilmektedir. Bu tutum burada savunulan görüşle bağdaşmadığı gibi, bizatihi yürürlükteki yasayla da bağdaşmaz.

Bk. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, § 37 VII, s. 403 i.s.'de ve Karabasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 5, s. 735/36 ile s. 744/45'te anılan Yargıtay içtibatları.

Sırası gelmişken şunu da eklemeli ki olumsuz zarar kavramının olumsuz etkisi yalnız culpa in contrahendo tazminatının kapsamının belirlenmesinde ortaya çıkmış değildir. Olumsuz zarar kavramının olum-suz etkisi sözleşmeden dönmeye eklene sözleşmeye aykırılık tazmina-tının kapsamının belirlenmesinde de (BK 108 II kuralında da) ortaya çıkmıştır.

Aslında, fesih hakkına eşlik edebileceği kabul edilen eksiksiz (olumlu) sözleşmeye aykırılık tazminatının dönme hakkına eşlik edemeyeceği yanılıgısı, dönmenin sözleşmeyi fesihten ayrımlı olarak ve ay-nen iptal gibi, geçmişe etkili biçimde silip süpürdüğü yolundaki çoktan aşılımış dogmaya dayanır. Zararın nedeni fesihte de dönmeye de borç-lunun sözleşmeye aykırı davranışı olduğuna göre anlaşılacak gibi değil-dir bu!

İsviçre BK'nun yapılmasıyla ilgili tarihsel rastlantılara, daha doğru-su tarihsel bir kazaya dayanan ve benzerine hiçbir Avrupa yasasında rastlanmayan, üstelik bizatihi İsviçre ve Türk BK'nun zaptta ve ayıpta dönmeye eksiksiz tazminatı yığıştıran (istif eden) düzenlemesiyle de çelişen BK 108 II kuralının söylemi tüm İsviçreli hukukçularca ağızbir-liğiyle, "izole, talihsiz ve anlamsız" diye eleştirilir.

Bk. örneğin Thevenoz, Commentaire Romand, OR 107 N 2 ve OR 109 N 16; Weber, Berner Kommentar, OR 109 N 82 i.s.; Glättli, SJZ 1997, 239 i.s.

Dönmeyle tam tazminatın birleştirilemeyeceği saplantısının yol aç-tığı pratik sonuçlar ise düpedüz şoke edicidir. Şöyle ki para alacaklısı-na ve teslimini borçlandığı eşyayı henüz elinden çıkarmayan alacaklıya "takas kuralı" ve "fark kuramı" çerçevesinde sunulan kendi edimine sa-hip çıkma (onu elde tutma) avantajı, sırf edimini gerçekleştirmiş oldu-ğu için "takas kuralı"nın ve "fark kuramı"nın sağladığı edimi alıkoyma avantajından yararlanamayacak olan alacaklıdan haksız yere esirgenir. O elinden çıkarmış olduğu öz edimine kavuşamaz artık! Eşitlik ilkesinin ihlali göze batıcıdır!

İsviçre'den ve bizden başka hiçbir yerde rastlanmaz böylesi bir ada-letsizliğe. Her ülkede, dönmeye yol açan borçlu, alacaklısının tüm za-rarını giderir. Yalnız bizde sözleşmeden dönmeyi gerektiren ifa engeli-ni yaratan borçlu olumsuz zararın tazminiyle yetinir.

Gelgelelim, Türk Borçlar Kanunu Tasarısını hazırlayan Komisyon, baştan imkansızlık butlanı ve sözleşmeden dönmeye eklenecek tazmi-natın kapsamı konularındaki bütün bu eleştirileri duyarsızca göz ve ku-lak ardı etmiş ve İsviçre-Türk BK'larının eski haksız düzenlemelerini ol-duğu gibi korumuştur.

Sözleşmeden dönmeye eklenen tazminatın kapsamını bir yana bırakıp, sözleşmenin kuruluşunda (konuda) imkansızlık butlanına dönecek olursak:

BK 20 butlanının sivri sonuçlarını törpülemenin bir başka yolu da geride anılan ve eksiksiz sözleşmesel tazminatı öngören BK 169 ve BK 194 benzeri yasal garanti sorumluluklarına eşlik etmek üzere, sözleşmesel garanti sorumluluklarını yorum yoluyla varsaymak olabilir. Bu yol da her bakımdan doyurucu sözleşmesel tazminat ve tasfiye rejimini olumsuz zararın giderimine dayalı yetersiz culpa in contrahendo tazminatı rejiminin ve haksız zenginleşme kökenli yetersiz tasfiye rejiminin önüne geçirir.

BK 20'nin baştan imkansızlığa amacı aşan bir yaklaşımla bağladığı butlan yaptırımını ayrıca ifası imkansız edimin yerine geçen sigorta tazminatı ve kamulaştırma bedeli benzeri kaim değere (Surrogat'a) ilişkin sözleşmesel istemlerle de amaca uygun biçimde sınırlanabilir. Bu yoldan da baştan imkansızlığın hukuksal rejimi kronolojik rastlantılardan arındırılmış ve sonraki imkansızlığın hukuksal rejimiyle hiç değilse kısmen örtüştürülmüş olur.

Özetle: BK 20 kuralının baştan imkansızlığa yakıştırdığı kaba butlan yaptırımını, a) baştan imkansızlık olgularını elden geldiğince sonraki imkansızlık rejimine bağlamakla, b) yasal ve sözleşmesel garanti sorumluluklarının uygulanma alanını alabildiğine genişletmekle, c) kaim değer (Surrogat) istemlerine baştan imkansızlıkta da yer vermekle ve d) olumsuz zarar safrası atılmış olan culpa in contrahendo tazminatlarına yaygın bir işlerlik kazandırmakla aşılabilir.

Hiç kuşkusuz, en iyisi, dalları budamayı bırakıp, sorunu kökünden çözmek, açıkçası, baştan imkansızlık olgusunu sonraki ifa imkansızlığı olgusunun kapsama alanına taşımaktır.

Ama bundan da iyisi, yeniden yapılacak Borçlar Kanunu'nda tüm yeni yasalarda yapıldığı gibi, baştan ve sonradan imkansızlık ayırımını temelli kaldırmaktır.

Eklemeli ki sözleşmenin kuruluşundaki (başlangıçtaki ve konudaki) imkansızlık butlanını aşma yolundaki bütün bu çabalar, aynı zamanda kaba butlan yaptırımını şekle aykırılık ve hukuka aykırılık alanlarında törpüleme ve aşma konusunda öğretide gitgide yoğunlaştığı gözlenen çabalarla da uyumlu sayılabilir.