

İVAZLI ALACAĞIN DEVRİNDE SÖZLEŞMEDEN DÖNME VE BUNA BAĞLI SONUÇLARIN TÜRK HUKUKU VE İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU GENEL TASARISI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

RECISSION OF A CONTRACT AT ONEROUS ASSIGNMENT OF CLAIM AND REVIEW OF THE CONSEQUENCES IN THE FRAMEWORK OF TURKISH LAW AND GENERAL DRAFT OF SWISS CODE OF OBLIGATIONS

Güray TÜRKER*  [10.21492/inuhfd.1103412](https://doi.org/10.21492/inuhfd.1103412) 

Makale Bilgi

Gönderi: 14/04/2022
Kabul : 08/08/2022

Anahtar Kelimeler

*Alacağın Devri,
Borca Aykırılık,
Sözleşmeden Dönme,
OR 2020.*

Article Info

Received: 14/04/2022
Accepted: 08/08/2022

Keywords

*Assignment of Claim,
Violation of
Obligation,
Recission of Contract,
OR 2020.*

Özet

Alacağın bir verme, yapma veya yapmama edimi karşılığı devri günümüzde sıkça kullanılan bir hukukî kurumdur. Türk Borçlar Kanunu alacağın devrinde borca aykırılığa ilişkin özel düzenleme olarak sadece devredenın garanti sorumluluğunu düzenlemektedir. Kanun alacak hakkını devralanın borca aykırı davranışına bağlı olarak herhangi bir özel düzenleme getirmemektedir. Bu sebeple, ivazlı alacağın devrinde karşı edim borçlusu devralanın borca aykırılığa neden olması durumunda genel hükümlerin uygulanmasına bağlı olarak devreden sözleşmeden dönme seçicilik hakkını kullanabilir. Alacağın devri sözleşmesinden dönülmesi hâlinde dönmenin, alacağın devri sözleşmesine etkisinin ne şekilde gerçekleşeceği ve devredilmiş alacağın, alacak hakkını devredene tekrar nasıl döneceği sorusu ortaya çıkar. Bunun yanında, sözleşmeden dönme neticesinde devredenın talep edebileceği zararın hukukî niteliğinin de irdelenmesi gerekir. Bu bağlamda, çalışmamızda öncelikle bu konu incelenmiştir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun mehzazı İsviçre Borçlar Kanunu'nda benimsenen borca aykırılık sisteminin ihtiyaçlara tam olarak cevap verememesi düşüncesiyle borca aykırılık sistemine yeni yaklaşımlar getirilmektedir. Bu kapsamda düzenlenen İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı (OR 2020) hükümlerinin, yürürlükteki düzenlemelerle karşılaştırmalı olarak ivazlı alacağın devri sözleşmesine etkisinin incelenmesi uygulamadaki sorunlara ışık tutacaktır.

Abstract

The assignment of a claim in return for an act of giving, doing or not doing is a frequently used legal institution today. The Turkish Code of Obligations regulates only the guarantee liability of the assignor as a special regulation regarding the violation of obligation in the assignment of claim. The Code doesn't regulate any special regulation regarding assignee's breach of debt in assignment of claim. As a consequence of that, at onerous assignment of a claim, the assignor may use optional right to recission of the contract, subject to the application of the general provisions, in case the assignee causes violation of obligation. In case of withdrawal from the assignment of claim, the question arises as to how the reversal will affect the assignment of claim and how the transferred claim will return to assignor. In addition to that, the legal nature of the damage that the assignor may claim as a result of rescinding the contract should also be examined. In this context, first of all, this subject was examined in our study. On the other hand, new approaches are being brought to the breach of debt system, with the thought that breach of debt system adopted in the Swiss Code of Obligations, which is basis of the Turkish Code of Obligations, cannot fully meet the needs. Examining the effects of the provisions of the General Draft of the Swiss Code of Obligations (OR 2020) regulated in this context on the contract for the assignment of claim, in comparison with the regulations in force, will shed light on the problems in practice.

 Bu eser [Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/) ile lisanslanmıştır.

* Av., İstanbul 1 No'lu Barosu, Maltepe Üniversitesi, LEE, Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

Atıf Şekli | Cite As: TÜRKER Güray, "İvazlı Alacağın Devrinde Sözleşmeden Dönme ve Buna Bağlı Sonuçların Türk Hukuku ve İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", İnÜHFD, 13(2), 2022, s.306-322.

İntihal | Plagiarism: Bu çalışma intihal programında kontrol edilmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been controlled via a plagiarism software and reviewed by at least two blind referees.

EXTENDED SUMMARY

The assignment of a claim in return for an act of giving, doing or not doing is a frequently used legal institution today. The Turkish Code of Obligations regulates only the guarantee liability of the assignor as a special regulation regarding the violation of obligation in the assignment of claim. The Code doesn't regulate any special regulation regarding assignee's breach of debt in assignment of claim. As a consequence of that, at onerous assignment of a claim, the assignor may use optional right to rescission of the contract, subject to the application of the general provisions, in case the assignee causes violation of obligation. In case of withdrawal from the assignment of claim, the question arises as to how the reversal will affect the assignment of claim and how the transferred claim will return to assignor. In addition to that, the legal nature of the damage that the assignor may claim as a result of rescinding the contract should also be examined. In this context, first of all, this subject was examined in our study. On the other hand, new approaches are being brought to the breach of debt system, with the thought that breach of debt system adopted in the Swiss Code of Obligations, which is basis of the Turkish Code of Obligations, cannot fully meet the needs. Examining the effects of the provisions of the General Draft of the Swiss Code of Obligations (OR 2020) regulated in this context on the contract for the assignment of claim, in comparison with the regulations in force, will shed light on the problems in practice.

The effect of rescinding the contract on the assignment of the claim and the transferred right of claim is a complex and controversial issue. In order to find a solution to this problem, it is necessary to evaluate the rescission of the contract in the assignment of the claim within the framework of the theories regarding the effect of the reversal on the debt relation. According to the classical rescission theory, the legal debt relation theory and the new rescission theory, the claim does not automatically pass into the assets of the assignor. According to the real rescission theory, the claim automatically returns to the assets of the assignor, depending on the rescission of the contract. However, in the new rescission theory, unlike the other three theories, the contract is not effectively terminated into the past and the content of the debt relation changes and turns into a liquidation relation. In our opinion, in accordance with the current Turkish Code of Obligations, the legal debt relation theory shall be carried into effect. On the other hand, it is thought that, OR 2020 adopts the new rescission theory in order to eliminate these discussions regarding obligation. For this reason, upon termination of the contract, the claim does not automatically return to the assets of the assignor. The violation of obligation system adopted by OR 2020 focuses on the consequences, not the cause, of the breach of debt.

In this research-based study, it has been tried to explain the breach of debt system adopted in the Turkish Code of Obligations and General Draft of the Swiss Code of Obligations (OR 2020) in order to shed light on the problems related to the onerous assignment of a claim in practice. The fact that OR 2020 tries to regulate the consequences of breach of debt uniformly appears to be a fundamental change compared to the law in force. From the four views asserted in the doctrine regarding rescission of the contract, it is thought that OR 2020 directly adopts the new rescission theory.

In compliance with the Turkish Code of Obligations, the assignor shall demand the transfer of claim from the assignee based on the provisions of unjust enrichment, depending on the legal debt relation theory, due to the default of assignee. The provisions of unjust enrichment are enforced here by analogy. Within this scope, the transferred claim does not transfer to the assets of assignor by itself. As a result of rescission of contract, the assignor may claim the reliance interest suffered from the assignee. This reliance interest consists of the actual losses that the assignor will suffer and the profit that assignor is deprived of. OR 2020 removes the concept of rescission of the contract and brings forward to concept of termination of the contract. In addition, the concept of partial termination of the contract, which is not regulated in the law in force, is included in Draft. It is clearly said that, OR 2020 regulates the provision that adopts the new rescission theory aiming to end discussions regarding the four theories mentioned above. In order to end the discussions in practice, it would be appropriate to include special regulations regarding the assignment of claim provisions related to the consequences of the termination of the contract in the onerous assignment of the claim.

I. GİRİŞ

Alacağın devri Türk Borçlar Kanunu'nun 183-193. maddeleri arasında düzenlenmektedir. TBK m.191 hükmünce, alacak hakkı bir edim karşılığı, eş deyişle, ivazlı şekilde devredilebileceği gibi ivazsız da devredilebilir. İvazlı alacağın devrinde, devralanın karşı edim borcunu ifade temerrüde düşmesine bağlı olarak devreden sözleşmeden dönme seçicilik hakkını kullanabilir. Sözleşmeden dönmenin alacağın devri sözleşmesine etkisi ile devredilen alacağın akıbetinin ne olacağının bu kapsamda tespiti gerekir. Yürürlükteki TBK ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun benimsediği borca aykırılık sisteminden farklı bir sistemi benimseyen İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı (OR 2020) çerçevesinde bu sorunun karşılaştırmalı olarak incelenmesi mevcut sistemin yarattığı bazı problemlerin giderilmesine ışık tutacaktır.

Bu çalışmada, ivazlı alacağın devrinde sözleşmeden dönmenin alacağın devri sözleşmesine ve devredilen alacağa etkisi, sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin teoriler çerçevesinde incelenecektir. Bunun yanında, devreden sözleşmeden dönmeye bağlı olarak talep edebileceği zarar kalemleri de irdelenecektir. Türk Hukuku yönünden vardığımız sonuç ise OR 2020 ile karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

II. GENEL OLARAK

Türk Borçlar Kanunu'nun 183. maddesi

“kanun, sözleşme veya işin niteliği engel olmadıkça alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın alacağını üçüncü bir kişiye devredebilir (I). Borçlu, devir yasağı içermeyen yazılı bir borç tanınmasına güvenerek alacağı devralmış olan üçüncü kişiye karşı, alacağın devredilemeyeceğinin kararlaştırılmış bulunduğu savunmasını ileri süremez (II).”

düzenlemesini içermektedir. Bu düzenleme ışığında alacağın devri, alacağı devreden ile devralan arasında borçlunun katılımı ve rızası aramaksızın yapılan bir sözleşme ile alacağın konusu ve sonuçlarıyla beraber üçüncü kişiye devrini sağlayan tasarruf işlemi şeklinde tanımlanabilir¹. İvazlı alacağın devrinde, ivazın türüne bağlı olarak malvarlığını etkileme boyutu farklılık gösterebilir. Bu bağlamda ivaz, alacağın devri karşılığı bir taşınırın mülkiyetinin satış yoluyla devrinin taahhüdü gibi bir borçlandırıcı işlemde oluşabileceği gibi alacağın devri karşılığı ibra gibi tasarruf işleminden de oluşabilir. Fakat bu çalışmanın konusu karşı edimin borçlandırıcı işlemde oluşmasıyla sınırlı olup açıklamalarımız bu çerçevede yapılacaktır.

Borçlandırıcı işlem, bir kişinin bir şey yapma, yapmama veya verme şeklinde belirli bir davranışta bulunma taahhüdünde bulunduğu işlem olduğundan, sonuçlarını işlemi yapan kişinin malvarlığının pasifinde doğurur ve malvarlığının pasifinin artmasına neden olur². İvazlı alacağın

¹ Diğer tanımlar için bkz. TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 1976, s.1074; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 2.B., İstanbul 1977, s.613; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 13.B., İstanbul 2017, N.1655; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.B, Ankara 2019, N.3824; NOMER, Halûk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.B., İstanbul 2017, N.242; HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4.B., İstanbul 2017, § 41, N.1; ENGİN, Baki İlkyay: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s.10. İBK 164. maddesinde de aynı şekilde tanımlama yapılmamakla, bu bağlamda öğretide muhtelif tanımlar yapılmaktadır. Bu tanımlar için bkz. VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Zürich 1974, s.329-330; OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band Das Obligationenrecht Erster Halbband: Art 1-183, 2. Aufl., Zürich 1929, Vorbem Art.164-174, N.1; GAUCH, Peter/SPİRIG, Eugen: Obligationenrecht Zürcher Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) Teilband V 1k Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme Erste Lieferung Art.164-174 OR, 3.Aufl., Zürich 1993, Vorbem Art.164-174, N.20; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II (Band.II), 10.Aufl., Zürich 2014, N.3399; BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988, s.536; SCHWENZER, Ineborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009, N.90.02.

Becker, alacağın devrinin tanımını yaparken ön plana alacaklının değişimini diğer bir ifadeyle borç ilişkisindeki taraf değişikliğini koymaktadır. Bkz. BECKER, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht I. Abteilung Band VI Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183, 2. Aufl., Bern 1941, Vorbem. Art.164-174, N. 1. Benzer görüşteki yazarlar için bkz. VON BÜREN, Bruno: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 1964, s.316.

² VON TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1974, s.195; GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I (Band I), 9. Aufl., Zürich 2008, N.136; SCHWENZER, N.3.31; DURAL, Mustafa/SARI, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun Başlangıç Hükümleri, 13.B., İstanbul 2018, N.1131; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 25.B., İstanbul 2019, N.630; TUNÇOMAĞ, s.138; ÖZMEN, Etem Saba/BİLGİN YÜCE, Melek: Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Tanıyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.955; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı (Tasarruf İşlemi), İstanbul 2014, s.50.

devrinde devralan, alacağın devrinin karşılığı olarak verme, yapma veya yapmama edimini ifa borcu altına girebilir.

İvazlı alacağın devrinde karşı edim borcu yönünden temerrüde düşen devralan hakkında karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin temerrüt hükümleri uygulanır. Bu bağlamda, karşı edim alacaklısı devreden karşı edim borçlusu devralandan TBK m.125 hükmü kapsamında, aynen ifa ve gecikme tazminatı yanında, aynen ifadan vazgeçip olumlu zarar talebi ile sözleşmeden dönüp uğradığı olumsuz zararı talep şeklinde iki seçimlik hakka sahip olur. Devreden sözleşmeden dönmesiyle hedeflediği sonuç, sözleşme yapılmamış olsaydı hangi ekonomik durumda olunacak idiyse, o durumu sağlamaktır³. Sözleşmeden dönme yenilik doğuran hak niteliğindedir⁴. Bu sebeple, devreden bu beyanı ile kesin olarak bağlı olup beyanından dönüp aynen ifa talep edemez veya aynen ifadan vazgeçip olumlu zarar talebinde bulunamaz. Karşı edim alacaklısı devreden, sözleşmeden dönme ve olumsuz zararın tazmini seçimlik hakkını kullanması TBK m.125/II gereğince uygun süre sonunda aynen ifa talebinden vazgeçildiğinin derhal bildirilmesine bağlıdır.

Devreden sözleşmeden dönmesi, devralanın temerrüde düşmede kusurlu olmasına bağlı değildir⁵. Bununla birlikte, devreden sözleşmeden dönme sonucunda sözleşmenin hükümsüz kalmasına bağlı olarak uğradığı zararı talep edebilmesi devralanın temerrüde düşmekte kusurlu olması şartına bağlanmaktadır (TBK m.125/III). Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulur ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler (TBK m.125/III). Fakat sözleşmeden dönmenin borç ilişkisine etkisiyle ilgili olarak öğretide görüş birliği bulunmamakta ve yazarlar başlıca dört teori etrafında toplanmaktadır.

III. TBK ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME

A. Sözleşmeden Dönmenin Alacağın Devrine Etkisinin Teoriler Çerçevesinde Değerlendirilmesi

Sözleşmeden dönmenin alacağın devrine ve devredilen alacak hakkına etkisi tartışmalıdır. Bu tartışmalı konuyu aydınlatılabilmek için, alacağın devrinde sözleşmeden dönmenin, dönmenin borç ilişkisine etkisine ilişkin teoriler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Devredilen alacak hakkının sözleşmeden dönme sonucunda akıbetinin ne olacağı, devreden malvarlığına kendiliğinden mi geçeceği yoksa devralanın malvarlığında kalarak tasarruf işlemiyle devredene iadesinin mi sağlanmak zorunda olduğu sorularına teoriler çerçevesinde cevap bulmaya çalışacağız. Burada yer vereceğimiz açıklamalar, karşı edim borcunun ani edimli borç oluşturduğu hususlara yöneliktir.

1. Klasik Dönme Teorisi

Klasik dönme teorisini savunan görüşe göre⁶, sözleşmeden dönme bildiriyle birlikte sözleşme geriye etkili olarak kurulduğu andan itibaren ortadan kalkar ve tarafların ifa ettikleri edimler hukukî sebepten yoksun hale gelir. Sözleşmeden dönme öncesinde kazanılan tüm haklar sebepsiz zenginleşme oluşturur ve taraflar ifa edilen edimlerin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep hakkını kazanır⁷. Bu görüş uyarınca dönme, edimlere ilişkin yapılan

³ VON TUHR/ESCHER, s.155; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.109 OR, N.2; BECKER, Art.109 OR, N.1; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, 15.B., İstanbul 2017, N.1437; EREN, N.3501.

⁴ WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, Herausgeber Honsell/Vogt/Wiegand, 4. Aufl., Zürich 2007, Art. 107, N.20; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2795; BUCHER, s.36; TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B., İstanbul 1993, s.962 vd.; EREN, N.3502; BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 2014, s.74.

⁵ VON TUHR/ESCHER, s.155 (dn.93); BECKER, Art.109 OR, N.2; WEBER, Rolf H.: Berner Kommentar Band VI Das Obligationenrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 5. Teilband Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109, Bern 2000, Art.109, N.32; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2794; KELLER, Max/SCHÖBİ, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht Band I Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel und Frankfurt 1988, s.277; EHRAT, Felix R.: Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich, 1990, N.321; TANDOĞAN, Haluk: Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961, s.504; FEYZİOĞLU, s.263; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.962; SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme (İfa Engelleri), 7.B., İstanbul 2016, §17, N.16; EREN, N.3510.

⁶ VON TUHR/ESCHER, s.155 vd.; VON TUHR/PETER, s.493; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.109 OR, N.2 vd.; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.: Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler, İstanbul 1958, s.755-756; TUNÇOMAĞ, s.952; FEYZİOĞLU, s.264; ULUSAN, İlhan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s.77 (dn.5). Aksi görüş için bkz. SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.18. İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 88 II 85.

⁷ VON TUHR/ESCHER, s.156 (dn.100); VON TUHR/PETER, Band I, s.493; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.109 OR, N.4; SAYMEN/ELBİR, s.756; TUNÇOMAĞ, s.952; FEYZİOĞLU, s.264.

borçlandırıcı işlemi geçersiz kılar fakat tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemez. Bu sebeple, bu görüş sözleşmeden dönmeye aynî netice bağlanmasını kabul etmemektedir⁸. Bu gerekçeyle, buradaki davanın istihkak davası (*rei vindicatio*) değil, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davası (*condictio ob causam finitam*) olduğu savunulmaktadır⁹. İfa edilen edimin iadesinin imkânsızlaşması durumunda borçlu, somut olayın özelliğine göre kusurlu ya da kusursuz ifa imkânsızlığı hükümleri kapsamında sorumlu olur ve borçlu sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca edim değerine karşılık olarak belirlenen tazminat borcunu öder¹⁰.

Alacağın devri yönünden değerlendirdiğimizde, devredenin sözleşmeden dönmesiyle birlikte borçlandırıcı işlemi geriye etkili olarak ortadan kalkar ve alacağın devri tasarruf sözleşmesi hukukî sebepten yoksun hale gelir. Sözleşmeden dönme öncesinde devralanın iktisap ettiği alacak hakkı sebepsiz zenginleşme teşkil eder ve devreden alacak hakkının iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca isteme hakkını elde eder. İade talebi TBK m.82 hükmünce iki yıllık zamanaşımına tâbi olur. İadenin kapsamı ise TBK m.79 hükmüne göre belirlenir. Sözleşmeden dönme devir sözünü geçersiz kılmakla birlikte alacağın devri tasarruf sözleşmesinin geçerliliğine etki etmez. Bu nedenle, devredilen alacak devralanın malvarlığında kalmaya devam eder. Devredenin alacağın iadesi talebi, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davası (*condictio ob causam finitam*) niteliğindedir.

Devreden dönme sonrasında sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak alacak hakkına sahip olur. Bu alacak hakkı devredene, devralana devrettiği alacak hakkının iadesini isteme hakkı verir. Devralanın alacak hakkını devredene iadesi alacağın devri sözleşmesi akdedilmesiyle yapılır. Devredenin sözleşmeden dönmesi ve aynen tazmin talebi neticesinde alacağın iadesi amacıyla devir sözleşmesinin yapılmasına yönelik olarak devralan, yapma borcu niteliğindeki irade beyanında bulunma borcu¹¹ altına girer. Devralanın borcunu yerine getirmemesi hâlinde devreden, davayla devralanın bu yönde irade beyanında bulunmasına hükmedilmesini talep eder. Mahkemenin vereceği hükmün devralanın irade beyanı yerine mi geçeceği, yoksa mahkemenin devralanın irade beyanında bulunması yönünde hüküm kurup bu hükmün yerine getirilmemesi hâlinde cebri icra yoluyla hükmün icrasının sağlanması mı gerektiği sorusu burada akla gelir¹². TBK m.185’de düzenlenen yargısal devir hükmü uyarınca, mahkeme hükmünün kesinleşmesi ile devralanın irade beyanına gerek bulunmaksızın alacak hakkı devredenin malvarlığına geçer¹³.

2. Kanunî Borç İlişkisi Teorisi

Kanunî borç ilişkisi teorisini savunan yazarlar¹⁴, sözleşmeden dönmeyi geçmiş etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kaldırdığını ve sözleşmeden dönmeyi tasarruf işleminin geçerliliğini etkilemeyeceğini¹⁵ kabul etmektedir. Bu görüş, sözleşmeden dönmeye aynî netice

⁸ VON TUHR/ESCHER, s.157-158; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.109, N.5; BECKER, Art.109 OR, N.1; KELLER/SCHÖBİ, Band I, s.277; VON BÜREN, s.380 (dn.81); TANDOĞAN, s.504; TUNÇOMAĞ, s.952; ÖZMEN, Etem Saba: “2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi’nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi”, TBB Dergisi, (135), 2018, s.499; SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.18. İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 90 II 285 BGE 61 II 256.

Aksi görüşteki Buz, sebebe bağlılık ilkesi uyarınca tasarruf işleminin hukuki sebebinin oluşturduğu borçlandırıcı işlemin sözleşmeden dönme sonucu hükümsüz hale gelmesiyle, tasarruf işleminin de geçersiz hale geleceğini ileri sürmektedir. Bkz. BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.119, s.172.

⁹ VON TUHR/ESCHER, s.156; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, N. 1690; ÖZMEN, s.499.

¹⁰ VON TUHR/ESCHER, s.156; TANDOĞAN, s.504; TUNÇOMAĞ, s.952.

¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, C.I, N.1239.

¹² Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) 344. maddesi, irade beyanında bulunmaya mahkûm edilme şeklinde verilen hükmün, irade beyanı yerine geçeceğini açıkça düzenlemektedir. Alman Medeni Usul Kanunu’nun (ZPO) § 894 hükmü de aynı şekilde, mahkemenin tesis ettiği irade beyanında bulunma hükmünün, irade beyanında bulunmuş etkisi yaratacağını düzenlemiştir. Ancak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda buna benzer bir düzenleme bulunmamakta ve bu konuda kanunda boşluk bulunmaktadır. TBK m.185 hükmünün mahkeme ilamının irade beyanı kabul edilmesini sağlayan hükmü göz önünde tutulduğunda, irade beyanında bulunma borçları yönünden tesis edilen mahkeme hükmünün borçlunun irade beyanı yerine geçeceğinin kabul edilmesi kanaatimizce yerinde olur.

¹³ VON TUHR/ESCHER, s.371; BECKER, Art.166 OR, N.1; TUNÇOMAĞ, s.1079; FEYZİOĞLU, s.621; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, N.1821; EREN, N.3834; HATEMİ/GÖKYAYLA, § 41, N.5.

¹⁴ BECKER, Art.109 OR, N.1 vd.; VON BÜREN, s.380; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.968; ÖZMEN, Etem Saba/ÜREM, Müge: “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları ile Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler”, Maltepe ÜHFD, 2016/1, s.18. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 60 II 27-29; BGE 61 II 255-256; BGE 63 II 258 (www.servat.unibe.ch).

¹⁵ Özmen, geçerli bir borçlandırıcı işleme dayanılarak yapılan tasarruf işleminin, borçlandırıcı işlemin sonradan ortadan kalkmasıyla geçersiz hale gelmeyeceğini belirtmekte, bu sebeple burada sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşme (*condictio ob causam finitam*) oluştuğunu ifade etmektedir. Bkz. ÖZMEN, s.499; benzer görüşte, TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.968.

Serozan, geçerli bir borçlandırıcı işleme dayanılarak kurulan aynî hakkın, hukuksal nedeninin sonradan ortadan kalkmasıyla, bu ortadan kalkma geçmiş etkili olsa bile, aynı hakkın kendiliğinden eski sahibine geri dönmelerinin söz

bağlanamayacağını¹⁶ kabul etmekle beraber, dönme neticesinde TBK m.125/III uyarınca taraflar arasında tasfiyeye yönelik kanunî bir borç ilişkisi doğduğunu ve önceden yerine getirilmiş edimlerin de bu kanunî borç ilişkisi kapsamında iadesi isteminde bulunulacağını ifade etmektedir. Bu görüşçe, önceden yerine getirilmiş edimlerin iade talebine sebepsiz zenginleşmedeki iki yıllık sürenin aksine, TBK m.125’de düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır¹⁷. Zira bu iade talebinin kaynağını kanunî tasfiye ilişkisi oluşturmaktadır. İade yükümünün kapsamını belirlemek amacıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanır¹⁸. Bu teori kapsamında değerlendirildiğinde, devreden sözleşmeden dönmesiyle birlikte devredilen alacak devralanın malvarlığındaki yerini korur. Devreden alacak hakkının iadesi talebi, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davasına dayanır.

3. Aynî Etkili Dönme Teorisi

Bu görüşü savunanlar¹⁹, sözleşmeden dönmeyle sözleşmenin geçmişe etkili ortadan kalktığını kabul etmekle beraber, sözleşmeden dönmeyle yalnızca borçlandırıcı işlemin değil tasarruf işleminin de geçmişe etkili biçimde hükümsüz olacağını ve ifa edilmiş edimlerin iadesinin aynî hakka dayandığını savunmaktadır. Bunun neticesi olarak, sözleşmeden dönmeye aynî etki tanınmakta ve edimlerin iadesi istihkak davasıyla talep edilebilmektedir²⁰. Aynî etkili dönme teorisinde, sebebe bağlılık hukukî işlemin her aşamasında aranmaktadır. Klasik dönme teorisindeyse sebebe bağlılık yalnızca tasarruf işleminin yapıldığı esnada aranır. Bu görüş benimsendiğinde, geçerli bir sözleşmeye dayanılarak devredilen ve mülkiyeti kazanılan hak sözleşmeden dönmeyle karşı tarafın malvarlığına geçmemiş olur. İstihkak davasının mümkün olmadığı durumlardaysa sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır²¹.

Öğretide, tasarruf sözleşmesiyle ilgili mutlak haklara ilişkin tasarruf sözleşmesi ve nisbî haklara ilişkin tasarruf sözleşmesi olmak üzere ikili ayrıma gidilmektedir²². Mutlak haklara ilişkin tasarruf sözleşmesi, bir aynî hakkı devreden, sınırlayan veya hakkın içeriğini değiştiren sözleşme olup, aynî sözleşme olarak da adlandırılır²³. Nisbî hakka ilişkin tasarruf sözleşmesi ise nisbî hakkı devreden, sınırlayan, içeriğini değiştiren ya da ortadan kaldıran tasarruf sözleşmesi olarak isimlendirilir. Nisbî hakka ilişkin tasarruf sözleşmesinin hüküm doğurması için tarafların uyuşması yeterliyken, mutlak hakka ilişkin tasarruf sözleşmesinin hüküm doğurması taşınmazlarda tescil, taşınırlardaysa zilyetliğin devrinin aranması iki kavram arasındaki temel farklı oluşturur²⁴. Bu bakımdan, aynî etkili dönme teorisi çerçevesinde aynı sözleşmelere yönelik olarak benimsenen görüşün, nisbî haklara ilişkin tasarruf sözleşmeleri yönünden de benimsendiği söylenebilir²⁵. Bu görüşçe, devreden sözleşmeden dönmesiyle hem alacağın devri sözü borçlandırıcı işlemi hem de alacağın devri tasarruf işlemi geçmişe etkili olarak kurulduğu andan itibaren ortadan kalkar. Bundan dolayı alacağın, devralanın malvarlığına geçmediği ve devreden malvarlığına kendiliğinden geri

konusu olmadığını ifade etmektedir. Yazar, bu görüşün gerekçesi olarak, sebebe bağlılık ilkesini değil, aynî hakkın bağımsızlığı ilkesini göstermektedir. Bkz. SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2.B., İstanbul 2017, s.91.

¹⁶ Özmen, sözleşmeden dönmeye aynî netice bağlanması hâlinde hukuki ilişkilerde güven ilkesinin ortadan kalkacağını öne sürmektedir. Bkz. ÖZMEN, s.499.

¹⁷ BECKER, Art.109 OR, N.4; VON BÜREN, s.380 (dn.82); ÖZMEN, s.505; ÖZMEN/ÜREM, s.24; ULUSAN, s.77. Özmen’e göre kanuni borç ilişkisi teorisi, sözleşmeden dönme sonucu talep edilecek olumsuz zarar tazminatı ile ifa edilen edimin iadesine farklı zamanaşımı sürelerinin uygulanmasını engellemek, diğer bir ifadeyle zamanaşımı yönünden ikili (düalist) bir sonuç oluşmasının önüne geçmek amacıyla yaratılmıştır. Bkz. ÖZMEN/ÜREM, s.24.

¹⁸ BECKER, Art.109 OR, N.5; VON BÜREN, s.380; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.968; ULUSAN, s.77; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, N.1693; EREN, N.3504.

Sonraki kusursuz imkânsızlık hâlinde daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edileceğini düzenleyen TBK m.136/II hükmü karşısında bu sonucun açık olarak belirli olduğu görüşü için bkz. ÖZMEN/ÜREM, s.23; ÖZMEN, s.499; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.968; VON TUHR/ESCHER, s.133-134; KELLER/SCHÖBI, Band I, s.252.

¹⁹ KELLER/SCHÖBI, Band I, s.277, s.309; EHRAT, N.472; ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s.40; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.140 vd.; BUZ, Vedat: Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi (Tasfiye), Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan C.I, İstanbul 2010, s.639, (dn.66). Bu görüşün eleştirisi için bkz. ÖZMEN/ÜREM, s.23; ÖZMEN, s.499.

²⁰ KELLER/SCHÖBI, Band I, s.277; ÖZ, s.39-40.

²¹ BUZ, Tasfiye, s.621.

²² AYİTER, Kudret: Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953, s.30-31; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Tasarruf İşlemi, s.114. Serozan bu ayrımı, aynî tasarruf sözleşmesi ve geniş anlamda tasarruf sözleşmesi olarak yapmaktadır. Bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.105.

²³ HOWALD, Martin: Der dingliche Vertrag, Zürich 1946, s.55 vd.; AYİTER, s.32.

²⁴ AYİTER, s.34; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Tasarruf İşlemi, s.114.

²⁵ SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.105.

döneceği kabul edilir. Alacak hakkının iadesi için alacağın devri sözleşmesi akdedilmesine ihtiyaç kalmaz.

4. Yeni Dönme Teorisi

Yeni dönme teorisini savunan yazarlara göre²⁶, sözleşmeden dönme ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz, sadece borç ilişkisinin içeriği değişerek tasfiye ilişkisine (*Abwicklungsverhältnis*) dönüşür. Diğer bir anlatımla, içeriği tersine dönmüş bir sözleşme ilişkisi doğar. İfa edilmiş edimlerinin iadesi, sözleşmeden doğan iade yükümünden doğduğu için sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaz²⁷. Zira burada sözleşmeden dönme ile ortadan kalkan bir sözleşme olmadığı için hukukî sebepten yoksunluk da bulunmamaktadır. İade yükümlülüğünün sözleşmeden doğan bir borç olmasından dolayı zamanaşımı süresi, o sözleşmeye özgü zamanaşımı süresidir²⁸. Bu görüş uyarınca, dönme neticesinde sözleşme ortadan kalkmadığı için söz konusu sözleşmede mevcut olan teminatlar geçerliliğini korumaya devam eder ve bu sefer edimlerin iadesine yönelik olarak hüküm ifade eder²⁹.

Henüz ifa edilmemiş borçlar yönünden, bu görüşü savunan yazarlardan bazıları bu borçların ileriye etkili olarak ortadan kalkacağını³⁰, bazıları ise borcun ortadan kalkmayarak yalnızca borçlunun ifadan kaçınmasına yarayan def'i hakkının doğacağını savunmaktadır³¹.

Alacağın devri yönünden incelediğimizde, devreden sözleşmeden dönmesi ile beraber alacağın devri sözü borçlandırıcı işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz ve sona eren bir sözleşme olmadığı için de hukukî sebepten yoksunluk söz konusu olmaz. Devreden ve devralan arasındaki borç ilişkisinin içeriği değişerek tasfiye ilişkisine dönüşür ve devredilen alacağın iadesi, sözleşmeden doğan bir borç olarak talebe konu olur.

Alacağın iadesi için irade beyanında bulunma borcu altında olan devralanın borcunu yerine getirmemesi hâlinde, devreden borcun ifası için mahkeme kararına ihtiyaç duyar. Devreden, TBK m.185'de düzenlenen yargısal devir hükmü uyarınca, devralanı tasarruf işlemine yönelik irade beyanında bulunmaya mahkûm eden mahkeme hükmünün kesinleşmesiyle devralanın irade beyanına gerek bulunmaksızın alacak hakkını kazanır.

Bu teoriyi savunan yazarlardan bazıları³², sözleşmeden dönmeye alacak hakkının kendiliğinden eski sahibine döneceğini savunmaktadır. Bu görüşteki yazarlar, mutlak haklara ve nisbi haklara ilişkin tasarruf sözleşmesi ayrımını temel almaktadır³³.

²⁶ WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.1, N.5; WEBER, BK OR, Art. 109, N.46 vd.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2793, N.2806; BUCHER, s.377; SCHENKER, Franz: Die Voraussetzungen und Die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1988, N.700, N.708; GLASL, Daniel G.: Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Zürich 1991, s.90. vd.; SCHWENZER, N.66.33; SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.16; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.73; SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s.162; EREN, N.3507; HATEMİ/GÖKYAYLA, §26, N.92. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 114 II 152; BGE 123 III 16; BGE 137 III 243 (www.swisslex.ch). Bu görüşün eleştirisi için bkz. OĞUZMAN/ÖZ, C.I, N.1700.

²⁷ TBK m.136/II hükmünün açık ifadesine rağmen bu görüşte olan yazarlardan Wiegand, bu hükümlerle ilgili tereddüt yaşamakla beraber iade talebinin sözleşmesel nitelik taşıyan bir talep olduğu görüşündedir. Bkz. WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.1, Art.119, N.18. Benzer görüşteki yazarlar için bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2806; SCHWENZER, N.64.16; BUCHER, s.377; SCHENKER, N.700; GLASL, s.90 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.18; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.71.

²⁸ WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.5; WEBER, BK OR, Art.109, N.106; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2806; BUCHER, s.377; SCHWENZER, N.66.33; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.71. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 132 III 226; BGE 127 III 421; 123 III 16.

²⁹ WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.6; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band I, N.1571, N.1572; GLASL, s.107 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.18.

Buz, teminatların geçerliliğine ilişkin meselenin sözleşmenin tasfiyesinin hukuki niteliğinden bağımsız olduğunu, bu meselenin teminatın dayandığı sözleşmeden yorumuna göre çözülmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, teminatı kuran sözleşmenin yorumundan teminatın yalnızca asli edim yükümlülüklerini değil, alacaklının borçluya karşı sahip olduğu her türlü talep hakkı ile ileri doğması muhtemel iade yükümlülüklerini de teminat altına aldığı sonucuna ulaşıyorsa teminatlar geçerliliğini korumaya devam eder. Bkz. BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.159; BUZ, Tasfiye, s.623; benzer görüşte, GLASL, s.108 vd.

³⁰ WIEGAND, BSK OR, Art. 109, N. 5; SELİÇİ, s.162.

³¹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2805; SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.16; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.64; EREN, N.3503.

³² SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.105.

³³ Bu ayrıma göre, herkese karşı ileri sürülebilir nitelikteki ve aleniyet ilkesinin geçerli olduğu mutlak haklar yönünden aynı etkili dönmeyi yerinde olarak kabul etmeyen görüşün, herkese karşı ileri sürülebilir nitelikte olmayan ve sadece sözleşme tarafları arasında etkili olan nisbi haklara ilişkin tasarruf sözleşmeleri yönünden ileri sürülebilmesi gerekir. Bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.105. Karşı görüşte, FİKENTSCHER, Wolfgang/HEINEMANN, Andreas: Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006, §43 III 2, N.536.

5. Görüşümüz

Sözleşmeden dönmeye tasarrufi güç ve aynî etki bağlayarak devredilen alacağın kendiliğinden eski sahibine döneceğini savunan görüş eleştiriye açıktır. Alacak hakkını devralanın, bu alacağı başka bir kişiye devretmesi ve söz konusu alacağın zincirleme devirlere konu olması hâlinde de alacak hakkının sözleşmeden dönme neticesinde ilk sahibine dönmesi hukukî karmaşa ve çözümsüzlüklere yol açar.

Devredenin sözleşmeden dönmesiyle, alacağın devri sözü borçlandırıcı işleminin geriye etkili olarak kurulduğu andan itibaren ortadan kalktığı ve alacağın devri tasarruf sözleşmesinin hukukî sebepten yoksun hâle geldiği düşünülmektedir. Başta geçerli olarak kurulan alacağın devri tasarruf sözleşmesi, hukukî sebebi olan devir sözü borçlandırıcı işleminin sözleşmeden dönme sonucu sonradan ortadan kalkmasıyla geçerliliğini kaybetmez. Burada sebebe bağlılık yalnızca tasarruf işleminin yapıldığı esnada aranır. Dönmeyle TBK m.125/III uyarınca taraflar arasında tasfiyeye yönelik kanunî bir borç ilişkisi doğar ve alacak hakkının iadesi kanunî borç ilişkisi kapsamında talep edilir. TBK m.136/II hükmü de bu görüşümüzü desteklemektedir³⁴. Bu hükmeye göre “karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder”. Görüleceği üzere, söz konusu hükümde sözleşmeden dönmede olduğu gibi, yenilik doğuran hakkın kullanılmasıyla borçlandırıcı işlemin (sebebin) sonradan ortadan kalkması söz konusudur. Devredenin alacak hakkının iadesi talebi, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davasına dayanır. Ancak, iade yükümünün kapsamını belirlemek amacıyla sebepsiz zenginleşme hükümleri kıyasen uygulanır. İade talebinin kaynağını kanunî tasfiye ilişkisi oluşturduğundan TBK m.125’deki on yıllık genel zamanaşımı süresi uygulanır.

B. Devredenin Sözleşmeden Dönmesi Neticesindeki Olumsuz Zarar Talebi

1. Genel Olarak

Sözleşmeden dönme hâlinde sözleşmenin geçmişe etkili şekilde hükümsüz kaldığı kabul edilir³⁵, alacaklının talep edebileceği zararın olumsuz zarar olduğu öğretideki baskın görüşçe kabul edilmektedir³⁶. Dönülen sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenildiği için uğranılan ve alacaklının sözleşme hiç akdedilmemiş olsaydı malvarlığının içinde bulunacağı durum ile sözleşmenin hükümsüzlüğü neticesinde malvarlığının almış olduğu durum arasındaki fark olumsuz zararı oluşturur³⁷. Bu zarar, borçlunun sözleşmeden doğan borca aykırılık teşkil eden eyleminden kaynaklandığından ötürü on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır³⁸. Bu süre sözleşmeden dönme

³⁴ ÖZMEN/ÜREM, s.23 vd.

³⁵ Yeni dönme teorisini kabul eden bazı yazarlar, sözleşmeden dönme hâlinde alacaklının, olumlu zararın tazminini talep edebileceğini savunmaktadır. Bkz. SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.630 vd.

Yeni dönme teorisi taraftarı olan bazı yazarlar ise burada sadece olumsuz zarar tazmini isteminde bulunulabileceğini ileri sürmektedirler. Bkz. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2808; aynı görüşte, WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.8; WEBER, BK OR, Art.109, N.62; BUCHER, s.379; SCHENKER, N.696; EREN, N.1123 vd.

Ergüne ise, sözleşmeden dönmenin borç ilişkisine etkisinin bu konudan bağımsız olduğunu ve burada borca aykırılık sebebiyle olumlu zararın talep edilebileceğini öne sürmektedir. Bkz. ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, Doktora Tezi, İstanbul 2007, s.268 vd. Schwenzer, borçlu kusurlu olmasa dahi alacaklının uğradığı olumsuz zararı tazminle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Bkz. SCHWENZER, N.66.34.

³⁶ VON TUHR/ESCHER, s.156; OSER/SCHÖNENBERGER, Art. 109 OR, N.7; BECKER, Art.109 OR, N.9; KELLER/SCHÖBİ, Band I, s.279; VON BÜREN, s.380; SAYMEN/ELBİR, s.757; TANDOĞAN, s.505; TUNÇOMAĞ, s.955; FEYZİOĞLU, s.264; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, N.1705; NOMER, N.201; ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3 Borçların İfası ve Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları: Borcun İfa Edilmemesi-Borçlunun Temerrüdü, Ankara 2019, §59, N.3021; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.240. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 90 II 285,294; BGE 123 III 22. Hatemi/Gökyayla, bu görüşü paylaşmakla beraber adalet ilkesinin gerektirmesi hâlinde olumlu zarar ve aşkın zararın da talep edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, § 26, N.95; aynı görüşte Yarg. 15 HD 02.02.2017, 2015/5697 E., 2017/441 K.; YHGK, 24.02.2016, E. 2014/23-724 2016/168 K, Yarg. 3. HD, 25.02.2013, E. 2012/19212, 2013/2919 (www.legalbank.net).

³⁷ VON TUHR/ESCHER, s.156; OSER/SCHÖNENBERGER, Art.109 OR, N.7 vd.; BECKER, Art.109 OR, N.9; WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.9; KELLER/SCHÖBİ, Band I, s.279; FEYZİOĞLU, s.265; EREN, N.3501. İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 90 II 294 /www.servat.unibe.ch).

³⁸ VON TUHR/ESCHER, s.157; BECKER, Art.109 OR, N.8; VON BÜREN, s.380 (dn.83); GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2812; EREN, N.3520. İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 114 II 152; BGE 137 III 243; BGE 137 III 226.

Bu görüşe katılan Ergüne, sözleşmeden dönme ile geçmişe etkili olarak sona erdirilen sözleşmenin TBK m.147’de yer alan beş yıllık zamanaşımına tabi sözleşmelerden biri olması durumunda, olumsuz zararın tazmini talebi hakkında beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanacağını ifade etmektedir. Bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.146; benzer görüşte, ÖZ, s.301.

beyanının hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andan, diğer bir ifadeyle dönme beyanının karşı tarafa ulaşmasından itibaren başlar³⁹.

Sözleşmeden dönme hâlinde alacaklının sadece olumsuz zarar talep edebilmesini adaletsiz bulan ve alacaklının olumlu zarar tazmini talebinde de bulunabileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır⁴⁰. Bu görüşteki yazarlar, buradaki tazminatın alacaklının sözleşmenin geçerli olduğu yolundaki güvenin sarsılmasından doğan bir tazminat olmadığını, sözleşmeden dönmenin borca aykırılığın bir türü olan temerrüdün sonucundan doğduğunu ve bu nedenle olumlu zararın talep edilebileceğini savunmaktadır⁴¹.

Alacaklının, sözleşmeden dönme hâlinde dönme tarihine kadar doğmuş olan gecikme tazminatı talep edip edemeyeceği sorusunun da cevaplanması gerekir. *Eren*, gecikme tazminatının geç ifa hâllerinde doğduğunu, sözleşmeden dönme hâlinde ise alacaklının gecikme tazminatı talep edemeyeceğini zira burada ifanın söz konusu olmadığını belirterek burada gecikme tazminatı talebinin olamayacağını savunmaktadır⁴².

Devredenin olumsuz zararı talebinin kapsamına hem uğramış olduğu fiilî zararlar (*damnum emergens*) hem de yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) kayıpları girer⁴³.

2. Devredenin Uğrayabileceği Fiilî Zararlar

Devreden, devralandan, devir sözleşmesinin kurulmasına ilişkin masrafları isteyebilir⁴⁴. Alacağın devri sözleşmesinin notere onaylatılması durumunda ödenen noter harçları, sözleşmenin kurulması için yapılan seyahat masrafları, devir sözleşmesiyle ilgili hukukî danışmanlık hizmeti alınması durumunda ödenen ücretler devralandan talep edilebilir⁴⁵.

Sözleşmenin ifası için yapılan masraflar da olumsuz zarar kapsamına dâhildir⁴⁶. Örneğin, devrettiği alacak hakkına karşılık kendisine mülkiyeti devredilecek makine için depo kiralayan devreden ödediği kira bedelini olumsuz zarar olarak devralandan talep edebilir.

Devredenin ifa ettiği edimi geri almak için yaptığı giderler de olumsuz zarar kalemi sayılır⁴⁷. Örneğin, alacağın geri devredilmesine için akdedilen alacağın devri sözleşmesinin notere tasdiki neticesinde doğan noter harçları gibi sözleşmenin kurulmasına ilişkin masraflara benzer nitelikteki harcamalar tazminata konu olur.

³⁹ ÖZ, s.302.

⁴⁰ WEBER, BK OR, Art.109, N.24; LEMP, Paul: Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Bern 1959, s.52 vd.; GLÄTTLI, Elisabeth: Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt-eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen, SJZ 93 (1997) Nr.11, s.239 vd.; SEROZAN, İfa Engelleri, §17, N.19 vd.; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.589 vd.; ATAMER, Yeşim M.: İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C.I, İstanbul 2010, s. 352-353; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: "Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı" (Sözleşmeye Aykırılık), BÜHFD, 13(169-170), s.248-249; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.970-971; ERGÜNE, s.273 vd.

⁴¹ Tekinay, sözleşmeden dönme hâlinde olumlu zararın da istenebileceğini savunmaktadır. Yazara göre, burada sözleşmeden dönmenin sebebi ne sözleşmenin geçersiz olması ne de kuruluşuna ilişkin bir sakatlık ya da eksikliğin olmasıdır. Esas sebep borçlunun edimini ifa etmemesidir. Bu sebeple, dönmeye rağmen borca aykırılığa ve ifa etmemeye bağlanan tazmin yükümü devam etmelidir. Ayrıca, dönme hâlinde olumlu zararın talep edilebilmesine olanak sağlayan hükümlerin çokluğu da yazarın bu görüşe bir diğer gerekçesini oluşturmaktadır. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.970-971.

Aksi görüşte olan Feyzioğlu, kanun koyucunun olumlu zararını talep etmek isteyen alacaklıya bu konuda seçimlik hak tanıdığını belirterek, alacaklının sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanması hâlinde bunun sonuçlarıyla yetinmeyi seçtiğini ve bilerek seçtiği bu seçimlik hakkın hükümlerinin uygulanmasında bir adaletsizlik olmadığını ifade etmektedir. Bkz. FEYZİOĞLU, s.265 (dn.360).

⁴² EREN, N.3521; benzer görüşte, GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2812; SCHENKER, N.755.

⁴³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2811; KELLER, Max: Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Zürich 1949, s.261,266; GONZENBACH, Rainer: Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987, s.217, s.221; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.584; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.243.

⁴⁴ VON TUHR/ESCHER, s.156; WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.9; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2811 (dn.188); KELLER/SCHÖBI, Band I, s.279; BUCHER, s.342; KELLER, s.261; SCHENKER, N.746; GONZENBACH, s.218; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.243; EREN, N.3516; ERGÜNE, s.295.

⁴⁵ Sözleşmenin kurulması için yapılan masraflardan sadece gerekli olanlar olumsuz zarar kapsamı içine dâhil edilecek, lüzumsuz sayılan harcamalar uyandırılan güvenin ihlâl edilmesi ile uygun nedensellik bağı içinde bulunmadığını tazminata konu olmayacaktır. Bkz. ERGÜNE, s.295; benzer görüş için bkz. KELLER, s.261; GONZENBACH, s.218.

⁴⁶ WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.9; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2811, (dn.188); KELLER/SCHÖBI, Band I, s.279; BUCHER, s.342; KELLER, s.262; GONZENBACH, s.218; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.244; EREN, N.3516; ERGÜNE, s.297.

⁴⁷ SCHENKER, N.749; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.245; EREN, N.3516; ERGÜNE, s.301.

Devredenin ihtar, uygun süre verme, sözleşmeden dönme bildiriminden doğan masraflar ile dava açma ve buna ilişkin ortaya çıkan vekalet ücreti ödemeleri de devralandan olumsuz zarar çerçevesinde talep edilebilir⁴⁸.

Devralanla yaptığı sözleşmenin hüküm ifade edeceğine güvenen ve bu sözleşmeyi göz önünde tutarak üçüncü kişilerle sözleşmeler yapan devreden, üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getiremediği için bu kişilere karşı tazminat ve ceza koşulu ödeme borcu altına girmişse, bazı yazarlarca bu zararların olumsuz zarar kapsamında talep edilebileceği ileri sürülmektedir⁴⁹. Bu zararın niteliğinin olumlu zarar olduğu, devralana bu yönde talep ileri sürememesi gerektiği düşünülmektedir.

3. Devredenin Yoksun Kaldığı Kâr

Devredenin devralanla yaptığı ve hüküm ifade edeceğine güvendiği sözleşme sebebiyle aynı koşullarla veya daha elverişli şartlarla üçüncü kişilerle yapma fırsatını kaçırdığı sözleşmelerden doğan kâr mahrumiyeti, devredenin olumsuz zarar niteliğindeki yoksun kaldığı kârı oluşturur⁵⁰. Olumsuz zarar niteliğindeki yoksun kalınan kâr ile olumlu zarar niteliğindeki yoksun kalınan kâr karıştırılmamalıdır. Dönülen sözleşme gereği gibi ifa edilseydi devredenin elde edeceği kâr, diğer bir anlatımla, devredenin devralanla yaptığı sözleşmeden elde etmeyi hedeflediği ifa menfaati olumlu zarar niteliğindeki yoksun kalınan kârı ifade eder. Yoksun kalınan kârın niteliğine ilişkin bu ayırım, Yargıtay⁵¹ ve İsviçre Federal Mahkemesi⁵² kararlarında da yer almaktadır. Olumsuz zarar niteliğindeki yoksun kalınan kâr geleceğe dönük farazî bir zarar kalemi olup, zararın hesabında bu husus gözden kaçırılmamalıdır⁵³.

Öğretide bazı yazarlar⁵⁴, sözleşme konusu şey borçluya verilmeseydi, ondan elde edilecek semerelerin de olumsuz zarar niteliğinde yoksun kalınan kâr zararını oluşturduğu ifade etmektedir.

IV. İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU GENEL TASARISI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu, borca aykırılık kavramına ilişkin olarak içerdikleri düzenlemelerinin temelini, borca aykırılık türünün ne olduğu sorusu üzerine dayandırmakta ve borca aykırılığın sonuçları, borca aykırılığın türüne göre farklılık göstermektedir⁵⁵.

⁴⁸ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2811 (dn.188); KELLER/SCHÖBI, Band I, s.279; KELLER, s.263; SCHENKER, N.748; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.245; EREN, N.3516; ERGÜNE, s.301 vd.

⁴⁹ WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.9; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2811, (dn.188); KELLER/SCHÖBI, Band I, s.279; BUCHER, s.342; SCHENKER, N.750; KELLER, s. 262-263; GONZENBACH, s.218-219; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.245; EREN, N.3516; ERGÜNE, s.303.

⁵⁰ VON TUHR/ESCHER, s.156; WIEGAND, BSK OR, Art.109, N.9; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, Band II, N.2811; KELLER/SCHÖBI, Band I, s.279; BUCHER, s.343; KELLER, s.266; SCHENKER, N.752; GONZENBACH, s.221; SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, s.584; BUZ, Sözleşmeden Dönme, s.249; ÖZ, Sözleşmeden Dönme, s.289-290; EREN, N.3517; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s.306.

⁵¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, olumsuz zarar kavramının hangi hâlleri kapsadığını detaylı olarak belirttiği bir kararında şu ifadelerle yer vermiştir: “Genel olarak menfi zarar, sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından; müspet zarar ise, ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder. Menfi zarar kavramına şunların gireceği kabul edilmektedir. a- Sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler: Harçlar, posta giderleri, noter ücreti gibi. b- Sözleşmenin yerine getirilmesi ve karşılık edanın kabulü için yapılan masraflar. c- Sözleşmenin yerine getirilmesi dolayısıyla uğranılan zarar: gönderilen şeyin yolda kaybolması gibi. ç- Sözleşmenin geçerliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zarar; hükümsüz sayılan sözleşmeyle satın alınan şey, örneğin o zaman başkasından 100 liraya alınabilirken şimdi 120 liraya alınabilmesi. d- Başka bir sözleşmenin yerine getirilmemesi dolayısıyla uğranılan zarar. e- Dava masrafları.” YHGK, 15.12.2010, 2010/13-618 E., 2010/668 K.; benzer kararlar için bkz. YHGK, 05.07.2006, 2006/13-499 E. 2006/507 K.; YHGK, 12.05.2010, 2010/244 E. 2010/260 K.; YHGK, 12.05.2010, 2010/14-244 E., 2010/260 K.; Yarg. 3. HD., 12.11.2020, 2020/3829 E., 2020/6537 K.; Yarg. 3. HD., 07.10.2019, 2019/1130 E. 2019/7495 K.; Yarg. 15. HD., 10.10.2019, 2019/2727 E., 2019/3877 K.; Yarg. 13. HD., 14.10.2019, 2017/9787 E. 2019/9839 K (www.legalbank.net).

⁵² İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarında da bu doğru yaklaşımın kabul edildiğini görmekteyiz. Bkz. BGE 44 II 508-509; 47 II 188-189; 49 II 67 vd. (andığımız bu son kararda, Federal Mahkeme başka bir sözleşmeden kaçırılan kâr mahrumiyetinin tazmin edilebilir nitelikte olduğunu belirtmekle beraber, bunun olumsuz menfaatin kapsamında yer aldığını açıkça vurgulamamıştır. Bununla beraber, şekle aykırı taşınmaz satımının söz konusu olduğu olayda, yalnızca olumsuz menfaatin kastedildiği anlaşılmaktadır). Yoksun kalınan kârın olumsuz zararın içeriğinde yer aldığı yönünde Federal Mahkemenin bir başka kararı için ayrıca bkz. SJ 97 (1975), s.1-7.

⁵³ EREN, N.1261. Olumsuz zararı hesaplamada dikkat edilmesi gereken hususlarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ERGÜNE, s.308 vd.

⁵⁴ SCHENKER, N.751; KELLER, s.266; GONZENBACH, s.221-222. Eren, bu zarar türünü fiili zarar kategorisinde değerlendirmektedir. Bkz. EREN, N.3516. Karşı görüş için bkz. Buz, Sözleşmeden Dönme, s.252.

⁵⁵ ANTALYA, N.1008.

Borca aykırılık türleri ve sonuçları ile ilgili olarak TBK ve İBK’da benimsenen yeknesak düzenlemeden ari ve genel ile özel hükümler olmak üzere ikili yapı barındıran bu sistem öğretide eleştirilmekte ve bu sistemle ilgili olarak kanunda değişikliğe gidilmesi savunulmaktadır⁵⁶.

Mevcut benimsenen sistem ile ilgili olarak temel eleştiri noktasını, borca aykırılık hâllerinin dağınık ve eksik bir şekilde kanunda düzenlenmesiyle bundan ötürü somut olaya uygulanacak hükümlerin tespitinin zorluk taşıması oluşturmaktadır⁵⁷. Benimsenen sistem çerçevesinde borca aykırılık hâlleri ve buna bağlı sonuçlar arasındaki sınır çizgisinin net olarak belirlenebilir olmaması uygulamada karışıklıklara sebebiyet vermektedir.

TBK hükümleri incelendiğinde, genel hükümler kısmında borcun ifa edilmemesi ya da borca aykırılık hâllerinin imkânsızlık, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt kavramları üzerine yerleştirildiği görülmektedir. Kanunun benimsediği bu sistem neticesinde, sözleşme öncesi sorumluluk (*culpa in contrahendo*), güven sorumluluğu, vadeden önce sözleşmeye aykırılığın kesinleşmesi gibi diğer borca aykırılık hâlleri kanunî temelden yoksun kalmakta, bu boşluklar TMK m.2 hükmündeki dürüstlük kuralına dayanmak suretiyle ve içtihat yoluyla doldurulmaya çalışılmaktadır⁵⁸.

Bununla beraber, TBK’da kural olarak borcun ifa edilmemesi hâlinde borçlunun sorumluluğuna gidilebilmesi için kusur şartı aranmaktadır⁵⁹. Ancak, bu sistematüğün kusur eksenine oturtulması borca aykırılık hâllerinin sonuçları göz önünde tutulduğunda doğru gözükmemekte ve içeriğinde çelişki barındırmaktadır. Şöyle ki, borçlunun temerrüde düşmesi için kusur şartı aranmamakta, temerrüt sonucu alacaklının sahip olduğu aynen ifa talebi yönünden ya da sözleşmeden dönme yenilik doğuran hakkının kullanılması yönünden kusur hiçbir rol oynamamaktadır. *Atamer*, kusur sorumluluğunun ifa engelleri hukukundaki rolünün tazminat sorumluluğu ile sınırlı olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiğini ve kusura ilişkin TBK m.114 hükmünün kanundaki yeri açısından “borcun ifa edilmemesi” başlığı altında düzenlenen imkânsızlık ve gereği gibi ifa etmeme hâllerini kapsadığını, bu nedenle diğer borca aykırılık hâllerinin varlığı hâlinde tazminat talebine ilişkin olarak hangi kuralın uygulanacağı noktasında bu sistematüğün soru işareti oluşturduğunu ifade etmektedir⁶⁰. Belirtmek gerekir ki, satış sözleşmesinde ayıplı ifa hâlinde ya da satış sözleşmesiyle sınırlı tutulmaksızın ayıplı ifanın mümkün olabileceği herhangi bir sözleşme türünde ayıplı ifanın bu sözleşmede özel olarak düzenlendiği durumlarda kusurdan bağımsız olarak tazminat talep edilebilir. Ancak bu durum, TBK’nın kendi benimsediği genel sistemden ayrılma gereksinimi duyduğunu göstermektedir.

TBK ve İBK hükümlerine ilişkin eleştirilen bu sistem yerine öğretide bazı yazarlarca, tüm ifa edilmeme hâllerini kapsayan ve bu hâlleri tek bir ana başlık altında toplayan bir sistemin benimsenmesi gerektiği savunulmakta, kanunun borca aykırılık türü ve kusuru merkeze alan yapısından arındırılarak hukukî sonuç merkezli bir sistemin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁶¹.

Serozan, önerdiği sistemde, ifa engelleri kavramı çatısı altında borçlu veya alacaklı temerrüdü, imkânsızlık, ayıplı ifa gibi tüm ifa engellerini toplamakta, bunu yaparken söz konusu ifa engellerinin satış, eser veya kira sözleşmesi gibi borçlar özel hukuku ayırımına tabi tutulmaması gerektiğini ifade etmektedir. İfa engellerinin sonuçları ile ilgili olarak ise yine yeknesak bir şekilde aynen ifa, sözleşmeden dönme, onarma, bedel indirimi, uyarılama, sözleşmeyi fesih, edimin yerini tutan tazminat gibi yaptırımların aynı başlık altında sıralanması gerektiğini savunmaktadır. Netice itibarıyla bu sistematikte ifa engellerinin tespitinde hukuksal neden yaklaşımı değil hukuksal sonuç, diğer bir anlatımla yaptırım yaklaşımı merkeze alınmaktadır⁶².

İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı metninin de bu görüşlerden etkilenecek yürürlükteki İBK ile karşılaştırıldığında köklü değişikliklere gittiği görülmektedir⁶³.

⁵⁶ SEROZAN, Rona: Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Alman İfa Engelleri), İÜHFM, LVIII(1-2), s.233; ATAMER, s.318.

⁵⁷ SEROZAN, İfa Engelleri, § 11, N. 14; ANTALYA, N.1002; ATAMER, s.324; AKÇAAL, Mehmet: “İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı’nda (OR. 2020) İfa Engellerinin Şartları”, AÜHFD, 68(3) 2019, s.531.

⁵⁸ ANTALYA, N. 1006; ATAMER, s.324-325.

⁵⁹ FEYZİOĞLU, s.161.

⁶⁰ Bu görüş ve sözleşme hukukunda kusura bağlı sorumluluk ilkesinin benimsenmesinin doğru bir yaklaşım olup olmadığının sorgulanması gerektiği görüşü konusunda bkz. ATAMER, s.325 vd.

⁶¹ HONSELL, Heinrich: Kritische Bemerkungen zum OR 2020, Schweizerische Juristen-Zeitung, SJZ 109/2013, s.460; SEROZAN, İfa Engelleri, §11, N.17; ANTALYA, s.215; ATAMER, s.358. Serozan, ana başlık oluşturacak terimin” ifa engeli” olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. SEROZAN, İfa Engelleri, §11,N.17.

⁶² SEROZAN, İfa Engelleri, §11, N.18.

⁶³ İsviçre Borçlar Hukuku’nda da İBK’daki mevcut sistemin yeniden sistematize edilmesi adına çalışmalar yapılmaktadır. OR 2020 118. maddesinde ifa etmeme hâllerini tek bir şemsiye altında toplayan ve kusur kavramını merkeze almayan bir düzenlemeye yer verilmektedir. Tasarı 120. maddesi ise temerrüt kavramını ayrı olarak

Tasarı’da hukuk uyumlaştırması metinlerinde olduğu gibi borca aykırılığın sebebini ve borca aykırılığın meydana gelmesinde kusurun rolünü değil, borca aykırılığın hukukî sonuçlarını hareket noktası olarak belirlemektedir.

Bu konuda köklü değişiklik yaratan özelliği ile dikkat çeken önemli hükümlerden birisi “yükümlülüğün yerine getirilmemesi” veya “ifanın akamete uğraması/ifanın gerçekleşmemesi” şeklinde tercüme edebileceğimiz “*Ausbleiben der Erfüllung*” başlıklı Tasarı m.118/I hükmüdür⁶⁴. Bu hüküm, genel ve çatı şeklinde tabir edebileceğimiz bir ifa etmeme hâli öngörerek, borçlunun borcunu ifa etmemesi hâlinde alacaklının başvurabileceği haklara sıralı bir şekilde yer vermekte ve borca aykırılığın sonuçlarını genel tek bir hükümle belirlemeye çalışmaktadır. Bu hükme göre borçlunun yükümlülüğünü ihlâl etmesi hâlinde alacaklı; kendi borcunu ifa etmekten kaçınabilir, aynen ifayı talep edebilir, borcun konusu edimin kendisi veya üçüncü kişi tarafından ifa edilmesine izin verilmesini isteyebilir, kendi ediminin ifasını azaltabilir, tazminat talep edebilir, faiz talep edebilir ve son olarak sözleşmeyi sona erdirebilir. Yine önem teşkil eden Tasarı m.118/II hükmü de bu hakların birbirleriyle çelişmedikleri ya da diğer bir anlatımla birbirleriyle yarışmadıkları sürece alacaklı tarafından kümülatif bir şekilde ileri sürülebileceğini düzenlemektedir.

İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı, m.118 genel hükmünün yanında, Tasarı m.120 hükmüyle borçlu temerrüdünü İBK’deki önemine binaen ve tarihsel sebeplere dayalı olarak ayrı şekilde düzenlemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki, İBK ve TBK’da yer aldığı şekilde borçlu temerrüdünün sonuçlarını ayrıntılı şekilde düzenleyen bir hüküm Tasarı’da bulunmamaktadır. Yine Tasarı, köklü bir değişiklik olarak sözleşmeden dönme (*Rücktritt*) kavramı yerine sözleşmenin sona erdirilmesi (*Aufhebung*) terimini kullanmakta ve bu kurumu Tasarı m.130-134 hükümleri arasında özel olarak düzenlemektedir.

Özetle OR 2020, yeknesak bir ifa etmeme hâli öngörmekte ve benimsenen mevcut sistemden doğan sorunları gidermeyi amaçlamaktadır.

B. İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı Çerçevesinde Sözleşmenin Sona Ermesi

1. Genel Olarak

İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı yürürlükte bulunan TBK ile karşılaştırıldığında sözleşmeden dönme kavramı ile ilgili olarak köklü değişikliklere gitmektedir. İlk başta göze çarpan önemli değişiklik “sözleşmeden dönme (*Rücktritt*)” kavramının yerini, “sözleşmenin sona ermesi (*Aufhebung*)” kavramının almasıdır. Alacaklının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı Tasarı’nın 130. ile 134. hükümleri arasında düzenlenmektedir. Tasarı esas olarak, sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının kullanımını son çare ilkesine bağlamakta, sözleşmenin mümkün olduğu kadar ayakta kalmasını ve edim menfaatlerine ulaşılmasını sağlamaya çalışmaktadır⁶⁵.

Tasarı’nın 130. maddesi borçlu temerrüdü sonucu alacaklının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını ve bu hakkın kullanımının şartlarını düzenlemektedir⁶⁶. Tasarı’nın m.130/III düzenlemesinde bir diğer yenilik olarak dikkat çeken “sözleşmenin kısmen sona erdirilmesi” kavramına yer verilmektedir⁶⁷.

Yürürlükteki TBK’den farklı olarak Tasarı m.131 hükmü “diğer yükümlülük ihlalleri” başlığı altında alacaklının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını düzenleme altına almakta ve Tasarı’nın m.131/I

düzenlemektedir. Bu kapsamda tasarı, ifa etmeme üst başlığı altında temerrüt ve diğer borca aykırılık hâllerine yer vermektedir. Bu konuyla ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. AKÇAAL, s.535 vd.

⁶⁴ “Ausbleiben der Erfüllung” terimi geniş anlamda yorumlanmalı, yan yükümlülüklerin ihlali de olmak üzere kusurlu ya da kusursuz tüm borca aykırılık türleri, diğer bir anlatımla tüm ifa engelleri bu kavramın içine dahil edilmelidir.

⁶⁵ MÜLLER-CHEN, Markus: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, 2013, OR 2020, Art.130, s.384; GLATTHARD, Melchior: Das Rücktrittsrecht, Art. 97 Abs. 1 OR und die analoge Anwendung des Rücktrittsrechts nach Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 109 OR, 2020, s.127.

⁶⁶ Bu hakkın kullanımının şartları yönünden yürürlükte olan İBK m.107/II ve TBK.125/II hükümlerine göre farklılık taşımayan Tasarı’nın m.130/I hükmüne göre, alacaklı, temerrüde düşen borçlunun kendisine tanınan uygun süre içerisinde borcu ifa etmemesi hâlinde sözleşmeyi sona erdirebilir. Tasarı m.130/II hükmü ise uygun süre verilmesini gerektirmeyen durumları İBK m.108 ve TBK m.124 hükümlerine paralel şekilde açıkça düzenlemektedir.

⁶⁷ Sözleşmenin kısmen sona erdirilmesi hakkı” yürürlükte bulunan İBK ve TBK’da yer almayan bir düzenlemedir. Bu hükme göre, kısmî olarak ifa edilen borç alacaklı için faydasız değilse ve alacaklı bu kısmî ifayı kabul etmişse, borçlunun temerrüde düştüğü kısma ilişkin olarak alacaklı sözleşmeyi sona erdirebilir. Bkz. MÜLLER-CHEN, OR 2020, Art. 130, s.387.

Alacaklı bu durumda, kalan kısma karşılık gelen edimini ifa etmekten kaçınabilir ve daha önceden kendi edimini tamamen ifa etmişse ifa ettiği edimin ilişkin olarak belli oranda iade talep hakkına sahip olur. Alacaklının kendi edimini kısmî olarak ifa ettiği durumlarda da borçlunun kısmî olarak ifa ettiği edim ile alacaklının kısmî olarak ifa ettiği edim karşılaştırılmak suretiyle alacaklı yine belirli oranda iade talep hakkına sahip olabilir. Bkz. MÜLLER-CHEN, OR 2020, Art. 130, s.387.

Kısmî ifa alacaklı için bir fayda sağlamıyorsa, alacaklının sözleşmenin tamamını sona erdirebileceği Tasarı m.130/III hükmünün lafzından anlaşılmaktadır.

hükmü, sözleşmeden doğan yükümlülük ihlalinin esaslı olması durumunda alacaklıya sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı vermektedir⁶⁸. Tasarı'nın m.131/II hükmü ise hangi hâllerde alacaklının sözleşmeyi sona erdirmekte haklı sayılacağını düzenlemektedir⁶⁹.

Tasarı'nın m.132 hükmü ise yine köklü bir değişiklik olarak “öne alınmış borca aykırılık (*antizipierte Nichterfüllung*)” hâlinde sözleşmeyi sonlandırma hakkına yer vermektedir⁷⁰.

Alacağın devri yönünden değerlendirildiğinde devreden, devralanın yalnızca temerrüde düşmesi neticesinde değil esaslı borca aykırılık durumlarında⁷¹ da sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahip olur. Karşı edim borcunun bir kısmının ifa edildiği ve alacak hakkının da bölünebilir olduğu hâllerde sözleşmenin kısmen sona erdirilmesi hükmünden devreden faydalanabilir. Sözleşmenin sona erdirilmesini temerrütle sınırlamayan bu hükümlerin yerinde olduğu düşünülmektedir.

2. Sözleşmeyi Sona Erdirmenin Borç İlişkisine Etkisi

Yürürlükteki hukuk açısından son derece tartışmalı olan sözleşmeyi sona erdirmenin borç ilişkisine etkisi ise Tasarı'nın 134. maddesindeki atıf hükmüyle düzenlenmektedir. Söz konusu hüküm, sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda tasfiyeye ilişkin hükümlerin (m.79-84) uygulanacağını belirtmektedir. Bu hâliyle tasarının, akamete uğrayan sözleşmenin tasfiyesine dair tartışmaları ortadan kaldırmayı hedeflediği rahatlıkla söylenebilir.

Tasarı m.79/I hükmü, bir sözleşmenin geçersiz olması veya başka bir nedenle sona erdirilmesi hâlinde, sözleşmenin içerdiği hükümler ya da kanun hükümleri çerçevesinde tasfiye edileceğini düzenlemektedir⁷². Tasarı m.79/II hükmü ise ihtilâfın çözümüne ilişkin sözleşme hükümleri ile tarafların tasfiye ve tasfiye sonrası ilişkilerini düzenleyen hükümlerin geçerliliğini koruyacağını ihtiva etmektedir. Bu düzenlemeyle, tasfiyenin geçmişe etkili olacak şekilde borç ilişkisine etki etmeyeceği ve ifa edilmiş edimlerin geçerliliğini koruyacağı⁷³ ve tasfiye ilişkisinin başlamasıyla kaynağını yine sözleşmeden alan iade talebinin sözleşmenin konusunu oluşturacağı öğretide ifade edilmektedir⁷⁴. Tasarı m.80 hükmü ise, sözleşmeden doğan borç ilişkisinin tasfiye

⁶⁸ MÜLLER-CHEN, OR 2020, s.388.

⁶⁹ Buna göre, yükümlülük ihlali, alacaklıyı, sözleşmeden beklediği menfaatten önemli derecede yoksun bırakıyorsa veya söz konusu edimin ifası sözleşmenin temelini diğer bir ifadeyle esasını oluşturuyorsa alacaklı sözleşmeyi sona erdirebilir. Söz konusu hüküm, İBK ve TBK yönünden karşılaştırıldığında tamamen yeni bir düzenleme olup, borçlu temerrüdü dışındaki borca aykırılık hâllerinden doğan sözleşmenin sona erdirilmesi hakkını yeknesak bir yapıya kavuşturmayı amaçlamaktadır. Görüleceği üzere, alacaklının bu hakkını kullanması borçlunun temerrüde düşmesi, borçluya aynen ifa için uygun süre verilmesi gibi şartlardan aridir. Burada önemli olan, sözleşmeden doğan borca aykırılığın esaslı yapıya sahip olmasıdır. Borçlu temerrüdünde olduğu gibi, alacaklı sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını, borçlunun borca aykırılığın meydana gelmesinde sorumlu olmadığını ispatladığı hâllerde dahi kullanabilecektir. İfa imkânsızlığı, niteliğe ilişkin kötü ifa hâlleri veya yapma ile yapmama (rekabet etmeme yükümlülüğü vb.) borçlarına ilişkin ifa ihlalleri durumlarında bu hüküm uygulama alanı bulur. Tasarı m.131 hükmünün uygulama alanı bulacağı borca aykırılık durumlarında da alacaklıya sözleşmeyi kısmen sona erdirmeye hakkı tanınması gerektiği öğretide ifade edilmektedir. Bu konuyla ilgili detaylı açıklamalar için bkz. MÜLLER-CHEN, OR 2020, s.388 vd.

⁷⁰ Söz konusu hükme göre, borcun muaccel olmasından önce borçlunun, sözleşmenin sonlandırılmasına sebep olacak şekilde borca aykırı davranacağı kesin olarak anlaşılıyorsa alacaklı sözleşmeyi sona erdirebilir. Alacaklının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanması için borcun muaccel hâle gelmesini beklemesine gerek bulunmamaktadır. Alacaklının öne alınmış borca aykırılığa istinaden sözleşmeyi sona erdirebilmesi için, borçlunun borca aykırı davranacağına açıkça belli olması, bunun borcun muacceliyetinden evvel meydana gelmesi ve son olarak borca aykırılığın m.130-131'de yer alan kistalara göre sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı kılacak sebeplerden olması gerekmektedir. Borçlunun, ciddi ve kesin olarak borcunu ifa etmeyeceğini alacaklıya beyan etmesi veya davranışlardan açıkça borcunu ifa etmeyeceğinin ya da ifa etmek istemediğinin anlaşılması hâlinde bu hakkın kullanılabilmesi söz konusu olur. Yine borçlunun, işin niteliğine göz önünde tutulmak suretiyle, borcun muacceliyetine kısa bir zaman kalmasına rağmen borcun ifasına hiç başlanmamış olması alacaklıya bu hakkı verebilir. Borcun ifa edilip edilemeyeceği yönündeki şüphe alacaklının bu hakkı kullanmasına imkân vermez. Ancak, alacaklı bu durumda kendi borcunu ifadan Tasarı m.123 hükmü uyarınca kaçınabilir. Bkz. MÜLLER-CHEN, OR 2020, s.393.

Öne alınmış borca aykırılık kavramı esasen Türk Borçlar Kanunu'na yabancı bir kavram değildir. TBK m.473 eser sözleşmesinde iş sahibine, eseri teslim borcunun muaccel olmasından önceki dönemde kullanılabilme imkânı veren ve iş sahibinin dilerse faydalanabileceği hukuksal koruma araçları sunmaktadır. Bu hukuksal koruma araçlarından birini sözleşmeden erken dönme (TBK m.473/I), diğerini ise işin onarım veya devamının üçüncü kişiye bırakılması (TBK m.473/II) oluşturur. Bu bakımda Tasarı, öne alınmış borca aykırılığı tüm sözleşmelere uygulanacak şekilde düzenlemektedir.

⁷¹ Esaslı borca aykırılık kavramı da mevcut TBK ve İBK'da yer almayan yeni bir kavramdır.

⁷² Taraflar arasındaki tasfiye ilişkisini düzenleyen bu hükümler, borca aykırılık hâlleriyle sınırlı kalmaksızın sözleşmenin geçersizliği (irade bozukluğu, kanunun emredici hükümlerine aykırılık, başlangıçtaki imkânsızlık vb.) hâllerinde de uygulama alanı bulur. Tasarı bu şekilde tasfiyeye ilişkin hükümlerin uygulama alanını geniş bir tabana yaymaya çalışmaktadır. Bkz. SCHMIDLIN, Bruno: Das Schweizer Obligationenrecht 2020, SJZ 111/2015 S.25, s.29; LEHMANN, Matthias, Innovation durch den OR 2020-Entwurf: Die Vorschriften über die Liquidation, SZW 2015 S. 337, s.337.

⁷³ HUGUENIN, Claire/HILTY, Reto M./PURTSCHERT, Tina: Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (OR 2020), 2013, Art. 79, s.258.

⁷⁴ HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, OR 2020, Art. 80, s.260; SCHMIDLIN, s.29.

edileceği zamanın hangi kıstaslara göre tespit edileceğini belirtmektedir. Sözleşmenin niteliği⁷⁵, tasfiyenin sebebi veya ifanın derecesi burada göz önünde tutulması gereken kıstaslardır.

İfade başlıklı (*Rückerstattung*) Tasarı m.81 hükmü ifa edilmiş edimlerin iadesine ilişkin olarak düzenlenen genel bir hükümdür. Tasarı m.81/I hükmü, ifa edilmiş edimlerin geri verileceğini düzenlerken, m.81/II hükmü ise ifa edilen edimlerin aynen geri verilmesinin imkânsız olması ya da geri vermenin makul olmayan sonuçlar doğurması durumunda, edimin kaim değerinin ödeneceğini düzenlemektedir. Tasfiye ilişkisinin başlamasıyla tarafların sözleşmeden doğan gelecekteki edimleri ifa etme yükümlülükleri ortadan kalkacak, fakat bu durum tarafların tasfiye ilişkisinden kaynaklı gelecekte doğacak borçlarını etkilemeyecektir⁷⁶. Bu bağlamda, tarafların ifa edilmiş edimlerin iadesi ya da kaim değerinin ödenmesine yönelik borçları devam eder. Diğer bir anlatımla, sona erdirilen sözleşmeden doğan borçların yerini sözleşmesel iade talebi alır⁷⁷.

Diğer bir önemli nokta ise, sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin uygulanabilir nitelikte olması veya durumun gerektirmesi ve yine tasfiye sürecinde yerine getirilmesi gereken yükümlülüklerle ilgili olması durumunda tasfiye ilişkisinin sonuna kadar etkisini korumasıdır⁷⁸. Tasarı m.81 ve m.82 hükümleri niteliği itibarıyla yorumlayıcı hukuk kuralı olup, tarafların sözleşmede özel bir tasfiye rejimi öngörmemeleri veya hukuka aykırı bir tasfiye rejimine yer vermeleri hâlinde uygulama alanı bulur⁷⁹. Tasarı m.81/II hükmünde yer alan kaim değer, edimin parasal değerini ifade etmekte olup, sadece verme borçları yönünden değil aynen geri vermenin mümkün olmadığı yapma ve yapmama borçları yönünden de uygulanır⁸⁰.

Tasarı hükümleri yürürlükte bulunan hükümlere göre daha esnek bir yapıya sahiptir. Tasarı, sözleşmenin sona erme sebebine değil sözleşmenin sona ermesinin sonuçlarına odaklanmaktadır. Örnek olarak, tasfiye zamanı ile ilgili olarak tasarı sözleşmenin geçmişe etkili veya ileriye etkili sona erip ermemesi konusunu göz önünde tutmamakta, bu zamanın belirlenmesinde sözleşmenin niteliği ve ifanın derecesini dikkate almaktadır⁸¹. Tasarı, sözleşmenin sona ermesinin borç ilişkisine etkisi yönünden yeni dönme teorisini merkeze almaktadır. Aynen geri vermenin mümkün olmadığı durumlarda kaim değer ödeneceğini açıkça belirterek, kaim değer nasıl hesaplanması gerektiğini ilişkin de düzenlemelere yer vermek suretiyle buna dair tartışmaları sona erdirmeyi hedeflemektedir.

Tasarının bu düzenlemesiyle, yeni dönme teorisini benimsediği savunulabilir. Buna bağlı olarak, ivazlı alacağın devri sözleşmesinde, sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda kanunî borç ilişkisi teorisi uygulama alanı bulmaz. Sözleşmenin sona ermesiyle birlikte alacak hakkını devreden, karşı edim borçlusu devralana karşı alacak hakkının iadesine yönelik olarak alacak hakkına sahip olur. Diğer bir ifadeyle, alacak hakkı kendiliğinden devralanın malvarlığına geçmez.

3. Tazminat

Tasarı m.118/I hükmünün, borçlunun borcunu ifa etmemesi hâlinde alacaklının sahip olduğu haklar arasında sözleşmeyi sona erdirmeye ve tazminat talep etme hakkına yer verdiğini daha önce de belirtmiştik. Tasarı m.118/II hükmü uyarınca, bu haklar birbirleriyle çelişmedikleri sürece alacaklı tarafından beraber ileri sürülebilmektedir.

Sözleşmenin sona erdirilmesi sonrası tasfiye hükümlerinin uygulama alanı bulacağı göz önünde tutulduğunda, Tasarı m.84 hükmü, sözleşmenin tasfiyesine neden olan tarafın, durumun gerektirmesi hâlinde, diğer tarafın sözleşmenin ifasına yönelik olarak yaptığı harcamaları tazmin etmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Esasen bu zarar kalemi niteliği itibarıyla bir olumsuz zarar kalemidir. Zira burada zarar, sözleşmenin hüküm ifade edeceğine duyulan güvene dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Tasarının bu hükmüyle sanki sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda genel bir olumsuz zarar talebi yerine sadece sözleşmesinin ifası için yapılan harcamaları kapsar bir olumsuz zarar talebi öngördüğü düşünülebilir. Ne var ki, yukarıda yer verdiğimiz Tasarı m.118/I hükmünde alacaklının tazminat talep hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmekte, bu tazminatın niteliğinin olumlu veya olumsuz zarar olduğu yönünde ise bir sınıflandırma yapılmamaktadır. Alacaklının Tasarı m.118/I hükmü uyarınca borçludan olumsuz zarar tazmini talebinde

⁷⁵ Bu kıstasta göz önünde tutulması gereken hususları örnekler üzerinden belirtmek gerekirse, örneğin sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen sözleşme ya da sürekli edimli sözleşme olması ya da sözleşmeden doğan borcun yapma, katlanma ya da yapmama borcu niteliğinde olması veya edim konusunun bir eşya ya da hizmet borcu olmasıdır.

⁷⁶ HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, OR 2020, Art. 81, s.265.

⁷⁷ HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, OR 2020, Art. 81, s.265.

⁷⁸ HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, OR 2020, Art.80, s.261- Art. 81, s.266.

⁷⁹ HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, OR 2020, Art. 81, s.266.

⁸⁰ HUGUENIN/HILTY/PURTSCHERT, OR 2020, Art. 81, s.267.

⁸¹ LEHMANN, s.339.

bulunabileceği ortadayken, Tasarı m.84 hükmünde olumsuz zarar niteliğinde olan sözleşmenin ifasına yönelik yapılan masrafların özel olarak düzenlenmesi eleştiriye açık bir düzenlemedir. Burada, sözleşmenin sona ermesi durumunda olumsuz zarar kalemi olarak sadece sözleşmenin ifasına yönelik yapılan masrafların mı talep edilebileceği şeklinde bir tartışmaya sebebiyet verilmemesi gerekir. Ayrıca gözden kaçırılmamalıdır ki, Tasarı m.118/II doğrultusunda sözleşmenin sona ermesi neticesinde olumlu ve olumsuz zarar kalemlerinin beraber talep edilebilmesi mümkün değildir.

V. SONUÇ

İvazlı alacağın devrinde ivazın konusunu verme, yapma veya yapmama borcu oluşturabilir. Karşı edim borçlusu devralanın bu borcu ifade temerrüde düşmesi durumunda devreden TBK m.125 uyarınca sözleşmeden dönme seçicilik hakkını kullanabilir. Sözleşmeden dönmeyen borç ilişkisine etkisi öğretide tartışmalıdır. Devreden sözleşmeden dönme seçicilik hakkını kullanmasına bağlı olarak benimsediğimiz kanunî borç ilişkisi teorisi gereğince, alacağın devri sözleşmesi geçmişe etkili olacak şekilde sona erer ancak, bu durum tasarruf işleminin geçerliliğini ortadan kaldırmaz. Bu sonuca bağlı olarak, alacak hakkı kendiliğinden devralanın malvarlığına geçmez. Devreden sebepsiz zenginleşme hükümlerinin kıyasen uygulanmasına dayalı olarak alacak hakkının iadesine ilişkin alacak hakkına sahip olur. Devreden alacak hakkının iadesi talebi, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davasına (*condictio ob causam finitam*) dayanır. Bununla beraber, sözleşmeden dönme neticesinde devreden, devralandan uğradığı olumsuz zararın tazminini talep edebilir.

Yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda borca aykırılığın sebebine odaklanan bakış açısı, İsviçre Borçlar Kanunu Genel Tasarısı'nda temelden değiştirilmektedir. Tasarı borca aykırılığın sebebinden çok, borca aykırılığın sonuçlarına odaklanmaktadır. Tasarı sözleşmeden dönme terimini ortadan kaldırmakta, bunun yerine sözleşmenin sona ermesi kavramını kullanmaktadır. Bununla beraber, sözleşmenin sona ermesinin borç ilişkisine etkisiyle ilgili var olan öğretideki tartışmaları sona erdirmeyi hedeflemekte ve yeni dönme teorisini benimseyen bir kural getirmektedir. Sözleşmenin kısmen sona erdirilmesi kurumu da uyumsuzlukların çözümüne katkı sağlayacak bir düzenleme olarak göze çarpmaktadır. Bu düzenlemeler ışığında ivazlı alacağın devrinde devreden, karşı edim borçlusu devralanın yalnızca temerrüde düşmesi neticesinde değil esaslı borca aykırılık durumlarında da sözleşmeyi sona erdirme hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir. Karşı edim borcunun bir kısmının ifa edildiği ve alacak hakkının da bölünebilir olduğu hâllerde sözleşmenin kısmen sona erdirilmesi hükmünden devreden faydalanabilir. Tasarı'nın yeni dönme teorisini benimseyen yapısı, alacağın devri sözleşmesinin sona erdirilmesi durumunda devredilen alacağın kendiliğinden devreden malvarlığına geçmeyeceğine işaret etmektedir.

Alacağın devriyle ilgili TBK'da yer alan düzenlemelerin, karşı edim borçlusu devralanın borca aykırılığı durumuna ilişkin olarak tatminkâr çözümler sunmadığı savunulabilir. Bu sebeple, alacağın devri sözleşmesine özgü olarak yeni düzenlemelerin varlığı bir noktada bu ihtiyacı giderebilir. Ancak, kazuistik yöntem yerine, borca aykırılığın sonuçlarını yeknesak şekilde düzenleyen bir sistemin varlığı bu tür uyumsuzlukların giderilmesine kökten bir çözüm sunabilecektir.

Yazar Beyanı | Author's Declaration

Mali Destek | Atıf Şekli: Yazar Güray TÜRKER, bu çalışmanın araştırılması, yazarlığı veya yayınlanması için herhangi bir finansal destek almamıştır. | Güray TÜRKER who is author, has not received any financial support for the research, authorship, or publication of this study.

Yazarların Katkıları | Authors's Contributions: Bu makale yazar tarafından tek başına hazırlanmıştır. | This article was prepared by the author alone.

Çıkar Çatışması/Ortak Çıkar Beyanı | The Declaration of Conflict of Interest/Common Interest: Yazar tarafından herhangi bir çıkar çatışması veya ortak çıkar beyan edilmemiştir. | No conflict of interest or common interest has been declared by the author.

Etik Kurul Onayı Beyanı | The Declaration of Ethics Committee Approval: Çalışmanın herhangi bir etik kurul onayı veya özel bir izne ihtiyacı yoktur. | The study doesn't need any ethics committee approval or any special permission.

Araştırma ve Yayın Etiği Bildirgesi | The Declaration of Research and Publication Ethics: Yazar Güray TÜRKER, makalenin tüm süreçlerinde İnÜHFD'nin bilimsel, etik ve alıntı kurallarına uyduğunu ve verilerde herhangi bir tahrifat yapmadığını, karşılaşılabilecek tüm etik ihlallerde İnÜHFD'nin ve editör kurulunun hiçbir sorumluluğunun olmadığını ve bu çalışmanın İnÜHFD'den başka hiçbir akademik yayın ortamında değerlendirilmediğini ve yayınlanmadığını beyan etmektedir. | Güray TÜRKER who is author, declares that he complies with the scientific, ethical, and quotation rules of InULR in all processes of the paper and that he does not make any falsification of the data collected. In addition, he declares that both Inonu University Law Review and its editorial board have no responsibility for any ethical violations that may be encountered, and that this study has not been evaluated and published in any academic publication environment other than Inonu University Law Review.

KAYNAKÇA

- AKÇAAL, Mehmet: İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı'nda (OR. 2020) İfa Engellerinin Şartları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 68(3), 2019, s.529-550.
- ANTALYA, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,3 Borçların İfası ve Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları: Borcun İfa Edilmemesi-Borçlunun Temerrüdü, Ankara 2019.
- ATAMER, Yeşim M.: "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematiği", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C.I, İstanbul 2010, s.317-361.
- AYİTER, Kudret: Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri, Ankara 1953.
- BECKER, Hermann: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Obligationenrecht I. Abteilung Band VI Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183, 2. Aufl., Bern 1941.
- BUCHER, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
- BUZ, Vedat: Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C.I, İstanbul 2010, s.611-662 (Tasfiye).
- BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 2014 (Sözleşmeden Dönme).
- EHRAT, Felix R.: Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich 1990.
- ENGİN, Baki İlkey: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24.B, Ankara 2019.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, Doktora Tezi, İstanbul 2007.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, 2.B., İstanbul 1977.
- FIKENTSCHER, Wolfgang/HEINEMANN, Andreas: Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006.
- GAUCH, Peter/SPIRIG, Eugen: Obligationenrecht Zürcher Kommentar zur 1. Und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) Teilband V1k Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme Erste Lieferung Art.164-174 OR, 3.Aufl., Zürich 1993.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 9. Aufl., Zürich 2008.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID, Jörg/EMMENEGGER, Susan: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, 10.Aufl., Zürich 2014.
- GLATTHARD, Melchior: Das Rücktrittsrecht, Art. 97 Abs. 1 OR und die analoge Anwendung des Rücktrittsrechts nach Art. 107 Abs. 2 OR und Art. 109 OR, 2020.
- GLÄTTLI, Elisabeth: Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt-eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen, SJZ 93 (1997) Nr.11
- GLASL, Daniel G.: Die Rückabwicklung im Obligationenrecht, Zürich 1991.
- GONZENBACH, Rainer: Culpa in contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4.B., İstanbul 2017.
- HONSELL, Heinrich: Kritische Bemerkungen zum OR 2020, Schweizerische Juristen-Zeitung, SJZ 109/2013.
- HOWALD, Martin: Der dingliche Vertag, Zürich 1946.
- HUGUENIN, Claire/HILTY, Reto M./PURTSCHERT, Tina: Schweizer, Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil (OR 2020), 2013.
- KELLER, Max: Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Zürich 1949.
- KELLER, Max/SCHÖBI, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht Band I Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel und Frankfurt 1988.
- LEHMANN, Matthias: Innovation durch den OR 2020-Entwurf: Die Vorschriften über die Liquidation, SZW 4/2015.
- LEMP, Paul: Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Bern 1959.
- MÜLLER-CHEN, Markus: Schweizer, Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, 2013.
- NOMER, Halük Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.B., İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 25.B., İstanbul 2019.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 15.B., İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 13.B., İstanbul 2017.
- OSER, Hugo/SCHÖNENBERGER, Wilhelm: Kommentar Zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch V. Band Das Obligationenrecht Erster Halbband: Art 1-183, 2. Aufl., Zürich 1929.
- ÖZ, Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- ÖZMEN, Etem Saba: 2014/12321 Başvuru Numaralı Faik Tari ve Sultan Tari Başvurusuna İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin Fahiş Hatalı Kararının Eleştirisi, TBB Dergisi, 2018 (135) s.423-448.
- ÖZMEN, Etem Saba/BİLGİN YÜCE, Melek: "Taşınmaz Satış Vaadlerinde Tarih Önceliğine Üstünlük Taniyan Yargıtay Kararlarına İlişkin Düşünceler", Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 2001, s.952-998.
- SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K., Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler, İstanbul 1958.
- SCHENKER, Franz: Die Voraussetzungen und Die Folgen des Schuldnerverzuges im Schweizerischen Obligationenrecht, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1988.
- SCHMIDLIN, Bruno: Das Schweizer Obligationenrecht 2020, SJZ 111/2015 S.25.
- SCHWENZER, Ineborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Bern 2009.
- SELİÇİ, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.
- SEROZAN, Rona: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, 7.B., İstanbul 2016 (İfa Engelleri).
- SEROZAN, Rona: Sözleşmeden Dönme, 2.B., İstanbul 2017 (Sözleşmeden Dönme)
- SEROZAN, Rona: Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, İÜHFM, LVIII(1-2), s.231-248 (Alman İfa Engelleri)
- TANDOĞAN, Halük: Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, Ankara 1961.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.B., İstanbul 1993.

- TUNÇOMAĞ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku I. Cilt Genel Hükümler, 6.B., İstanbul 1976.
- ULUSAN, İlhan: İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul 2014 (Tasarruf İşlemi).
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı, BÜHFD, 13(169-170), s.203-256 (Sözleşmeye Aykırılık)
- VON BÜREN, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich, 1964.
- VON TUHR, Andreas/ESCHER, Arnold: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, Zürich 1974.
- VON TUHR, Andreas/PETER, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Erster Band, 3. Aufl., Zürich 1974.
- WEBER, Rolf H.: Berner Kommentar Band VI Das Obligationenrecht 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen 5. Teilband Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109, Bern 2000.
- WIEGAND, Wolfgang: Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, Herausgeber Honsell/Vogt/Wiegand, 4. Aufl., Zürich 2007.