

SUNGURBEY'İN "... NOTLAR" I ÜSTÜNE

Asis. Dr. Rona SEROZAN

SUNGURBEY, "Acemoğlu'nun 'Tapulama Kanunu...', 'Eşya Hukuku Meseleleri' Adlı Kitapları ve Serozan'ın Hukukçuluk Yöntemi Üstüne Notlar" başlıklı ve 1971 tarihli İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınında, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi'nde yayımlanmış olan yazılarımı eleştirip yermiş, hakçası, bu yazıları düpedüz lekeleyip karalamıştır.

Aşağıda, SUNGURBEY'in kitabındaki ağır suçlamaların herbirini teker teker ele alarak, bu suçlamaların "öz" ünün hiç de "biçim" i denli, keskin, katı ve köşeli olmadığını ortaya koyacağım.

I. MHAD, Yıl 5, Sayı 7, sayfa 93'te ve sayfa 106'daki dipnotu 16'da, ben, Yargıtayın kötü inançlı haksız zilyedi "ecrimisil" ödeme yükümünden sıyırıp kurtaran kararlarını "somut olay adaleti" ne uygunluk yönünden övmüş, bu kararları eleştirip yeren Türk öğretisinin, bu arada SUNGURBEY'in ve de kendimin (SEROZAN, Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft, sayfa 34'te dipnotu 95a) bir önsel, genel ve toptan yargıyla, *her durumda* "ecrimisil" ödeme yükümünün var olduğunu kabul eden görüşünü de, son iradelemede, köylülerin parasıyla ağaların küpünü doldurma (ağa avukatlığı) olarak nitelemiş ve şu değişik görüşü önermişim : "Köylülerin toprak işgalinde, YY. mad. 908'de öngörülmüş bulunan semerenin geri verilmesi yükümünden zararın karşılanması yükümü, ağaların toprak gasbında ise, aynı deyimden tüm yararlanmaların karşılanması yükümü anlaşılmalıdır."

"Ecrimisil" ödeme yükümünün bireyin mülkiyet hakkını kutsallaştırılan anlayıştan ve giderek, asıl şeyden (topraktan) devşirilmiş semereler üzerinde de "bütünleyici parçanın asla bağılılığı ilkesi" gereğince kazanılan mülkiyeti bir "tabu" denli kollayıp koruyan anlayıştan kaynaklandığını (bk. FEYZİOĞLU, Zilyedlikte iadenin mevzuu şe şümulü, s. 267 s.; TEKİNAY, Eşya Hukuku, s. 127) anımsayan her toplumcu hukukçu-

num benimsemesi gereken bu görüşüme, SUNGURBEY şiddetle çatmış ve salt beni haksız çıkarmak, kendisini haklı göstermek için de, Yargıtay kararlarına konu oluşturmuş olayları çarpıtıp, arsa işgal etmiş evsiz barksız garibanları “arsa ağaları” na ve bunlarını başlarını sokmak için kurdukları ellibeş metre karelik “kulübeleri” “bina” lara “tahvil” edecek, Yargıtay kararlarının hiç de benim öne sürdüğüm gibi somut olay adaletine uygun düşmediğini iddia etmiştir. SUNGURBEY, eleştirilmeyi ve özelleştirmeyi asla kabul etmeyen anti - diyalektik kuram anlayışını belgeleyen bu ilginç “konversiyon” unu şöyle bağlamaktadır : “...en basit bir hukukî olaylar araştırmasının da ortaya koyacağı üzere, ... yoksul köylünün ağa toprağından yararlanması kolay kolay söz konusu olmamasına karşılık, yurdumuzda milyonlarca dönüm devlet toprağı (köylülerce değil de) ağalarca gasbedilmiş bulunduğundan, bundan başka pratikte yoksul köylüden kullanma karşılığı diye zaten bir şey alınamamasına karşılık, varlıklı ağaları kullanma karşılığı borçları için koğuşturma olanağı bulunduğundan, ... genel olarak kullanma karşılığı dâvasını savunan Türk öğretisini Serozan’ın ... yermeye yeltenmesinin, aslında devlete milyonlarca lira kullanma karşılığı borcu bulunan toprak ağalarının küpünü doldurmaya yarayan ... kaba bir yutturmacadan, ağa avukatlığının çık âlâsını yapmaktan başka bir şey olmadığı apaçıktır. Serozan’ın (somut olay adaletini gerçekleştirecek kafa yapısındaki) uygulayıcı tipi bugün için daha gerçekleşmiş olmadığına göre kendisinin (köylünün toprak işgali ile ağanın toprak gasbı için önerdiği çözümlerin ayrımlılığının da bu) gerçek ve pratik sonucu değiştiremeyeceği meydandadır... Mal varlığında hiçbir zarar, ya da yoksullaşmaya uğramamış olan ağanın yoksul köylüden kullanma karşılığı istemi ... doğrudan doğruya hakkaniyete aykırı olması yüzünden reddedilmek gerekir... Yapılacak şey, haksız karışma ve kullanma karşılığı istemlerini hakkaniyet düşüncesiyle sınırlamak (tır).”(SUNGURBEY, Notlar, s. 75-78).

SUNGURBEY, bu satırlarında, bir yandan toprak ağası ile yoksul köylü arasında bir ayırım gözetecek uygulayıcı tipinin var olmadığını öne sürerken, öte yandan, hukuk uygulayıcısının, toprak ağasının yoksul köylüden kullanma karşılığı istemini “hakkaniyet” düşüncesiyle sınırlayacağını belirtmekle, birbiriyle apaçık çelişen iki görüşü yan yana getirmiş, böyle yapmakla da iddiasını kendi kendine “ifna” etmiştir. Bir yandan, somut olayın özellikleriyle uyumlu yargılar verecek uygulayıcı tipinin daha mevcut olmadığı öncülünden kalkarak (bu öncüle ilişkin yanıtım için bk. MHAD Yıl 5, Sayı 8, s. 143) benim YY mad. 908 kuralındaki “semere” kavramını “ecrimisil” ödeme yükümlüsünün sosyo - ekonomik du-

rumuna göre esnekleştiren görüşümü "hayalperest" bulan, gelgelelini öte yandan, yoksul köylülerden "ercimisil" isteminin "hakkaniyete aykırılık" nedeniyle yargıç tarafından geri çevrileceğini öne süren yazara, yanıtını da içeren su (retorik) soruyu yöneltmek gerekir: Yoksul köylünün ağadan, güçsüzün güçlüden kullanma karşılığı istemesini "hakkaniyete uygun", buna karşılık, ağanın köylüden, güçlünün güçsüzden kullanma karşılığı istemesini "hakkaniyete aykırı" bulacak olan uygulayıcı tipi ile benim önerdiğim çözümü benimseyecek uygulayıcı tipi arasında, "hayalperestlik" ile "gerçekçilik" bakımından herhangi bir ayırım var mıdır ki? Somut toprak uyuşmazlığında özel sosyo - ekonomik koşul ayrımlarını gözetecek yargıç tipi, ya SUNGURBEY'in örne sürdüğü gibi yoktur; o zaman ne benim önerdiğim gibi "semere" kavramı güçlü ağa aleyhine "yararlanma", güçsüz köylü lehine ise "zarar" biçiminde anlaşılır, ne de SUNGURBEY'in önerdiği yolda, kullanma karşılığı istemi "hakkaniyet düşüncesi" ile sınırlanır. Ya da benim önerdiğim hukukçuluk yöntemini benimseyecek uygulayıcı tipi vardır; o zaman SUNGURBEY'in önerisi de, benim önerim de aynı kapıya çıkar. Şu önemli ayrımla ki, SUNGURBEY'in çözümününün desteği, soyutun soyutu, uçsuz bucaksız bir metafizik "hakkaniyet" kavramı iken, benim çözümümün mantıksal dayancası, yalnız "ercimisil" sorununda değil, fakat her zaman ve her yerde geçerli belirli, somut bir diyalektik yöntemdir; ucu bucağı olan, elle tutulabilen bir hukuksal yaklaşım tarzıdır.

Bu arada şunu da belirtmek gerekir ki, SUNGURBEY'in, kendi görüşünün doğruluğunu, yerindeliğini, benim görüşümünse yanlışlığını, yersizliğini tanıtlamak uğrunda sıraladığı yurdumuzun toplumsal gerçekliklerine ilişkin gözlemleri de isabetsizdir. Şöyle ki, asıl kâğıt üstünde kalıp uygulamaya dökülmeyen olgu, yoksul köylülerin ağalara kullanma karşılığı ödeme yükümleri değil, tam tersine, ağaların yoksul köylülere kullanma karşılığı ödeme yükümleridir. Bir kere, yoksul köylünün ağaya karşı dâva açıp yürütecek ne bilgisi, ne cür'eti (!?), ne de parasal gücü vardır. Yoksul köylü, hukuku bilmez, mahkeme ve "tezvirci" diye bellediği avukat eliyle hak elde edilebileceğinden adamakıllı kuşku duyar, dâva harcı ve avukat ücreti ödeyemez; kaldı ki, ağanın bütün varlığını kuşatan yoğun terörü, ağır baskısı ve tutsaklığı altında böyle bir dâva açmaya kalkışamaz. Sonra, somut gerçeklikte, özellikle son yıllarda, giderek topraksızlaşan kiracı, ortakçı ya da tarım işçisi köylüler, ya ağanın toprağını, ya da (çokluk ağanın sahip çıktığı) Hazine toprağını işgal etmekte ve bu toprakları ekip biçmektedirler. Toprakları zaten paylaşmış ağaların toprak işgali, bu yaygın uygulama yanında giderek "kırintı" değeri taşımakta, ku-

ral dışı kalmaktadır. (Bk. Köy İşleri Bakanlığının "Köy Envanter Etüdüleri"; HAMİTOĞULLARI, Tarımsal Devrim, Cumhuriyet 1971, (12 nci yazı).

II. SUNGURBEY, benim "Mülkiyeti Saklı Tutma Anlaşması" na ilişkin yazımda, "tacirler için akla gelmedik yeni yeni haklar icad etmek yolunda, ticaret odalarınca madalyayla taltif olursa sezâ, görülmemiş bir gayretkeşlikle elinden geleni ardından koymamış, böylece kıraldan çok kıraldan yana çıkararak açıkça tefeci - bezirgân avukatlığının daniskasını yapmış" olduğumu ileri sürmüştür (SUNGURBEY, Notlar, s. 78).

Bu ağır suçlama yüzde yüz haklıdır. Mülkiyeti saklı tutmuş olan taksitle mal satabilecek denli paralı, güçlü kişiler ile ancak taksitle mal alabilecek denli parasız, güçsüz kişiler arasındaki somut ekonomik ast-üst ilişkisini gözden kaçırdığım ve sorunlara salt dogmatik açıdan bakışım bu yazımda, biçimsel, kavramsal kanıtlarla, çağ ve bilim dışı yasadılık yöntemine yakışır uslamlamalarla, satıcıya, alıcısına karşı "aynen ifa" ve "sözleşmeden dönme" yaptırımlarının yanısıra, sözleşmeye aykırılık giderimi isteme hakkını, üstüne üstlük, saklı tutulmuş mülkiyet hakkına dayanarak, taşınırı sözleşmeden dönmeksizin geri isteme hakkını tanımış, sözleşmeden dönen satıcıya tavansız bir zarar - giderim isteme olanağı vermiş ve mülkiyeti saklı tutma anlaşmasında teslim nesnel sözleşmesinin geciktirici şarta bağlı bir harcama işlemi olduğunu öne sürmüştüm. Bugün, anılan yazıda savunmuş olduğum bütün bu "gerici" görüşlerin tümünü, bir acımasız özeleştirmenin süzgecinden geçirerek terketmiş bulunuyorum.

Bu gerici çözümlerin kendi hesabıma biricik talihli yanı, bana, yasadılık yönetiminin yozluğunu en somut, en açık biçimde kendi çalışmamda gözleyip yakalamak fırsatını vermiş bulunmasıdır.

Gelgelelim, SUNGURBEY, benim ayağımı kaydırılmış olan bu yöntem sakatlığını algılayamamış olduğu içindir ki, bu konudaki görüşlerimi isabetle yerdiği "Notlar"ın başka bir yerinde, mülkiyeti saklı tutma anlaşmasını kapsar harcama işleminin düğümlendiği şartın "geciktirici şart" sayılmasını, ACEMOĞLU'na karşı ve benden yana çıkararak savunmakla, dar gelirli alıcı yerine, güçlü satıcıyı kollayıp korumuş ve benim anılan yazıda düştüğüm (SUNGURBEY'in deyişiyle :) "antisosyal" çukura bu kez de benim peşimden kendisi düşmüştür. (SUNGURBEY, Notlar, s. 30'da dipnotu 4). Yazarın talihsizliği de, onun "şüphe halinde şartların bozucu değil de geciktirici şart sayılması" yolundaki yorum ilkesini, yalınkat bir genellemeyle, sadece borçlanma işlemlerinde değil, fakat harcama işlemlerinde de alıcı yararına bir "yorum ilkesi" saymasında ol-

muştur. Oysa, borçlanma işlemlerinde alıcı yararına beliren bu yorum ilkesi, harcama işlemlerinde alıcı zararına geri tepen bir yorum ilkesidir. Şöyle ki, geciktirici şarta bağlı satım borçlanma işlemi alıcı, geciktirici şartın gerçekleşmesine dek satış akçasını ödeme yükümü altında bulunmayacak ve böylece onun çıkarı korunacak iken, geciktirici şarta bağlı teslim (nesnel) harcama işlemi alıcı, geciktirici şartın gerçekleşmesi ne dek, teslim aldığı nesne üzerinde mülkiyeti kazanamayacak ve böylece, onun mülkiyeti "derhal" kazanmadaki çıkarı örselenmiş olacaktır.

III. SUNGURBEY, benim "BY mad. 100'de ödeme yardımcısının (ifa yardımcısı demek istiyor!) kusurunu aramamak gibi söylemsel (lâfzî) yorum yönteminin ve kelime hukukçuluğunun en tipik örneklerinden birini ver..." diğimi üç kere iddia etmektedir (SUNGURBEY, Notlar, s. 78, 83 ve 129'da dipnotu 33).

Bu iddia baştan başa yersiz ve haksızdır. İlk, benim yaptığım gibi, "söylemsel" (lâfzî) yorum" ve "kelime hukukçuluğu" yöntemine karşı çıkmak demek, adaletli ve yerinde bir hukuksal çözümü dile getiren yasa sözcüklerini hiçlemek, boşlamak demek değildir. Sonra, SUNGURBEY'in von Tuhr'a katılarak savunduğu karşı - görüş, genellikle, dar gelirli (güçsüz) tüketicileri vurmakta, ifa yardımcısı çalıştırabilecek denli güçlü sermayecileri koruyup kollamaktadır. Gerçekten de, eğer ifa yardımcısının kusuru, BY mad. 100 sorumluluğunun bir ögesi, bir gereği olarak aranacak olursa, ilâç, yiyecek, giyecek, soğutucu, ısıtıcı v.s. alıcılarının zarardan uzak tutulmaları isterine asla uyulamayacaktır. Netekim somut sosyo - ekonomik gereksinmelere yanıt vermez bu çağdışı von Tuhr görüşünü günümüzde savunan yazar, hemen hemen hiç kalmamıştır. Bakınız, örneğin TUNÇOMAĞ ne diyor : "... bugünün ihtiyaçları ve sorumluluk kavramındaki gelişmeler karşısında, borçlunun, yardımcısının kusuru olmasa da, onun sebebiyet verdiği zarardan sorumlu tutulabilmesini (savunmuş olduğumuz eski görüşü terkederek) doğru bulmaktayız." (Borçlar Hukuku Genel Hükümler, § 62 II 3 b, s. 471). (Ayrıca bk. özellikle Alman Hukukçular Kurultayı'nın 17-20 Eylül 1968'de Nürnberg'de yapılmış toplantılarının tutanakları; GMÜR, Das schweizerische ZGB verglichen mit dem deutschen BGB, s. 166 i.s., CANARIS, Juristenzeitung 1968, s. 494 i.s.).

IV. SUNGURBEY, "tahrif" başlığı altında topladığı şu ağır suçlamalara da yer vermiştir :

"Serozan, son yazısında, İsviçre Yurtttaşlar Yasası mad. 1'in almanca metnine göre yargıcın 'doğruluğu denenmiş öğreti'den (bewaehrte Leh-

re), Türk Yurttaşlar Yasası mad. 1'e göre de "ilmî içtihadlar'dan yararlan-ması ilkesini, bu metinlerden hiç söz etmeyerek, böylece gerçeği gizle-yip tahrif ederek, yalnızca İsviçre Yurttaşlar Yasası mad. 1'in Fransızca metni yargıcı 'yerleşik (tutmuş) öğreti'ye (solutions consacrées) yolluyor Göve yermeye yeltenmiş (tir)." (SUNGURBEY, Notlar, s. 80).

SUNGURBEY'in "tahrîf" damgasını bastığı yazımın parçası şöyleydi: "(Diyalektif kafa yapısında, gerçekten bilimsel ve insanlıkçı bir hukukçu), 'oturmuşluk - yerleşmişlik' ve 'opinio necessitatis' gerekleri ile 'örf ve âdet hukuku'nun, 'yerleşmişlik - yaygınlık' gereği ile de 'ilmî ve kazâ içtihatlar'ın (Yurttaşlar Yasası mad. 1), kurulu düzenin çimentosu, 'böyle gelmiş böyle gidecek anlayışının kılıfı ve anamalcılığın 'girişimlerin önceden hesaplanabilirliği' (Kalkulierbarkeit) gereksinmesinin bir ürünü olduğunu kavrar ve boşluk doldurmada (hukuk yaratmada) bu anlamsız ve de hesaplı zincirleri koparır. (Oysa) Yurttaşlar Yasasının 1 inci maddesinin yerleşik (tutmuş) öğretiyeye (solutions consacrées) yollaması üzerine, doğruyu kanıtların ağırlığında değil de, otoritelerin fetvasında arayan ve adaleti 'yaygın' görüşte bulacaklarını sanan 'dar' görüşlü skolâstik hukukçularımız, Batılı glossa bilginlerinin görüşlerini, bu görüşleri koşullandıran üretim ilişkilerini görmezlikten gelerek, olduğu gibi, geri bıraktırmış ülkemiz hukukuna 'monte' ediyorlar.' Görüldüğü gib, bu parçada, eleştirilerimin boy hedefi, Yurttaşlar Yasası'nın 1 inci maddesi değil, fakat 'yaygın' görüşlerin ardına takılan 'dar' görüşlü skolâstik hukukçularımızdır. Kaldı ki, Yurttaşlar Yasasının 1 inci maddesinin Almanca aslındaki "bewaehrte Lehre" deyimini olsun, aynı maddenin Türkçe metnindeki "ilmî içtihadlar" deyimini olsun, somut gerçeklikte, her zaman "solutions consacrées" yolunda, hattâ (beteri) "icma - ı ümmet" sı kılığında anlaşılmış; aynı maddenin, 1. fıkrada serbest hukukçuluğa görünüşte araladığı kapı, böylece yeniden sımsıkı kapanıvermiştir. Netekim, TUOR ve GMÜR, "bewaehrte Lehre" deyimini "genel icazet", "uzun bir deneyim süresi", "oybirliği", "bilimsel yetkinlikleri tanıtlanmış kişilerin ezici çoğunluğunca doğrulanmış görüşler", "biteviye uygulama" soyundan nitelermelerle açılmışlardır. (Bk. TUOR, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, § 5 V a; GMÜR, Kommentar zum ZGB, Art. 1 N. 32/34).

Evet, uygulama, SUNGURBEY'in andığı yazarların ve yorumcuların "öğütleri ve dilekleri" doğrultusunda değil, fakat ne yazık ki TUOR ile GMÜR'ün görüşü ve "solutions consacrées" deyiminin anlamı doğrultusunda yürümüştür. Öyle ki, YY mad. 1 kuralı, hukuk uygulamasını, kendisini sürekli olarak yenileyip aşan bir diyalektiğin ırmağına bırakmamış,

fakat kendisini biteviye yeneleyen bir mekanizmanın kısır döngüsüne, döner dolabına sokmuştur.

Şunu da eklemek gerekir ki "bewaehrte Lehre" deyimi ile "solutions consacrées" deyimi arasında, SUNGURBEY'in gösterdiği gibi bir "ayrılık" yok, olsa olsa bir "ayırtı" (nüans) vardır. SUNGURBEY'in çevirisiyle "doğruluğu denenmiş öğreti", DAVRAN'ın çevirisiyle de "muteber dokütrin" anlamına gelen "bewaehrte Lehre" kavramında geçen "Bewaehrtheit" (doğruluğun denemişliği, muteberiyet) sözcüğünün salt "yıl-lanma", "sürekli yenilenme" ve "çoğunlukça benimsenme" ile güncelleşebileceği apaçık bir gerçekliktir. Hele İsviçre Yurtttaşlar Yasasını belirleyen ekonomik alt yapı ve sınıfsal ideoloji gözardına itilmeyecek olursa, YY mad. 1'in konformist Leitmotif'ine, kentsoylunun hukuk (ekonomi!) güvenliği isterine uyumluluğuna ilişkin gözlemimin isabetinde ve gerçekliği "tahrif" değil de, somut gerçekliğin yansıması olduğu noktasında hiç mi hiç duraksanamaz.

Durum böyleyken, yalnızca eleştirmek için eleştirmek uğruna, SUNGURBEY'in kimi İsviçreli yazarların Yurtttaşlar Yasası mad. 1'e aşıl-mak istedikleri özlemden kalkarak, beni gerçeklikleri "tahrif" etmekle suçlaması, açık bir haksızlıktır.

V. SUNGURBEY, benim, somut bir kusurlu, ya da kusursuz, mut-lak ya da nisbî hukuka aykırılıkta, sorumlu tutulan kişiye göre esneyip değişen bir biçimde, sözleşme, haksız eylem, haksız zilyetlik, haksız zen-ginleşme ve gerçek olmayan vekilliksiz iş görme kurallarını birlikte uy-gulayan, eşdeyişle, sorumluluk hukukunda her zaman işlem temelinin çokluğunu varsayan görüşümü şöyle eleştirip yermektedir :

"Serozan, BY mad. 43 I'deki, yargıca kusurun ağırlığına ve duru-mun gereklerine, bu arada sorumlu tutulan kişinin varlığına göre tazmi-natın ölçüsünü takdir yetkisi veren kuraldan yararlanma olanağı varken ... burada hiçbir gereği ve yeri olmadığı halde belli bir olguya sorumlu tutulan kişinin varlığına göre başka olgulara ilişkin çeşitli kurallar der-meciliğine (başvurarak) ... Karakuşu bile şaşırtacak kadar indî çözümler önermiş, saçmalamış (ve) safsata yapmıştır. ... İsviçre - Türk Borçlar Yasasında kabul edilmiş bulunan esnek prensibe göre ... (zarar -gideri-min saptanmasında tarafların özel sosyo - ekonomik durumlarını gözet-me) olanağı zaten var olduğundan, Alman Yurtttaşlar Yasası ile İsviçre - Türk Borçlar Yasası arasındaki bu büyük prensip farkını ... hiç gözönün-de tutmayan Serozan'ın ... bu olanağı (bu) yollardan sağlamak yolunda-ki önerisi de, zaten açık kapıları açmak, şemsiyeyi yeniden icada kalk-

mak ... kabîlinden olup tamamen geerksiz ve yersiz (dir)” (SUNGURBEY, Notlar, s. 81 ve s. 107-108’de dipnotu 23).

SUNGURBEY’in andığı BY mad. 43 I kuralı sadece zarar - giderim hukukuna ilişkin bir ilke koymuştur. Bu kuralın, haksız zenginleşmede, haksız zilyetlikte ya da gerçek olmayan vekilliksiz iş görmede, “giderler” e, “semereleler” e ve başkaca yararlanmalara, kullanma karşılıklarına ilişkin bir işlerlik gücü yoktur. Hele zarar - giderimin ölçüsü ile yakından uzaktan hiçbir ilgisi bulunmayan “ispat yükü”, “alakoyma hakkı”, “yıl lanma” ve bunun gibi daha nice soruna ışık tutucu hiçbir yönü yoktur. İşte bu nedenledir ki, BY mad. 43 I’in varlığına karşın, haksız eylem ile haksız zenginleşme kuralları ve gerçek olmayan vekilliksiz iş görme ile haksız zenginleşme kuralları yarıştırmış, iyi inançlı haksız zilyedin semerelerden sorumluluğu iyi inançlı haksız zenginleşenin sorumluluğu ile tamamlanmış, kötü inançlı haksız zilyedin giderlere ilişkin istemi kötü inançlı haksız zenginleşenin giderlere ilişkin istemi ile çakıştırılmış, gelelelim hiç kimse, bu “kaynaştırmalar” ın BY mad. 43 I’in gevşek denkserlik kuralının varlığı karşısında, “zaten açık kapıları açmak ve şemsiyeyi yeniden icada kalkmak kabîlinden” olduğunu ileri sürmemiştir. Benim yaptığım şey, sorumluluk türlerinin arasına skolâstik ve metafizik mantığın çekmiş olduğu Çin setlerini yıkmak, yukarıda anılan tek tük, bölük pörçük aşamaları, diyalektik bütünlükleri ve bağlantıları içerisinde kucaklayıp gerçek yörüngesine oturtmaktır. Bu görüşün mantıksal dayancası da şudur : Kişisel hakka, nesnel hakka, mutlak hakka, kusurlu ya da kusursuz saldırıların ortak özü “hukuka aykırı saldırı” olduğuna göre, sorumlulukların öznel ve nesnel gerekleri ile hukuksal nedenleri arasındaki ayırım bir yana itilmeli ve aralarında aşılmaz setler değil de, kapanmaz kapılar bulunan çeşitli sorumluluk düzenlemelerinin birbirlerine açık kapılardan karşılıklı etkiler yolladıkları kabul edilmelidir. Sözgelimi, dönme sonrası çözülme ilişkisinde, sözleşme edimlerinin ve bunlardan sağlanmış dolaysız (doğal) ve dolaylı (hukuksal) semerelerin, bu edimlerle ilgili harcamaların (masrafların) karşılanması, somut olayın ve kişilerin özelliklerine, onların korunmaya değer bulunup bulunmadıklarına göre, kimi zaman haksız zenginleşme kurallarına, kimi zaman haksız zilyetlik kurallarına, kimi zaman da gerçek olmayan vekilliksiz iş görme kurallarına göre beirlenmelidir. Bununsa, BY mad. 43 I kuralı ile yakından, uzaktan hiçbir ilintisi yoktur.

SUNGURBEY, ortaya attığım özgün görüşü hiç anlamamış, ya da anlamayı istememiş olduğu içindir ki, bu görüşümün WIETHÖLTER’in

aşağıdaki "teşhis" ve "tesbit" lerinden aynen aktarılmış olduğunu ileri sürecek denli de ileri gidebilmiştir :

"Denkleştirme değerlerinin ve zarar tutarlarının tesbitinde piyasa fiyatının göreviyle birlikte vekilliksiz iş görmeye ve nedensiz zenginleşmeye başvurulması..." (WIETHÖLTER, Wissenschaft und Gesellschaft, s. 238; SUNGURBEY, Notlar, s. 107/108 ve burada dipnotu 23).

WIETHÖLTER'in saptadığı genel eğilim, haksız zenginleşme ve vekilliksiz iş görme kurallarının "ius strictum" un bir düzelticisi, özellikle "aidiyet hukuku" sivriliklerinin bir törpüleyicisi olarak gittikçe daha sık yardıma çağrıldığı, zararın ve haksız zenginleşmenin tutarı belirlenirken güncel (aktüel) piyasa fiyatının ölçü olarak alındığıdır. Örnekse, haksız karışma (müdahale) *condictio*'su (*Eingriffskondiktion*), bugün, kişilik haklarına saldırılarda, yasa gereğince aslen nesnel hak kazanma olasılıklarında ve ihtira hukukunda, yoksullaşmaların, zararların denkleştirilip giderilmesi için gittikçe daha sık uygulanmakta ve bu mal varlığı eksilmelerinin belirlenmesinde güncel piyasa fiyatı esas alınmaktadır. WIETHÖLTER'in bu genel gözlemi ile benim ortaya attığım yepyeni görüş arasında ise bir "aktarma" ya da "intihal" bağlantısı bulunmak şöyle dursun, bir "yararlanma ya da esinlenme ilintisi" bile söz konusu değildir.

VI. SUNGURBEY, benim, malik olmadığı bir maddeyi, bu madde nin değerinden ağır basan değerde bir emek harcıyarak işleyip başkalaştırmış emekçiye, işlemiş bulunduğu bu madde üzerinde mülkiyeti kazandıracak olan YY mad. 699 ile § 950 BGB kurallarından, emekçinin değil de emekçiyi çalıştıran işverenin yararlandırılabilmesi için kuram üstüne kuram dökmüş olan öğretinin tutumuna karşı yönelttiğim eleştirilerimi de çok kesin ve acı bir dille yermektedir :

"Serozan'ın Alman YY § 950/51 ile İsviçre - Türk YY mad. 726/699'daki işleme yoluyla kazanma kuralının uygulanmasında tam bir gövde birliğiyle işçiyi değil de işvereni işleyen, sayan öğretiyi (bu arada Alman YY'ndan farklı olarak İsviçre - Türk YY mad. 726 II/699 I 2'nin yargıcın gereğinde işleyenin kötü inancını gözönünde tutabilmesi yolundaki özelliğini de tamamiyle atlayarak) eleştirmesinden, işçiyi bu kurallar anlamında işleyen saydığı, böylece fabrika v.b.'nda üretilen malların işleme yoluyla işçinin özel mülkiyetine geçtiğini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Serozan'ın bu çözümü kabul edilirse, YY'larındaki Roma kökenli işleme kuralına dayanan ve ne kapitalist, ne sosyalist, ne de başkaca hiçbir üretim biçimine benzeyen, denizkızı gibi görülmemiş bir üre-

tım biçimi ortaya çıkacak demektir ki, Asya Tipi Üretim Tarzı deyimini örnekseyerek bu üretim biçimine de Serozan Tipi Üretim Tarzı (STÜT) diyebiliriz. STÜT'ün hukukî mekanizması ise şöyle işleyecektir: "Üretim araçları işverenin özel mülkiyetinde; tüketim konuları ise işçilerin özel mülkiyetinde olacak, fabrikaya işverenin malı olarak giren ham maddeler, fabrikadan işçilerin özel mülkü olarak çıkacaktır. Şu var ki, Alman YY § 951 I 1, İsviçre - Yürk YY mad. 726 III/699 II gereğince ham madde malikinin, yâni işverenin nedensiz zenginleşme istemi saklı olduğundan, işveren, nedensiz zenginleşme alacağı kendisine ödeninceye dek üretilen malları işçilere vermekten kaçınabilecektir. İşçiler ise, işverenden ücret alacaklarını, işverenin nedensiz zenginleşme alacağıyla takas ettikleri ölçüde, daha önce özel mülkiyetlerine geçmiş olan üretilen malları ele geçirebileceklerdir." (SUNGURBEY, Notlar, s. 81/82'de dipnotu 11).

SUNGURBEY'in, bir çağın egemen sınıfının görüşlerini yansıtan ve damgasını BY mad. 336 kuralından sonra "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu" mad. 8 II kuralına da HIRSCH eliyle basmış olan egemen görüşün emekçinin çıkarlarını hiçleyici tutumunu savunarak, bu tutuma karşı çıkan beni eleştirip yermesi haksızdı ve pek üzücüdür. Emekçinin geçersiz iş sözleşmesi gereğince, hatta iş saatleri dışında işlediği ham maddeler üzerinde bile, bin dereden su getirerek mülkiyeti işverene kazandıran öğretinin (bk. özellikle EICHLER, Institutionen des Sachenrechts II/1, s. 69 i.s.; WOLFF/RAISER, Sachenrecht, § 73 III, s. 273; ayrıca bk. MHAD, Yıl 5, Sayı 7, s. 110/11'deki dipnotu 18'de andığım yazarlar) savunuculuğunu, emekçiden yana bir dünya görüşünün temsilcisi olduğunu her fırsatta öne süren SUNGURBEY yapmamalıydı. Bir yandan "toprak işleyicidir." demek, öte yandan "madde işleyenin değil de, işleyeni çalıştıranındır!" demek, SUNGURBEY için bir tutarsızlık değil de nedir?

SUNGURBEY'in, "Serozan Tipi Üretim Tarzı" diye alaya aldığı çözümün, son irdelemede ve uygulamada, emekçinin çıkarlarına ters düşer sonuçlar doğuracağı iddiası da yersizdir. Zaman aşımı yoluyla mülkiyeti yasa gereğince aslen kazanmada malikin haksız zenginleşme sorumluluğunu, özellikle nesnel hak kazandırıcı yasa kuralının amacına ve nesnel hak kazandırıcı olgunun niteliğine dayanarak kural olarak kabul etmeyen SUNGURBEY (İsviçre - Türk hukukuna göre iktisabî müruzu zaman, s. 136 i.s.), işleyip başkalaştırma yoluyla yasa gereğince aslen mülkiyeti kazanan emekçinin haksız zenginleşme sorumluluğunu da, YY mad. 699 kuralının "emekçiyi" koruyup kollayıcı ereğini varsayarak pekâlâ reddebilirdi. YY mad. 699'un işleyip başkalaştırma suretiyle malik olanın haksız zenginleşme sorumluluğunu açıkça saklı tutmuş bulunma-

sı ise böyle bir aşamaya asla engel olmayacaktı. Çünkü YY mad. 699 kuralının, haksız zenginleşme kurallarına yollamasının niteliği, bir "hukuksal gerek yollaması" dır (Rechtsvoraussetzungsverweisung) ve bu türlü yollamalarda haksız zenginleşmenin öğelerinin gerçekleşip gerçekleşmediği, ayrıca ve titizlikle aranacaktır. Nasıl YY mad. 699'da sözleşmeye aykırılık ve haksız eylem sorumlulukları da saklı tutulmuş olduğu halde, sözleşmeye aykırılığın ya da haksız eylemin kusur ve hukuka aykırılık öğelerinin gerçekleşmemesi durumunda, işçinin sırtına bu sorumluluklar yüklenmezse, öylesine, haksız zenginleşmenin "hukuka aykırılık (haksızlık)" esnek öğesinin (sömürme!) gerçekleşmemesi durumunda da işçinin sırtına haksız zenginleşme sorumluluğu yüklenmez. Hele haksız zenginleşme kurumunun nedensiz mal varlığı kaymalarının mekanik bir düzelticisi, denkleştiricisi olmaktan çıkarılarak, artı - değer sömürüsünün bir düzelticisine dönüştürülmesi halinde (bk. SEROZAN, MHAD, Yıl 5, Sayı 7, s. 96), SUNGURBEY'in emekçi hesabına duyduğu kaygıların tümü de kendiliğinden giderilmiş olur.

SUNGURBEY'in, benim, § 951 BGB'nin YY mad. 699'dan ayrılarak, emekçinin iyi inancının var olması gereğini arayışını gözden kaçırdığı iddiası ise, SUNGURBEY ile aramızdaki uyuşmazlık, anlaşmazlık yönünden hiçbir pratik önem taşımayan, konuyla yakından uzaktan hiçbir ilgisi bulunmayan bir iddiadır. YY mad. 699'da emekçinin iyi inancının varlığı, onun işleyip başkalaştırma yoluyla mülkiyeti kazanabilmesinin bir "onsuz olmaz koşulu" (conditio sine qua non'u) değil, fakat yargıç tarafından, somut olayın özelliklerine göre gözönünde tutulması ya da gözardına itilmesi takdire bırakılmış bir olgudur; gönül rahatlığı ile rafa kaldırılabilir.

VII. SUNGURBEY, benim, von TUHR'dan kaynak göstermeksizin bol bol yararlanmış olduğumu ve onun yazılarını "tahrif edip" kendisini haksız yere eleştirmiş olduğumu da ileri sürmüş ve bu iddiasını şu dört noktada örneklendirmiştir :

1. "Serozan, von Tuhr'dan bol bol yararlanmış, hatta von Tuhr'un 'örnekseme (kıyas) ibtiyatla ve yolu yordamıyla kullanılacak olan bir yöntemdir; olgu öğelerinin hukukî değerinin ölçülüp tartılmasına dayanır. Yasal olgudan ayrılan parça hukuken önemsizse, kıyasın yeri vardır; ayırıcı niteliğin, ilk bakışta seçilemeyecek dahi olsa bir önemi varsa, örnekseme caiz olmayıp onun yerine nelikçe aynı olmamakla birlikte, benzer duruma ilişkin yasa kurallarından bir tersinden kanıtlama ortaya çıkar. Bilimsel tartışmaların çoğunun konusu, yasadaki bir kuralın örnekseme

çoluyla uygulanması mı gerektiği, yoksa bir karşı - kanıt mı taşıdığıdır...’ diye verdiği bilgilerden, kendisinin ‘bi: yasacı - kavram hukukçusu, biçimsel mantık kurallarına yüzde yüz uygun düşer yolda, bir uyumsuzluğu tersten kanıtlama yoluyla olumsuz bir çözüme bağlamışsa, bir başka yasacı - kavram hukukçusu, yine biçimsel mantık kurallarına yüzde yüz uygun düşer yolda, aynı uyumsuzluğu yasadan örnekleme yoluyla olumlu bir çözüme bağlayacaktır...” diye kaynak göstermeden ve eksik bir biçimde yararlanmış (tır).” (SUNGURBEY, Notlar, s. 82/83).

SUNGURBEY’in “von Tuhr’dan kaynak göstermeksizin eksik biçimde yararlanma” diye sunduğu satırlarım, aslında düpedüz von Tuhr’a ve de von Tuhr gibi düşünenlere karşı çıkmaktadır. Ben, işte von Tuhr gibi, biçimsel mantığın kısır döngüsünde, tersinden kanıtlayanlara ve örnekleseyenlere köktenci bir tavırla karşı çıkıyor ve diyalektik mantığa kesenkes ters düşen bu iki yolun, Aristocu mantığın sağlayacağını iddia ettiği hukuksal güvenliği bile sağlamaktan uzak olduğunu belirtiyorum. Örnekse, von Tuhr, taşınmaz mülkiyetinin geçirimine ilişkin kuralların “mefhumu muhalifinden istidlâl” yolu ile, taşınır mülkiyetinin geçiriminde “soyutluk ilkesini” dört başı bayındır dikerken, öte yandan SİMONIUS, yine taşınmaz mülkiyetinin geçirimi kurallarına “örnekseme” (kıyas) yolu ile, taşınır mülkiyetinin geçiriminde “nedene bağlılık” (illilik) ilkesini aynı mantıksal sağlamlıkta, tutarlılıkta dikmekte olduğuna göre, “hani, nerede biçimsel Aristocu mantığın sağlayacağını iddia ettiği hukuksal güvenlik?” diye soruyorum. von Tuhr’a göre alıcı malik olurken, Simonius’a göre olmuyor! Bu ne mene hukuksal istikrardır? İmdi, benim bu gözlemim ile von Tuhr’un biçimsel mantığın görece ileri bir aşaması olan “örnekseme” yi (kıyası) bile “ihtiyatla” uygulamayı salık veren, “in dubio pro argumento e contrario” (kuşku durumunda tersinden kanıtlayın!) formülünü ortaya atan görüşü ve kılı kırk yaran soyut kavramcılığı arasında bir “yararlanma ilintisi” bulgulamak, salt SUNGURBEY’e özgü bir “tansık” olabilir.

Yok eğer SUNGURBEY, örnekleme ve tersten kanıtlama terimlerine yazılarında yer veren her hukukçudan von Tuhr’a yollamada bulunmasını isteyecekse, diyeceğim yoktur.

2. “Serozan, sözleşmeye aykırılığı ‘nisbî hukuka aykırılık’ diye nitelendirirken yalnızca ‘bk. Löwisch, Archiv für die zivilistische Praxis 165, 422’ diye atıf yapıp von Tuhr’a atıf yapmadan yararlanmış (tır).” (SUNGURBEY, Notlar, s. 83). Bir konuda özel bir inceleme, bir araştırma yapmış bulunan bir yazar dururken, hele bu yazarın çalışması çok yakın bir tarihin damgasını taşıırken, bu özel konuda 1940’ların bir ders

kitabına yollamada bulunmak, bilimsel çalışmalarda yerleşmiş "yollama" (atıf) geleneğinden değildir. Kaldı ki, ben, "nisbî hukuka aykırılık" deyimi ile ilgili olarak Löwisch'e yollamada bulunurken, bu yollamayı, von Tuhr'un ve şimdi de SUNGURBEY'in gözden kaçırdığı özel bir nedenle yapmaktaydım. Şöyle ki, Löwisch, hukuka aykırılık kavramını, haksız eylemleri ve sözleşmeye aykırılıkları bir arada kucaklayan bir bütünlük içerisinde (en bloc) ele almakta ve 'mutlak hukuka aykırılık' ile 'nisbî hukuka aykırılık' kavramlarının bıçakla kesilip ayrı ayrı bölmelere yerleştirilmesinden kesinlikle kaçınılmasını salık vermektedir. Löwisch'e göre, ister mutlak olsun, isterse nisbî, "hukuka aykırılık" bölünmez bir bütündür; mutlak hukuka aykırılığı gideren hukuka uygunluk nedenleri, nisbî hukuka aykırılıkları da giderirler. (LÖWISCH, Archiv für die zivilistische Praxis 165, 422 i.s.; özellikle s. 440 i.s.).

Ben de, SUNGURBEY'in "von Tuhr'dan kaynak göstermeksizin yararlanma" suçlamasını yakıştırdığı yazımda, sözleşmeye aykırılığı 'nisbî hukuka aykırılık' olarak nitelerken, özel bir hukuka aykırılık türü ortaya koymak istemediğimi ve aslında "mutlak" ve "nisbî" diye nitelenegelen hukuka aykırılıkların tam bir işlev ve görev birliği içerisinde bütünleşmiş olduklarını vurguluyor, "mutlak" ya da "nisbî" tüm hukuka aykırılıkları aynı kaba atıyor (krş. yukarıda V) ve böyle yapmakla da von Tuhr'dan kesinlikle ayrılıyordum.

3. "Serozan, von Tuhr sözleşmenin görüşülmesiyle görüşenler arasında özellikle aydınlatma, özen gösterme gibi ödevler (SUNGURBEY, 'yükümler' demek istiyor; ödev, (obliegenheit) "ayıbı ihbar" gibi, uyulmaması sorumluluğa yol açmayan davranış buyruklarıdır; burada söz konusu olansa, uyulmaması sorumluluğa yol açan "yükümler" dir!) doğrudan bir hukukî ilişki meydana geldiğini, bundan dolayı culpa in contrahendo'ya da kıyas yoluyla borca aykırılık kurallarının uygulanması gerektiğini apaçık belirtmişken, von Tuhr'un sözlerini tahrîf ederek von Tuhr'un culpa in contrahendo'dan doğan sorumluluğu sözleşmeye dayandırıldığını söyleyip haksız yere eleştir (miştir)." (SUNGURBEY, Notlar, s. 83).

SUNGURBEY'in bir "tahrîf" bulguladığı yerde ben aynen şöyle yazmıştım: "Hâkim görüş, bu giderimin kaynağı olarak sözleşmeyi kabul etmiş ve böylelikle zaman aşımı, hizmetlinin eyleminden sorumluluk ve ispat yükü bakımından sözleşmeye ilişkin kuralları uygulamıştır; bk. von Tuhr/Sieghart"

Bu cümlede hiçbir tahrîf yoktur. von Tuhr, ister "kıyas transmisyonu" ile dolaylı yoldan olsun, ister doğrudan doğruya olsun, culpa in

contrahendo gideriminin kaynağını “edim ilişkisi” anlamındaki sözleşmeye bağlamıştır ya, önemli olan ve (işte şimdi sorunun can damarına geliyorum :) haklı olarak, eleştiriye, yergiye mahkûm olan da budur (Bk. 4 sayılı iddiaya ilişkin yanıtım).

4. “Serozan, culpa in contrahendo’nun görüşenler arasında edim yükümlerinden bağımsız bir borç ilişkisine aykırılığa dayandığını söyleyerek aslında gene von Tuhr’dan (kaynak göstermeksizin) yararlanmış (tır).” (SUNGURBEY, Notlar, s. 83).

von Tuhr’un varlığından habersiz bulunduğu “edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kuramı”, özellikle von Tuhr’un ve von Tuhr gibi düşünenlerin, geçersiz sözleşmelerde “akdin müsbet ihlâli” (akdî -) zarar - giderimini tanımada karşılaştıkları dogmatik engelleri yıkabilmek ve sözleşme öncesi görüşmeler evresindeki davranış yükümlerine aykırılığa ancak “kıyasen” ve de pek kayıtlı bir alanda “sözleşmeye aykırılık” kurallarını uygulayabilme çaresizliğini kökünden gidermek için ortaya atılmış bir kuramdır. Bu kuram, sözleşme sorumluluğunun çerçevesini, von Tuhr’un asla kabul edemeyeceği boyutlara ulaştırmaktadır. Öyle ki, sözleşimi, bir eczaneden bozuk ilâç alan bir hasta, doğrudan doğruya bu ilâcı üreten firmaya karşı, sözleşme hukuku kurallarına dayanarak zarar - giderim isteyebilecektir.

İmdi, apaçık ortadadır ki, burada von Tuhr’dan yararlanmak şöyle dursun, anılan olguya “haksız eylem” kurallarını uygulayan von Tuhr’a düpedüz “karşı çıkma” vardır.

5. Benim, “von Tuhr’un, sosyo - ekonomik olguları salt işveren ve sermayeci yararına göz önünde tutmuş olduğu, buna karşılık, işçinin ekonomik hareket serbestliğinin ve özellikle onun ücret alacağıının kayıtlanışı sosyo - ekonomik olgusunu hukuken önemsiz bir sorun olarak göz ardına itmiş bulunduğu, netekim onun, borçlunun ekonomik hareket serbestliğini aşırı ölçüde kayıtladığı için ahlâka aykırı bulduğu ‘gelecekte edinilecek mal varlığının önceden geçirilmesi’ ve ‘rekabet yasağı’ sözleşmelerinin butlanını da salt güçlü kişiler yararına ön gördüğü” yolundaki “teşhisler” imi SUNGURBEY, “açık bir tahrîf” olarak nitelemiş ve şöyle yazmıştır :

“von Tuhr, borçlunun iktisadî özgürlüğünün aşırı ölçüde daraltılmasının, iktisadî hayatın sosyal ve ekonomik nedenlerden dolayı çekilmez bir tezahürü olduğunu, ... bu türlü sözleşmelerin çok kez sosyal - ekonomik nedenlerden dolayı çekilmezlik yüzünden mahkemelerce caiz ölçüye indirilmesi gerektiği görüşünü savunmuştur. ... Serozan’ın tahrîfinin

tersine, (gelecekte edinilecek mal varlığının önceden geçirilmesi ve rekabet yasağı sözleşmelerinin) çürüklüğü de von Tuhr'un kendi görüşü olmayıp, yasadaki kuralların sonucu olduğu gibi, bu çürüklüğün, alacaklının kazanç âleti derekesine düşecek olan borçlunun, işverenin sınırsızca keyfine bağlı tutularak onun esiri olacak işçinin yararına öngörüldüğü de apaçıktır." (SUNGURBEY, Notlar, s. 92/93'de dipnotu 13 a).

Haydi diyelim ki, SUNGURBEY, emekçiden yana görüşler yakıştırdığı von Tuhr'u gereğince kavrayabilmek için, von Tuhr'u von Tuhr yapmış, onun görüşlerini "hâkim görüş" kılmış sınıfsal çevrenin, anamalcılık maddî olgusunun irdelemesi gereğinden geçmiş, bu bilimsel diyalektik yaklaşıma boşvermiş olsun. Pekiyi ama, SUNGURBEY, bir yazarın görüşlerini doğru dürüst kavrayabilmek için, en azından onun yapıtının bir bütün olarak (en bloc) değerlendirilmesi isteri üstünden nasıl atlayıp geçmiştir; işte bu, anlaşılmaz bir şeydir. SUNGURBEY, von Tuhr'un kullandığı sözcüklere "bakıp" özü "görmemekte" ve yasa kurallarını yorumladığı gibi, yasa kuralları ölçüsünde kutsallaştırdığı, tabulaştırdığı von Tuhr'un sözcüklerini de biçimsel düzlem de yorumlamakla yetinmektedir. SUNGURBEY'in, hukuk yazınına bu dogmatik - mekanik yaklaşım tavrına karşı, yöntembilim açısından söylenecek çok şey vardır. Siz şu cilveye bakınız ki, SUNGURBEY, sözün özü belirtmeye yarayan bir araç olduğu gerçekliğinden kalkarak, von Tuhr'un kullandığı sözcüklerin altında yatan öz anlamı kurcalayıp değerlendiren ve sonuçta, ulaştığı yargıyı da okuyucusuna bir "kömprime" olarak veren bir yazarın bu çalışma yöntemine "tahrîf" etiketini takmıştır.

Oysa ki, von Tuhr'un, irade özerkliği varsayımını ve bu varsayımın uzantısındaki sözleşme serbestliği ilkesini kayıtladığı için ürkekçe uyguladığı geçersizlik yaptırımını (bk. Der Allgemeine Teil des BGB II/2, s. 1 ve s. 8'de dipnotu 50) boşluk doldurma yoluyla, yasada hiç yer almamış bulunan "ekonomik yaşamın sosyo - ekonomik nedenlerle çekilmez tezahürü" olgusuna yayacağını, hem de bunu "emekçi yararına" yapacağını öne sürmek, von Tuhr'a yeni yeni niyetler yakıştırmak demektir.

Netekim, von Tuhr, bu görüşüne örnek vere vere, zaten yasada özel bir kuralla ön görülmüş bulunan tacirler arası uzun süreli yarışma (rekabet) yasağını örnek vermiş (s. 39), "gabin" de sömürülen yararına bir bölümsel geçersizlik önerisine karşı çıkmış (s. 42'de dipnotu 130) ve (asıl çarpıcı :) aynen şöyle yazmıştır: "Yasal kuralların eksikliği durumunda, tarafların edimlerin değerine ilişkin anlaşmaları kesin olarak bağlayıcıdır; yargıcın edim ile karşı edim arasındaki orantıyı eleştirip düzeltmesi olanaksızdır." (s. 40).

SUNGURBEY'in "Serozan'ın tahrifinin tersine, gelecekte edinilecek mal varlığının önceden devri ve yarışma yasağı sözleşmelerinin çürüklüğü, von Tuhr'un görüşü olmayıp yasadaki kuralların sonucu olduğu gibi, bu çürüklüğün, alacaklının kazanç âleti derekesine düşecek olan borçlunun, işverenin sınırsızca keyfine bağlı tutularak onun esiri olacak işçinin yararına öngörüldüğü de apaçıktır" iddiasına gelince :

Bir kere, von Tuhr'un ahlâka aykırılık butlanına ilişkin görüşü, yazarın "bu ilke yasada belirtilmemiştir" derken, açıkça itiraf ettiği gibi, yasanın değil, doğrudan doğruya kendisinin çözümüdür. von Tuhr'un bu kişisel görüşünü, çeşitli yasaların çeşitli kurallarının derinliklerinden çıkarmış bulunması, bu gerçekliği değiştirmez.

Sonra, von Tuhr, genel ve soyut düzlemde *borçluyu* yine genel ve soyut düzlemde *alacaklıya* karşı korumaktadır; yoksa işçiyi işverene karşı değil, SUNGURBEY'in von Tuhr'u benim yergilerimden sıyırıp kurtarmak ve beni tahrifte bulunmakla suçlamak uğrunda, von Tuhr'un hiç çizmediği bir tabloyu çizerek, yazarın soyut alacaklı portresini bir işveren portresine, yazarın soyut borçlu portresini de bir işçi portresine çevirmesi, isabetsiz bir "yorumlayıştır" (tahrîf?). Pek iyi bilinen bir olgudur ki, uygulamada, yarışma (rekabet) yasağı sözleşmelerinin borçlular, işçiler değil de ortaklar, teknokratlar, tacir yardımcılarıdır. Gelecekte edinilecek mal varlığının önceden geçirilmesi sözverisinin çağrıştırdığı borçlu da, işçi değil, fakat sermayecidir.

İmdi, benim von Tuhr'a yönelttiğim yergi de yerindedir ve SUNGURBEY'in tüm yıkma çabalarına karşın sapasağlam ayaktadır. (Ayrıca krş. RAİSER, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, s. 280).

VIII. SUNGURBEY'in "Notlar" ında bana yöneltilmiş kıyıcı eleştirilerin odak noktasını "dönme akçası" ve "sözleşme cezası" kavramlarıyla bu kavramlara bağlanan hukuksal sonuçlar oluşturmaktadır.

1. SUNGURBEY, beni, ileride ödeneceğine söz verilmiş dönme bedeline kendisi gibi "salt cayma cezası" diyecek yerde "dönme akçası" diyorum diye, "en ilkel ve temel kavramları dahi ayırdedemezlik" kertesine varan bir "terim dağınıklığı" ve "cehalet" içerisinde bulunmakla suçlamaktadır. (SUNGURBEY, Notlar, s. 84 i.s. de dipnotu 13).

Oysa, "dönme", "cayma", "ceza" ve "akça" kavramlarını asıl birbiriyle karıştıran, SUNGURBEY'dir. Yazar, sözleşmenin kuruluşu evresinde, daha baştan ödenmiş dönme akçasına "cayma akçası", dönme hakkının kullanılması sırasında ya da sonrasında ödenecek dönme akçasına

da "salt cayma cezası" derken, tehlikeli bir kavram kargaşasına yol açmaktadır. Bir kere, salt "kronolojik" (zamansal) bir ayıraca göre yapılan "cayma akçası - salt cayma cezası" ayırımı sakıncalı bir ayırımdır. Çünkü ister önceden ödensin, ister sonradan ödenecek olsun, dönme bedeline ilişkin hukuksal sonuçların özdeş bulunduğu gerçekliğini hasıraltı edip gözden kaçırtmaktadır.

İkincisi, "cayma", borçlandırıcı işlemleri çözücü ya da kaldırıcı olumsuz yenilik doğuran hakkın geniş anlamda harcama işlemlerine de yaydırılmış özel bir türüdür. (Bk. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu mad. 58 ve GİRİTLİOĞLU, Yayın sözleşmesi, s. 79/81). Burada bir akça karşılığında saklı tutulması söz konusu olan olumsuz yenilik doğurucu haksa, sadece "cayma" hakkı değildir.

SUNGURBEY'in "cayma" kavramını, sözleşmeyi kaldırıcı (fesih) ve çözücü (dönme) yenilik doğuran hakları kanatları altına alan bir "üst kavram" olarak kullanmış olduğu da söylenemez, çünkü yazar, bir "üst kavram" olarak "geri alma" kavramını benimsediğini bir başka yazısında açıkça ortaya koymuş bulunmaktadır. (Bk. SUNGURBEY, Medenî Hukuk Eeleştirileri, s. 140). Dönme akçası ile fesih akçasını kucaklayacak bir "üst - kavram" olarak, olsa olsa, "pişmanlık akçası" kavramı önerilebilir ve benimsenebilirdi.

Üçüncüsü, SUNGURBEY'in "ceza" terimi de isabetsiz bir terimdir. İster baştan ödenmiş olsun, ister sonradan ödenecek olsun, BY mad. 351 II kuralında öngörülmüş bulunan hem fesih akçası, hem de sözleşme cezası niteliği taşır iki başlı, çifte işlevli "dönüştürülebilir - seçimlik akça" (Wandelpön) dışında, dönme (ya da fesih) akçasının "ceza" kavramı ile yakından uzaktan hiçbir hısımlığı yoktur. (Bk. özellikle ENNECCERUS/LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, § 40 II, s. 172'de dipnotu 2).

2. SUNGURBEY, BY mad. 156 I'in "pey akçasının bağımlık akçası sayılacağı yolunda bir yasal karine, bir yorum kuralı" koyduğunu ileri sürmektedir (Notlar, s. 84 i.s.'de dipnotu 13).

SUNGURBEY'in bu iddiası, hem BY mad. 156 I kuralını, tersi "örütülü" irade bildirimleri ile de kararlaştırılabilecek bir "tamamlayıcı kural" olmaktan çıkarıp onu çıkarlar durumuyla uyumsuz bir biçimde, tersi ancak "açık" irade bildirimleri ile kararlaştırılabilecek bir "yorum kuralı" katına çıkardığı için, hem de yorum kuralı ile yasal karineyi eşanlamlı kıldığı için yanlıştır. Bilindiği gibi, yorum kuralı bir maddî hukuk kavramıdır; yargılamada ispat yüküne yer değiştirmez. Örneğin, BY mad. 114 I'in yorum kuralı, yenilemenin açık irade bildirimleri ile karar

laştırılmış olduğunu ispat yükünü belirli bir sözleşene yüklemiş değildir. Karîne ise, bir yargılama hukuku kavramıdır; ispat yüküne yer değiştirir. Bu gerçekliği Türk hukuk yazınında DÜZCEER, bundan onbeş yıl önce apaçık ortaya koymuştur. (Bk. Adalet Dergisi, Cilt 47, Sayı 3, s. 344).

3. SUNGURBEY, benim dönme akçası ile sözleşme cezasını karşılaştırırken, “sözleşme cezası borca aykırılık giderini yanında *ayrıca* ödemesi gerekli bir ek giderimdir; dönme akçasında ise böyle *katmerli* bir sorumluluk yoktur.” deyişime takılmış ve bu sözleri, “fecî bir bilgisizlik”, “görülmemiş bir hüküm hatası” örneği olarak sergilemiştir (SUNGURBEY, Notlar, s. 84).

SUNGURBEY’in sözleşme cezasının bütün sözleşmeye aykırılıklarda değil de, salt yer ve zamana ilişkin sözleşmeye aykırılıklarda, ifa çıkarının yanısıra istenebilecek bir götürü ve yığışik (kümülatif) giderini olduğunu ve bunun dışında kalan sözleşmeye aykırılıklarda ise sözleşme cezasının salt ifa çıkarı yerine (seçimlik olarak) istenebileceğini belirtmesi, BY mad. 158 kuralının (bence isabetsiz) söylemi karşısında doğrudur. Gerçekten de BY mad. 158 II kuralı, sözleşme cezasının ifa çıkarına eklenecek bir “yığışik” giderim olarak istenmesi olanağını, salt “akdin muayyen zamanda veya meşrut mahalde icra edilmemesi hali” ne inhisar ettirmektedir.

Gelgelelim, SUNGURBEY’in bu yerinde gözleminden çıkan yayılım ateşi yanlış bir hedefe yöneltiktir. Sözleşme cezasının bir “munzam tazminat” niteliği taşıdığını öne süren Yargıtay’dır, yoksa ben değilimdir. (Bk. Resmî Kararlar Dergisi, Yıl 5, Sayı 5, s. 106). Netekim anılan karşılaştırma, yazıma Yargıtay kararından aktarılmış ve tarafımdan içi boş bir “kılıf” diye de yerilmiştir. Ben, anılan yazımda bu konuda hiçbir tavır almamış, hiçbir görüş açıklamamıştım. Bununla birlikte, eğer şimdi bu konudaki düşüncelerimizi açıklamak gerekecekse : Bence, BY mad. 158 kuralının “seçimlik sözleşme cezası” ile “yığışik sözleşme cezası” arasında gözettiği ayrım, dipten doruğa anlamsız, gereksiz bir ayrımdır. Çünkü sözleşmeye aykırılığın “temerrüt” ile “imkânsızlık” ve “kötü ifa” kategorileri arasında, çıkarlar durumu yönünden hiçbir ayrım yoktur. Eğer sözleşme cezası, birinde “seçimlik” nitelik taşıyacak idiyse, hepsinde bu niteliği taşımalıydı. BY mad. 158 II kuralı, aslında “sözleşme cezası bir zarar - giderimdir” görüşü ile “sözleşme cezası bir cezadır” görüşü arasındaki yatışmaz çekişmenin pek talihsiz bir ürünüdür. Bu iki görüş arasında bocalayıp yalpalayan İsviçre yasa koyucusu, her iki görüşü kaynaştırıp birleştirmiş ve ortaya bu tutarsız, çarpık, güdük kural

çıkıvermiştir. (Kırş. özellikle SECRETAN, Etude sur la clause pénale et droit suisse, s. 44 i.s.).

4. SUNGURBEY, Yalova Asliye Mahkemesinin Resmî Kararlar Dergisi, Yıl 5, Sayı 5, s. 105 i.s.'de yayımlanmış olan kararına konu oluşturmuş bulunan olayda, dönme akçasının indirimi diye bir sorunun mevcut olmadığını, çünkü alıcının keyfî olarak değil de, yasadaki bir dönme nedenine (doğrudan doğruya satıcısının sözleşmeye aykırılığı olugusuna) dayanarak sözleşmeden dönmüş bulunduğunu saptamış, dolayısıyla, alıcının dönme akçasını zaten tümüyle kurtarabileceğini, kaldı ki, olayda bir dönme akçasının değil, fakat bir ceza akçasının söz konusu olduğunu, dolayısıyla, aşırı ölçüde yüksek bile olsa, bu akçanın indiriminin zaten olanaklı bulunduğunu, imdi, benim Yargıtayın bozma kararını haksız ve hoş yere eleştirip yediğimi ileri sürmüştür. (SUNGURBEY, Notlar, s. 84, i.s.'de dipnotu 13)

SUNGURBEY'in bu gözlemleri yerinde, ne var ki, bu gözlemlere dayalı iddiası yersizdir, haksızdır. Ben, yazımda, Yargıtayın kararına konu oluşturmuş bulunan olayı hiç irdelememiş, sadece Yargıtayın dönme akçasının indirilemeyeceği yolundaki çekinme kayıtsız, kesin yargısını yermiştim. Eğer Yargıtay, Yalova Asliye Mahkemesinin kararını SUNGURBEY'in gösterdiği kanıtlarla bozmuş olsaydı, hiç kuşkusuz bir diyeceğim olmazdı; o zaman, bu kararın üzerinde özel olarak durma gereğini de duymazdım. Gelgelelim, Yargıtay, Yalova Asliye Mahkemesinin kararını salt dönme akçasının indirimi sorunu açısından değerlendirmiş ve bu kararı doğrudan doğruya dönme akçasının sözleşme cezası gibi indirilemeyeceği gerekçesiyle bozmuştur. Bu gerekçenin dayancası da, sözleşme cezasının "munzam bir tazminat" niteliği taşıyışına karşılık, dönme akçasında böylesine katmerli bir sorumluluğun söz konusu olmaması biçimsel kanıtıdır. Yargıtay yargıçlarının tüm uslamamaları, "dönme akçasının indirimi" sorunu ekseninde firdönmüş ve sonuçta, yargı da "dönme akçasının indirilemeyeceği" yolunda çıkmış olduğu içindir ki, ben de (okurumu şaşırtmamak için) olayı değiştirmiş (SUNGURBEY buna tahrîf diyor!) ve sorunu Yargıtayın perspektifinden değerlendirmiştim. Eğer Yargıtay, kesin yargının kapsamına giren "ratio decidendi" olarak SUNGURBEY'in yakaladığı olguları dikmiş olsaydı, ben, olayı değiştirip yeni bir kalıba sokmak şöyle dursun, bu olaya ve yargıya yazımda yer bile vermezdim. Salt olayı değişik bir biçimde okuruma aktarmış bulunduğum olgusu bile, bir başına, benim de somut uyuşmazlık olayını SUNGURBEY gibi değerlendirdiğimi, imdi SUNGURBEY'in suçlamalarının yersizliğini ortaya koymaya yeter.

Görülüyor ki, Yargıtay kararını haksız yere eleştirmiş olduğumu öne süren ve okurumu şaşırtmamak için olayı değiştirişimi, yerli yerine, ayakları üstüne oturtuşumu “tahrîf” olarak niteleyen SUNGURBEY’in beni yermesi, giderek yargılayıp suçlaması, haksızdır, yersizdir.

5. SUNGURBEY’e göre, aşırı yükseklikteki sözleşme cezasının indirilmesini (tenkisini) öngören BY mad. 161 III kuralının aşırı yükseklikteki dönme akçasına da, hiç değilse Yalova Asliye Mahkemesinin olumlu çıkışı doğrultusunda “örnekseme” (kıyas) yoluyla uygulanması, hem olanaksızdır, hem de gereksizdir. A) *Olanaksızdır*, çünkü dönme hakkı sahibinin, dönme akçasını bırakarak ya da sonradan ödeyerek sözleşmeden dönmesi durumunda, para, artık dönme hakkı sahibinin elinden çıkmış, ödeme yapılmış olacaktır. Borçlunun elinden çıkmış, ödenmesi gerçekleştirilmiş bir sözleşme cezası bile “aşırı” bulunarak indirilemezken, elden çıkmış, ödenmiş bir dönme akçası, “aşırı” bulunarak hiç mi hiç indirilemez. B) Öte yandan, aşırı dönme akçasının indirimi *gereksizdir*, çünkü a) sözleşmenin kuruluşu evresinde ödenmiş bir akça, çokluk, yalnızca ya da aynı zamanda bir “ceza akçası”, eşdeyişle, önceden ödenmiş bir sözleşme cezası niteliği taşıyacak ve aşırı bulunduğu anda, zaten BY mad. 161 III kuralının “örnekseme” yoluyla değil de, doğrudan doğruya uygulanması sayesinde pekâlâ indirilebilecektir. b) Borçlunun edimini yerine getirmemesi olasılığında, aşırı yükseklikteki dönme akçası, alacaklı tarafından zaten istenemeyecek, ödenmiş bulunan aşırı yükseklikteki dönme akçasıysa, alacaklıdan zaten geri istenebilecektir. c) a ve b şıklarında anılan durumlar dışında da, gerekirse, BY mad. 20 I kuralının “ahlâka aykırılık butlanı” ve BY mad. 20 II kuralının “bölümsel butlan” ilkesi eliyle, ekonomik yönden güçsüz olan bir borçlunun aşırı yükseklikteki dönme akçalarıyla sömürülmesi önlenilebilecektir (SUNGURBEY, Notlar, s. 89-91).

SUNGURBEY’in bu görüşleri de isabetsizdir.

A) Bir kere, elden çıkarılmış, ödenmiş bir sözleşme cezasının indirilemeyeceğini belirten § 343 I BGB’nin 3 üncü cümlesinin ve bu kuralın ardına takılan von Tuhr’un çözümünü Türk hukukuna yamamak doğru değildir. Çünkü bu kural ve çözüm, alacaklı yararına ve borçlu zararına alabildiğine soyut bir genellemeye, temelsiz bir varsayıma dayanmaktadır. Bu varsayım, aşırı yükseklikteki sözleşme cezasını elden çıkarıp ödeyen bir borçlu indinde, tüm aşırılığın karşın, sözleşme cezasının bir “ekonomik yıkım” oluşturmadığı varsayımdır! (Krs. CROME, Recht der Schuldverhältnisse, § 178 II 3, s. 216). İlgili çekicidir ki, von Tuhr, burada, BGB kurallarının İsviçre BY’na bilinçli olarak aktarılma-

miş bulunduğunu, bu yüzden de BGB kurallarına dayanılamayacağını vurgulayan kendi çağ dışı tarihsel - öznel yorum yöntemine de (bk. Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, § 68 III, s. 546'da dipnotu 79) yan çizivermiştir. Burada, von Tuhr'un maliki ve alacaklıyı kollayıp koruyan ideolojisi bir kez daha su üstüne çıkmaktadır. Şöyle ki, çok kez tecrübesizliğinden, bilgisizliğinden, ya da korkusundan ötürü, daha da sık olarak, alacaklısına bağımlı durumda bulunmasından ötürü, "ne olur ne olmaz" ya da "sözümü tutmamaktansa ölmeyi yeğ tutarım" diye, "aşırı" (fahiş) sözleşme cezasını ödeyen (elden çıkararak) borçlunun bu ifasını bir oldu - bitti sayıp BY mad. 161 III'ün indirim kuralı dışında tutmak, borçluyu saflığından ve aceleciliğinden ötürü cezalandırmaktan başkaca bir şey değildir. Kaldı ki, BY çerçevesinde bile, aşırı, ölçsüz akçalarla savaş, sadece borçluyu değil, fakat bunun ötesinde, ekonomik ah-lâkı da koruyan bir savaştır. Netekim, sömürülen kişi, ödediği "fahiş akçayı BY mad. 21/61 kuralları uyarınca pekâlâ geri alabilmektedir. İmdi, § 343 I BGE kuralına (bereket) yer vermeyen, üstüne üstlük, ödenip elden çıkarılmış akçaların da indirilmesini BY mad. 160'ın "yanma kaydı"na (Verfallklausel) ilişkin kuralında açıkça öngören İsviçre ve Türk Borç Yasaları çerçevesinde, salt bir kez elden çıkarıldı diye, sözleşme cezasının indirilemeyeceği görüşünü savunmanın yeri ve gereği, hiç mi hiç yoktur.

B a) SUNGURBEY'in, sözleşmenin kuruluşu evresinde ödenen para, çokluk (kural olarak) ya "salt" ya da "aynı zamanda" bir "ceza akçası" niteliği taşıyacağına göre, BY mad. 161 III kuralı gereğince zaten indirilebilecektir yolundaki iddiası da desteksizdir.

Bir kere, sözleşmenin kuruluşu sırada ödenen akçaların, çokluk bir "ceza akçası" niteliği (de) taşıyacakları iddiası, SUNGURBEY'in görüşünü desteklemekten çok uzaktır. Bu iddia, soyutun, soyutu bir genellemedir. Kaldı ki, hiçbir hukukçu, "ender" gerçekleşiyor diye, bir olasılığa sırtını çeviremez. Fakat bu iddianın asıl çarpıcı aksaklığı, SUNGURBEY'in ilk iddiası ile apaçık çelişmesidir. Şöyle ki, SUNGURBEY, bir yandan, von Tuhr'a katılarak, elden çıkmış bir sözleşme cezasının indiriminin sağlanamayacağını (isabetsiz olarak) kabul etmekte, öte yandan, önceden ödenmiş (elden çıkarılmış) bir sözleşme cezasından başkaca bir şey olmayan ceza akçasının zaten pekâlâ indirilebileceğini ileri sürmektedir. Ya birinci iddia geçerlidir, o zaman ikinci iddia geçersiz olur, ya da ikinci iddia geçerlidir, o zaman birinci iddia geçersiz olur. Yazar, bu apaçık çelişkisini, şöyle bir iğreti, biçimsel mantık ürünü "kılıf" la hasıraltı edip örtmeye çalışmaktadır: "Cezanın indirilmesini engelleyen paranın elden

çıkması bulunması olgusu, ceza akçasının sonradan değil de *önceden* ödenmiş olması gerçekliği karşısında, ceza akçasında söz konusu olmaz" (!?). SUNGURBEY'in burada hangi "krönolojik" ölçeği, ayırıcı kullandığı anlaşılmamaktadır. Ceza akçası, hangi andan önce ödenmişse indirilemeyecektir de, hangi andan sonra ödenmişse indirilebilecektir? Yine hangi kırık yarılmaktadır? Niçin? İçinden çıkılmaz bir bilmedir bu!

b) SUNGURBEY'in, BY mad. 161 III kuralını dönme akçasına uygulamanın gereksizliğini (sözde) tanıtlamak uğrunda ortaya attığı ikinci iddia da öteki iddiaları gibi isabetsizdir. Gerçekten de, borçlunun edimini yerine getirmemesi durumunda, aşırı yükseklikteki dönme akçasının alacaklı tarafından zaten istenemeyeceği, bir kez ödenmiş aşırı yükseklikteki dönme akçasının ise zaten alacaklıdan geri istenebileceği görüşü, bu kesin ve hiç çekinme kayıtsız biçimiyle, somut gerçekliği yansıtmaz ve somut gereksinmelere yanıt vermez bir görüştür. SUNGURBEY,, sözleşmeden bir akça karşılığında dönme hakkının, özellikle sözleşmeye aykırılıktan ötürü sorumlu tutulma riskini peşinen gidermek için saklı tutulduğu gerçekliğini gözardına itmektir. Çıkarlar durumuna uygun görüş çerçevesinde, edim yükümüne aykırılıkta sadece "hafif kusurlu" bulunan bir borçlu, dönme akçasının alacaklıda bırakarak, ya da şimdi ödeyerek, sözleşmeye aykırılıktan ötürü sorumlu olmaktan kurtulabileceği gibi, alacaklısının sözleşmeden dönmesi üzerine de, ona sadece dönme akçasını bırakarak, başkaca bir şey vermektен ve ödemekten kurtulabilecektir. Soruna salt dogmatik açıdan bakan SUNGURBEY'in tersine iddiası, sırf dönme hakkını ifa engelinden bir dakika önce kullanmadı diye, borçluyu, bu ifa engelinden ötürü ağır bir sözleşmeye aykırılık sorumluluğuna bağlamakta ve onu ağır biçimde hırpalamaktadır. (İşaret edeyim ki, hafif kusurlu borçlu yararına benimsenmesi gerekli bu adaletli çözüm, hiç kuşkusuz, korunmaya lâyık bulunmayan "ağır kusurlu" bir borçlu yararına söz konusu olmayacaktır. Ağır kusurlu bir davranışla sözleşmeye aykırılık etmiş olan bir borçlu, kural olarak, saklı tutmuş bulunduğu dönme hakkını "etkisizleştirmiş" olacak, eşdeyişle, sözleşmeden dönebilecektir. "Nemo auditur...". Böyle bir durumda, sözleşmeden dönebilecek olan kişi, sadece karşı - sözleşendir, alacaklıdır. O ise, ne eline geçirmiş olduğu dönme akçasını bir "ceza akçası" gibi alakoyabilir, ne de daha eline geçirmemiş bulunduğu dönme akçasını bir "sözleşme cezası" gibi isteyebilir.) (Değişik çözümler için krş. Avusturya Yurttaşlar Yasası § 911; İsviçre Federal Mahkemesi, BGE 84 II 156; DÜZCEER, Adalet Dergisi 47, Sayı 3, s. 353).

c) SUNGURBEY'in, "ahlâka aykırılık butlanı" nın, borçluyu aşırı yükseklikteki dönme akçalarına karşı koruyabilecek bir yeterli güvence oluşturacağı iddiasına gelince :

Yargıtayın "pişmanlık akçası kıyas yoluyla bir indirmeye tâbi tutulamaz; böyle bir hareket hukukta akitlere bağlılık prensibini zede-ler." (!?) ve "Kanun hâkimin akitlere müdahale etmesini gerekli gördüğü yerlerde bunları açıkça belirtme temayülündedir. Madem ki, mad. 156' da bu yönden bir açıklık yoktur; o halde kıyas'a maddenin amacını değiştirmek caiz değildir..." (!?) soyundan bilim ve çağ dışı kavramsal uslamamalarına "gerçekten de güçlü, isabetli ve övgüye değer" sözcükleriyle alkış tutmuş ve bu uslamamaları "yolunda yordamında bir hukukçuluk örneği" olarak övmüş bulunan ve sözleşme cezasının indirimiyle ilgili BY mad. 161 III kuralını da, dönme akçasının sözleşme cezasından kavramsal ve işlevsel ayrımları yüzünden dönme akçasına uygulamaktan kaçınacak denli koyu bir kavram hukukçusu ve soyut fonksiyon düşünürü olan SUNGURBEY'in, (Bk. SUNGURBEY, Notlar, s. 90/91. Yazara bakılırsa, bu düpedüz "biçimsel" ve "kavramsal" kanıtlar, "ereksel" 'gaayi' teleolojik kanıtlardır.) şimdi birdenbire aşırı yükseklikteki dönme akçasına "ahlâka aykırılık" damgasını basıvermesi, doğrusu pek şaşılacak hoş bir sürprizdir.

Eğer SUNGURBEY von Tuhr'un "ahlâka aykırılık butlanı" nın işlerliği için sıraladığı binbir koşula, onun "sosyo - ekonomik ahlâksızlık" olgularına karşı beslediği duyarsızlığa (Krsş. RAISER, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, s. 280) boşverebilmişse, bu, gerçekten de sevinilecek bir aşama olur. Gelgelelim, SUNGURBEY'in yaslandığı bütün yazarlar (başta tabii von TUHR), "ahlâka aykırılık butlanı" için sadece akçanın aşırılığı olgusunu bir başına yeterli görmemekte, "aşikâr sömürü" ve "borçlunun ekonomik yıkımı" gibi başkaca birtakım ahlâka aykırılık öğeleri de aramaktadırlar. (Bk. von TUHR/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, § 87 IV, s. 729; ENNECCERUS/LEHMANN, Recht der Schuldverhältnisse, § 37 V, s. 163; PALANDT/DANCKELMANN, § 343 N. 1; ayrıca krsş. Alman İmparatorluk Mahkemesi, RGZ 114, 307; Alman Federal Mahkemesi, LM § 343 Nr. 1 b).

Görülüyor ki, SUNGURBEY'in bana yöneltilmiş "tahrif", "kaynak göstermeden alıntı", "safsata", "karakuşu şaşırtacak çözümler" ve "üç cümlede dokuş yanlış yapma rekoru" soyundan kıyıcı eleştirilerinin, hakçası, suçlamalarının "özü", "biçimi" denli keskin, katı ve okkalı değildir; etsiz, kansız ve kemiksizdir.

SUNGURBEY'in "Notlar" ında, bir de, bilimsel tartışma düzleminin pek uzaklarına düşen "bilim kalpazanlığı", "açıkgözlük", "herkesi kör, âlemi sersem sayma" soyundan lekelemeler, ayrıca, uyaklı alaylar ve sövgüler, kendi kendini övmeler, "nasihatler", "devrimcilik bilânçoları", "felsefe dersleri" ve "kat - ı zeban" (dilimin kesilmesi) çağrıları vardır. Yazarın "bireycilik ideolojisi" ni yansıtır bilim ve toplumculuk dışı bu "şahsiyatçı" saldırılarını bunların kökenlerindeki dürtüleri irdeleyip değerlendirme işini bu yazıda yapmayı gereksiz ve yakışıksız buluyorum.

* * *

SUNGURBEY'in ...

a) Eytışimsel özdokçi dünya görüşünün düşmanı olan (bk. Wissenschaft und Gesellschaft, s. 221), bu düşünce yönteminin her kapıyı açan anahtarını elinde tutmayınca da, hiçbir kapıyı aralayamayan...

b) sorunları kökünden ("üretim ilişkileri" anlamındaki alt yapı ve de ideoloji perspektifinden) ele almadığı ve hukuku toplumsal üretim ilişkileriyle sınıflı toplumun ideolojisinden soyutladığı için, hukukun günümüzdeki yozluğuna ve yoksulluğuna karşı hiçbir köktenci tedavi reçetesi getiremeyen...

c) baskı altına alınmışlardan yana "toplumcu politika" (bk. MHAD Yıl 5, Sayı 7, s. 94, 110 ve 112) yerine, egemen çevrelerden yana "politik toplum" isteyen (bk. özellikle Rechtswissenschaft, s. 179 i.s.)...

ç) politikadan, kentsoylu toplumunun siyasal ideolojisinin ritüellerini, oyun kurallarını anlayan (bk. özellikle Wissenschaft und Gesellschaft, s. 265 i.s.)...

d) somut ve bireysel "insan" ın soyut siyasal "yurттаş" ı (vatandaşı) özümleyip fethetmesi ve böylece hacir altından kurtulması "politikası" yerine, soyut siyasal yurттаşın somut ve bireysel insanı tutsaklığı altında tutması "politikasına" bağlanan (bk. özellikle Wissenschaft und Gesellschaft, s. 269 i.s.)...

e) hukuku "politize" etmekten, düpedüz, hukuku, tekelci anamalin gereksindiği yolda, "faşize" etmeyi anlayan (bk. özellikle Wissenschaft und Gesellschaft, s. 248, 253, 254, 255)...

f) Ondokuzuncu yüzyılın serbest yarışmacı anamalcılığının rasyonlarını yansıtan 1900 tarihli Alman Yurттаşlar Yasası'nı 1970'lerin tekelci anamalinin rasyonları ile uyumlu kılmaya çalışan (bk. Wissenschaft und Gesellschaft, s. 239 ve 243)...

g) çağdaşbilimin verileri karşısında, temel alt yapı değişikliği gerçekleştirilmedikçe güncelleşmesi olanak dışı "metafizik", "mistik" imgeler, düşler peşinde, "devleti hepimizin devleti yapmak", "sosyal ve siyasal barışı, toplumun iyi düzenini sağlamak", "bütün sınıfları kaynaştırıp barıştırarak onlara hukuksal güvenlik vermek" ve "yargılamada tarafsızlığı korumak" gereklerinden söz eden (bk. Wissenschaft und Gesellschaft, s. 228 i.s. ve s. 266; Rechtswissenschaft, s. 179 i.s. ve s. 259; buna karşı bk. MHAD Yıl 5, Sayı 7, s. 94, 98, 107 is. ve MHAD Yıl 5, Sayı 8 s. 61 i.s., özellikle s. 71 i.s. ve s. 77/78)...

h) Somut olay adaletini hiçleyip boşlayarak, kentsoylunun hukuk güvenliğine ve yasacılığa dört elle sarılan, bu arada, "dirlik ve düzen, kentsoylu özgürlüklerinin gereğidir" diyerek, tutucu dünya görüşünü açık seçik sergileyen (bk. Wissenschaft und Gesellschaft, s. 219; Rechtswissenschaft, s. 165; buna karşı bk. MHAD Yıl 4, Sayı 6, s. 114/15, s. 111 ve MHAD Yıl 5, Sayı 7, s. 107/108)...

i) hiçbir hukuksal kuruma ve kurama "kılıf" diyerek karşı çıkmayan, tam tersine, yeni yeni hukuksal kurumlar ve kuramlar (kılıflar!) öneren (bk. Rechtswissenschaft, s. 179 ve Wissenschaft und Gesellschaft, s. 237 ve 243; buna karşı bk. MHAD Yıl 5, Sayı 7, s. 107 i.s.)...

j) bireysel iyeliği ve onun kolu kanadı "irade özerkliği varsayımı" nı tabulaştıran (bk. Wissenschaft und Gesellschaft, s. 240; buna karşı bk. MHAD Yıl 5, Sayı 7, s. 108 ve dipnotu 17 ile MHAD Yıl 5, Sayı 8, s. 62 i.s.)...

anamalçı Federal Almanya radyolarının hukuk hocası WIETHÖLTER'in "radyodaki hukuk sohbetleri" ile benim görüşlerim arasındaki derin uçurum üstüne,

a) çağdaş bilimin verilerini izleyen herkesçe bilinen ve kentsoylu düşünürlerce bile inkâr edilemeyen "harcıalem bedihî hakikatleri", "mütearifeleri" (örneğin : alt yapı, üst yapı, praksis, yabancılaşma kavramlarını; biçim - öz, teori - pratik, soyut - somut, özne - nesne eyleşimini; evrende değişmeyen tek yasanın, herşeyin kesintisiz değişimi ve de değiştirilebilirliği yasası olduğunu; hukukun (bilimin) siyasal, ideolojik (sınıfsal) kimliğini; deney ve gözleme kapalı, dogmatik, soyut sistem ve fonksiyon düşüncesinden (kavram hukukçuluğundan) somut problem düşüncesine (ampirik çıkar (-değerlendirme) hukukçuluğuna) geçiş eğilimini; hukukun işlevini tüketmiş tüm kurumlarını, özellikle klâsik dogmatik hukuk öğretimini değiştirme önerilerini; yasaiaştırma hareketlerinin, kuvvetler ayrılığı ilkesinin, özel toplum - siyasal devlet, özel hukuk - kamu

hukuku, insan (l'homme) - yurttaş (citoyen) ayırımlarının, hak ehliyetinde eşitlik ve irade özerkliği varsayımlarının, yasaya bağlılık ile hukuksal güvenlik isterlerinin ve soyut kavramcılığın "sınıfsal", "maddî" kökenini; anayasal hakların özel hukuk ilişkilerinde de işlerliği öğretisini; genel işlem koşullarını ve daha nice beliti) WIETHÖLTER'in "icadı" imişçesine sunarak,

b) birden fazla yazarın birden fazla yerde yayımlanmış yazılarından cümleleri kesip birbirine yamayarak,

c) WIETHÖLTER'e ait olmayan satırları, "WIETHÖLTER" başlığı altına sokuşturarak,

ç) bir sürü sözcüğü salt benim sözcüklerimle "uyaklı" kılabilmek için yanlış çevirerek,

d) benim değişik sayfalardaki (hattâ değişik yazılardaki) cümlelerimi bölük pörçük ele alarak, yer yer ortasından kesip yolunmuş kuşa çevirerek,

e) sıralamış olduğum örneklerin ezici çoğunluğunu anmayıp, sadece, WIETHÖLTER'in de yer verdiği, von Tuhr'un ders kitabından (1940'lerden) sonra çıkmış istisnasız her Almanca ders kitabında yer alan bir iki "harcıalem" örneği okuruna göstererek,

f) bir "intihal" iddiasını birkaç kere (değişik rakkamlar altında) sunarak...

kurmaya çalışıp çabaladığı çirkin "intihal köprüleri" nin çürük temellerini ve patolojik harcını "teşri" ve "teşhir" etmeyi ise şu anda tüm yersiz ve gereksiz buluyorum.