

**YENİ BORÇLAR KANUNU'NDA HUKUKİ İŞLEMİN (ÖZELLİKLE  
SÖZLEŞMENİN) OLUŞMASIYLA İLGİLİ KURALLARDAKİ  
YENİLİKLER**

**Prof. Dr. Rona SEROZAN\***

**Önsöz**

Şener Akyol, bilimsel üretimiyle, başkaca hukuk dallarının yanısıra, özellikle Türk Borçlar Hukuku öğretisini ve uygulamasını etkilemiş bir bilimcidir ve öğreticidir. Yeni Borçlar Yasasının Genel Hükümler alanında getirdiği yeniliklerle ilgili kimi gözlemler, öyle sanıyorum ki kendisine sunulmuş olan bu Armağan'da "Şener Hoca'nın bu belirgin özelliğine yakışacaktır. Hele bu yeni yasayı bizzat yetiştirdiği hukukçuların ürettiği düşünülürse, yeni yasaya ilişkin eleştirel gözlemler daha da derin bir anlam kazanacaktır.

**Yasa üstüne genel değerlendirme**

Borçlar Kanunu, Medeni Kanun ile bir arada, toplumun mülk üretme ve mülk edinme sürecini belirler. Gerçekten de özel, bireysel mülkiyet ve serbest sözleşme paradigmaları bu yasalarla ete kemiğe bürünür. İşte bu anlamdadır ki Medeni Kanun - Borçlar Kanunu ikilisi salt özel hukukun değil, kamu hukuku da dahil tüm hukukun "ana yasası" sayılır.

Hiç kuşkusuz bu temel yasaların kalıpları zamanla topluma dar gelmeye başlar; sosyo-ekonomik gelişme yasal kalıpları zorlayıp çatlatmaya başlar. Gün gelir, bu ana yasalarda değişimden kaçınılamaz.

Yalnız şu var: Borçlar Kanunu gibi cınar - yasaların değişiklik sürecinde titizliğin doruklarına çıkmak ve o doruklarda "mükemmeliyetçiliği" yakalamak gerekir.

\* Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

On dokuzuncu yüzyıldan kalmış ve kendi ülkesinde bile eleştiri ve reform talebi oklarına hedef tahtası olmuş İsviçre Borçlar Yasasını sözcüğü sözcüğüne yeni baştan çevirmekle ve bu çeviriye bir iki yeni kuralı yamamakla amaca uygun çağdaş bir Borçlar Yasası yapılmış olmaz.

Gerçekten de ortaya çıkan yeni yasa, ulusal dağırcığımızdaki seksen yıllık zengin yargı ve yazın birikiminin varlığına dayanan ve "Türk" sıfatına gerçekten yakışacak yerli, ulusal, özgün bir Borçlar Yasası olmaktan çok uzak kalmıştır.

Yeni yasanın olumsuzluklarının başlıca üç nedeni vardır: Avrupa'daki gelişmelere kapıları kapatmak, İsviçre yasasına kapanmak ve mükemmeliyetçilikten çok uzak yanlış bir yasa hazırlama yöntemine kapılmak.

Eşiğinde beklediğimiz ve sözde yasayı kendisiyle bütünleşme uğruna hazırladığımız "Avrupa Birliği"nin bünyesinde Borçlar Hukuku alanında önemli gelişmeler gözlenebilirken, yasa yapımcıları Avrupa Birliği'ne üye bile olmayan ve sosyal devlet ilkesine oldum olası uzak duran yedi milyon nüfuslu muhafazakâr İsviçre'yi "tek model" olarak almakta ısrar etmişlerdir.

Ekleylim ki evvelce Medeni Kanun'un İsviçre Medeni Kanunu'ndan sözcüğü sözcüğüne çevrilmiş olması da "batıl makisünaleyh" olamayacağına göre, bu ayıbın "gaybubet delili" (alibi'si) sayılamaz.

Dost acı söyler: Avrupa'daki Borçlar Hukukunu Uyumlaştırma çalışmalarına, Uluslararası Taşınır Satımı Sözleşmelerine İlişkin Anlaşmaya, Almanya'nın, İtalya'nın, Hollanda'nın ve Doğu Avrupa ülkelerinin yeni yasalarına gözlerini duyarsızca kapayan bir Türk hukukçusu yirmi beş yıl sonra uyandığında kendisini başka bir gezegende yaşıyor sanacaktır.

Yasanın hazırlanmasında izlenmiş olan yöntem de yanlıştır. Sivil toplum kuruluşlarının çoğunu ilgilendiren bu yasadan bırakınız ilgili dernekleri, sendikalar bile habersiz kalmışlardır. Yasayı hazırlayan Komisyon sürekli değişen, çoğu da sonradan dikkat çekici gerekçelerle ayrılan üyelerin oluşturduğu rastlantısal ve değişken yetersayılarla kural benimsemiştir. Sağlıklı yol bu değildir. Komisyon az sayıda seçkin uzmanla adeta kampa çekilerek çalışır; kurallar da oylamayla değil,

"consensus" ile belirlenir. Komisyonun hazırladığı taslak da sonradan geniş bir tartışmaya açılır.

*Komisyon üyesi Prof. Dr. Aydın Zevkliler'in Legal Dergisi'nin Ekim 2005 sayısında yayımlanan konuşması aynen şöyledir: "Otuz - kırk kişilik Komisyonumuzun bir kısmı akademisyen, bir kısmı yüksek yargı organından gelme, bir bölümü sivil toplum örgütlerinin sözcüleri, yani bir yasa hazırlayacak birikimi olmayan kişiler idi. Esasında onların oy kullanması öngörülmemiş, sadece sekretarya yürütmeleri, başkana yardımcı olmaları öngörülmüştü. Gel gör ki oylama sırasında bunlar hepsi eşit haklarla oy kullanıyorlardı; o anda hangi düşünce ağır basmışsa veya bakanlığın temsilcisi bürokrat hangi yönde oy kullanmışsa, onlar da aynı doğrultuda oy kullanıyorlardı. Sonra, bir an önce işi bitirme gayreti ve arzusu çalışmalarımızı olağanüstü hızlandırdı. Bazı maddeleri durmadan geçelim, bazı maddeler İsviçre'de nasılsa öyle kalsın dendiği çok oldu. Hatta bazı toplantılarda oturum açılmadan arkadaşlar iki gün çalışacağız; kırk maddeyi bitireceğiz diye baskılar, dayatmalar ile karşılaştı. Bütün bunlar yasa tasarısının zaafıyla ortaya çıkmasına yol açtı."*

Yasa hazırlama yönteminde sağlıksızlığın en çarpıcı örneğini "gerekçeler" oluşturmaktadır. Bir kere, yeni yasanın yayımlanmış gerekçelerine gerçek anlamda "gerekçe" gözüyle bakılamaz. Bunların büyük çoğunluğu sadece İsviçre'den kopya edilen kuralda hangi konunun düzenlendiğini ve bu kuralda dil veya hüküm değişikliğinin olup olmadığını (aslında kendiliğinden anlaşılabilir "belitleri") saptamakla yetinen "baştan savmaca"lardır. Bunlarda kuralın konma nedenini (ratio legis'ini) bulma olanağı yoktur. Eğer her nasılsa böyle bir nedene rastlanacak olursa, o da "İsviçre'de durumun böyle olduğu"dur. Oysa İsviçre'de benimsenen bir çözüm Türkiye için bir gerekçe oluşturamaz.

Dahası var: Bu sözde gerekçeler kimi zaman gerçeği yansıtmamakta, adeta gerçeği gizlemekte ve düpedüz birer "kandırmaca" oluşturmaktadır. Gerçekten de gerekçesinde "hüküm değişikliği yoktur" denen kuralların bir bölümünde dikkatli bir okuyucu pekala hüküm değişikliği saptayabilmektedir<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Yasanın çözüm ona gerekçelerine yönelik yerinde bir eleştiri için bk. Koçhisarlıoğlu / Erişgin: Serozan'a Armağan, sh. 1243 i.s.

### *Dilde özensizlik*

Gerçi "kanunu bilmemek" (bu arada anlayamamak) "mazeret" sayılmayacağına göre, yasaların okuru tarafından anlaşılabilir bir dilde kaleme alınmış olması (dil arılaştırılması) yerindedir.

*Unutulmasın ki Batı'da Medeni Kanun'lar kutsal kitaplar dışında en fazla satılan başucu kitapları arasında yer alır.*

Yalnız şu var: Hukuki yasaların dili anlaşılabilir kılınırken, teknik deyimlerle oynamamaya dikkat edilir.

Kimyacı için formüller, fizikçi için eleman adları, kuyumcu için mücevherler hangi önemdeyse, hukukçu için teknik terimler, yerleşik deyimler de aynı önemi taşır. Bunlar özenle birbirinden ayırt edilmeli; birbirine karıştırılmamalıdır.

Vadeye süre, ariyete kullanma ödünçü, karza tüketim ödünçü, trampa ya mal değişimi, zilyetliğe elmenlik ya da tutkanlık denemeyeceği gibi, icaba da öneri denemez.

Oysa yeni yasada mad. 3 i.s. başlangıç kuralları icaba öneri karşılığını uygun görmüşlerdir. Bilindiği gibi, öneri teklif sözcüğünü karşılar. İcap ise nitelikli, özel bir öneridir; sıradan bir öneri değildir. İcap, aynen zilyetlik ve vade gibi, üzerinde oynanamayacak teknik, yerleşik deyimlerden biridir.

### *İletişim alanındaki gelişmelerin dikkate alınması*

Yeni yasada bilgisayar ve benzeri dolaysız iletişim araçlarıyla yapılan interaktif icabın hazırlar (karşı karşıya bulunanlar) arasında yapılmış icapla bir tutulacağı mad. 4 II'de kurala bağlanmıştır. Evvelce yargıda ve yazında da benimsenmiş olan bu yaklaşım teknolojik gelişmeleri dikkate alan gerçekçi bir yaklaşımdır.

İcapla bağlılık açısından önem taşıyan ve mad. 4 kuralının uygulanma alanını genişleten bir değişikliktir bu. Şöyle ki yeni dolaysız iletişim araçlarıyla yapılan interaktif icap da aynen telefonda yapılmış icap gibi, derhal kabul edilmelidir ki bağlayıcılığını koruyabilsin. (BK 4 I/TBK 4 I)

Aynı gerçekçi yaklaşımla, imzalı telefaks mesajının beyan sahibince sonradan teyit (konfirme) edilmesinin ve özel yasasına uygun güvenli

elektronik imzanın atılmasının da klasik, beylik el yazılı imza şeklinin yerini tutacağı kurullaştırılmıştır. (mad. 14) Yüzyıl öncesinin yasa koyucusunun tanımadığı ve yer vermediği bu çağdaş iletişim yollarının klasik şekil kalıplarına katılması tereddütleri önlemesi açısından olumludur; övgüyü hak eder.

Yalnız faksın teyidinin nasıl ve ne zaman yapılacağıın belirtilmemiş olması tereddütlere yol açabilir. Bu teyidin orijinal imzalı metnin beyan sahibince derhal yollanması tarzında gerçekleştirilmesi gerekir.

İlginç bir nokta şudur: Mad. 14'ün "gerekçe"sinde ve bu "gerekçe"ye kapılan yazarlarda beyanı (faksı) yollayanın teyidinden değil de beyanı (faksı) alanın (beyan muhatabının) teyidinden söz edilmesi şaşırtıcı, vahim bir yanlıdır.

İletişim teknolojisindeki gelişmeler bağlamı içinde değerlendirilmesi gerekli bir değişiklik de iletkenin (ulağın) beyan hatasının modern iletişim araçlarına da yadındırılmış olmasıdır. (mad. 33)

Tüm bu değişiklikler, ekonomik, sosyal ve bilimsel gelişmelerin yasa kurallarını nasıl etkilediğini göstermesi bakımından ilgi çekmektedir.

Öyle anlaşılıyor ki iletişim ağı geliştikçe, "el yazılı imza" yasalardan çıkarılıp hukuk müzesine taşınacaktır.

### *Tüketiciyi koruma amaçlı yeni kurallar*

Yeni BK'nun en fazla anılmaya değer kuralları kuşkusuz profesyonel işletmeci karşısında ekonomik, sosyal ve bilimsel güçsüzlüğü varsayılan amatör tüketiciyi koruyan sosyal içerikli kurallardır.

Bu kuralların başında tüketicilere dayatılan nalıncı keseri benzeri "genel işlem koşulları"na ciddi sınırlamalar ve denetimler getiren mad. 20 - 25 kuralları gelir.

Bilindiği gibi, "genel işlem koşulları" (GİK) ileride çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere önceden ve tek yanlı hazırlanarak karşı yana dayatılan (genelde de karınca duası küçüklüğünde yazılmış olan) sözleşme koşullarıdır. Bunları tartışıp değiştirmek müşterinin elinde değildir. Onun için seçenek ya bu koşulları kabullenmek ya da çekip gitmektir. (Take it or leave it!)

Genel işlem koşullarının sakıncalı yanı, onların genelde hazırlayıcı işletmeden yana nalıncı keseri benzeri bencil ve haksız koşullardan oluşmaları, bu arada adalet değeri içeren ve müşteriye koruyan yedek yasa kurallarını uygulamadan kovmalarıdır.

Bilindiği gibi, GİK'nda üç aşamalı bir denetim yapılır. Önce GİK'nun sözleşmenin kapsamına dahil olup olmadığı saptanır. Buna "yürürlük denetimi" denir. Bu aşamada özellikle şaşırtıcı koşullar sözleşmenin kapsamı dışında tutulur. Eğer bu süzgeçten geçebilmiş olan GİK'nun sözleşmenin kapsamına dahil olduğu kabul edilirse, o zaman da "düzenleyenin aleyhine (contra stipulatorem) yorum" filtresi devreye girer. Buna da "yorum denetimi" denir. Son aşamada da asıl etkin "içerik denetimi" yapılır. Bu aşamada yargıç müşterinin çıkarlarını ölçüsüzce çiğneyen haksız, bencil koşulları ayıklar.

Gerçi yeni yasa GİK'na m. 20 - 25 kurallarında ciddi sınırlamalar ve denetimler getirmektedir. Ne var ki yasada genel işlem koşullarının tanımı yetersiz kalmış, kavramsal çerçeve net çizilmemiş, yürürlük denetimi ile içerik denetimi birbirine karıştırılmış, içerik denetimi bağlamında öngörülmesi gerekli olan noktalar yürürlük denetimi bağlamında ele alınmış, içerik denetimi alanında yargıca somut tutamaklar ve ölçütler verilmemiş ve hükümsüzlük rejimi de tüketicinin çıkarlarını koruyamaz bir söylemle kaleme alınmıştır.

*İçerik denetiminde müşterinin mağduriyetinin kaynağı ya a) GİK'nun, kendisinden ayrıldığı yasa kuralının özündeki sosyal koruma ve adalet değeriyle bağdaşmazlığı (örneğin işletmeye sözleşme edimini tek yanlı olarak değiştirme yetkisi tanınması) ya da b) GİK'nun sözleşmenin doğasına ilişkin temel hakları ve yükümleri sözleşmenin amacına ulaşmasını tehlikeye sokacak biçimde sınırlandırması (örneğin hastanenin sorumsuzluk koşulunu öngörmesi) olabilir. İşte yasada değinilmeyen ölçütler bunlardır.*

*Genel işlem koşullarını dayatan firmaların, geçerlilik kazanamamış olan koşul olmasaydı, sözleşmeyi hiç kurmamış olacakları ve dolayısıyla BK 20 III/TBK 27 II bağlanunda sözleşmenin tümüyle geçersiz sayılması gerektiği savına asla GİK hukukunda yer verilmez. Geçersiz sayılan koşulun, örneğin işletmenin sorumsuzluk kaydının yerine yasanın öngördüğü makul kural, örneğin hafif kusurdan sorumsuzluk kuralı konur. (Geçerliliği koruyucu indirgeme ya da eksik geçerlilik denir buna!) Hatta kimi zaman caydırıcı ve cezalandırıcı bir*

*yaklaşım, koşulun yasal ve makul bir çizgiye (örneğin hafif kusurdan sorumsuzluk düzeyine) çekilmesiyle yetinilmez de ölçüsü kaçmış olan koşul daha da aşağı çekilir; örneğin işletme kayıtsız koşulsuz (hafif kusurdan bile) sorumlu tutulur.*

*Böylece işletmenin fırsatçılığı cezalandırılmış olur. Buna da eksik geçerliliğin yadsınması ya da yasaklanması (Verbot der geltungserhaltenden Reduktion) denir.*

*Eklemeli ki bu ilginç cezai yaptırım, sipariş edilmemiş olduğu halde yollanan malın adeta alıcısı yararına terk edilmiş sayılmasını öngören ve ileride ele alacağımız tüketici yanlısı yeni cezai düzenlemeyi (mad. 7 kuralını) anımsatır.*

*Özel hukukta bu gibi cezai yaptırımlara pek ender rastlanır. Az sayıda örnek olarak burada anılan iki örnek dışında, bir de miras hukukuyla ilgili MK 510, 578, 610 kuralları ile haksız zenginleşme ve menfaat devri ile ilgili BK 65/TBK 81, MK 25 III, BK 414/TBK 530 kuralları anılabilir<sup>2</sup>.*

*Yeni yasada hükümsüzlük rejimiyle ilgili bütün bu önemli noktaların hiç değilse bir bölümüne ne gariptir ki yürürlük denetiminde yer verilmiştir de asıl önemli içerik denetiminde yer verilmemiştir<sup>3</sup>.*

*Burada özel olarak değinilecek olan tüketici yanlısı iki kural mad. 7 ve mad. 8 II kurallarıdır.*

*Mad. 7, tüketiciyi koruyan ve tacizci pazarlamacıyı da cezalandıran bir kuraldır.*

*Bu yeni kurala göre, ismarlanmadığı halde gönderilen malın kullanılması veya devredilmesi irade etkinliğiyle (faaliyetiyle) kabul diye yorumlanmak şöyle dursun, tüketiciyi sorumlu bile kılmayacaktır artık. Eşya hukuku alanında bunun anlamı pazarlamacının malını terk etmiş (sahipsiz hale getirmiş) sayılması olsa gerektir. Özel hukukta pek ender rastlanan bir özel hukuk cezasıdır bu<sup>4</sup>.*

*Gerçekten de mad. 7 kuralı sipariş edilmemiş olduğu halde tüketiciye yollanmış olan malın kullanılmasının ve tüketilmesinin kabule yoru-*

<sup>2</sup> Bk. Serozan: *Medeni Hukuk*, I § 1 N 21.

<sup>3</sup> Özel bir araştırmayı ve değerlendirmeyi gerektiren bu konuda bk. Atamer: *Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, sh. 61 i.s.; Kocayusufoğlu: *Borçlar Hukuku*, Giriş, § 23 N 1 - 10.

<sup>4</sup> Bk. İnceoğlu/Başoğlu: Serozan'a Armağan, sh. 981 i.s.

lamayacağı, dolayısıyla tüketicinin bu kullanma ve tüketme etkinliğinden ötürü mali yollayana karşı ne sözleşmeden, ne haksız eylemden ne de haksız zenginleşmeden ötürü sorumlu olacağını vurgulamaktadır.

Böylece tüketici kendisine dayatılan mali geri yollamak için posta veya kargo ücreti ödemekten ve zaman harcamaktan, istemediği malın bedelini veya mal hasara uğradığında tazminatı ödemekten kurtarılmaktadır.

Tüketici sipariş etmediği mali geri vermek veya korumak yükümü altında değildir. Tüketici adeta sahipsiz hale gelmiş mali sahiplenmişçesine (ihraz etmişçesine), dilediği gibi kullanabilir, tüketebilir, çöpe atabilir. Kendisine karşı hiçbir durumda sözleşmeye, haksız fiile veya haksız zenginleşmeye dayalı herhangi bir talep yöneltilemez.

Bu tüketici ayrıcalığının ayrığı şudur: Eğer mal bile bile değil de yanlışlıkla kendisine yollanmışsa, tüketici durumu mali yollayana bildirme ve mali koruma yükümü altında sayılır.

Mad. 8 II kuralına gelince: Bu kural sayısı kestirilemeyecek müşteri kitlesine yönelik tanıtma amaçlı duyuruları, katalogları, fiyat listelerini ve benzerlerini de bağlayıcı icap katına çıkarmaktadır. Bu kuralda tüketiciyi koruma politikasında ölçünün kaçırılmış ve tüketiciyi koruma amacının aşılmış olduğu eleştirisine sıkça rastlandığı dikkati çekmektedir<sup>5</sup>.

#### *Sosyal boyutlu diğer kurallar*

Sosyal boyutlu kural denince akla hemen aşırı yararlanma konusundaki kural (m. 28) gelir.

Aşırı yararlanma (eski deyimle gabin) konusunda mad. 28'de yapılan değişiklik önemlidir. Bir kere, eski yasa döneminde "ya hep ya hiç" seçenekleri, yani ya haksız edimi kabullenme ya da sözleşmeyi tümüyle iptal etme seçenekleri arasına sıkıştırılan mağdura şimdi ayrıca (üçüncü bir yol olarak) oransız edimi hizaya getirme (uyarlama) yetkisi de tanınmıştır.

Sonra, eski yasa döneminde haksızca sözleşmenin kurulduğu tarihte başlayan ve çoğu zaman da yakılıp kaçırılan bir yıllık kısa hak düşümü

<sup>5</sup> Krş. Kocayusufpaşaoğlu: Borçlar Hukuku, Giriş, § 18 N 8, s. 183 i.s.

süresi şimdi genel kurala uygun olarak mağdurun sömürüldüğünü öğrendiği veya onun için zorda kalma durumunun ortadan kalktığı günden yürütülmeye başlanmıştır.

Keşke mağdurun aşırı yararlanmanın koşullarını (öğelerini) ispat yükü de kimi yabancı yasada yapıldığı gibi, edimler arasındaki aşırı oransızlıkta "sömürülenin güçsüzlüğü ve sömürenin de sömürü kastı karinele-ri" öngörülerek kaldırılmış ve bu konudaki ispat yükü sömürenin sırtına yüklenmiş olsaydı.

Görme engellilerin noterce ve tanıkça pekiştirilmemiş imzalarının kendileri böyle bir güvenceyi özel olarak talep etmedikçe bağlayıcı sayılması (m. 15 III), görünüşte onların kişiliklerine saygının ve sosyal koruma altına alınmalarının bir yansımasıdır; ama aslında iyi niyetlerinin kötüye kullanılmasına yol açabilecek sakıncalı bir düzenlemedir.

#### *"Malumu ilam" türünden kurallar*

Hangi tür şekle bağlı olursa olsun, tüm şekle bağlı sözleşmelerin belirleyici noktalarının değiştirilmesinde de kuruluştaki şekle uyulması zorunluluğu (m. 13), korkutmanın yakın akrabaya değil yakına yönelmesinin de yeterli sayılması (mad. 38), duyuru yoluyla ödül vaadinde bulunmanın sonucun gerçekleşmesini engelleme veya sözverisini geri alma durumlarında giderleri karşılama yükümüne bağlı tutulması (mad. 9) ve temel yanılmasının bilinen nesnel ve öznel koşullarıyla bağımsız bir kuralda düzenlenmesi (mad. 32) üzerinde durmayı gerektirmeyecek değişikliklerdendir. Bunlar evvelce yargıda ve yazında zaten benimsenmiş olan görüşlerin yasallaşmasından ibarettir.

#### *Yapılması beklenirken yapılmamış değişiklikler*

Kabul beyanının icapçıya varmasıyla daha o anda oluşan sözleşme, Borçlar Kanunu'nun çoğu ülkede çoktan terk edilmiş olan yadırgatıcı bir "geçmişe etki varsayımı" uyarınca hukuki sonuçlarını daha kabul beyanının yollandığı anda, hatta eğer kabul beklenmiyorsa, daha icap beyanının vardığı anda doğurmaya başlar. Hukuka uygunluk, imkansızlık, ehliyet, hasar intikali, muacceliyet v.b. açılardan pratik önem taşıyabilecek bir kuraldır bu.

Sıkça eleştirilen, salt tarihsel ve ideolojik nedenlere dayanan ve İsviçre dışında hiçbir Batı yasasında rastlanmayan bu yabancı kuralın amaca uygun bir sınırlamaya (teleolojik bir redüksiyona) tabi tutulması yönündeki çabalar herkesçe bilinirken, bu arkaik kuralda ısrar edilmesi doğrusu şaşırtıcıdır ve üzücüdür. (BK 10 /TBK 11)

Yasadan çıkarılması gerekirken yasada korunan anlamsız bir kural da baştan (konuda) imkansızlığın kesin hükümsüzlüğe yol açacağı yolundaki kuraldır. (BK 20/TBK 27)

Başlangıçtaki (konudaki) imkansızlığın sözleşme serbestliğinin sınırları ve sözleşmenin hükümsüzlük nedenleri arasında düzenlenmesi tüm İsviçre'li hukukçular tarafından eleştirilen bir Roma hukuku (impossibilium nulla obligatio est) doğması kalıntısıdır.

Satılan parçanın satımın kurulmasından bir dakika "sonra" yok olmasıyla (böyleyse sonraki imkansızlık ve sözleşmesel tasfiye) bir dakika "önce" yok olması (böyleyse baştan imkansızlık ve butlan) arasında kronolojik bir fark bulunsa bile, hukuki rejim farkını haklı kılacak "lojik" bir fark söz konusu olamaz. Alacaklıya birinde sağlanan yaptırımların (kaim değer veya tazminat isteminin) ikincisinde esirgenmesi olacak şey değildir. Öyleyse bu iki olgunun da tüm Avrupa Borçlar Hukuku kaynaklarında olduğu gibi, birlikte düzenlenip aynı yaptırımlar rejimine bağlanması; daha doğrusu ve açıkçası, başlangıçtaki (konudaki) imkansızlığın sözleşmenin hükümsüzlük nedeni olmaktan çıkarılması ve baştan imkansızlıkla sonraki imkansızlığın ayrı tasfiye ve tazminat rejimine bağlanması beklenirdi<sup>6</sup>.

#### Sonsöz

Yasanın "Başlangıç Hükümleri" de yasanın öteki kuralları gibi, Şener Akyol Hoca'nın rahlei tedrisinde "kılı kırk yarmacı bilimsel titizliğin" ne olduğunu öğrenmiş hukukçular tarafından daha uzun süre eleştirileceğe benzemektedir.

<sup>6</sup> Bk. Serozan: Ülgen'e Armağan, sh. 2029 i.s.