

İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik

*Doç. Dr. Yeşim M. ATAMER**

I. Genel Olarak

“İfa engelleri” kavramı, borçlar hukukuna ilişkin eserlerde kullanılmakla birlikte, Borçlar Kanunu’nda yer alan bir terim değildir. Tespit edilebildiği kadarıyla *Serozan* tarafından 1975 yılında yayınlanan “Sözleşmeden Dönme” adlı çalışmasında ilk defa bu kavrama yer verilmiş ve zamanla hukuk yazınında yerleşmiştir. *Serozan*’ın Türk hukuk literatürüne kattığı nice kavram ve kurum gibi bu da son derece anlamlıdır. Zira birbiri ile alakalı olmakla beraber Borçlar Kanunu’nun farklı yerlerinde ilintisiz bir şekilde düzenlenmiş çok sayıda kurumu altında toplayabilecek bir şemsiye oluşturmakta ve ifanın başarıya ulaşmasını engelleyen olguların ayrı kompartımanlarda değil birlikte incelenmesi gerektiğini vurgulamaktadır.¹ Alacaklı nedeniyle borcun ifa edilemediği haller kadar

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, yesima@bilgi.edu.tr.

Bu çalışmada faydalanılan kitap veya makalenin ayrıntılı künyesi ilk atıf verilen dipnotunda gösterilmiş, daha sonraki atıflarda bu dipnotuna gönderme yapılmıştır.

¹ Bu kavram altında ele alınması gereken kurumlar için bkz. **Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5. Bası, 2009, § 11 vd.

borçludan kaynaklanan sebepleri, kusura dayanan ve dayanmayan ifa engellerini, imkansızlık kadar aşırı ifa güçlüğüne bu kavram altına yerleştirmek mümkündür. Sonuçta hepsi ifanın gereği gibi gerçekleşmesini engelleyen durumlardır ve birlikte düşünülme gerektirirler.

Bu çalışmada amaçlanan, *Serozan*'ın açtığı bu kapıdan girerek, onun ifa engelleri hukukuna ilişkin tespitlerini² milletlerarası alandaki gelişmeler ışığında okumaya çalışmaktır. Aşağıda öncelikle İsviçre-Türk ifa engelleri hukukunun belirgin özellikleri, daha sonra da milletlerarası hukuk uyumlaştırması metinlerinde ve yeni kanun revizyonlarında tercih edilen çözümler aktarılmaya çalışılacaktır. Bu mukayese sonucunda ortaya çıkacak olan bir sonuç ise şimdiden ifade edilmelidir: *Serozan*'ın 35-40 yıl önce İsviçre-Türk hukuku için önerdiği çözümler bugün hukuk uyumlaştırması metinlerinin hepsinin üzerinde uzlaştığı çözümlerdir.

II. İsviçre-Türk İfa Engelleri Hukukunun Belirgin Özellikleri

1. Sistematiğe ilişkin özellikler

a. Borca aykırılık türlerine göre yapılan tasnif

İsviçre-Türk hukukunda ifa engelleri sistematiğinin göze batan ilk özelliği, bir üst başlık olarak 'sözleşmeye aykırılık', 'ifa engeli' gibi genel bir kavramın Borçlar Kanunu'nda yer almaması; onun yerine, somut bazı borca aykırılık **türlerine** yer verilmiş olmasıdır³. Yasa koyucu imkansızlık

² Bu konuda örn. bkz. **Serozan**, Parça Borcu – Çeşit Borcu, Aşılması Gereki Bir Ayırım, MHAD 1969, yıl 3, sayı 5, s. 211-238 (MHAD 1969); **Serozan**, Yürürlükteki ifa engelleri ve haksız fiiller hukukunun yetersizlikleri ve bu yetersizliklerin aşılmasında giderek önemi artan kavramlar: "Sözleşmenin müspet ihlali" ve "culpa in contrahendo", MHAD 1989-1990, cilt 18, s. 27-42 (MHAD 1989-1990); **Serozan**, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler), İÜHF 2000, cilt LVIII, s. 231-248 (İÜHF 2000); **Serozan**, Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltmesi, Oğuzman'a Armağan, 2000, s. 1013-1030.

³ **Schwenzer**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2009, N. 60.02; **Wiegand** in: Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, **Honsell/Vogt/Wiegand** (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art.1-529, 4. Auflage, 2007, Einl. zu Art.97-109, N.1.

(BK m. 96), temerrüt (BK m. 106) ve gereği gibi ifa etmemeyi başlıca sözleşme ihlali olguları olarak değerlendirmiş ve bunlar üzerinde durmuştur. Hatta imkansızlığı, önceki/sonraki (BK m. 20/m. 96), kusurlu/kusursuz (BK m. 96/m. 117) gibi ayırımlarla büyük ölçüde ifa engelleri hukukunun merkezî kavramı haline getirmiştir⁴.

Genel bir borca aykırılık kavramı yerine imkansızlık/temerrüt ikili-sine başvurmak ve bunlar arasında özellikle imkansızlığı çeşitlerine göre ayırarak ön plana almak, ilk anda akla gelebileceği gibi Roma hukukunun veya müşterek hukukun bir kalıntısı değildir. *Zimmermann*'ın son derece yalın şekilde ortaya koyduğu gibi⁵, imkansızlık ve temerrüt ayırımı daha önce de yapılmış olmakla beraber imkansızlık kavramını öne çıkaran ve adeta bütün borca aykırılık sisteminin temeline oturtan⁶ aslında Alman hukukçusu *Friedrich Mommsen* olmuştur. 1853 yılında imkansızlık kavramı üzerine yayınladığı bir çalışma⁷ ile *Mommsen*, diğer Alman Pandekt hukukçularını ve özellikle Alman Medeni Kanununun baş mimarı olan *Windscheid*'ı ciddi şekilde etkilemiş ve bu şekilde kavram, BGB'nin belirleyici kavramlarından biri olmuştur.⁸ Aynı şekilde 1887 tarihli İsviçre

⁴ **Serozan** (dn.1) § 11 N. 7-8; **Müller-Chen**, Folgen der Vertragsverletzung, 1999, s. 33.

⁵ **Zimmermann**, The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition, 1996, s. 806 vd.

⁶ Bu konuda özellikle bkz. *Serozan*'ın eleştirileri (dn.1) § 11 N. 3.

⁷ Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig, 1853. Bu çalışmada *Mommsen*, önceki ve sonraki imkansızlık, doğal ve hukuki, mutlak ve nisbi, objektif ve sübjektif, sürekli ve geçici, tümel ve kısmi imkansızlık gibi farklı imkansızlık türleri arasında ayırım yapmaktadır. *Mommsen*'in imkansızlık konsepti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Wollschläger**, Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre, Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen, 1970, s. 123 vd.

⁸ **Pichonnaz**, Impossibilité et exorbitance, Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art.119 CO et 79 CVIM), 1997, N.133; **Zimmermann** (dn.5) s. 810; **Emmerich**, Das Recht der Leistungsstörungen, 5. Aufl., 2003, s. 4-5. Alman Borçlar Kanunu'nda reform öncesinde imkansızlığın düzenlenme şekline ilişkin eleştiriler için bkz. **RegBegr**, in: *Schuldrechtsmodernisierung 2002*, Zusammengestellt und eingeleitet von Claus-Wilhelm Canaris, 2002 s. 656-657; **U. Huber**, Empfiehlt es sich die Einführung eines Leistungsstörungsrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, 1981, s. 699 vd.; **Canaris**, Zur Bedeutung der Kategorie der "Unmöglichkeit" für das Recht der Leistungsstörungen, in: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, **Schulze/Schulte-Nölke** (Hrsg.), 2001, s. 43 vd.; **Zimmermann** (dn.5) s. 809 vd.

Borçlar Kanunu m. 145 ve 1912 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu m. 119 da (BK m. 117) bu yaklaşımın etkisi altında kaleme alınmıştır.⁹ İmkansızlık kavramının *Mommsen* tarafından 19. yy.'da bu şekilde ön plana çıkarılmış olmasının sebeplerinden biri, alacaklının, sözleşmeye aykırılık halinde aynen ifa talebine sahip olacağı düşüncesinin de ancak 19. yy.'da yerleşmiş olmasıdır. Zira aynen ifa talebi Roma hukukunun son dönemlerine doğru, istisnai olarak tanınmaya başlanmış; alacaklının sözleşmeye aykırılık hallerinde ilk planda bir tazminat talebinin olacağı görüşü aslında yeni-çağa kadar etkin kalmıştır (*omnis condemnatio est pecuniaria*).¹⁰ Aynen ifa talebinin sadece ikincil öneme sahip olduğu bir sistemde ise, imkansızlık kavramının öneminin de sınırlı kalacağı açıktır.¹¹ Alacaklının ifayı zaten talep edemediği hallerde, ifanın halen mümkün olup olmadığını tartışmanın bir anlamı olmaz. Buna karşılık aynen ifa talebinin, Alman hukuk çevresinin bütün kanunlarında ön plana çıkması¹², imkansızlık dogmasına da ciddi bir ivme kazandırmıştır. Aynen ifa talebini bu kadar öne çıkaran ve alacaklının sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu tazminat gibi diğer haklarını ikincil konuma iten çalışmanın yine *Mommsen*'in aynı dönemde yayınlanmış başka bir kitabı olması kuşkusuz tesadüf değildir.¹³

Ancak Alman hukuk çevresinde borcun hiç ifa edilmediği hallere ve özellikle imkansızlığa kanunda verilmiş olan bu yeri bugün gerekçelendirmek gittikçe zorlaşmaktadır. Zira günümüzde, borca aykırılık türlerinden kötü ifa ile çok daha fazla karşılaşılmaktadır¹⁴. Diğer yandan seri imalata

⁹ Bu maddelerin kaleme alınış süreci ve Alman hukukçularının etkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Pichonnaz** (dn.8) N.138 vd.; **Müller-Chen** (dn.4) s. 32 vd.

¹⁰ Ayrıntı için bkz. **Müller-Chen**, Der Erfüllungsanspruch – primärer Inhalt der Obligation?, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1996, s. 23 (28-31).

¹¹ Nitekim Roma hukukuna çok paralel bir şekilde *Common law* hukuk çevresi de borca aykırılığın asli yaptırımını tazminat olarak kabul etmiş ve ifa talebine sadece çok istisnai durumlarda izin vermiştir bkz. **Peel**, Treitel on the Law of Contract (12th edn, 2007) N.20-002 ve 21-016 vd.; **Atamer**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 2005, s. 319 vd.

¹² Örneğin **Schwenger**, aynen ifa talebinin, borcun bir nevi omurgası olduğundan bahsetmektedir, (dn.3) N. 61.02.

¹³ Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855. Ayrıca bkz. **Müller-Chen** (dn.10) s. 30.

¹⁴ BaslerKommentar/**Wiegand** (dn. 3) Einl. zu Art. 97-109 OR, N.7. Oysa sözleşmenin

ve dolayısıyla çeşit borcuna dayanan ekonomilerde imkansızlık önemini büyük ölçüde yitirmektedir (*genus non perit*). Özellikle parça borcu doğmasına sadık kalarak kaleme alınmış olan satım hukuku hükümleri de bu yüzden ciddi zaaf lar gösterdiği gibi¹⁵, Borçlar Kanunu'nun farklı imkansızlık türlerine ilişkin olarak yaptığı ayırımlar da artık aşılmıştır¹⁶.

b. Borçlar Genel – Borçlar Özel İkiliği

İfa engelleri sisteminin dikkati çeken ikinci özelliği ise bu kuralların hem bütün sözleşmeler için “borçlar genel” hükümleri arasında farklı farklı yerlerde, hem de çeşitli sözleşme türleri için “borçlar özel” hükümleri arasında bir kez daha ele alınmış olmasıdır. Yani sorunlar sistemmatik olarak ve birbiri ile alakalı konular bir arada bulunacak şekilde düzenlenmediği gibi, borçlar özel hukuku hükümlerinde, genel hükümlere atıf yapılması suretiyle bütünlüğü sağlama kaygısı da güdülmemiştir. “*Yeknesak*” bir sözleşmeye aykırılık sistemi söz konusu değildir.

müspet ihlali olgusunun BK m.96'da ele alınmış olup olmadığı bile tartışmalıdır. Bkz. **Serozan** (dn.1) § 18 N.6.

¹⁵ **Serozan**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. bası, 2006, s. 153-154.

¹⁶ Örneğin sözleşme öncesi imkansızlığın katı bir şekilde butlan yaptırımına tabi tutulması yaklaşımı milletlerarası alanda kabul görmediği gibi Kara Avrupa'sı sistemlerinde de terk edilmekte olan bir görüştür (bkz. **Storme**, Schuldnerpflichten, Vertragsstörung und Verantwortung (PECL, PICC, Wiener Kaufrecht, Gandolfi-Code, BGB-Entwurf), in: Wandlungen des Schuldrechts, Peter **Schlechtriem** (Hrsg.), 2002, s. 11 (14). Nitekim 2002 reformu sonrası Alman Medeni Kanunu da konusu imkansız şeye ilişkin sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunu kabul etmiş ancak borçlunun bu imkansızlığın doğmasındaki rolüne göre sorumlu olup olmayacağını öngörmüştür (BGB § 331a), bilgi için bkz. **Serozan** (dn. 2) İÜHFM 2000, s. 231 (240 vd.). *Common Law* sisteminde, başlangıçtaki imkansızlığın hiçbir zaman butlana sebep olmadığı konusunda bkz. **Treitl**, Frustration and Force Majeure, 2nd edition, 2004 N.1-002. Türk hukukunda BK m. 20'ye ilişkin tartışmalar hakkında bkz. **Dural**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), 1976, s. 78-79; **Altunkaya**, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005, s. 166 vd. Borçlar Kanunu Tasarısı ise bir çok başka konuda olduğu gibi bu konuda da dünyadaki gelişmelere sırtını çevirmiş ve önceki imkansızlığı butlan yaptırımına tabi tutmaya devam etmiştir. Eleştiri için bkz. **Serozan**, BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi, HPD 2006, s. 38 (44); **Atamer**, Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, HPD 2006, s. 8 (18); **Topuz/Canbolat**, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkansızlığın Düzenlenişi, AÜHFD 2008, s. 673 (712-713).

Bir Roma hukuku kalıntısı olan, genel sözleşmeye aykırılık hükümleri ile özellikle satım sözleşmesinde ayıp hükümlerini ayrı ayrı ele almak geleneği bütün borçlar özel hukuku hükümlerine yaygın bir şekilde bugün halen devam ettirilmektedir. Temelinde aslında sadece Roma dava sisteminin özelliklerinin yattığı¹⁷ bu ayırımın, üzerinden 2000 yıl geçmiş olmasına rağmen neden hâla sürdürülüyor olduğunu açıklamak güçtür. Roma'da genel sözleşmeye aykırılık davasını tanıyanın *praetor*; özel satım sözleşmesine aykırılık davalarını tanıyanın *aediles curules* olması nedeniyle iki tür dava birbirinin yanı sıra gelişmiş ve aslında aynı soruna ilişkin

¹⁷ Sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluk ile ayıptan dolayı sorumluluğun bir dizi Kara Avrupa'sı ülkesinin hukukunda ayrı ayrı düzenlenmiş olması tamamen Roma hukuku tarihindeki tesadüflere dayanır. Bilindiği gibi Roma hukuku *actio*'lar hukukudur. Belirli bir alanda dava hakkı verilmediği sürece korunabilecek bir hak yoktur. Nitekim Roma hukukunun erken dönemlerinde malın olduğu gibi satılmış olduğu (*tale quale*) kabul edildiği için, satım sözleşmesine konu malın teslim edilmiş olması kaydıyla satıcının bir sorumluluğu söz konusu olmamaktaydı (*Caveat emptor*). Ancak bunun alıcı açısından olumsuz sonuçları anlaşılınca farklı farklı dava imkanları tanınmaya başlanmıştır. Önce klasik dönemde, satıcının mala ilişkin vaatlerde bulunmuş olması (*dicta*) ve hileli davranışı (*dolus*) halinde sorumluluğunun doğacağı *praetor*'lar tarafından kabul edilmeye başlanmıştır (karş. BK m. 194 ve 196). Bu vaatler ayıpsızlığa veya malın belirli özellikler taşıdığına ilişkin olabilmekteydi (**Zimmermann** (dn. 5) s. 309). Bu tür sözleşmeye aykırılıklarda açılacak olan dava *actio empti* idi ve istem, tazminata ilişkindi. Ancak *caveat emptor* ilkesine en büyük müdahale Roma pazar polisi, *aediles curules*, tarafından konulmuş olan kurallar (*edict*) ile gerçekleştirilmiştir. Sebebi, pazarda artan oranda hasta kölelerin satılması ancak satıcının bir vaa-dinin veya bir hilesinin tespit edilememesi nedeniyle *actio empti*'nin açılmaması olmuştur (bkz. **Honsell**, Von den aedilischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht, Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel, 1984, s. 53 (57 vd.)). İşte bu yüzden bir *edict* ile, köle ve yük hayvanı satıcıları açısından, belirli bazı hastalık veya ayıpların varlığı halinde garanti sorumluluğu kabul edilmiş ve alıcıya dönme (*actio redhibitoria*) ve semenin tenzili davası (*actio quanti minoris*) imkanı verilmiştir. Digesta'ya bu kurallar aynen aktarılmıştır (Ulp. D. 21, 1, 1, 1). Ancak *praetor*'un tanıdığı dava ile *aediles curules*'in tanıdığı dava arasında bir dizi farkın yanı sıra özellikle zamanaşımı açısından fark bulunmaktaydı. *Actio empti* genel 30 yıllık zamanaşımı süresine tabii iken, *aediles*'lerin tanıdığı davalar ancak 6 veya 12 aylık sürelerde açılabilirdi. Her ne kadar klasik sonrası dönemde bu ikilik ortadan kalkmış, bütün satım türleri için iki tür davanın da açılacağı kabul edilmişse de kusur şartı, zamanaşımı farkı gibi farklar kalmış ve bu ikilik bugünkü kodifikasyonlara kadar yansımıştır (bkz. **Zimmermann**, Liability for Non-Conformity, The new system of remedies in German sales' law and its historical context, Tenth John Maurice Kelly Memorial Lecture, University College Dublin, 2004, s. 9 vd.). Bu konuda ayrıca bkz. **Tahiroğlu**, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000, 172 vd.; **Erdoğan**, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, 76 vd.

çözümler üretmelerine rağmen zamanaşımı ve kusura ilişkin düzenleme farklılıkları günümüze kadar devam etmiştir. Nesillerdir hukukçular, ayıptan dolayı tekeffül sorumluluğunun temelinde sözleşmenin mi yoksa yasal bir garantinin mi yattığı konusunda mürekkep akıtmış¹⁸; genel hükümler ile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yan yana nasıl uygulanacağı ve yarışacağı gibi sorunlar üzerinde durmuştur. Oysa bu hükümlerin bir bütünün parçası olarak görülmesi gerekir¹⁹.

c. Sistematığe ilişkin zaaf lar

İfa engelleri sistemimizin anılan bu iki özelliği, aynı zamanda sistemin en önemli zaaf larını oluşturmaktadır²⁰. Aynı sorunların yasanın ayrı ayrı yerlerinde düzenlenmesi, tekrarlara ve daha da önemlisi çelişkilere sebep olmuş; olguların farklı sonuçlarla donatılması hakim in altlama yapmasını ciddi şekilde güçleştirmiştir²¹. İsviçre-Türk hukukunda, hukuki olgular aşamasında yaptığımız ayırımları hatırlamak, bölünmüşlüğün boyutunu

¹⁸ Bu konuda farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yavuz**, Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, 1989, s. 19-27; **Anders**, Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungsrechts als Modell de lege ferenda, 2001, s. 205 vd.; **Jud**, Schadenersatz bei mangelhafter Leistung, 2003, s. 15 vd.

¹⁹ İsviçre-Türk hukukunda hakim görüş, ayıplı ifanın kötü ifanın bir türü sayılması gerektiği yönündedir. Bkz. **Aral**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. baskı, 2007, s. 157; **Serozan**, (dn. 2) MHAD 1969, s. 211 (222); **Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. bası, 2008, § 36 N. 40; **Yavuz** (dn.18) s. 29.

²⁰ Nitekim Alman hukuk çevresindeki kanunlara özgü bu bölünmüşlük, son yıllarda ciddi eleştirilere maruz kalmıştır: örn. bkz. **Schönle**, Zum schweizerischen Kaufrecht und Schenkungsrecht, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Gauch/Schmid (Hrsg.), 2001, s. 345 (365); aynı kitapta **Schmid**, Die Folgen der Nichterfüllung, s. 301 vd.; **Honsell** (dn. 17) s. 53 (61); **Schwenzer** (dn. 3) N. 60.02 vd.; BaslerKommentar/**Wiegand** (dn. 3) Einl. zu Art. 97-109, N.1-2; **Basedow**, Die Reform des deutschen Kaufrechts, 1988, s. 12 vd.; **U. Huber** (dn. 8) s. 770 vd.; **Welser**, Reform des österreichischen Leistungsstörungsrechts, in: Fischer-**Czermak/Hopf/Schauer** (Hrsg.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Reformbedarf und Reform, 2003, s. 63 (69); **Schauer**, Grundprinzipien des Leistungsstörungsrechts im ABGB, UN-Kaufrecht und in den PECL – eine vergleichende Skizze, in: Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, 2004, s. 627 (629); **Lurger**, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, 2002, s. 509.

²¹ Bu sistemde, belirli bir sözleşmeye aykırılığın hangi norm altında ele alınması gerektiğine karar vermenin ne kadar güç ve bazen indii olduğunu **Serozan** (dn.1) § 11’de verdiği bir dizi örnekle mükemmel şekilde gözler önüne sermektedir.

gözler önüne serecektir: BK m. 20, f. 1 sözleşme öncesi imkansızlığı, BK m.96 vd. sözleşme sonrası kusurlu imkansızlığı ve tartışmalı olmakla birlikte²² gereği gibi ifa etmemeyi, BK m. 101 vd. borçlu temerrüdünü, BK m. 117 sözleşme sonrası kusursuz imkansızlığı, BK m. 187 vd. satım sözleşmesinde temerrüdü, m. 189 vd. zapt halinde satıcının sorumluluğunu, m. 194 vd. ayıp nedeniyle sorumluluğu, BK m. 169 alacak satımında tekeffülü düzenler. Hepsi birer sözleşme ihlali teşkil eden bu olgular, bazen sözleşmenin butlanına sebep olur (m. 20), bazen dönme hakkı verir (m. 108), bazen dönme hakkı verip vermediği tartışmalıdır (m. 96), bazen borcu sona erdirir (m. 117), bazen borcu sona erdirip erdirmediği tartışmalıdır (m. 96)... Serozan'ın ifadesi ile “Birbirine çok benzeyen, hatta yer yer kesişen ifa engelleri arasında açılan yersiz, gereksiz çukurlar hukuk tuzaklarıyla doludur. Birbirine benzeyen olgulara birbirinden ayrı çözümlerin bağlanmış olması, ister istemez rastlantısal sonuçlara ve çarpıcı eşitsizliklere yol açmaktadır... Hukukta eşitlik, güvenlik ve yalınlık isterine de aykırı düşen bu karmaşanın yasa koyucu tarafından bir an önce giderilmesi kaçınılmaz olmuştur artık.”²³ Nitekim kanunumuzdaki bu düzenleme şeklinin tamamen tarihsel gerekçelere dayandığı tespit edildiğinde, sistem ikna ediciliğini de büyük ölçüde yitirmektedir.

Diğer yandan borçlar genel kısmının imkansızlık, temerrüt ve kötü ifa şeklinde sadece somut bazı ifa engeli türleri üzerine inşa edilmiş olması, bunun dışında kalan bir dizi ifa engelinin düzenlenmemiş kalması sonucunu doğurmuştur. Bu ifa engelleri için borçlar özel bölümünde var olan tekil hükümlerden veya MK m.2/I dürüstlük kuralından uygulanacak ilkeler türetilmek zorunda kalınmıştır. Örneğin sözleşme görüşmelerinde kusur, koruma yükümlülüklerinin ihlali, vadeden önce sözleşmeye

²² Örn. bkz. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11 bası, 2009, s. 1000 vd.; Serozan (dn.1) § 18 N. 3.

²³ Serozan (dn.1) § 11 N. 9 ve 11. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısı ne yazık ki bu alanda da hiçbir adım atmamış, gereksiz tasnif ve tutarsızlıkları aynen devam ettirmeyi tercih etmiştir. Bkz. Serozan (dn.16), HPD 2006, s. 38 (46 vd). Oysa 2008 yılında İsviçre’de Ulusal Fonun (Nationalfonds) maddi desteği ile yürütülmeye başlanan ve bu çalışmanın yazarının da danışma kurulunda olduğu “Schweizerisches Obligationenrecht und Europäisches Vertragsrecht (İsviçre Borçlar Kanunu ve Avrupa Sözleşme Hukuku)” isimli projede şu ana kadar yayınlanan iki revizyon taslağında da bütün ifa engelleri hukuku yeniden kaleme alınmış ve aşağıda aktarılan hukuk uyumlaştırması metinlerine paralel çözümler önerilmiştir.

aykırılığın kesinleşmesi, aşırı ifa güçlüğü nedeniyle ifa edememe bu alanda ilk akla gelen düzenlenmemiş ifa engelleridir.²⁴

2. İfa etmemeyle doğan sorumluluğa ilişkin özellikler

Borçlar Kanunu'nun genel tercihi, aynı haksız fiillerde olduğu gibi, ifa engelleri alanında da sorumluluğu kural olarak kusur şartına bağlamaktır (BK m. 96). Yani herhangi bir ifa engelinin varlığı halinde borçlunun sorumlu tutulabilmesinin ön koşulu kusurlu olmasıdır.²⁵ Ancak bu konudaki düzenlemenin ne kanundaki yeri ne de içeriği ikna edici değildir.

Öncelikle kusur sorumluluğunun ifa engelleri hukukundaki rolünün tazminat sorumluluğu ile sınırlı olduğu göz ardı edilmemelidir. Yani, borçlunun sorumluluğunun kapsamına ilişkin BK m. 98 aslında sadece tazminata ilişkin bir maddedir. Eğer kusur yoksa – ilke olarak – sözleşmeye aykırılıktan doğan zararı tazmin borcu da yoktur. Buna karşılık alacaklının elindeki diğer, üzerinde aşağıda daha ayrıntılı durulacak olan yaptırımlar açısından borçlunun kusuru hiçbir rol oynamaz. Kusursuz bir borçludan da aynen ifa istenebileceği gibi, ona karşı semenin tenzili veya dönme bozucu yenilik doğuran haklarının kullanılması mümkündür. Kusura atfedilen rolün aslında sadece yaptırımlardan biri (tazminat) için önem taşıdığı düşünülecek olursa kanundaki sistematik yerinin de ona göre ona göre yeniden düşünülmesi uygun düşer.

Diğer yandan BK m. 96-101 aralığının başlığı “A. Borcun İfa Edilmemesi”dir ve aslında sadece imkansızlık ve -modern doktrine göre- kötü ifa hallerini kapsamaktadır. Dolayısıyla tazminatın kusur esasına dayandığı ilkesini bu başlık altında ele almak, diğer borca aykırılık hallerinde tazminat talep edilmesi durumunda hangi kuralın uygulanacağı sorusuna cevap üretememektedir. BK m. 98 kusura dayanan sorumluluk ilkesini düzenleyen temel norm olma özelliğine sahip olabilecek bir konumda ve başlık altında yer almamaktadır. Nitekim kanun koyucu bu yüzden

²⁴ Grundmann, Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag - System und Perspektiven, AcP 204 (2004), s. 569 (595); Serozan (dn. 2) MHAD 1989-1990, s. 27 (30 vd.)

²⁵ Serozan (dn.1) § 11 N.5; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. bası, 2009, s. 354 vd.; Eren (dn.22) s. 1017 vd.; Schwenger (dn.3) N.22.01 vd.

tekrarları göze alarak, mesela m. 108/II'de olduğu gibi²⁶ sözleşmeden dönme halinde tazminatın ancak kusurun varlığına bağlı olarak talep edilebileceğini öngörmekte, buna karşılık m. 106 ve benzeri hükümlerde sorunu tamamen açık bırakmaktadır.²⁷ Oysa bu kuralın bir kez ve gereği gibi ortaya konulması ile bütün bu tekrarlardan ve belirsizliklerden kaçınmak mümkün olabilirdi.

Son olarak, borçlar genel/borçlar özel hükümleri arasındaki koordinasyonsuzluğu, tazminat sorumluluğunun kusura bağlı olduğu ilkesi açısından da görmek mümkündür. Zira satım sözleşmesi gibi ciddi şekilde Roma hukukunun etkisinde gelişmiş olan bir alanda tamamen tarihsel sebeplerle hem zapt hem de ayıptan doğan sorumlulukta doğrudan zararlar için bir garanti sorumluluğu ihdas edilmekte, yani kusurdan bağımsız olarak tazminat talep edilmesine olanak tanınmaktadır (BK m. 192/I, b.4; 205/II).²⁸ Buna karşılık dolaylı zararlar için, aynı BK m. 96'da yer alan genel kurala paralel bir düzenleme bulmak mümkündür (m.192/II, m.205/III). Kanun koyucunun özellikle diğer sonuç taahhüdü içeren sözleşmelerin kötü ifa edilmesinden doğan zararların tümü için BK m. 96'ya paralel bir düzenleme getirirken (örn. bkz. BK m. 250, 360) satımda doğrudan zararlar açısından genel sistemden sapma ihtiyacı duymasının hukuk politikası açısından gerekçelendirilebilir bir yönü ise yoktur.

²⁶ Paralel düzenlemeler için örn. bkz. BK m.250/II, 360/II, 464/II.

²⁷ Ancak doktrinde BK m.106'ya dayanan tazminat isteminin kusurun varlığına tabi olduğu konusunda tereddüt yoktur, bkz. **Havutçu**, Tam İki Tarafa Borç Yükleleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, 1995, s. 34-35; **Oğuzman/Öz** (dn. 25) s. 409; **Eren** (dn.22) s. 1074.

²⁸ Fakat bu kusursuz tazminat sorumluluğu da kanunda sadece sözleşmeden dönme hali için öngörülmüştür. Alıcının ayıplı ifa ihtimalinde semenin tenzili veya yenisi ile değiştirme talep etmesi durumunda uğradığı zararları hangi hükümlere göre tazmin ettireceği ise kanunda açık bırakılmıştır. Bu konuda bkz. *Giger*, in: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Art. 184-215 OR, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band 6, Meier-Hayoz (Hrsg.), 1979, Art. 208 N. 53 vd.; **Serozan** (dn.15) s. 153-154; **Yavuz** (dn.18) s. 187 vd., 191. İlginçtir, Borçlar Kanunu Tasarısı satım hukukuna ilişkin bu eksikliği gidermiş ve seçimlik hakların kullanılması halinde genel hükümler uyarınca tazminat talep edilmesini kabul etmiş, ancak dönme ihtimali için yine doğrudan/dolaylı zarar ayırımını ve bunlardan ilki için kusursuz sorumluluk ilkesini muhafaza etmiştir. Oysa bu ikiliği devam ettirmenin ne mantığı ne de hukuk politikasına ilişkin bir gerekçesi vardır. Bu konuda bkz. **Atamer** (dn.16) s. 8 (32-33).

Kusura bağlı sorumluluk ilkesinin BK'da düzenlenmesine ilişkin bu aksaklıkların yanı sıra kusur sorumluluğunun sözleşme hukukunda doğru tercih olup olmadığı da ayrıca sorgulanmalıdır.²⁹ Unutulmamalıdır ki, aslında kanun koyucu BK m.96'da ispat yükünü tersine çevirmek, yani borçluya kusursuzluğunu ispat külfetini yüklemekle zaten kusur dogmasından ayrılmaya başlamıştır. Diğer yandan doktrin ve uygulamanın zaman içinde kusur şartını objektifleştirmiş olması bu konuda atılan bir diğer adım olmuştur. Aynı şekilde ifa yardımcılarının borca aykırı davranışlarından dolayı da borçlunun kusursuz sorumluluğu esası hakimdir (BK m. 100). Son olarak, çeşit borcu ve para borcu gibi edimler açısından var olan ifa engellerinin asla borçluyu sorumluluktan kurtarmayacağını kabul edilmesi ile birlikte kusur dogması ciddi şekilde sorgulanır hale gelmiştir. Aslında kusursuzluğun kabul edildiği ve borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğünden sıyrıldığı haller ağırlıklı olarak mücbir sebep (*force majeure*) sayılabilecek haller olmaya başlamıştır.³⁰

III. İfa Engelleri Hukukunda Yeni Yaklaşımlar: Milletlerarası Hukuk Uyumlaştırması Metinleri

20. yüzyılın ikinci yarısında ivme kazanan ve son yirmi yılda Avrupa'da belki de en verimli dönemini yaşayan mukayeseli hukuk araştırmaları özellikle sözleşme ve borçlar hukuku alanında çok sayıda ürün vermiştir.³¹ Bu ürünler sadece bilimsel yayınlarla sınırlı kalmamıştır. Bunun ötesinde *soft law instruments* olarak adlandırılan, yapısı ve sistematığı açısından aslında bir yasadan hiçbir farkı olmayan, ancak bağlayıcılığı olmaması itibariyle sadece bir *model* kanun sayılabilecek metinler hazırlanmaya başlanmıştır. Bu metinleri hazırlayan oluşumlar muhtelifdir. Bunlardan en önemlileri Türkiye'nin de üyesi bulunduğu Unidroit (*Inter-*

²⁹ Bu konuda örneğin son yıllarda Alman hukukunda yaşanan tartışmalar için bkz. **Sutschet**, *Garantiehftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag*, 2006; **Schneider**, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, 2007; **Kirsten**, *Verschuldensunabhängige Schadenersatzhaftung für Sachmängel beim Warenkauf*, 2009.

³⁰ **Serozan**'a göre: "Aslında bakılırsa, borçlunun kusursuz garanti sorumluluğunu gitgide yayıp genişleten ve geliştiren akımlar karşısında, BK m.117'nin kusursuz borçluyu borcundan kurtarıcı kuralına hani neredeyse uygulama alanı kalmamaktadır", (dn. 1) § 15 N.4. Sözleşme hukukunda kusursuz sorumluluk halleri için bkz. **Schwenzer** (dn. 3) N. 22.34-38.

³¹ Bu konuda bir özet için bkz. **Atamer** (dn. 16) s. 8 (16 vd.).

national Institute for the Unification of Private Law)³² ve Birleşmiş Milletler bünyesinde kurulmuş olan Uncitral'dir (*United Nations Commission on International Trade Law*)³³. Her iki kurum da model kuralların yanı sıra devletlerin imzasına açılan antlaşma metinleri de hazırlamaktadır.

Bunlardan Unidroit tarafından 1994 yılında yayınlanmış olan Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (*Principles of International Commercial Contracts - PICC*) ve bunların şerhi³⁴ sözleşme hukuku alanında bugün için en önemli *soft law* araçlarından biri haline gelmiştir. Metin 2004 yılında revize edilmiş ve genişletilmiş şekliyle yayınlanmıştır. Ancak çalışmalar devam etmekte ve yakın gelecekte yenilenmiş bir versiyonu beklenmektedir. İçeriği itibariyle bir borçlar kanununun genel hükümler bahsi ile mukayese edilebilecek olan PICC'nin hangi amaca hizmet ettiği "İlkelerin Amacı" başlığını taşıyan dibaçe kısmında açıklanmıştır: Buna göre PICC öncelikle tarafların sözleşmelerinde bunu açıkça kararlaştırmış olmaları halinde uygulama bulur. Diğer yandan tarafların, sözleşmelerinin, "genel hukuk ilkelerine" veya "lex mercatoria"ya tabi olacağını öngörmeleri halinde de bu kuralların uygulanması mümkündür. Hatta tarafların sözleşmelerinin tabi olacağı hukuka ilişkin hiçbir düzenleme yapmamış olduğu hallerde de ihtilafa bu kuralların uygulanmasının söz konusu olabileceği açıkça ifade edilmiştir³⁵. PICC'nin diğer bir işlevi olarak, milletlerarası yeknesak hukuk araçlarının ve ulusal hukukların yorumlanması ve tamamlanması gösterilmiş; son olarak da bu kuralların, borçlar kanunlarını yeniden kaleme alan ülkelerin yasama organlarına yol gösterici olabileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi PICC'yi kaleme alanlar, bu kuralların hayli geniş yelpazede yaygın bir uygulaması olacağından yola çıkmış ve, araştırmaların gösterdiği üzere, bu beklentilerinde haksız da çıkmamışlardır³⁶.

³² www.unidroit.org

³³ www.uncitral.org

³⁴ Official Commentary to the Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004. Ayrıntılı bir şerh için bkz. **Vogenauer/Kleinheisterkamp** (eds.), *Commentary on the Unidroit Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, 2009.

³⁵ Bu konuda bkz. **Atamer** (dn. 11), s. 18.

³⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bonell**, *The Unidroit Principles in Practice: Case Law and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts*, Ardsley 2002; aynı yazar, *From UNIDROIT Principles 1994 to UNIDROIT Principles 2004: A Further Step To*

Özellikle milletlerarası ticaretin sınır aşan sözleşmelerine uygulanma iddiası ile ortaya çıkan PICC'nin yanı sıra, daha sınırlı ölçekte, sadece Avrupa Birliği ülkeleri için uygulanması düşünülmüş olan bir *soft law* metni ise Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleridir (*Principles of European Contract Law - PECL*). Ancak, dünya hukuk çevrelerinden en önemli üçünü (İngiliz, Fransız, Alman) kapsayan Avrupa Birliği içinde uygulanmak üzere hazırlanmış olan bu metnin ağırlığı kuşkusuz PICC'den daha az değildir. PECL'in ne amaca hizmet etmek üzere kaleme alındığı sorusunun cevabı, aynı PICC'de olduğu gibi, bu ilkelere ilişkin Giriş kısmında açıklanmış ve m. 1:101'de de sayılmıştır. Sadece başlıklar altında aktarılacak olursa: sözleşme hukukunun temel ilkelerinin saptanmasının Avrupa içinde sınıraşan ticareti kolaylaştıracağı, Avrupa ortak pazarını güçlendireceği, bir AB sözleşme hukukunun yaratılması için altyapı oluşturacağı, ulusal mahkeme ve yasa koyucular için bir yönerge teşkil edeceği ve *common law* ile *civil law* arasında bir köprü vazifesi göreceği düşünülmüştür³⁷. Bu amaçla m. 1:101'de, bu kuralların, Avrupa Birliği'nde sözleşme hukukunun temel ilkeleri olarak uygulanmak üzere kaleme alındığı vurgulanmış ve tarafların sözleşmede bunu açıkça kararlaştırmış olmaları veya sadece sözleşmelerinin "genel hukuk ilkelerine" ya da "lex mercatoria"ya tabi olacağını öngörmeleri veya sözleşmenin tabi olacağı hukuku belirlememiş olmaları halinde devreye girecekleri ifade edilmiştir. Ayrıca ihtilafa uygulanması gereken hukukun bir çözüm sunmadığı hallerde, yani bir boşluğun varlığı halinde de bu kurallara başvurulabileceği kabul edilmiştir.

Ancak AB içinde çalışmalar bu noktada kalmamıştır. AB'nin finansman sağladığı bir proje çerçevesinde, farklı üye ülkelerden öğretim üyelerinin bir araya gelerek hazırladıkları PECL örnek alınarak, borçlar hukukunun diğer bütün alanlarında da bu türden *soft law* ilkeleri hazırlanmış ve tartışmalar bir AB borçlar kanununun mümkün olup olmadığı

wards a Global Contract Law, Uniform Commercial Code Law Journal, 2004, Vol.37/I, s. 49 (64 vd.); **Brödermann**, Die erweiterten UNIDROIT Principles 2004, Ein willkommenes "Werkzeug" für die Vertragsgestaltung und für Schiedsverfahren, RIW 2004, s. 721 (722); **Michaels** in: Vogenauer/Kleinheisterkamp (dn. 34) Preamble, N.3 vd.

³⁷ **v. Bar/Zimmermann** (Hrsg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I und II, Kommission für Europäisches Vertragsrecht (2002), Einführung, XXIII-XXIV.

noktasına kadar gelmiştir. 2009 yılının sonunda, hazırlanmış olan bütün model kurallar bir araya getirilerek 6 ciltlik bir şerh ile beraber “Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına ilişkin Taslak” (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference – DCFR*) yayınlanmıştır.³⁸ Bu metinde 3. Kitap sözleşmelerin ifa edilmesi ve ifa edilmemesinin sonuçlarını düzenlemektedir.

Bahsi geçen bu model kanunların ortak özelliği, farklı hukuk çevrelerinde yürürlükte olan bir dizi temel hukuksal düzenlemeyi mukayese ederek bunlar içinden mantıksal tutarlılığı en yüksek ve uygulanması da en kolay olan çözümleri tercih etmiş olmalarıdır. Her bir model kanunun hazırlanış sürecinde üst düzeyde bir bilimsel katılım ve yetkinliğin sağlandığından yola çıkmak mümkündür. Ortaya çıkan metinler, hiç kuşkusuz mükemmel olmamakla birlikte, 21. yüzyılda borçlar hukukunun geldiği noktayı uluslararası bir düzlemde tespit etmektedir. Bugün artık her ulusal borçlar kanunu bu metinler ile kendini mukayese etmek, her karşılaştırmalı çalışma, aslında karşılaştırmalı çalışmanın adeta damıtılmış sonuçlarını içeren bu metinleri dikkate almak zorundadır. Bir dönem Roma Hukuku için kullanılmış olan ifade ile, bu metinlerin bağlayıcılığı imparatorluk hukuku olmasından değil aklın hukuku olmasından kaynaklanır: *non razione imperii sed rationis imperio*. Bu çalışmada amaç, söz konusu üç metnin ifa engelleri hukukunu takdim, bunu İsviçre-Türk hukuku ile mukayese ve hangi noktalarda örnek alınabileceğini tespit etmektir.

Ancak bahsi geçen üç hukuk uyumlaştırması ürününün ifa engelleri sistemini özellikle etkileyen³⁹ ve 1988’de yürürlüğe girmiş olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın da (*United Nations Convention on Contracts for the Inter-*

³⁸ v. Bar/Clive (Hrsg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Full Edition (2009).

³⁹ Ayrıntılı olarak Zimmermann, Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand Europäischer Rechtswissenschaft, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte Nr.138, 2003, s. 36 vd.; Bonell, An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 3. bası, 2004, s. 48, 301 vd.

national Sale of Goods - CISG)⁴⁰ yer yer incelenmesi ihtiyacı doğacaktır. Yaklaşık 40 yıllık bir hazırlanma sürecinin sonucunda ortaya çıkan CISG, bugün 74 ülkenin taraf olmasının da gösterdiği gibi son derece kullanışlı bir ifa ve ifa engelleri sistemi yaratmıştır. Antlaşma hazırlanırken bir yanda Alman hukuk çevresi, diğer yanda Fransız hukuk çevresi ve bunların ikisinin karşısında yer alan İngiliz hukuk çevresi çalışmaların merkezine oturtulmuş ve sonuçta her üçünü de kaynaştırmayı başaran bir metin ortaya çıkmıştır. ABD kadar Rusya'nın, Çin ve Japonya'nın ve AB ülkelerinin çoğunun bu Antlaşmaya taraf olması zaten başarısını göstermektedir. Sınır aşan satım sözleşmelerine uygulanmaya başlanan ve bu kadar başarılı olan bir ifa engelleri modelinin genelleştirilmeye ve bütün sözleşme hukukuna uygulanmaya elverişli olup olmadığı düşüncesi ise PICC, PECL ve DCFR'in en önemli esin kaynağını oluşturmuştur. Dolayısıyla aşağıda her ne kadar sadece genel borçlar hukukuna ilişkin hukuk uyumlaştırması metinleri esas alınarak ifa engelleri hukuku incelenecekse de gerekli görülen yerlerde CISG ile bağlantılar da kurulacaktır.

IV. PICC, PECL ve DCFR'da ifa engelleri hukukunun temel esasları

1. Genel Olarak

Gerek PICC, gerek PECL gerekse DCFR ifa engelleri hukukunu tamamen paralel bir mantıkla oluşturmuş ve sistematize etmiştir. Ana hatları ile yaklaşımlarını aşağıdaki başlıklar altında toplamak mümkündür:

- Üç metinde de tek bir kavram ile, "ifa etmeme" (*non-performance/Nichterfüllung*) kavramı ile çalışılmıştır. Farklı ifa engeli türlerine göre bu metinlerde bir ayırım yapılmasına rastlamak mümkün değildir (aşağıda IV 2);

⁴⁰ 2 Nisan 2009'da Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun TBMM'de kabul edilmiş ve 11 Mart 2010 tarihinde katılmamız Bakanlar Kurulu tarafından kararlaştırılmıştır (RG 07.04.2010, sy. 27545). Gereki dökümanların Birleşmiş Milletler nezdinde depo edilmesinden sonra geçecek 12 ayın sonunda Türkiye resmen CISG'a taraf olacaktır.

- Üç metinde de kural garanti sorumluluğudur. Borçlu ancak bir mücbir sebebin varlığını ispat edebildiği hallerde tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir. Kast, ağır ve hafif ihmal kavramları ile ifa engelleri hukukunda karşılaşılmamaktadır (aşağıda IV 3);
- Üç metinde de ifa engelleri bahsi borçlar genel bölümünde⁴¹ iki alt başlıkta incelenmiştir. İlk başlıkta, genel olarak ifa etmeme halinde alacaklının elindeki yaptırımlara ilişkin bir panorama, borca aykırı ifayı düzeltmeye ilişkin borçluya verilmiş ikinci ifa şansı, mücbir sebep nedeniyle sorumsuzluk ve sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliği gibi sorunlar üzerinde durulmuş; bu bölümü takip eden bölümde ise alacaklının ifa etmeme durumunda sahip olduğu temel yaptırımlar tek tek ayrıntısı ile incelenmiştir. Bu yaptırımlar ifayı talep, kendi edimini ifadan kaçınma hakkı, sözleşmenin sona erdirilmesi, semenin tenzili, tazminat ve faiz talebidir. İfa engelleri hukukunu sistematize ederken ön plana alınan ifa etmemeye bağlanan yaptırımlar olmuştur (aşağıda IV 4).

2. Yeknesak bir borca aykırılık olgusu

Bahsi geçen üç hukuk uyumlaştırması projesi, büyük ölçüde CISG'ı takiben ve *common law*'un etkisi altında,⁴² genel bir "ifa etmeme" konsepti ile çalışmaktadır.⁴³ Bu kavramın her türlü borca aykırı davranışı, özellikle de geç ve ayıplı ifayı kapsadığı ilgili maddelere ilişkin şerhlerde açıkça ifade edilmiştir.⁴⁴ Bu sistemde hukuki olgu (*Rechtstatsache*) aşamasında

⁴¹ Bu *soft law* araçları arasından sadece DCFR bir borçlar özel bölümü içermektedir. Bu bölümde dikkati çeken, ifa engellerine ilişkin olarak gereksiz tekrarlardan kaçınılmış olması ve sürekli olarak borçlar genel bölümünde yer alan düzenlemelere atıf yapılmasıdır. Sadece istisnai bir düzenlemeye ihtiyaç duyulması halinde buna yer verilmiştir.

⁴² Bu konuda bkz. **Atamer** (dn.11) s. 286 vd.; 292 vd.

⁴³ Art. 8:101 PECL: "(1) Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9"; PICC Art. 7.1.1: "Non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance."; III. – 3:101 DCFR: "(1) If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter."

⁴⁴ Kommentar A zu Art. 8:101 PECL, v. **Bar/Zimmermann** (dn. 37) s. 433; Comment to

yapılmayan alt ayırımlar, hukuki sonuç (*Rechtsfolge*) aşamasında yapılmaktadır⁴⁵. Yani ayırım, aynen ifa⁴⁶/semenin tenzili/dönme/tazminat gibi imkanlar hangi durumlarda verilmiştir sorusuna cevap aranırken yapılmaktadır. Soruna, “Borçlu temerrüde düşmüştür, *bu yüzden* alacaklının bir dönme hakkı vardır” şeklinde yaklaşılmamakta; “Sözleşmeye aykırılık vardır, acaba somut olayda alacaklıya bir dönme hakkı verilmeli midir?” sorusuna cevap aranmaktadır. Bakış açısı hep hukuki sonuçlar perspektifindedir. Kara Avrupa’sı sisteminin zaafı olarak yukarıda yansıtılmış olan, ifa engellerini imkansızlık/temerrüt vs. gibi somut bazı kategoriler bağlamında ele alma düşüncesi terk edilmiştir. Hakim ihtilafa tümel olarak bakacak ve ilk aşamada sadece “sözleşme ihlal edilmiş midir?” sorusuna cevap arayacaktır. Eğer sözleşmede vaat edilmiş olan yerine gelmediyse (hangi sebepten ötürü olursa olsun) sözleşme ihlal edilmiştir ve bu da yaptırımların uygulanması sonucunu doğurur.

Kural olarak alacaklının yaptırımlar arasında serbestçe tercihte bulunma imkanı vardır. O aynen ifade ısrar edebileceği gibi, sözleşmeden dönme veya ayıplı ifa nedeniyle bedelin tenzilini de isteyebilir. Bu yaptırımların sınırları ise her biri için ayrı başlıklar altında ve genel olarak kaleme alınmıştır. İlgili yaptırımların özellikleri ve farklılıkları dikkate alınarak bu sınırlar belirlenmiştir. Örneğin aşağıda görüleceği üzere ifa talebi imkansızlık halinde bloke edilirken; dönme hakkı esaslı olmayan sözleşme ihlalleri açısından kabul edilmemiştir.

Bu sistemin yalınlığının ayartıcı olduğunu kabul etmek gerekir. Sistemin avantajı; basitliği, anlaşılabilirliği, tutarlılığı ve gelişmelere açık olma

Art. 7.1.1 PICC (dn. 34) s. 193; Comment A to Art. III. – 3:101 DCFR, v. **Bar/Clive** (dn. 38) Vol. I, s. 772.

⁴⁵ **Basedow**, Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG, 25 Int’l Rev. L. & Econ. 2005, s. 487 (490-492); **Schauer** (dn. 20) s. 627 (629); **Düchs**, Die Behandlung von Leistungsstörungen im Europäischen Vertragsrecht, 2006, s. 53 vd.; **Zimmermann**, Konturen eines europäischen Vertragsrechts, JZ 1995, s. 477 (480-481); **Welser** (dn. 20) s. 63 (70).

⁴⁶ Bu çalışmada, alacaklının tamirat veya yenisi ile değiştirmeye ilişkin talebi aynen ifa talebinin bir uzantısı olarak değerlendirilmektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklama için bkz. **Atamer** (dn. 11) s. 363-364 ve aşağıda IV 4 a.

potansiyelidir⁴⁷. Zira sözleşmeye aykırılık sorununa bu şekilde tümel bir bakış açısıyla bakıldığında, farklı hükümler arasında bir yarışma sorunu yaşanmadığı gibi, zamanaşımı sürelerinin veya kusur isterlerinin farklılığı gibi sorunlarla da karşılaşılmaz⁴⁸. Hukuki olgu “sözleşmeye aykırılık” olarak belirlendiğinde, her türlü alt olgu da bunun içinde yer bulabilmektedir⁴⁹. Objektif/sübjektif imkansızlık, önceki/sonraki imkansızlık, temerrüt, ayıp, sözleşmenin müspet ihlali gibi kavramlar önemini yitirir. Bir anlamda bu sistemde, BK m. 41’de haksız fiiller için kabul edilmiş olan çerçeve normun bir benzeri borcun ifa edilmemesi halleri açısından benimsenmiştir.

Nitekim CISG ve onu takiben PICC, PECL ve DCFR gibi *common law* ve *civil law* hukuk çevrelerini kaynaştıran metinlerde bu yaklaşımın benimsenmiş olması, Avrupa’daki yasama faaliyetlerini ciddi şekilde etkilemiş ve modern ifa engelleri hukuku, borca aykırılıklar arasında bir ayırım yapmaksızın yaptırımları düzenleme alternatifine meyletmiştir. Örneğin yeni Hollanda Medeni Kanunu, İskandinav ülkelerinin kanunları ve 2002 değişiklikleri sonrasında Alman Medeni Kanunu⁵⁰ sözleşmeye aykırılık

⁴⁷ **Lurger** (dn.20) s. 508 vd.; **Anders** (dn.18) s. 211 vd.

⁴⁸ **Schwartz**e, Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Optionale Rechtsangleichung auf der Grundlage eines funktionalen Rechtsvergleichs, 2000, s. 42.

⁴⁹ **Anders** (dn.18) s. 192.

⁵⁰ **U. Huber** Alman yasa koyucusuna teklif ettiği yasa değişikliğinde özellikle CISG sistemini benimsemiştir. Buna göre temel kavram “ifa etmeme”dir (*Nichterfüllung*) ve bu kavram borçlar genel hükümleri kadar borçlar özel hükümlerine de hakimdir. İmkansızlık, temerrüt, sözleşmenin müspet ihlali, ayıp gibi kavramlar bu teklifte ifa engelleri hukukunun temel kavramları olmaktan çıkmıştır. Bunlar sadece genel ifa etmeme kavramının alt başlıkları niteliğindedir ve dolayısıyla da prensipte aynı şekilde değerlendirilmektedir. Özellikle tekeffül hükümleri artık düşmüştür. Satıcı sadece ifa etmeme nedeniyle sorumludur, yoksa tekeffül ettiği için değil (**U. Huber** (dn. 8) s. 699 vd. ve 752 vd. ve raporun bu kısmı hakkında **Volkommer**, Die Konkurrenz des allgemeinen Leistungsstörungsrechts mit den Leistungsstörungsinstituten der besonderen Schuldvertragstypen, AcP 183, 1983, s. 525 (547)). 2002 yılında yürürlüğe giren reform da büyük ölçüde **U. Huber**’in tekliflerini benimsemiş ve asıl olarak BGB § 280 vd. hükümlerinde “yüküme aykırılık” (*Pflichtverletzung*) ve bunun sonuçlarını düzenlemiştir. Daha sonra kanunun ilerleyen bölümlerinde hep bu hükümlere atıf yapılmıştır. Satım hukukuna özgü, semenin tenzili ve tamarata ilişkin yaptırımlara ilgili bölümde yer verilmiş; fakat bunun dışında dönme ve tazminat açısından genel hükümlere atıf yapılmış (BGB § 437) ve bu şekilde kanundaki tutarsızlıklar giderilmeye çalışılmıştır (Eser sözleşmesi açısından bkz. BGB § 634). Alman ifa engelleri

sistemini hep bir bütün olarak değerlendirmeye başlamıştır⁵¹. Aynı şekilde 2008 yılında İsviçre’de Ulusal Fonun (Nationalfond) maddi desteği ile yürütülmeye başlanan ve bu çalışmanın yazarının da danışma kurulunda olduğu “*Schweizerisches Obligationenrecht und Europäisches Vertragsrecht* (İsviçre Borçlar Kanunu ve Avrupa Sözleşme Hukuku)” isimli projede şu ana kadar ortaya çıkan iki teklifte de ifa engelleri hukuku yeniden kaleme alınarak yeknesak bir “ifa etmeme” kavramı ile çalışılmıştır.

3. Borca aykırılıkta garanti sorumluluğu

İkinci olarak ele alınması gereken konu borçlunun tazminat sorumluluğunun ne ölçüde kusura bağlı olduğu konusudur: Her ne kadar hukuk uyumlaştırması metinleri tazminat sorumluluğu açısından borçluya bir kurtuluş kanıtı getirme imkanı vermiş olsa da, ispat edilmesi gereken kusura kusurluk değil, bir mücbir sebebin varlığıdır.⁵² Bu noktada da CISG m. 79⁵³ ve *common law*’un⁵⁴ etkisinde olan hukuk uyumlaştırması metinleri, taraf-

hukukundaki reforma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan** (dn.2) İÜHF 2000, s. 231 (233 vd.); **Ernst**, Die Reform des Leistungsstörungenrechts in Deutschland, in: Fischer-**Czermak/Hopf/Schauer** (Hrsg.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Reformbedarf und Reform, 2003, s. 85 vd.; **Zimmermann**, The new German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspective (2005), s. 39 vd.

⁵¹ Bu konuda ayrıntılı mukayeseli veriler için bkz. **v. Bar/Zimmermann** (dn. 37) PECL Art. 8:101, s. 435 vd. ve **Schwartz** (dn. 48) s. 38 vd. Ayrıca bkz. **Welser** (dn.20) s. 63 (68); CISG’den ciddi oranda etkilenmiş bulunan Avrupa Birliği satım yönergesi de (Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees) aynı yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışını benimsemiştir, bkz. **Lurger** (dn.20) s. 508.

⁵² Sözleşmeye aykırılıktan sorumlulukta, kusur kavramının önemi ve farklı hukuk çevrelerindeki çözümler hakkında bkz. **Pellegrino**, Subjektive oder objektive Vertragshaftung? Ein rechtsvergleichender Blick auf die Rolle des Verschuldens im Vertragsrecht, ZEuP 1997, s. 41 vd.

⁵³ Bu madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, Art. 79 CISG, in: **Kröll/Mistelis/Viscasillas**, UN-Convention on the International Sales of Goods (CISG), 2010 (basım aşamasında) ve **Atamer** (dn.11) s. 453 vd.

⁵⁴ Mutlak sorumluluk kuralı (“*rule of absolute liability*”) olarak tercüme edilebilecek bu kural 1647 yılında İngiliz yüksek mahkemesinin verdiği bir karara dayanmaktadır. Olayda davacı, davalıdan hasılat kirası ödemesini talep etmiş, davalı ise, kiraladığı yerin düşman tarafından işgal edilmiş olduğu için kullanılmadığını savunma olarak ileri sürmüştür. Mahkeme buna rağmen, sözleşmede bir sorumsuzluk klozunun yer almaması nedeniyle kira parasının ödenmesine karar vermiştir. Bkz. *Paradine v. Jane*, 82 Eng. Rep. 897 (K.

ların sözleşme ile belirli sonuçlara ulaşılması konusunda karşılıklı garanti taahhüdünde bulunduğu görüşünden yola çıkarak bu taahhüdün yerine getirilemediği her halde sorumluluğun varlığını kabul etmiştir.⁵⁵ Borçlunun sorumluluğu esastır, meğerki bir sorumsuzluk anlaşmasının varlığını veya tipik bir sözleşme rizikosunun gerçekleşmediğini ispat edebilsin.

Yeknesak bir sözleşmeye aykırılık anlayışını benimsemiş olan PICC, PECL ve DCFR sorumsuzluk hallerini de yeknesak olarak ele almış ve sözleşmeye aykırılığın türüne göre bir ayırım yapmaksızın temel sorumsuzluk halini düzenlemiştir.⁵⁶ Buna göre taraflardan biri, yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.⁵⁷

Dolayısıyla sorumsuzluğun söz konusu olabilmesi için, sözleşmenin gereği gibi ifasını engelleyen sebebin, kümülatif olarak bir arada bulunması gereken üç özelliği bulunmalıdır. Bunlar; sözleşmeye aykırı davranan tarafın etki alanı dışında kalan bir engel olması; engelin sözleşmenin kurulması anında hesaba katılmasının mümkün olmaması ve engelin önlenemez ve aşılamaz olmasıdır. İlgili hükümler ayrıca, engelin anlaşılmasından itibaren makul bir süre içinde karşı tarafın durumdan haberdar edilmesini de aramaktadır⁵⁸.

B. 1647). Bu karar ve *Paradine v. Jane* doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Treitel** (dn.16) N. 2-001 vd.

⁵⁵ PECL m. 8:108, PICC m. 7.1.7 ve DCFR III. – 3:104.

⁵⁶ **Fischer**, Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht, 2001, s. 85 vd; **Düchs** (dn. 45) s. 158 vd.

⁵⁷ Bu sorumsuzluk normunun sonuç taahhüdü içermeyen ve sadece makul bir özenin gösterilmesinin borçlanıldığı sözleşmeler açısından ne kadar kullanışlı olduğu tartışılmak gerekir. Nitekim hukuk uyumlaştırması metinleri bu noktada eleştirilmektedir. Bu konuda bkz. **Schmidt-Kessel**, Remedies for Breach of Contract in European Private Law - PECL, Acquis Communautaire and Common Frame of Reference, in: Schulze (Hrsg.) New Features in Contract Law (2007) S. 183 (185); **Magnus**, Das Recht der vertraglichen Leistungsstörungen und der Common Frame of Reference, ZEuP 2007, s. 260 (266-267).

⁵⁸ Her ne kadar Türk hukukunda bu konuda açık bir düzenleme mevcut değilse de dokt-

Görüldüğü gibi taraflardan ikisinin de kendi sorumluluk alanları, yani üzerinde hakimiyet icra ettikleri alanın sınırları çizilmiştir. Bu alanın içinde gerçekleşen bir sebepten ötürü sorumluluktan kurtulamazlar. Örneğin borçlunun bir hastalık nedeniyle borcunu ifa edemez duruma düşmesi, onun riziko alanında gerçekleşen bir olgudur ve sorumluluğu engellemez. İsviçre-Türk hukukunda ise hastalık sorumsuzluk demektir. *Serozan*'ın ifadesi ile borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen haller denince akla: "... borçlunun elinde olmayan veya kendi etki alanında ya da tarafsız (neutral) etki alanında oluşan hastalık, hırsızlık, kaza, doğa felaketi ve kamusal yasaklama gibi aksilikler gelir"⁵⁹. Buna karşılık hukuk uyumlaştırması metinlerinde bu tarafsız (nötr) alan daraltılmaktadır. Kaza, doğal felaket gibi hallerde tazminat sorumluluğu olmaz da, hastalık, hırsızlık gibi haller nötr alanda kabul edilmez, dolayısıyla sorumluluk devam eder.

İlgili normların hepsi aslında risk dağılımı normlarıdır.⁶⁰ Taraflardan ikisinin de sözleşme kurulurken hesaba katmadığı, atipik rizikoların gerçekleşmesi halinde, bunları kimin taşıması gerektiğini belirlemek amacına hizmet ederler. Söz konusu hallerde, taraflardan ikisi de ortaya çıkan engelin doğumunda etken değildir⁶¹, ancak birinden birinin zarara katlanması gerekmektedir. Amaç, taraflar arasındaki dengeyi en iyi şekilde kuran riziko dağılımını tespit etmektir. Borçlunun, klasik tanımıyla, "kusursuz" olması, atipik rizikonun tümüyle alacaklı tarafından taşınması için yeterli görülmemiştir. Bir dizi olasılıkta (örn. *hastalık*) borçlu, kusursuz olsa da sorumlu tutulmaktadır.

Sözleşme ihlalinin kaynağında denetim dışı bir engelin yattığı ve bunun öngörülmesinin veya aşılmasının mümkün olmadığı ispat edilirse borçlu tazminat ödemek zorunda olmayacaktır. Ancak bu durumda alacaklının en azından diğer haklarını kullanmaya devam edip edemeyeceği sorusu cevaplanmak gerekir. Semen tenzili ve sözleşmeyi sona erdirme

rinde bu tür bir bildirim yükümlülüğü imkansızlık hali için MK m.2'ye dayanılarak kabul edilmektedir, bkz. **Oğuzman/Öz** (dn. 25) s. 447; **Dural** (dn.16) s. 131.

⁵⁹ **Serozan** (dn.1) § 15 N.4.

⁶⁰ Burada risk henüz hasarın karşı tarafa geçmediği bir anda doğmaktadır, dolayısıyla da borçlunun sorumlu olup olmadığı tartışma konusudur.

⁶¹ Oysa İsviçre-Türk hukukunda alacaklının etki alanında gerçekleşen ifa engelleri de BK m.117 kapsamında değerlendirilir. Bkz. **Serozan** (dn.1) § 15 N.4.

haklarının, borçlunun sorumsuzluğuna rağmen baki kalması anlaşılır olmakla birlikte, ifa talebinin devam ediyor olması tereddüt uyandırabilir. Zira sorumsuzluk, taraflardan birinin, yükümlülüklerinden birini ifa etmesini *engellenen* bir sebebin varlığı halinde kabul edilmektedir. Bu durumda acaba yine de ifa talebine imkan tanımının bir anlamı olabilir mi? Örneğin bir satım sözleşmesinde malın ifası mücbir sebep sonucu imkansızlaşmışsa, ifa talebinin bir anlamı olmadığı açıktır. Buna karşılık, satım konusu malın ifası sadece belirli bir süre için engellenmiş durumda o zaman ifa talebi, bu engelin ortadan kalkmasından sonra yine işe yarayacaktır. Eğer mal ayıplı ifa edilmişse, bu durumda da ifa talebinin varlığı bir anlam ifade eder, zira satıcıdan – malın ayıbı bir mücbir sebepten kaynaklansa bile – malın tamir edilmesi veya yeni mal teslim edilmesi istenebilecektir⁶². Dolayısıyla tazminat talebinin düştüğü haller ile ifa talebinin düştüğü haller örtüşmez ve aşağıda görüleceği üzere ayrı ele alınmak gerekir. İfanın halen talep edilebileceği hallerde tazminat talebine yer olmayabilir, veya tam tersi, tazminatın istenebileceği hallerde ifa talebine yer olmayabilir.

4. Alacaklının elindeki yaptırımları merkeze alan bir sistematik

Yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere, hukuk uyumlaştırması metinlerinin tümü ifa engelleri bölümlerinin sistematüğini borca aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlar üzerine kurmuştur.⁶³ Dolayısıyla burada da aynı sistematik takip edilecek ve aşağıda tek tek bu yaptırımlar ve sınırları üzerinde durulacak ve İsviçre-Türk hukuku ile çözümlerin ne ölçüde farklılaştığı saptanacaktır.

⁶² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kröll/Mistel/Viscasillas/Atamer** (dn. 53) Art. 79 CISG, II 1.2.2; **Atamer**, Grenzen des Erfüllungsanspruchs im System des Leistungsstörungsrechts der PICC, PECL und des DCFR im Vergleich zum CISG – Probleme und Änderungsvorschläge, in: Festschrift Klaus J. Hopt, Grundmann et al. (Hrsg.), 2010 (basım aşamasında), lit. B 2.

⁶³ Son yıllarda Alman hukukunda genel borçlar hukuku kitaplarında da aynı sistematüğün tercih edilmeye başlanması bu noktada hukuk uyumlaştırması metinlerinin ne kadar etkili olduğunun bir göstergesidir. Örn. bkz. **Kötz**, Vertragsrecht, 2009, § 10-12; **Unberath**, Die Vertragsverletzung, 2007, § 8-13.

a. İfa talebi ve sınırları

Her ne kadar İsviçre-Türk hukuk sisteminde borcunu ifa etmeyen borçlunun ifaya zorlanması imkanı olsa da, aslında kanunun hiçbir yerinde bu talebin varlığı genel olarak ifade edilmemiştir. BK m. 97 bir şeyin yapılması veya yapılmaması, BK m. 106 ise bir şeyin verilmesi borcuna aykırılık halinde ifa davasını düzenlerken, BK m. 203 ayıplı bir malın değiştirilmesine yönelik, BK m. 360/II ise ayıplı bir eserin tamirine yönelik ifa talebine yer verir. Hepsinin temelinde yatan ortak düşünce alacaklının ifa menfaatine kavuşmak için borçluyu zorlama imkanına sahip olduğudur. Gerekli zorlama İcra İflas Kanunu hükümleri uyarınca gerçekleşecektir.

Hukuk uyumlaştırması metinlerinin tümü aynen ifa talebinin varlığını kabul etmekte⁶⁴ ancak İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak bir genel başlık altında ele almaktadır. Bu başlıkta bir yandan sözleşmenin kurulması ile doğan ve ifa etmeme halinde aynen devam eden, sözleşmeyle üstlenilen yükümlülüklerin ifasına ilişkin asli talep (*primärer Erfüllungsanspruch*); diğer yanda ise ifanın sözleşmeye aykırı (“ayıplı”) olması halinde, alacaklının sahip olduğu tali ifa talebi (*Nacherfüllungsanspruch*) ele alınmıştır. Tali ifa talebi, ya değiştirme ya da tamirat şeklinde kendisini gösterir ve asli ifa talebinin “kılık değiştirmiş” halini oluşturur⁶⁵. Ayıplı

⁶⁴ PECL m. 9:101/102, PICC m. 7.2.1/7.2.2, DCFR m. III. – 3:301/302. *Common Law* sisteminde bu tür bir talebin istisna teşkil ettiği hakkında bkz. yukarıda dn. 11.

⁶⁵ Bu konuda bkz. **Schauer** (dn. 20) s. 627 (631); **Schlechtriem**, *Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland*, ZEuP 1993, S. 217 (226); **Vahle**, *Der Erfüllungsanspruch des Käufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem deutschen Kaufrecht*, ZVglRWiss 98, 1999, s. 54 (56); **Schulz**, *Der Ersatzlieferungs- und Nachbesserungsanspruch des Käufers im internen deutschen Recht, im UCC und im CISG*, 2002, s. 228 vd. Reform sonrası BGB düzenlemesi için aynı yönde **P. Huber**, in: **P. Huber/Faust**, *Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht*, 2002, N. 13/44 vd.; **Zimmermann** (dn. 17) s. 34-35; **Canaris**, *Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf*, JZ 2003, 831 (836); **Jud**, *Das Recht auf Zurückweisung im Kaufrecht*, JuS 2004, s. 841 (842); **Schürholz**, *Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, zugleich ein Beitrag zum Schicksal von Stück- und Gattungskauf*, 2005, s. 47. PECL m. 9:102 ve onu takiben DCFR m. III. – 3:302 uyarınca, sözleşmeye aykırı ifa nedeniyle mağdur olan taraf, para borcu dışındaki yükümlülüklerin ifasını [da] talep edebilir. Buna, ayıplı ifanın giderilmesini talep etmek dahildir. Diğer yandan PICC m. 7.2.3. daha da açık bir şekilde, “ifa talebi” bölüm başlığının altında, ayrı bir maddede

bir ifanın gerçekleşmiş olması halinde asli ifa talebinin yerini tali ifa talebi alır. Yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışının sonucu olarak, ayıplı ifa da sözleşmeye aykırılığın bir türü olarak değerlendirilir. Dolayısıyla da bir satım sözleşmesinde örneğin borç konusu malın bir parça veya çeşit borcu olması fark yaratmaz.⁶⁶ Satıcı, bilfiil tarafların üzerinde anlaştıkları parçayı teslim etmiş olmasına rağmen, eğer bu parça sözleşmede belirtilen özelliklere sahip değilse, ifa gereği gibi yerine getirilmemiştir ve alıcının ifa talebi, içeriği değişmiş olarak devam eder. Alıcı duruma göre yenisi ile değiştirme veya tamirat isteyebilir⁶⁷.

Üç metinde de ifa talebi para borçları ve para borcu dışında borçlar için ayrı ayrı ele alınmıştır. Para borçlarının ifasına zorlamada kural olarak bir sınırlama olmamasına rağmen,⁶⁸ para borcu dışındaki verme ve yapma borçlarının ifasını talep açısından çeşitli sınırlamalar getirilmiştir.⁶⁹ Bunların başında aynen ifanın imkansız veya hukuka aykırı olması gelir (PECL m. 9:102(2)(a), PICC m. 7.2.2 (a), DCFR m. III. – 302(3)(a)). Bu ihtimallerde ne asli ne de tali ifa talebi kabul görmez. Her ne kadar burada metinler “imkansızlık” kavramına yer vermişse de bu bir ifa engeli türü olarak değil, sadece ifa talebini bloke eden fiili bir durum olarak kabul edilmektedir. İmkansızlığın borçlunun kusuruyla veya kusuru olmaksızın, önce veya sonra oluşmuş olması en ufak bir fark yaratmaz. İfa imkansızlaşmışsa (her ne sebepten olursa olsun) ifa talebi düşer⁷⁰ – kast edilen bu kadar basittir.

şu ifadeye yer vermiştir: “İfa talebi, duruma göre, tamirat, ikame ifa veya ayıplı ifa halinde çare olabilecek diğer bir talebi de kapsar.” Dolayısıyla bu düzenlemelerin hepsinin, sözleşmeye aykırılık halinde ifa talebinin sadece içerik değiştirdiğinden yola çıktığı kabul edilmelidir. Türk hukukunda bu yönde örn. **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, 2. bası, 2007, S. 292; **Buz**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, 2005, S. 172; malın yenisi ile değiştirilmesi hakkı açısından aynı görüşte **Aral** (dn.19) s. 146.

⁶⁶ **Serozan** bu hususu bundan 40 yıl önce tespit etmiştir, bkz. **Serozan**, Parça Borcu – Çeşit Borcu, Aşılması Gerekli Bir Ayırım, MHAD 1969, yıl 3, sayı 5, s. 211 (223 vd.).

⁶⁷ Bkz. **P.Huber**, in: P.Huber/Faust, (dn. 65) N.13/44-45; **Schürholz** (dn. 65) s. 47.

⁶⁸ İstisnalar hakkında bkz. **Atamer** (dn.62) FS Hopt, lit. B 3.

⁶⁹ Bu sınırlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer** (dn.62) FS Hopt, lit. B.

⁷⁰ Edim konusunun imkansızlaşması nedeniyle ifa talebinin artık mümkün olmaması ihtimalinde sözleşmenin ayakta kalıp kalmayacağı sorununa ise metinler farklı şekilde yaklaşmıştır. PICC hiçbir istisna yapmaksızın sözleşmenin imkansızlığa rağmen ayakta kaldığını kabul etmekte, PECL m. 9:303 (4) ve DCFR m. III. – 3:104 (4) ise mutlak ve

Diğer yandan ifanın imkansızlaşmamasıyla birlikte aşırı güç veya aşırı masraflı hale gelmiş olması durumunda da alacaklı aynen ifada ısrar edemez, yani ifa talebi bloke edilir (PECL m. 9:102(2)(b), PICC m. 7.2.2 (b), DCFR m. III. – 302(3)(b)).⁷¹ Bu kuralın altında ekonomik bir mantık yatmaktadır. Mukayese edilecek olan, borçlu için ifa engeline rağmen aynen ifa etmesinin beraberinde getireceği maddi yük ile alacaklı için aynen ifada ısrarcı olmanın getireceği menfaattir. Örneğin gemi ile birlikte batan makineyi yüzeye çıkarmak her ne kadar çok masraflı ise de makinenin alıcısının bunu başka yerden temin etmesi mümkün değil ve değeri de çok büyükse bu durumda ifada ısrar etmesi kabul edilebilir bir durumdur.⁷² Buna karşılık kolaylıkla başka yerden temin edilecek bir makine için bu ısrar adeta MK m.2/II'ye aykırılık teşkil eder. Bu değerlendirmede kusurun bir rolü yoktur. Gemiye kusuru ile batırılmış olan borçludan da bunu çıkarması istenmez, ama kuşkusuz bu durum borçlunun tazminat ödemesine engel değildir.

İfa talebinin önünün kesildiği bir diğer hal şahsi özellikleri ağır basan bir yapma borcunun varlığıdır (PECL m. 9:102(2)(c), PICC m. 7.2.2 (d), DCFR m. III. – 302(3)(c)). *Common law* hukuk çevresinde olduğu

aşılabilir bir imkansızlıkta *ipso iure* sözleşmenin sona ermesi formülünü tercih etmektedir. Bu konuda PICC'nin yaklaşımı daha amaca uygun gözükmektedir. Zira borçlunun ifa etmemesinin sebebinin alacaklı tarafından sık sık bilinmiyor olması ve ifa imkansızlığı ile aşırı ifa güçlüğü arasındaki sınırın çizilmesinin de son derece güç olması sözleşmenin hangi anda kendiliğinden sona erdiğine ilişkin ciddi bir belirsizlik doğuracaktır. Bunu aşmanın en kolay yolu sözleşmenin ancak alacaklının iradesi ile son bulacağını kabul etmektir. Diğer yandan bütün model kanunlarda göz ardı edilmiş bir nokta, alacaklının ikame değeri talep etme hakkının olup olmadığıdır. Eğer bu hakkın varlığı kabul edilecek olursa, bu da sözleşmenin kendiliğinden sona ermediğini kabul etmek lehine bir gerekçe oluşturacaktır. Alacaklı isterse surrogat'ı talep edebilmeli, isterse sözleşmeyi sona erdirebilmelidir. Bu konuda ayrıca bkz. **Atamer** (dn. 62) FS Hopt, lit. B 4 a.

⁷¹ 2002 Alman Medeni Kanunu reformu sonrasında BGB § 275 de ifa talebinin sınırı olarak fıkra I'de imkansızlığı, fıkra II de ise aşırı ifa güçlüğünü düzenlemekte ve böylelikle PECL, PICC ve DCFR'da geliştirilen çözümü benimsemektedir. Madde hakkında bkz. **Serozan** (dn.2) İÜHFM 2000, s. 231 (240-241); **Ergüne**, Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri ve Sonuçları, İÜHFM 2004, c. LXII, sy.1-2, s. 351 (354 vd.); **Topuz/Canbolat** (dn. 16) s. (674, 692 vd.); **Looschelders**, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2008, 153 vd.; **Unberath** (dn. 63) s.277 vd.

⁷² Alman hukukunda verilen bu örnek için bkz. **Canaris**, Die Reform des Rechts der Leistungstörungen, JZ 2001, s. 499 (501).

gibi yapma borcunun genel olarak cebri ifasının engellenmesi söz konusu değildir. Sadece borcun şahsi niteliği dolayısıyla ifaya zorlama halinde ifanın bir değer ifade etmeyeceği ihtimallerde talep engellenmektedir. Örneğin bir yazarın yazmaya, bir ressamın çizmeye zorlanması anlam ifade etmeyecektir, zira edimin beklenen özelliklere sahip olması ve alacaklıyı tatmin etmesi ihtimali düşüktür. Diğer yandan bu hallerde borçlunun temel hak ve özgürlüklerinin kısıtlanması tehlikesi de mevcuttur.⁷³

DCFR'dan farklı olarak PICC ve PECL bir halde daha ifa talebini bloke etmektedir (PECL m. 9:102(2)(d), PICC m. 7.2.2 (c)): *Common law* sisteminden esinlenilerek metinlere eklendiğinde hiç tereddüt olmayan bu hüküm uyarınca alacaklının ifayı rahatlıkla başka bir yerden veya birisinden temin etmesinin mümkün olduğu hallerde de aynen ifade ısrarcı olunması imkanı verilmemiştir. Aslında yine hakkın kötüye kullanılması düşüncesi ile açıklanabilecek bu kural alacaklının ek bir külfete girmeksizin edinebileceği bir mal veya hizmet için borçluyu ifaya zorlamasının mantıksızlığına dayanır. Sözleşmesel menfaatin elde edilmesinin tek yolu olarak aynen ifayı değil, bunun yanı sıra tazminatı da yeterli gören bir yaklaşım için bu son derece tutarlı bir kuraldır. Amaç, alacaklının zarar görmemesidir. Bunu daha kolay sağlamanın yolu, alacaklının malı başka yerden temin etmesi ve aradaki farkı tazminat olarak istemesi ise bu yol tercih edilmelidir.

Her ne kadar İsviçre-Türk hukukunda, alacaklının elindeki yaptırımlar arasından hep ifayı seçeceği ve ifade ısrarcı olacağı varsayımı BK m. 106'da kabul edilmiş olsa da, hukuk uyumlaştırması metinlerinde bu karine tersine çevrilmiştir. Eğer alacaklı ifa etmeme durumundan haberdar olduğu veya haberdar olması gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde ifayı talep etmezse bu talebi düşer ve diğer yaptırımlardan birine başvurması gerekir (PECL m. 9:102(3), PICC m. 7.2.2 (e), DCFR m. III. – 302(4)).⁷⁴ Yani, BK m. 187'de ticari satımlar açısından kabul edilen esas PICC, PECL ve DCFR açısından asıldır. Her türlü sözleşme açısından ifade ısrarcı olmak isteyen alacaklı bu hakkını makul bir sürede ileri sürmek durumundadır, aksi takdirde ancak semenin tenzili, sözleşmeyi sona erdirmeye ve/veya tazminat isteme haklarından birine başvurma şansı kalır.

⁷³ Comment G DCFR m. III. – 3:302, v. Bar/Clive (dn. 38) s. 832.

⁷⁴ Örn. bkz. **Vogenaer/Kleinheisterkamp/Schelhaas** (dn. 34) Art. 7.2.2 PICC, N.47 vd.

b. Kendi edimini ifadan kaçınma hakkı

Borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde alacaklının elindeki ikinci yaptırım, kendi edimini ifadan kaçınmasıdır.⁷⁵ Bu iki farklı halde söz konusu olabilir: Hem diğer taraf ile aynı anda ifa mecburiyeti altında olan, hem de diğer taraftan sonra ifa yükümlülüğü altında olan taraf, kendisine ifa ciddi şekilde teklif edilene kadar kendi borcunu ifadan kaçınabilir. İkinci ihtimalde zaten alacaklının kendi ifa tarihinin daha sonra olması nedeniyle yeterli koruma altında olduğu düşünülecek olsa da, kendi vadesi gelene kadar borçlunun ifa etmemesi durumunda borçlar yine karşılıklı hale gelmiş olacaktır ve bahsi geçen kaçınma hakkı anlam kazanacaktır. Diğer yandan önce ifa yükümlülüğü altında olanın değil de, karşı tarafın daha sonra muaccel hale gelecek borcunu ifa etmeyeceği konusunda haklı şüpheler varsa, önce ifa yükümlülüğü altında olan kendi ifasını gerçekleştirmekten kaçınabilir. Bu kaçınma hakkı haklı şüphe sona erene kadar devam eder. Eğer edimi henüz müaccel olan borçlu yeterli bir teminat verirse muaccel borcun borçlusunu artık ifadan kaçınmaz. Buna karşılık, talep edilmesine rağmen makul bir süre içerisinde borçlu tarafından teminat verilmezse sözleşmeyi sonlandırma hakkını kullanabilir.

İçeriği itibariyle BK m. 81 ve 82⁷⁶'deki düzenlemelerden herhangi bir farkı olmayan bu hükümlerin özelliği konumlandırıldıkları yerdir. Hukuk uyumlaştırması metinleri ifadan kaçınma hakkını borca aykırı davranış halinde alacaklının başvurabileceği yaptırımlardan biri olarak kategorize etmiş ve bu hakkı ifa engelleri başlığı altında ele almıştır.

c. Semen tenzili ve sınırları

Yine İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak hukuk uyumlaştırması metinlerinden ikisi⁷⁷ semenin tenzili yaptırımını genelleştirerek ifa engelleri hukukunun temel yaptırımlarından biri haline getirmeyi tercih et-

⁷⁵ PICC m. 7.1.3, PECL m. 9:201 ve DCFR m. III. – 3:401 ile III. – 3:505. Bu konuda bkz. **Magnus** (dn.57) s. 260 (276-277).

⁷⁶ Bu hükmün muadili olarak borçlar özel bölümünde şu kurallara rastlanmaktadır: BK m. 261, m. 310, m.3 46, m. 384/III.

⁷⁷ PECL m. 9: 401 ve DCFR m. III. – 3:601. Buna karşılık PICC bu konuda bir hüküm içermemektedir.

miştir. Her ne kadar *actio quanti minoris* ilk satım hukuku için geliştirilmiş olsa da bugünün kanunlarında örneğin kira ve eser sözleşmeleri açısından da kabul görmüş bir yaptırımdır.⁷⁸ Taraflar arasında bozulmuş olan sinallagmayı yeniden tarafların iradesine uygun olarak oluşturma amacına hizmet eden ve sözleşmeyi ayakta tutan bir yaptırım olan semenin tenzilin bu şekilde genelleştirilmesi kuşkusuz doğru bir yaklaşımdır.⁷⁹ Sonuç taahhüdü içeren bütün sözleşmeler açısından alacaklının elinde bu tür bir yaptırım olması uygun gözükmemektedir. Her ne kadar PECL tenzilin nasıl yapılacağı konusunda bir hüküm içermemekle ise de DCFR nispi metodu kabul etmiş ve önermiştir.

d. Sözleşmenin sona erdirilmesi ve sınırları

aa. Genel olarak

Hukuk uyumlaştırma metinlerinin hiçbirisinde sözleşmeden dönme – sözleşmenin feshi kavram ikilisine rastlamak mümkün değildir. Hepsi tek bir kavram ile çalışmaktadır: “*Aufhebung/Termination/Résolution*”. Bu kavram hem ani hem de sürekli edimli sözleşmelerin sona erdirilmesi için kullanılmıştır. Sözleşmeyi sona erdirmenin etkisi ise ileriye dönüktür. Serozan’ın 1975 yılında “Sözleşmeden Dönme” adlı çalışmasında ayrıntılı bir şekilde ortaya koymuş olduğu sonucu⁸⁰ hukuk uyumlaştırması metinlerinin tümü benimsemiştir.⁸¹ Sözleşmenin sona erdirilmesi geleceğe ilişkin borçları sona erdirir, buna karşılık kurulmuş olan sözleşmeyi hiç kurulmamış hale getirmez. Gerek DCFR gerekse PECL açık bir şekilde sözleşmeyi sona erdirmenin “*retrospective*” bir etkisinin olmadığını ifade etmektedir.⁸² Kuşkusuz sözleşmeye dayanılarak ifa edilmiş olanlar, örne-

⁷⁸ Bkz. BK m. 202, m. 249-250, m. 360.

⁷⁹ Aynı görüşte **Magnus** (dn. 57) s. 260 (274).

⁸⁰ Burada atf 2007 basısına yapılmaktadır: **Serozan** (dn. 65) s. 530 vd.

⁸¹ DCFR m. III. – 3:509 şu ifadeye yer vermektedir: “On termination under this Section, the outstanding obligations or relevant part of the outstanding obligations of the parties under the contract come to an end. (2) Termination does not, however, affect any provision of the contract for the settlement of disputes or other provision which is to operate even after termination.”

⁸² Comment C to Art. III – 3:509 DCFR, **v. Bar/Clive** (dn. 38) s. 887; Kommentar B zu Art. 9:305 PECL, **v. Bar/Zimmermann** (dn. 37) s. 508.

ğın bir satım sözleşmesinde, iade edilecektir.⁸³ Ancak sözleşmenin sona erdirilmesi ne müspet zararın tazminine⁸⁴, ne de sözleşmede yer alan, örneğin bir tahkim kaydının veya sorumsuzluk anlaşmasının geçerli kalmasına engeldir.

Sözleşmeyi sona erdirme hakkı tek taraflı bir beyanla kullanılır. Her halükarda alacaklının, sözleşmeyi sona erdirme hakkının doğduğunu öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde ilgili beyanı yöneltmesi gerekir, aksi takdirde sözleşmeyi devam ettirmek ve diğer yaptırımlara başvurmak istediği sonucuna varılır.

Sözleşmeyi sona erdirme hakkı farklı ihtimallerde tanınmıştır. Bunlardan ilki muaccel borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ihtimalidir. Aşağıdaki başlık altında inceleneceği üzere bu ihtimalde alacaklının belirli sınırlar içinde sözleşmeyi sona erdirme imkanı olacaktır. Diğer yandan İsviçre-Türk hukukunda bir genel kural olarak var olmayan ve sadece BK m. 358'de eser sözleşmesi açısından düzenlenmiş olan,⁸⁵ "öncelenmiş borca aykırılık" hallerinde de sözleşmeyi sona erdirme imkanı hukuk uyumlaştırması metinlerinde genel olarak kabul edilmiştir (PECL m. 9:304; PICC m. 7.3.3 ve DCFR m. III. – 3:504). Buna göre herhangi bir borcun muaccel olmasından önceki bir aşamada, borçlunun vade tarihinde sözleşmeyi esaslı surette (kavram için bkz. aşağıda bb başlığı) ihlal edeceği aşikarsa alacaklı sözleşmeyi vade gününü beklemeden sona erdirebilir. Sadece bir şüphe bu yaptırımı kullanmak için yeterli değildir. Borca aykırılığın gerçekleşeceği açık olmalıdır. Örneğin BK m. 358'de de, gecikmenin eser sözleşmesini vaktinde ifa etmesine artık imkan veremeyecek derecede olması aranmış ve ihlalin aşikarlığına vurgu yapılmıştır.

Sözleşmeyi sona erdirme hakkı veren son ihtimal ise yukarıda (b) altında ele alınmış olan, borçlunun edimini gelecekte ifa etmeyeceğine

⁸³ İadenin nasıl gerçekleşeceği konusunda bkz. Art. PICC m.7.3.6, PECL m. 9:308 vd. ve DCFR m. III. – 3:510 vd. Ancak bu iade yükümlülüğünün nasıl anlaşılması gerektiği konusunda DCFR çok nettir: "These provisions are not based on any fiction that the contract and contractual relationship did not exist. They are based on the reality that they did exist and have now come to an end."

⁸⁴ Bkz. aşağıda 4 (e).

⁸⁵ Bu konuda bkz. **Serozan** (dn. 1) § 18 N. 8; **Oğuzman/Öz** (dn. 25) s. 325.

ilişkin haklı kaygıların varlığı halidir. Bu hallerde muaccel borcun borçlusuna, müeccel karşı borcun ifa edileceği konusunda teminat isteme ve bunun makul bir süre içinde verilmemesi halinde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. Burada da öncelenmiş bir borca aykırılık hali olmasına rağmen, hem alacaklının önce ifa borcu altında olması hem de teminat verilmesi halinde sözleşmeyi devam ettirme yükümlülüğünün var olması açısından yukarıdaki ihtimalden ayrılmaktadır. Teminat verildiği sürece önce ifa borcuna uyulması gerekir ve sözleşme sonlandırılmaz.

bb. Sözleşmenin sona erdirilmesi hakkının sınırları

Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal ettiği hallerde, diğer tarafın sözleşme ilişkisinden sıyrılma imkanına sahip olmasının genel bir ilke olarak kabul görmesi, sözleşme hukukuna ilişkin nispeten geç bir gelişmenin ürünüdür⁸⁶. Tarafların özerk iradeleri ile yarattıkları “*lex contractus*”u yine ancak anlaşmak suretiyle ortadan kaldıracabilecekleri; tek tarafın iradesi ile böyle bir sonucun elde edilemeyeceği düşüncesi yüzyıllar boyu hakim kalmış ve sadece bazı sınırlı hallerde sözleşme bağından tek taraflı kurtulma imkanı verilmiştir. Her ne kadar 19. yüzyıl kodifikasyonlarının hepsinde bu konuda bir anlayış farklılığı dikkati çekmekte ve sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı artık genel bir ilke olarak kabul görmekteyse de, yine de çeşitli yöntemlerle kullanılmasının sınırlandırılmasına çalışılmıştır. Nitekim bu eğilim bugüne kadar devam etmiştir. Bunun sebeplerini ana hatları ile üç başlık altında toplamak mümkündür: Halen sözleşme hukukunun en temel kurallarından biri olan *pacta sunt servanda* ilkesi kuşkusuz öncelikli sebeptir⁸⁷. Tarafların serbest iradeleri ile verdikleri sözle bağlı tutulması ve bu bağlılığın mümkün olduğu ölçüde devam ettirilmek istenmesi günümüz ekonomilerinin de üzerine kurulu olduğu bir düşüncedir. Diğer yandan sözleşmeyi sona erdirmenin, sözleşme ilişkisinin tasfiyesini gerektirmesi ve bu tür bir tasfiyenin ciddi ek maliyetler yaratabilecek olması sınırlama

⁸⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan** (dn. 65) s. 7 vd.; **Flessner**, Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung, ZEuP 1997, s. 255 (260); **Treitel**, Remedies for breach of contract – A comparative account, 1988, s. 318 vd.

⁸⁷ Bu ilke hakkında bkz. örn. **Schmidt**, Die Vertragsaufhebung durch den Warenkäufer, Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Interessenanalysen und Ausblicken auf ein mögliches europäisches Schuldvertragsrecht, 2003, s. 139 vd.

sebeplerinden bir diğeridir⁸⁸. Bu hallerde tazminat ödenmesi suretiyle sözleşmeye aykırı ifanın sonuçlarının giderilmesi tercih edilmekte; bu şekilde örn. satım sözleşmesine konu malların geri nakledilmesi engellenmek istenmektedir. Son olarak tarafların menfaatlerinin tartılması da sona erdirmeye yaptırımının kullanılmasının uygun olmadığı sonucuna götürebilmektedir. Özellikle sonuç taahhüdü içeren sözleşmelerde sözleşmeye aykırılığın giderilmesinin mümkün olması (tamirat) veya sözleşmeye aykırılığa rağmen, sözleşme konusunun alacaklı tarafından başka şekilde değerlendirilebildiği hallerde semenin tenzili suretiyle alacaklı yeterli şekilde korunmaktadır; bu hallerde sözleşmeyi sona erdirmekte ısrarcı olunmasında korunacak bir menfaat yoktur⁸⁹.

Nitekim hukuk uyumlaştırması projelerine ve yeni tarihli yasa değişikliklerine bakıldığında, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının sınırlandırılması ihtiyacına genelde üç farklı yöntem ile cevap üretilmeye çalışıldığı dikkati çekmektedir.⁹⁰ Bunlardan **ilki**, borçluya, sözleşmeye aykırılığı gidermeyi teklif etme imkanının verilmesi suretiyle sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının engellenmesidir. Her ne kadar borçlunun ifa sürecindeki bir sözleşmeye aykırılığı telafi etmek suretiyle alacaklının seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebilmesi imkanı Kara Avrupa'sı sistemlerinde sadece istisnai olarak kabul edilmişse de PECL m. 8:104, PICC m. 7.1.4 ve DCFR m. III. – 3:201-205 her sözleşme için borçluya bu "ikinci servis şansı" nı tanımaktadır.⁹¹ İsviçre-Türk hukukunda bunun bir örneğini satım sözleşmesinde bulmak mümkündür. Satıcı, çeşit borcunun yerinde satımının (*Platzkauf*) söz konusu olduğu hallerde BK m. 203, f.2 uyarınca, teslim etmiş olduğu ayıplı malı hemen ayıpsız ile değiştirmeyi ve alıcının zararını tazmin etmeyi teklif ederek alıcının diğer seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebil-

⁸⁸ Ticari satım sözleşmelerinde dönmenin ekonomik sonuçları hakkında özellikle bkz. **Schmidt** (dn. 87) 163 vd. Ayrıca bkz. **Anders** (dn.18) 77.

⁸⁹ **P. Huber**, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, Eine Studie zur Konkurrenzfrage vor dem Hintergrund der internationalen Vereinheitlichung des Vertragsrechts, 2001, s. 249; **Flessner** (dn. 86) s. 255 (264); **Treitl** (dn. 86) s. 322.

⁹⁰ **P. Huber** (dn. 89) s. 248. Alman, Fransız, İngiliz hukukları ile CISG, PICC, PECL ve AB-Satım Hukuku Yönergesinde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının hangi hallerde doğduğunu analiz eden ve bu mukayeseli verilerden, Avrupa borçlar hukuku için çıkarılabilecek sonuçları tespit eden ayrıntılı bir çalışma için bkz. **Schmidt**, *passim* ve özellikle s. 211 vd.

⁹¹ Ayrıntı için bkz. **P. Huber** (dn. 89) s. 160 vd. ve 172 vd.

mektedir⁹². Buna karşılık *common law* ülkelerinde bu ilke sözleşme hukukunun genel bir ilkesi olarak benimsenmekte (*right to cure*) ve borçluya sözleşmeye aykırı ifayı telafi etme ve bu şekilde alacaklının sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğmuş olan haklarını –gecikmeden doğan tazminat talebi hariç- kullanmasını engelleme imkanı tanınmıştır.⁹³ Nitekim hukuk uyumlaştırması metinleri de bu yaklaşımı tercih etmiştir.

İkinci yöntem, inisiyatifin alacaklıya bırakılması ve onun borçluya bir süre tanınmasının şart koşulmasıdır. Bu süre içinde sözleşmeye aykırılık giderilmezse sona erdirmeye hakkı kullanılabilir (PECL m. 9:301/8:106 (3), PICC m. 7.3.1 (3)/7.1.5 ve DCFR m. III. – 3:503). Bu noktada aslında BK m.106’ya paralel bir düzenleme vardır. Mehil tayini suretiyle ifa etmeyen borçluya son bir şans vermek ve ancak bu işe yaramazsa sözleşmenin sonlandırılması tercih edilmiştir. Ancak iki noktayı vurgulamak gerekir: i. Alacaklı sadece hiç ifa edilmemesi ihtimallerinde bu usule göre sözleşmeyi sonlandırabilir. Yani ayıplı da olsa bir kez sözleşme ifa edilmiş ise artık bu hükme göre sözleşmenin sona erdirilmesi imkanı yoktur. Bu durumda ancak aşağıda açıklanacak son yönteme göre, yani sözleşmeye aykırılığın esaslı olması ihtimaline dayanarak sözleşmeden sıyrılmak mümkündür. ii. Eğer hiç ifa edilmemesi hali başlı başına sözleşmenin esaslı ihlali sayılabilecek bir yoğunlukta ise, mesela nispi kesin vadeli bir işlem söz konusu ise bu durumda ayrıca bir mehil tayinine gerek olmaksızın sözleşme sona erdirilebilir. Bu düşünce, mehil tayinine ihtiyaç olmayan halleri düzenleyen BK m.107’de de yansımaları bulması itibariyle İsviçre-Türk hukukuna yabancı değildir.

Sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını sınırlandırmak için başvuru olan **son yöntem** ise bu hakkın kullanılmasının, sözleşme ihlalinin sonuç-

⁹² Bkz. **Yavuz** (dn.18) s. 147. Buna karşılık mesafe satımlarında bu madde uygulanmadığı gibi, malı değiştirme imkanı olmayan hallerde tamaratın teklif edilmesi suretiyle alıcının haklarının durdurulması da mümkün değildir. Bunun aşılması yönünde **Serozan**, (dn. 15) s. 148; BaslerKommentar/**Honsell** (dn. 3) Art. 206 N.1. Diğer yandan, Borçlar Kanunu’nun genel hükümleri arasında yer alan hataya ilişkin düzenlemelerde, hataya uğrayanın karşısındaki tarafa, hataya düşenin aslen akdetmek istediği sözleşmeyi ifaya hazır olduğunu bildirmek suretiyle sözleşmenin iptaline engel olma imkanının verilmiş olması da (BK m.25) aynı mantık üzerine oturmaktadır. Bu konuda bkz. **Jud** (dn. 18) s. 76 vd.

⁹³ “*Liberty/right to cure*” ilkesi hakkında ayrıntılı mukayeseli veriler için bkz. **Treitl** (dn. 86) s. 370 vd.

larının belirli bir ağırlığının olması koşuluna bağlanmasıdır. Hukuk uyumlaştırması metinleri sadece borca aykırılığın sonuçlarının “esaslı” (*fundamental/wesentlich/essentielle*) olması halinde sözleşmenin sona erdirilebilmesini kabul etmektedir (PECL m. 8:103/9:301, PICC m. 7.3.1 ve DCFR m. III. – 3:502). Yeknesak sözleşmeye aykırılık sisteminin tamamlayıcısı mahiyetinde ve büyük ölçüde yine CISG ve *common law* hukuk çevresinden devralınmış olan esaslı ihlal kıstası⁹⁴, somut olayda ihlalin türüne göre değil, ihlalin ciddiyetine göre uygulanacak sonuçları tespit etmektedir⁹⁵.

Hangi hallerde sözleşmenin esaslı ihlal edilmiş sayılacağı konusunda genelde bütün metinler CISG m.25’i takiben⁹⁶ şu formülü benimsemiştir: Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun. Buna göre borçlu öncelikle borcuna aykırı davranmış olmalı ve bu aykırılık karşı tarafı sözleşmeden edinmeyi beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakmalıdır. Dolayısıyla alacaklının sözleşmeden ne gibi bir beklentisinin olduğunun yorum yoluyla tespit edilmesi gerekir.⁹⁷ Tarafların ilgili yükümlülüğe nasıl bir önem atfetmiş oldukları, kısmen kullandıkları ifadelerden çıkarılabilecektir. Örneğin tarafların sadece muayyen bir vade mi, yoksa bunun ötesinde bir kesin vade mi saptadıkları sözleşmenin yorumu ile anlaşılır⁹⁸. Veya malın renge konusunda açık bir düzenleme yapılmış olması ve bunun öneminin

⁹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer** (dn.11) s. 292 vd.

⁹⁵ **Heilmann**, *Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht - Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Vergleich zum deutschen internen Kaufrecht und zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen*, 1994, s. 165-166.

⁹⁶ Bu madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Schlechtriem/Schroeter**, in: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht – CISG*, Schlechtriem/Schwenzer (Hrsg.), 5. Aufl., 2008, Art. 25 N.7 vd.

⁹⁷ **Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem/Schroeter** (dn. 96) Art. 25 N. 12 vd.

⁹⁸ CISG sisteminde BK m.187 ile mukayese edilecek bir düzenleme yoktur. Yani ticari bir satım sözleşmesi olmak itibarıyla her halde taraflar arasında bir kesin vade kararlaştırılmış olduğu farz edilmez. Hakim her somut olayda, kararlaştırılan vadeye uymanın taraflar açısından ne kadar önem taşıdığını saptamak zorundadır.

vurgulanmış olması durumunda da, tarafların, bu hususa özellikle önem verdiği sözleşmeden çıkarsanabilir. Bu durumlarda geç ifa edilmesi ve farklı bir renk mal teslim edilmesi sözleşmenin esaslı ihlali olarak nitelendirilir⁹⁹. Oysa sözleşmede özel bir düzenleme olmaması halinde anılan bu iki olasılıkta da ihlalin esaslı olmadığı kabul edilmek gerekecekti. Hangi ihlallerin esaslı olduğunun saptanmasında borca aykırı davranan tarafın bu ihlalin etkilerini öngörmesinin mümkün olup olmadığı da önem taşır. Bunun temelinde yatan düşünce açıktır. Borçlu ancak sözleşmenin kurulması anında hesaba katabileceği riskleri üstlenmiş sayılır. Dolayısıyla borca aykırı davranışının olası sonuçları olarak karşı tarafın kendisine aktarmadığı veya hal ve şartlardan anlaşılamayacak sonuçların faturasının ona çıkarılması doğru olmayacaktır. Bu gibi durumlarda alacaklı sözleşmeyi sona erdiremeyecek ve diğer yaptırımlardan birine başvurmak zorunda kalacaktır.

Bir borca aykırılığın her halde esaslı sayılacağı iki durum vardır: bunlar, borçlunun sözleşmeyi kasten ihlal etmesi ve borca aykırılık sebebiyle alacaklının borçluya olan güveninin sarsılması ihtimalleridir. Bu durumda ayrıca borca aykırılığın sonuçlarına ilişkin özel bir araştırmaya girilmeksizin esaslı ihlalin varlığı kabul edilir.

Sonuç olarak hukuk uyumlaştırması metinlerinin tümü sözleşmenin sona erdirilmesi hakkını sınırlandırmak için üç sistemi kombine etmiştir.¹⁰⁰ Bazı hallerde sona erdirme hakkı sözleşmenin esaslı ihlaline,

⁹⁹ PECL Art. 8:103'ün şerhinde verilmiş olan eser sözleşmesine ilişkin bir örnek de bu noktada aydınlatıcıdır: Müteahhidin, müşterisinin şarap mahzenindeki değerli şaraplar için ısıyı sürekli olarak sabit tutmak üzere bir sistem kurmayı yükümlenmesi, ancak sistemin gereği gibi çalışmaması nedeniyle bütün şarapların bozulması halinde bunun esaslı bir ihlal olduğu açıktır. Buna karşılık aynı müşterinin evinin ısı sistemini yaptırması ve bu sistemin, ısıyı, evin her tarafında 20 derecede sabit tutacağı konusunda anlaşılması halinde, kalorifer borularındaki küçük bir arıza nedeniyle ısının bir süre artması esaslı bir ihlal teşkil etmez. Müşterinin evinin bir odasında yetiştirdiği az bulunur çiçeklerin bundan zarar görmüş olması da bu ihlali esaslı hale getirmez. Zira taraflar ne sözleşmede ne de sözleşme görüşmelerinde, ısının sabit tutulmasının önemine ilişkin olarak herhangi bir husus görüşmemiştir. Müteahhidin veya onun yerindeki makul birinin böyle bir sonucun doğacağını öngörme imkanı yoktur (bkz. v. **Bar/Zimmermann** (dn. 37) PECL Art. 8:103, s. 440-441).

¹⁰⁰ İsviçre-Türk hukukunda dönme hakkını sınırlandırmak için geliştirilmiş olan çözümlere bakıldığında, BK m. 106'da, temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme için kural olarak

bazı hallerde ise süre tanınmasına bağlanmıştır. Bunun yanı sıra borçluya sözleşmeye aykırılığı gidermek suretiyle alacaklının seçimlik haklarını kullanmasını engelleme hakkı da verilmiştir.

e. Tazminat talebi ve sınırları

Borcun ifa edilmediği ihtimallerde alacaklı yukarıda anılan seçimlik haklarından birinin yanı sıra veya bunlardan bağımsız olarak her zaman uğramış olduğu zararın tazminini de talep edebilir (PECL m. 9:501 vd., PICC m. 7.4.1 vd. ve DCFR m. III. – 3:701 vd.). Bütün metinlerde taz-

mehil tayini gereğinin aranması suretiyle, bu sistemlerden ikincisinin benimsenmiş olduğu görülmektedir (Ayrıntı için bkz. **Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, 1998, s. 106 vd.). Buna karşılık BK m.360'da iş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi ve BK m.249'da kiracının, ifa sürecine girmemiş kira sözleşmesinden dönmesi sözleşme ihlalinin "ehemmiyetli" olması koşuluna bağlanmak suretiyle üçüncü sistem benimsenmiştir. BK m.250 ise, ifa sürecindeki kira sözleşmesinde ehemmiyetli bir sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkması durumunda önce kiraya verene ayıbı gidermesi için bir süre tanınması şartını aramak suretiyle iki ve üçüncü sistemi kombine etmiştir (Ayrıntı için bkz. **Serozan** (dn. 65) s. 302 vd.). Buna karşılık satım sözleşmesinde dönme hakkını sınırlandırmak için getirilmiş olan düzenlemeye bakıldığında (BK m.202) garip bir karma ile karşılaşmaktadır. Bir yandan sözleşmeden dönme herhangi bir önkoşula (süre, esaslılık gibi) bağlanmazken, diğer yandan hakime bu hakkın kullanılması konusunda bir takdir hakkı verilmiştir. Buna göre hakim "hal icabı satımın feshini muhik göstermiyorsa" dönme yerine semenin tenziline hükmedebilir. **Bucher/Buz** haklı olarak bu hükmün Borçlar Kanunu'ndan çıkarılmasını ve doğrudan dönme hakkının kullanılmasının, sözleşme ihlalinin esaslı olması şartına bağlanmasını teklif etmektedir (**Bucher/Buz**, Mağdur Edilen Alıcı – Türk/İsviçre Borçlar Kanunu'nun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art.201 OR; BK m.198), BK m.202/II (Art.205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları, Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, 2004, s. 145 (175)). Ancak ne yazık ki Borçlar Kanunu Tasarısında bu konuda bir değişiklik yapılması ihtiyacı hissedilmemiş; hakime bu takdir hakkı yine tanınmış, üstüne üstelik semenin indirilmesi yerine tamirata hükmetmesine de imkan tanınmıştır, buna karşılık malın ayıpsız ile değiştirilmesi olasılığı ise anılmamıştır; yani anlaşıldığı kadarıyla hakim buna hükmedemeyecektir. Oysa sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkesi ile bunu bağdaştırmak mümkün değildir. Doğrudan dönme hakkının kullanılmasını bir önkoşula bağlamak ve bunun var olmaması halinde dönme hakkının kullanılamayacağına hükmetmek doğrudur; dönme hakkını sınırlandırmak açısından gereklidir. Ancak bu hakkın kullanılmadığı hallerde en azından diğer seçimlik haklarından hangilerini kullanacağına alıcı yine tek başına karar verebilmelidir. Bu konuda neden seçim hakkının birden hakime geçtiğini ve yenisi ile değiştirmeye ilişkin hakkın tamamen düştüğünü anlamak mümkün değildir. Bkz. **Atamer** (dn. 16) s. 8 (32)

minatın işlevi denkleştirmektir (Ausgleichsfunktion). Yani alacaklının, borçlunun sözleşmeye uygun hareket etmiş olsaydı içinde bulunacağı malvarlığı durumuna sokulması amaçlanmaktadır. Alacaklının uğramış olduğu zarar tamamı ile tazmin edilecektir, tam tazmin (*Totalreparation/ full compensation/ réparation integrale*) ilkesi geçerlidir. PECL m. 9:502, PICC m. 7.4.2 ve DCFR m. III. – 3:702 uyarınca bu hem fiili zararı hem de yoksun kalınan kârı kapsar. Dolayısıyla mukayese edilecek olan alacaklının halihazırdaki malvarlığı ile borca aykırı davranılmasaydı sahip olacağı varsayımsal malvarlığıdır. Amaç, ifa menfaatinin esas alınması suretiyle “müspet” zararın tazminidir.

Ancak metinlerde müspet zarar kavramı kullanılmadığı gibi menfi zarar kavramına da rastlanmamaktadır. Nitekim alacaklı, sözleşmeyi sonlandırmış olsa bile müspet zararının tazminini isteyebileceği için, bu zarar kategorilerine metinlerde yer verilmesine ihtiyaç duyulmamıştır. PECL, PICC ve DCFR sözleşmenin sonlandırılması halinde sadece menfi zararın tazmin ettirilebileceği gibi bir mantık yürütmemektedir. Aksine, kural, sözleşmenin sona ermesine rağmen müspet zararın tazmin ettirilmesidir. Nitekim PECL m. 9:506/507, PICC m. 7.4.5/7.4.6 ve DCFR m. III. – 3:706/3:707 zararın hesaplanması yöntemleri olarak, ikame bir sözleşme yapılması halinde aradaki farkın (somut yöntem) veya rayiç bedel olması halinde ikame işlem yapılmasına gerek olmaksızın rayiç bedel ile sözleşme bedeli arasındaki farkın (soyut yöntem) ancak sözleşmenin sona erdirilmesi halinde istenebileceği mantığı ile hareket eder.¹⁰¹ İlgili metinler ifa etmeyen borçlu karşısında sözleşmenin ayakta tutulacağını değil, sözleşmenin sonlandırılacağını varsaymıştır¹⁰². Kuşkusuz bu tespit, yıllardır tartışılan ve İsviçre-Türk borçlar hukukunun en klasik ayırımlarından biri kabul edilen “dönme+menfi zarar” ve “ifa yerine müspet zarar” ikilisinin ne kadar göreceli olduğunu ve Serozan’ın nasıl bir kez

¹⁰¹ Bütün hukuk uyumlaştırılması metinleri somut veya soyut yönetime göre zararın saptanması düşüncesini genelleştirmiş ve bünyesine uyduğu ölçüde her sözleşmede zararın hesaplanması yöntemi olarak uygulanmasını öngörmüştür.

¹⁰² Yani BK m. 187, f.1’de ticari satımlar için benimsenmiş olan ‘temerrüt halinde alıcı ifa yerine müspet zarar opsiyonunu seçer’ düşüncesi yoktur. Aksine, satıcı ifa etmezse mantıklı olan alıcı sözleşmeden döner düşüncesi hakimdir bu sistemde.

daha haklı çıktığını göstermektedir.¹⁰³ Bu metinleri kaleme alanlar, aynı CISG'ı kaleme alanlar gibi, ifa yerine müspet zarar opsiyonunu tanıma gereği duymamışlardır.

Fakat alacaklının sözleşmeyi sona erdirdiği hallerde dilerse menfi zararını tazmin ettirmeyi tercih edebileceği kabul edilmek gerekir. Her ne kadar ilgili metinlerde buna ilişkin olarak bir açıklık yoksa da alacaklının zararın hesaplanmasına ilişkin bu seçimlik hakkını elinden almayı gerektirecek bir sebep yoktur. Bu hallerde alacaklı, sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine güvenmiş olmasından doğan zararı isteyecektir (*Vertrauensinteresse/ reliance interest*¹⁰⁴). Yani bu sefer mukayese, sözleşmenin hiç kurulmamış olması halinde alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı fiktif durum ile, halihazırda içinde bulunduğu durum arasında olacaktır. Kuşkusuz menfi zarar ile müspet zararın birlikte tazmin ettirilmesi imkanı yoktur.

Sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararın, başvurmuş olduğu diğer hukuki imkanlar nedeniyle (semenin indirilmesi gibi) ortadan kalkmış veya azalmış olması halinde tazminat borcu da ya ortadan kalkacak ya da o oranda azalacaktır. Eğer öncelenmiş bir sözleşme ihlali söz konusu ise, alacaklının tazminat talebi, sözleşmenin sona erdirilmiş olmasına bağlıdır. Sözleşme ayakta tutulduğu sürece bir zararın doğduğu kabul edilemeyecektir. Bu durumda vadeye kadar beklemek gerekir. Eğer vadede sözleşme ihlali hâla devam ediyorsa bu anda zarar oluşur.

Dikkat edilmesi gereken bir husus, BK m. 43/44 benzeri, hakime, tazminatın miktarının saptanmasında bir takdir hakkı veren hükümlere hukuk uyumlaştırılması metinlerinde yer verilmemiş olduğudur. Oysa yukarıda açıklandığı üzere garanti sorumluluğunun esas olduğu bir sistemde tazminat miktarının sınırlandırılmasının büyük önem taşıyacağı açıktır. Hukuk uyumlaştırması metinleri bu konuda yine CISG'ı takip

¹⁰³ **Serozan** 1975'de sözleşmeden dönme ile birlikte müspet zararın tazmini imkanının var olması gerektiğini son derece tutarlı gerekçeler ile ortaya koymuştu. Bkz. **Serozan** (dn. 65) s. 582 vd.

¹⁰⁴ *Common law* sisteminde zarar kalemleri için bkz. **Treitel** (dn. 86) s. 82 vd.

etmiş ve orada m. 74'de düzenlenmiş olan öngörülebilirlik kriterini¹⁰⁵ esas almıştır (PECL m. 9:503, PICC m. 7.4.4, DCFR m. III. – 3:703). Buna göre tazminat yükümlülüğü sözleşmeyi ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz. Demek ki sorumluluk, öngörülebilir zararlarla sınırlı bir sorumluluktur.

Öngörülebilirlik kuralı (*contemplation-rule*) aslında kusursuz sorumluluk ilkesinin tamamlayıcısıdır.¹⁰⁶ Madem borçlu prensipte her sözleşme ihlalden sorumlu tutulmaktadır, bu durumda sadece sözleşmeyi akdederken öngörebileceği ve hesaba katabileceği zararlar için sorumlu olması mantıklıdır. Ancak öngörülebilirlik araştırması, borçlunun sözleşme ihlalden sorumlu tutulduğu tespit edildikten sonra yapılır. Yani söz konusu olan sorumluluğun kurulması aşamasına ilişkin değil; sorumluluğun sınırlandırılması aşamasına ilişkin bir kriterdir. Yukarıda açıklandığı üzere¹⁰⁷ borçlu, mücbir sebep sayılabilecek bir olgu nedeniyle sözleşmeyi ifa edememişse sorumlu olmaz; yani hiç tazminat ödemez. Bu durumda sorumluluğun sınırlandırılması tartışması da doğmayacaktır. Buna karşılık borçlu böyle bir kurtuluş kanıtı getiremediği için tazminat ödemek zorunda kalıyorsa, en azından öngörülebilirlik sınırlaması sayesinde tazminat miktarının indirilmesi imkanı olmaktadır.

Bu kriterin temelinde yatan mantık (sözleşmeyi sona erdirmek için esaslı ihlalin aranmasında olduğu gibi) tarafların, sözleşme akdederken belirli rizikoları göze aldıkları ve bunları hesaba katarak sözleşmedeki edim/karşı edim dengesini oluşturduklarıdır; taraflar sözleşmeyi ihlal

¹⁰⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer** (dn.11) s. 440 vd.; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer** (dn. 96) Art. 74 CISG N. 18 vd.

¹⁰⁶ Bu kuralın mukayeseli hukuktaki yeri hakkında bkz. **Atamer** (dn.11) s. 442 vd. İlginçtir ki 1881 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu bile, ifa etmemenin sonuçları bahsinde tazmin edilecek olan zararın miktarını m. 116'da şu şekilde tanımlamıştır: “Tazmin yükümlüsü borçlu, sözleşmenin akdedilmesi sırasında ifa etmemenin veya gereği gibi ifa etmemenin doğrudan sonuçları olarak öngörebileceği zararlardan sorumludur.” Ancak 1911 yılında yürürlüğe giren gözden geçirilmiş Borçlar Kanunu'nda bu düzenleme yerine sadece, hakime tazminatın miktarını tayin hakkı veren m. 43 ve ona atıf yapan BK m. 98, f. 2'ye yer verilmiştir.

¹⁰⁷ Yukarıda IV 3.

etmeleri halinde kendilerini ne beklediğini bilerek akdi bir ilişkiye girerler. Buna karşılık bazı ihlallerin karşı âkidin bilemeyeceği ciddi sonuçlar doğurması ihtimali varsa, bu bilgiyi ona aktarmak sorumluluğu bu olasılıktan haberdar olana aittir. Eğer bunu yapmamışsa, sözleşmeyi ihlal eden tarafı bu zararlardan sorumlu tutması da mümkün olmamalıdır¹⁰⁸. Zira bu ek rizikoları öğrenen karşı akit, belki sözleşmeyi yapmaktan vazgeçecek, belki sözleşmeye bir sorumsuzluk kaydı ekleyecek veya bir sigorta sözleşmesi akdedecektir. Eğer haberdar edilmemiş ve öngörmesi de mümkün değilse bu rizikolar hiç sözleşmenin düzenleme alanına girmemiş kabul edilir¹⁰⁹. Tarafların, risklerin aralarında paylaşılması konusundaki niyetleri sözleşme hükümlerinde ifadesini bulur. Dolayısıyla hangi zararların tazmin edileceği konusunda karar verirken hakimin sözleşmeye bakması gerekir¹¹⁰. İhlal edilen sözleşme yükümlülüğünün korumak istediği menfaat hangisi ise sorumluluk da sadece bu menfaatin zedelenmesi halinde söz konusu olacaktır¹¹¹.

Kural olarak bu değerlendirmede borçlunun kusuru hiçbir önem taşımaz. Onun, sözleşme ihlalini kasten veya ihmali olarak gerçekleştirmiş olması değerlendirmemize etki etmeyecektir. Öngörülebilirlik, sözleşme ihlaline ilişkin değil, bunun sonuçlarına ilişkin olarak aranmaktadır. Sözleşme ihlalinin engellenebilir olup olmadığı sorusu; hatta borçlunun bilinçli olarak sözleşmeyi ihlal etmiş olup olmadığı araştırılmaz¹¹². Kasti bir söz-

¹⁰⁸ **Druey**, Der Schutzzweck des Vertrags als Mittel zur Haftungsbegrenzung, 2004, s. 51.

¹⁰⁹ Öngörülebilirlik ilkesi aynı zamanda taraflar arasındaki bilgi akışını teşvik eden ve olası risklerin sonuçlarının taraflar arasında en doğru şekilde paylaşılmasına yarayan bir düzenlemedir. Bu ilkenin hukukun ekonomik analizi metodu uyarınca ayrıntılı bir incelemesi için bkz. **Faust**, Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art.74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG), 1996, s. 205 vd.; **Posner**, Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation, in: Encyclopedia of Law and Economics, 1999, N.4620 (<<http://encyclo.findlaw.com>>).

¹¹⁰ Sorunun büyük ölçüde bir yorum sorunu olduğu konusunda bkz. **Druey** (dn.108) s. 67.

¹¹¹ **Schlechtriem**, Schadenersatz und Schadensbegriff, ZEuP 1997, s. 232 (248).

¹¹² CISG açısından bkz. **Faust** (dn.109) s. 123 vd 324; **Thüsing**, Wertende Schadensberechnung, 2001, s. 317; **P. Huber**, Art. 74 CISG N. 27 in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 3, 5. Aufl., 2008; **Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer** (dn.96) Art. 74 N. 45. Avusturya Yüksek Mahkemesinin verdiği bir kararda ifade ettiği gibi “Sözleşme ihlalinin öngörülebilirliği veya ihlale ilişkin bir kusurun var olup olmadığı önem taşımaz. CISG m.74'deki öngörülebilirlik sadece, yükümlülük ihlalinin sonucu olarak, sözleşme-

leşme ihlali olsa dahi, sorumluluk yine de öngörülebilirlik kuralı uyarınca sınırlandırılmak gerekir¹¹³. Nitekim öngörülebilirlik, sözleşmenin akdi anı esas alınarak tayin edilir. Oysa borçlunun kusurlu olup olmadığı değerlendirilmesi özen yükümlülüğünün ihlal edildiği ana göre saptanır. Ancak buna rağmen hukuk uyumlaştırması metinlerinde bu konuda bir farklılık görmek mümkündür. CISG ve PICC öngörülebilirlik sorununu kusurdan tamamen ayırmak suretiyle kasten sözleşmeyi ihlal edenin bile bu ilkedan faydalanmasına olanak tanırken, PECL ve DCFR kasıt ve ağır ihmal hallerinde öngörülebilirlik ilkesinin uygulanmasını dışlarlar (PECL m. 9:503, DCFR m. III. – 3:703). Bu yaklaşım ikna edici değildir, zira sözleşmeyi kasten ihlal eden taraf bunu yaparken sık sık ekonomik bir güdü ile hareket etmekte ve ihlalinin öngörülebilir sonuçlarını hesaplayarak sözleşmeyi ifa etmeyi veya ihlal etmeyi tercih etmektedir. Bu tercihinin hiçbir şekilde öngörülmesinin mümkün olmadığı olağanüstü bir zarardan sadece kasten sözleşmeyi ihlal ettiği için sorumlu tutulması aslında etik düşüncelerin sözleşme hukukuna dahil edildiği anlamına gelir. Bunu yapmayan CISG ve PICC'nin çözümleri bu açıdan üstün tutulmalıdır.

f. Faiz talebi ve sınırları

Alacaklının sözleşme ihlali halinde talep edebileceği bir diğer şey faizdir (PECL m. 9:508, PICC m. 7.4.9, DCFR m. III. – 3:708). Faiz borcu herhangi bir para borcunun vaktinde ödenmemesi halinde doğar. Bu asli para borcu olabileceği gibi (semen), ödenmemiş bir tazminat veya masraf

nin kurulması anında tahmin edilebilecek zarara ilişkindir.” OGH 14.01.2002, CISG-Online N.643 (www.globalsaleslaw.org). Bir Alman mahkemesinin henüz ULIS döneminde verdiği bir kararında bu konuda nasıl hataya düşüldüğü görülmektedir. Olayda satıcının teslim etmiş olduğu elmaların birkaç gün depolanmasından sonra kabuklarının karardığı anlaşılmıştır. Bir ayıp teşkil eden bu durum nedeniyle alıcı tazminat istemiştir. Mahkeme bu ayıbın gizli olması nedeniyle satıcı tarafından öngörülemeyeceğine hükmetmiştir (LG Duisburg, 16.7.1976, RIW 1977, 424). Oysa soruna çok farklı bir noktadan yaklaşılması gerekirdi. Satıcının teslim ettiği mal tartışmasız ayıplıdır. Bu ayıbın malda bir değer düşüklüğüne sebep olacağı ve bu açıdan alıcının da bir tazminat talebinin doğacağı tamamıyla öngörülebilir bir sonuçtur. Hakimin değerlendirmesinin kusura ilişkin olmadığı hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir.

¹¹³ **Thüsing** (dn.112) s. 317; **Druey** (dn.108) s. 45. Öngörülebilirlik ile kusur arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı mukayeseli bilgi için bkz. **Faust** (dn. 109) s. 117-123; **Druey** (dn.108) 88 vd.

da olabilir. Üç düzenleme de faiz ile telafi edilemeyen munzam zararların da tazmini imkanını vermiştir. Faiz talebi aynı İsviçre-Türk hukukunda olduğu gibi kusurdan bağımsız olarak talep edilebilir. Ancak hukuk uyumlaştırılması metinleri zaten garanti sorumluluğunu kabul etmiş oldukları için bu özel bir durum değildir. Bu bağlamda asıl sorgulanması gereken, mücbir sebep teşkil edecek bir sebeple para borcunun ifa edilemediği hallerde faiz talebinin düşüp düşmeyeceğidir. Örneğin çıkan savaş nedeniyle banka havalelerinin yapılamaması durumunda faiz işleyecek midir? Bu konuda PICC ve DCFR açık bir şekilde olumlu yanıt vermektedir. Borçlu her halükarda faiz ödemek zorundadır, zira ifası mücbir sebep sonucu engellenmiş olduğu süre içinde o parayı gelir getirici şekilde değerlendirme imkanı mevcuttur, dolayısıyla bu kazancı para alacaklısına aktarması gerekir. Her ne kadar açık bir düzenleme içermese de PECL açısından da aynı yaklaşımı kabul etmek uygun düşmektedir.¹¹⁴

Buna karşılık munzam zarar açısından değer yargımız farklı olacak ve mücbir sebep nedeniyle para borcunun ifa edilemediği hallerde bu zararın tazmininin talep edilemeyeceği kabul edilecektir. Zira faiz, borçlunun elinde gereğinden uzun süreyle kalan paranın semerelerinin alacaklıya aktarılması düşüncesine dayanırken, munzam zarar, alacaklının malvarlığında meydana gelen azalmayı telafi etmeye hizmet eder. Bu zararı tazmin yükümünden ise borçlunun mücbir sebep halinde kurtulması gerekir. Her ne kadar hukuk uyumlaştırılması metinlerinde bu açıkça ifade edilmemişse de eşitlik düşüncesi bunu gerektirir.

g. İşlem temeliniin çökmesi halinde tarafların hakları

Hukuk uyumlaştırması metinlerinin tümü işlem temeliniin çökmesi (*Change of circumstances-Hardship/Veränderte Umstände/Changement de Circonstances*) olgusunu ve bu durumlarda uygulanacak yaptırımları genel borca aykırılık olgusundan ve yaptırımlarından ayırmayı tercih etmiştir. İşlem temeliniin çökmesine ilişkin PICC m. 6.2.1 vd. hükümleri “borcun

¹¹⁴ Nitekim CISG m. 78 de bu şekilde yorumlanmaktadır, bkz. **Kröll/Mistelis/Viscasilas/Atamer** (dn. 53) Art. 79 CISG, para II, 1.2.5. Soruna yanlıı yaklaşan bir karar için bkz. *Arbitral Award*, Hungarian Chamber of Commerce and Industry Arbitration, 10 December 1996 (caviar), CISG-Online 774 (www.globalsaleslaw.org).

ifası” bölümünün, PECL m. 6:111 “sözleşmenin içeriği ve etkileri” bölümünün, DCFR m. III. – 1:110 ise “borçlar ve onlara tekabül eden haklar” bölümünün bir alt başlığıdır. Burada ilgili hükümlerin düzenleme konusu ve içeriğine ilişkin bilgi verilmesi amaçlanmamaktadır.¹¹⁵ Üzerinde durulmak istenen nokta sadece maddelerin sistematik yeri ve bunun arkasında yatan mantıktır. Üç metinde de sorun daha çok sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sorunu olarak algılanmış; sözleşmenin ifasına devam edileceği düşüncesi ile de ifa engelleri bahsinde konuya yer verilmemiştir. Bunun ne kadar haklı bir tercih olduğu tartışılabilir. Zira semenin tenzili de sonuçta sözleşmenin uyarlanmasından başka bir şey değildir. Bu ihtimalde de sözleşme değişen şartlara (ayıplı ifa) adapte edilmekte ve semen indirilmektedir. Bu açıdan ifa sürecini etkileyen bütün olguların bir arada düzenlenmesi tercihinin burada da sadık kalmak ve işlem temelinin çöktüğü hallere de ifa engelleri bahsinde yer vermek daha doğru gözükmektedir. Uyarlama ile semenin tenzili paralel düzenlenebilir, uyarlamanın mümkün olmadığı hallerde de sözleşmenin sona erdirilmesi ihtimali diğer sözleşmenin sona erdirilmesi halleri ile birlikte ele alınabilirdi.

V. Sonuç

Sonuç olarak, tek bir borca aykırılık kavramı ve borca aykırılık halinde uygulanabilecek farklı yaptırımları ön plana alarak ifa engelleri hukukunu çok daha anlaşılır ve ikna edici bir şekilde düzenlemek ve sistematize etmek imkanı mevcuttur. Özel sözleşme türlerine ilişkin düzenlemelerde tutarlı bir şekilde bu hükümlere atıf yapılması sayesinde borçlar genel ve borçlar özel hukuku alanında var olan uyumsuzluklar da giderilebilecektir. Bu açıdan bir örnek teşkil eden hukuk uyumlaştırması metinlerinin vardığı nokta kuşkusuz ideal olan nokta olmaktan halen uzaktır ve geliştirilmeye açıktır. Ancak bu metinler sayesinde en azından tabular kırılmış ve yüz yıllardır değişmez olarak algılanan bir dizi kavram ve kurum sorgulanmaya başlanmıştır. Tutarsız ayırımlar, tekrarlar, çelişen

¹¹⁵ Bu konuda örneğin bkz. **Baysal**, Sözleşmenin Uyarlanması, 2009, s. 66 vd.; **Brunner**, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles, Exemption for Non-Performance in International Arbitration (2009), s. 391 vd.; **Vogenaer/Kleinheisterkamp/McKendrick** (dn. 34) Art. 6.2.2 N. 2 vd.; **Fischer** (dn. 56) s. 90 vd.

yaptırımlar, tarihsel tesadüfler bir kenara atılmış ve ifa engelleri hukuku alanında *tabula rasa* yapma cesareti gösterilmiştir.

Bu cesaretin gösterilebilmesinde en önemli itici güç kanımca mukayeseli hukuk araştırmaları olmuştur. İlk defa 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) hazırlanması sürecinde yürütülen, *common law* ve *civil law* sözleşme hukuku sistemlerini kaynaştırmayı hedef alan çalışmalar sayesinde, bu sistemler arasındaki farklılıkların hiç de uzlaşmaz nitelikte olmadığı, hatta sık sık sonuçlarda birbirine çok yakın olduğu, olmadıkları yerlerde ise birbirlerinden öğrenecek çok şeyleri olduğu anlaşılmıştır. Bir yanda CISG'in başarısının verdiği ivme, diğer yanda Avrupa Birliği için ortak bir borçlar kanunu yazma düşüncesi sınırların yıkılmasını ve ulusal kanunların kalıplarının aşılmasını beraberinde getirmiştir.

Jhering'in "... hukuk bilimi, ülkelerin hukuku düzeyine indirgenmiş; hukukta, bilimsel sınırlar ile siyasi sınırlar örtüşmeye başlamıştır. Bir bilim dalı için ne kadar da aşağılayıcı, layık olunmayan bir durum!" şeklinde 1924 yılında ifade ettiği kaygı¹¹⁶ 20. yüzyılın sonlarına doğru aşılmaya başlanmıştır. Nitekim yazar aynı çalışmasında bunun yolunu aslında o tarihte göstermiştir: "Mukayeseli hukuk araştırmaları sayesinde bu sınırları aşmak, uzun yıllar sahip olduğu evrensel karakterini yeniden kazanmak ve sonsuza kadar muhafaza etmek bu bilim dalının elindedir. Bu sayede metodu daha farklı, bakış açısı daha geniş, değer yargısı daha olgun, konuya yaklaşımı daha özgür olacak ve görünüşte bir kayıp sanılan, uygulamada bir kazanım olarak kendisini gösterecektir; hukuk bilimi, bilimin daha üst bir mertebesine erişecektir." Yazarın tespit ettiği gibi, mukayeseli hukuk çalışmalarının en önemli getirilerinden biri hukuk düzenlerinin rekabetini sağlamasıdır. Uygulaması kolay, anlaşılabilir ve hukuk güvenliği isterlerine cevap veren sistem bu rekabet ortamında kazanan sistem olacaktır.

Bilimsel eserlerinde her zaman Jhering'in bahsettiği dar ulusal sınırları aşarak evrensele yönelme cesaretini göstermiş ve bu anlamda hukukun bir bilim olarak icra edilebileceğini ortaya koymuş, çok sık döneminin ve dönemdaşlarının ilerisinde bir öngörüye sahip olmuş, doğru

¹¹⁶ **Jhering**, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1. Teil^{7/8}, 1924, s. 15.

bildikleri için sonuna kadar mücadele etmiş *Rona Serozan* hocama ithaf edilen bir kitapta bu çalışmayı yayınlamak benim için ayrı bir zevktir. Zira hukuk uyumlaştırması metinlerinde üzerinde mutabakata varılmış olan bir çok noktada *Serozan*'ın 35-40 yıl önce yapmış olduğu tespitlere tamamen paralel çözümlerin tercih edilmiş olduğunu görmek, bu tür meziyetlere sahip bilim insanlarına ne kadar büyük bir ihtiyaç olduğunu göstergesidir.

Kendisinin yanında çalışma ve feyzalma fırsatını bulabildiğim her gün için kendimi mutlu addediyorum. Teşekkür ederim hocam ...