

## İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU GENEL HÜKÜMLER TASARISI'NDA (OR. 2020) İFA ENGELLERİNİN ŞARTLARI

*The Conditions For Non-Performance Under the 2020 Draft of the  
Swiss Code of Obligations General Provisions*

**Mehmet AKÇAAL\***

### ÖZ

Günümüzde borçlar hukuku alanında ziyadesiyle önemli gelişmeler ve değişiklikler yaşanmaktadır. Bunlardan biri de, çoğunluğu İsviçre Üniversitelerinde çalışan akademisyenler tarafından hazırlanan ve beş yıllık bir çalışmanın eseri olan İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı (OR. 2020)'dir. Akademisyenleri böyle bir Tasarı hazırlamaya teşvik eden güç ise, hukukî mes'elelerine çözüm yolu arayanlar için mevcut hukukun artık yeterince deva olamamasıdır. Çalışma konusu Tasarı kapsamındaki en önemli değişikliklerden biri de ifa engelleri alanında, özellikle de şartlarında öngörülmektedir. Bu sebeple, çalışma kapsamında ifa engellerinin şartları, borçlunun sorumluluktan kurtulması ile yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk konuları incelenmiştir. Yani, çalışmanın konusu, Tasarı m. 118-122 hükümleridir. Bahse konu çalışma, Türk Hukuku bakımından da son derece faydalıdır. Zira, mehz Kanun için teklif edilen böyle köklü bir değişiklik, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun müstakbel seyri ve akıbeti bakımından da ziyadesiyle önemlidir. Zira, Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan ayrı düşünülemez. Çünkü, gelecekte Türk Borçlar Kanunu'nda bir değişikliğe (revizyona) gidildiği takdirde, kaynak olarak yine İsviçre Borçlar Kanunu'ndan istifade edilecektir.

---

**Makalenin Geliş Tarihi:** 06.05.2019 **Makalenin Kabul Tarihi:** 20.11.2019

\* Dr. Öğr. Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı  
E-Posta: mehmetakcaal@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-3228-8486

**Anahtar Kelimeler:** OR. 2020, İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı, Sözleşmenin ihlâli, İfa engelleri, Borçlu temerrüdü

### ABSTRACT

There are very important amendments regarding the Law of Obligations. One of them is the 2020 Draft of The Swiss Code of Obligations regarding the general provisions. The Draft is the result of a study for five years by the authors who work mostly in Swiss Universities. The motivation for the authors is the Swiss Code of Obligations not to be resolution for the legal issues. One of the most substantial amendments in the Draft is about the non-performance and the conditions for it in particular. So the subject of this study is the conditions for the non-performance, liberation of debtor and liability for associates. This article analyses the conditions of non-performance between Art. 118 and Art. 122 of the Draft. The reason why this study is important for Turkish law is the Swiss Code of Obligations is the source of Turkish Code of Obligations. If the Turkish Code of Obligations is amended as in the Draft in the future, the Swiss Code will be an indispensable reference for Turkish legal system, as well.

**Keywords:** OR. 2020, 2020 Draft of The Swiss Code of Obligations regarding General Provisions, Breach of contract, Types of non-performance, Default of debtor.

### 1. GİRİŞ

İfa engellerinin İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı (OR. 2020)'ndeki düzenlemesi, Türk<sup>1</sup>-İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki mevcut hükümlerden (TBK. m. 112 vd.; İBK. m. 97 vd.) esaslı bir biçimde farklıdır<sup>2</sup>. Bu sebeple, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, öncelikle Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki mevcut düzenleme (de lege lata) hakkında ana hatlarıyla bilgi verilmiştir. Daha sonra ise, Tasarı'nın ilgili hükümleri (m. 118-122) genel bir biçimde açıklanmıştır. Nihayet, bahse konu Tasarı'daki her bir madde incelenmiştir.

---

<sup>1</sup> Bkz. RG. T. 04.02.2011, S. 27836.

<sup>2</sup> Müller-Chen, Markus, Huguenin, Claire / Hilty, Reto M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013, s. 346.

İfa engellerine ilişkin Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki mevcut düzenlemenin (lex lata) merkezinde, borcun ifa edilmemesinin gerekçesinin, daha doğrusu türünün ne olduğu yer alır. Borcun ifa edilmemesi (Nichtleistung=Nichterfüllung) kavramı ise, hiç ifa etmeme ile gereği gibi ifa etmemeyi kapsar<sup>3</sup>.

Borcun ifa edilmemesinin sonuçları, ifa etmemenin türüne göre birbirinden farklıdır. Gerçekten de, imkânsızlık, kötü ifa ve temerrüt halinde alacaklıya tanınan imkânlar ziyadesiyle çeşitlidir. Bunlar, aynen ifa, tazminat, sözleşmeden dönme, bedelde indirim, ücretsiz onarım ile malın değiştirilmesini talep etme hakkıdır. İfa etmemenin bahsi geçen sonuçları, Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nun tamamına yayılmış haldedir<sup>4</sup>. Görüldüğü üzere, Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nun ifa engellerine dair hükümlerinin birbiriyle uyumlu bir bütün teşkil ettiğinden bahsedilemez. Dolayısıyla, mevcut Kanun'daki ifa engelleri bakımından ciddi bir değişikliğe (revizyona) ihtiyaç vardır<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Fikentscher, Wolfgang / Heinemann, Andreas, Schuldrecht, 10. Auf., Berlin 2006, s. 187 vd.; Gauch, Peter / Schlupe, Walter R. / Schmid, Jörg / Rey, Heinz, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. 2, 7. Auf., Zürich 1998, s. 91 vd.; Honsell, Heinrich / Vogt, Peter Nedim / Wiegand, Wolfgang, Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-519 OR, 6. Auf., Basel 2015, s. 584 vd.; Tandoğan, Halûk, Türk Mes'uliyet Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 395 vd.; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 1053; Tekinay, Selâhattin S. / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atillâ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 851; Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 13. Baskı, İstanbul 2015, s. 366; Kocayusufpaşaoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin / Serozan, Rona / Arpacı, Abdükadir, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Baskı, İstanbul 2016, s. 130 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017, s. 803 vd.; Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2017, s. 225 vd.; Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 257 vd.; Zevkliler, Aydın / Ertuş, Şeref / Havutçu, Ayşe / Aydoğdu, Murat / Cumalıoğlu, Emre, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, İzmir 2013, s. 312; Sert, Selin, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013, s. 16.

<sup>4</sup> Bunlardan Genel Hükümler bakımından önem arz edenleri ise, TBK. m. 27 (İBK. m. 20), TBK. m. 112 (İBK. m. 97), TBK. m. 117 vd. (İBK. m. 102 vd.) ile TBK. m. 136 (İBK. m. 119) hükümleridir. İfadın kaçınma hakkı (Leistungsverweigerungsrechte) ise, esas itibarıyla TBK. m. 97-98 (İBK. m. 82-83)'de düzenlenmiştir. Keza, Özel Hükümler (İBK. m. 183 vd.), özel ve kısmen farklı birtakım düzenlemeler (TBK. m. 227 vd.; İBK. m. 205 vd. gibi) ihtiva etmektedir (Müller-Chen, s. 346).

<sup>5</sup> Atamer, Yeşim M., Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'nin İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış, Milletlerarası Satım Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 222; Müller-Chen, s. 346.

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki değişiklik ihtiyacını şu misal çok güzel ifade etmektedir. Meselâ, satıcı (A), (B)'ye 21 Haziran 2018'de otomatik vitesli ikinci el bir otomobili teslim etmeyi taahhüt etmiştir. Burada birinci ihtimal, 21 Haziranda otomobilin teslim edilmemiş olmasıdır. Bu takdirde, (B)'nin sahip olduğu imkânlar, satılanın tesliminin halen mümkün olup olmamasına göre değişir. İlk olarak, şayet edimin ifası henüz mümkünse, temerrüt hükümleri (TBK. m. 117 vd.; İBK. m. 102 vd.) uygulanır. Bu sebeple, (B), aynen ifa ile birlikte varsa gecikmeden doğan zararının tazminini talep edebilir. Ayrıca, alacaklı, tam iki tarafa (karşılıklı) borç yükleyen sözleşmelerde borçluya uygun bir süre vermek kaydıyla (TBK. m. 123-124; İBK. m. 107-108) müspet zararın tazmini ile sözleşmeden dönme ve menfi zararın tazmini haklarına da sahip olur (TBK. m. 125/II; İBK. m. 107/II)<sup>6</sup>.

Yukarıdaki misale ilişkin diğer bir ihtimal, borcun ifasının imkânsız hale gelmesidir. Nitekim, yukarıdaki misaldeki otomobilin yok olmasında durum böyledir. Bahse konu ihtimalde de, borcun ifa edilmemesinin sonuçları imkânsızlığın türüne göre değişiklik gösterir. Edimin başlangıçtan itibaren imkânsız olması (başlangıçtaki imkânsızlık) halinde sözleşme kesin hükümsüzlük (butlan) müeyyidesine tâbidir (TBK. m. 27; İBK. m. 20). Sonraki imkânsızlıkta ise, öncelikle parça borcunun mu, yoksa cins borcunun mu söz konusu olduğuna bakılmalıdır. Keza, böyle bir halde (A)'nın kusurlu olup olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu kapsamda, ilk olarak borçlanılan edim parça mal olup da bu malın teslimi (A)'nın kusuru neticesinde imkânsız hale gelmiş olabilir. Yani, somut olayda kusurlu sonraki ifa imkânsızlığı söz konusu olabilir. Böyle bir halde, artık (A)'dan otomobilin teslimi talep edilemez; onun yerini tazmin yükümlülüğü alır (TBK. m. 112; İBK. m. 97/I). Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlıkta ise, edim hasarına kural olarak alacaklı katlanır. Bunun anlamı, borçlunun hiçbir tazminat ödemeksizin edim yükümlülüğünden kurtulmasıdır. Bedel hasarına ise kural olarak borçlu katlanır. Bundan maksat ise, kendi edim yükümlülüğünden kurtulan borçlunun karşı edime (bedele) hak kazanamamasıdır. Yukarıda gösterilen misalde (A)'nın otomobili teslim

<sup>6</sup> Gauch / Schluep / Schmid / Rey, s. 191 vd.; Honsell / Vogt / Wiegand, s. 638 vd.; Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auf., Zürich 1988, s. 355 vd.; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 501; Eren, Genel, s. 1126 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 960 vd.; Oğuzman / Öz, s. 503 vd.; Serozan, İfa, s. 232 vd.; Kılıçoğlu, s. 911 vd.; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 338 vd.

borcu sona erer, ancak buna mukabil bedel alacağı da sona erer. Yani (B)'nin satış bedelini ödeme borcu devam etmez. Satış sözleşmesinde de hasar teslimle alıcıya geçtiğinden durum budur. Ancak TBK. m. 208/II-III'te belirtilen istisnai hallerde meselâ alıcı temerrütte iken imkânsızlık gerçekleşirse bedel hasarı teslimden önce alıcıya geçmiş olur. Sadece böyle istisnai bir durumda alıcı imkânsızlık sebebiyle aracı elde edememesine rağmen satış bedelini ödemek zorunda kalır. Cins borcu bahse konu olduğu takdirde ise, (B)'nin aynen ifayı talep etme hakkı varlığını korur. Zira, cins yok olmaz (genus non perit)<sup>7</sup>.

Yukarıdaki misalde üçüncü ihtimal, (A)'nın 21 Haziran tarihinde otomatik değil de, düz (manuel) vitesli bir ikinci el otomobil teslim etmiş olmasıdır. Böyle bir halde, yanlış ifanın (aliud) mı yoksa, kötü ifanın (peius) mı söz konusu olduğuna göre, uygulanacak hükümler de değişiklik arz eder. Yanlış ifa, öngörülen parçadan başka bir parçanın teslimi halinde söz konusu olur. Keza, borçlu, yanlış bir çeşitten (türden) şeyle edimi yerine getirdiği takdirde de, yanlış ifa mevcuttur<sup>8</sup>. Yanlış ifa halinde, edim henüz ifa edilmediği için borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler (TBK. m. 117 vd.; İBK. m. 102 vd.) uygulanır. Kötü ifade ise, ifa edilen edimin nitelik yönünden eksik, kötü ve ayıplı olması söz konusudur<sup>9</sup>. Bu takdirde, ayıplı ifaya ilişkin özel hükümler (TBK. m. 219 vd.; İBK. m. 197 vd.) uygulanır<sup>10</sup>. Dolayısıyla, alıcının ayıptan sorumlulukla ilgili gözden geçirme ve bildirim külfetleri (TBK. m. 223; İBK. m. 201) ile iki yıllık zamanaşımına (TBK. m. 231; İBK.

<sup>7</sup> Eren, Genel, s. 344, 1062 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 904 vd.; Serozan, İfa, s. 81; Akıncı, Borçlar, s. 226 vd.

<sup>8</sup> Tandoğan, Mes'uliyet, s. 400; Eren, Genel, s. 941; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 762; Oğuzman / Öz, s. 272, dph. 86.

<sup>9</sup> Honsell / Vogt / Wiegand, s. 589; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 399-400; Eren, Genel, s. 1073; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 762, dph. 2b; Oğuzman / Öz, s. 468; Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 138, 151; Akıncı, Borçlar, s. 241.

<sup>10</sup> Ayıplı ifa, satış (TBK. m. 219 vd.), mal değişim (TBK. m. 284), kira (TBK. m. 304 vd.), evde hizmet (TBK. m. 463/II, 465), eser (TBK. m. 474 vd.) ile adi ortaklık (TBK. m. 621/III) sözleşmeleri bakımından Türk Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiştir. En kapsamlı düzenlemeler ise, satış, kira ve eser sözleşmelerinde yer almaktadır (Aral, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 112-113; Akıncı, Şahin, Kötü İfa - Eksik İfa - Ayıplı İfa Ayrımı ve Bu Ayrımın Hukukî Sonuçları, Medenî Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslar arası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk - İsviçre Medenî Hukuku 17-18-19-20 Şubat 2016, C. 2, Ankara 2017, s. 1395).

m. 210) ilişkin hükümlere uyması gerekir<sup>11</sup>. Sonuç olarak, Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda borcun ifa edilmemesinin sonuçları ihlâlin türüne bağlı olup, ziyadesiyle değişik şekillerde ortaya çıkar<sup>12</sup>.

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nun aksine, İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı'ndaki ifa engellerine ilişkin hükümlerin (Tasarı m. 118-134) ana hedefi, sebep (daha doğrusu ihlâlin türü) ve kusur merkezli mevcut sistemin yerini hukukî sonuç odaklı ve garanti benzeri bir modelin almasıdır. Bu yeni modelde ifa engellerini belirleyen husus, hukukî sebep yaklaşımı (cause approach) değil, hukukî sonuç (müeyyide) yaklaşımıdır (remedy approach=Rechtsfolgenorientation). Böylece, hukukta benzer olgulara benzer çözümler getirileceği için, eşitlik ve hukukî güvenlik de sağlanmış olur. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'ndan (CISG. m. 45 vd.) beri bütün reformlarda aynı yaklaşım benimsenmektedir<sup>13</sup>.

Mevcut düzenlemeye ilişkin yukarıda bahsedilen misalden hareketle, Tasarı m. 118 vd. hükümlerinin işlevinin kısaca açıklanmasında fayda vardır. Buna göre, ikinci el otomobil teslimden önce hasara uğradığı takdirde, Tasarı m. 118/I gereğince bir yükümlülük ihlâli bahse konu olur. Ne var ki, satıcı,

<sup>11</sup> Bunun haricinde, alacaklının İBK. m. 97'ye göre kötü ifaya (gereği gibi ifa etmemeye) dayanıp dayanamayacağı tartışmalıdır. Bahsi geçen tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Halûk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul 2008, s. 206-207; Aral / Ayrancı, s. 151-152; Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 64 vd. Ancak, Türk Hukuku için böyle bir tartışmaya artık gerek kalmamıştır. Zira, TBK. m. 227/II'de alıcının genel hükümlere göre tazminat talebi saklı tutulmuştur. Dolayısıyla, alıcı, satıcı aleyhine genel hükümlere göre tazminat davası açabileceği gibi, ayıptan sorumluluk hükümlerine (TBK. m. 219 vd.) de dayanabilir (Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 155-156; Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012, s. 104).

<sup>12</sup> Tandoğan, Mes'uliyet, s. 482 vd.; Eren, Genel, s. 1054 vd.; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 852 vd.; Serozan, İfa, s. 130 vd.; Kılıçoğlu, s. 806 vd.; Akıncı, Borçlar, s. 242; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / CumaHoğlu, s. 312 vd.

<sup>13</sup> Huber, Peter, CISG - Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları, Milletlerarası Satım Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 268; Serozan, İfa, s. 141; Atamer, s. 222 vd.; Sert, s. 60. Nitekim, DCFR. m. III. -3:101 vd.; PECL. m. 8:101 vd. ile UNIDROIT. ilkeleri m. 7.1.1. vd.'nda da hal böyledir. Gerçekten de, DCFR. m. III. - 2:101 vd.'nda İkinci Ayırım'da ifa konusu ele alındıktan sonra, "İfa Etmemenin Müeyyideleri (Remedies for non-performance)" başlıklı Üçüncü Ayırım'da (DCFR. m. III. -3:101 vd.'nda) ifa etmemenin türleri değil, hukukî sonuçları düzenlenmektedir. Aynı şekilde, PECL. m. 8:101 vd.'ndaki Sekizinci Ayırım "İfa Etmeme ve Genel Olarak Müeyyideleri (Non-Performance and Remedies in General)" şeklindedir. UNIDROIT. ilkeleri m. 7.1.1. vd.'ndaki 7. Ayırımın başlığı ise, "İfa Etmeme (Non-Performance)"dir.

sorumlu tutulamayacağı bir sebebin veya sorumsuzluk kaydının varlığı halinde yükümlülük ihlâlinden dolayı sorumlu tutulamaz (Tasarı m. 121-122), Ancak, yine de böyle bir halde yükümlülük ihlâli ortaya çıkar. Dolayısıyla, alıcı, bu halde her ne kadar aynen ifa, borçlu adına ifa etme ve tazminat talep edemezse de, sözleşmenin sona erdirilmesi hakkını kullanabilir. Böylece, alıcı kendi edimini ifa etmeksizin sözleşmeden kurtulabilir<sup>14</sup>.

## 2. BERCUN İFA EDİLMEMESİ HALİ

### I. Tasarı m. 118 Hükümünün Konusu ve Temel Düşüncesi

Tasarı m. 118 gereğince, bir yükümlülüğün ifa edilmemiş olması, sözleşmeden doğan (akdî) sorumluluğun temel unsurudur. Böylece, Tasarı'da yeknesak bir ifa etmeme hali öngörülmektedir. Gerçekten de, burada (Tasarı m. 118/I, lit. a-g'de) sınırlayıcı bir şekilde sayılan ve devamında (m. 123-134) ayrıntılı olarak düzenlenen alacaklı haklarının temelinde bahse konu ifa etmeme hali yer almaktadır. Buna göre, Tasarı yürürlüğe girdiği takdirde, sözleşmeye aykırılığın hukukî sonuçları, kural olarak artık ihlâlin türünden hareketle farklılık arz etmez. Bunun yerine, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması<sup>15</sup>, Alman Medenî Kanunu<sup>16</sup> ve Müşterek Hukuk (Common Law)<sup>17</sup> ile uyumlu olarak, bir yükümlülüğün ifa edilmemesi, alacaklının sahip olduğu haklar bakımından merkezî konumda bulunur<sup>18</sup>. Ne var ki, bu kural mutlak değildir. Gerçekten de, alacaklının aynen ifa (Tasarı m. 124 vd.) ile sözleşmenin sona erdirilmesi

<sup>14</sup> Müller-Chen, s. 349.

<sup>15</sup> CISG. m. 45'e göre, "(1) Satıcı, sözleşmeden veya bu Anlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmese, alıcı: (a) Madde 46 ilâ 52'de öngörülen haklarını kullanabilir. (b) Madde 74 ilâ 77'de öngörülen tazminatı talep edebilir. (2) Alıcı diğer hukukî imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez. (3) Alıcı, sözleşmenin ihlâl edilmesi halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan birine başvurduğu takdirde, satıcıya, bir mahkeme veya hakem tarafından ek süre tanınmaz".

<sup>16</sup> "Yükümlülüğün İhlâlinden Doğan Tazminat Talebi" başlıklı BGB § 280'e göre, "(1) Borçlunun borç ilişkisinden doğan bir yükümlülüğü ihlâl etmesi halinde, alacaklı meydana gelen zararın tazminini talep edebilir. Yükümlülük ihlâlinden dolayı borçlunun sorumlu tutulmadığı hallerde ise bu hüküm uygulanmaz. (2) Alacaklı, borçlunun temerrüdü halinde tazminat talebini ancak § 286'daki ilâve şartların varlığı halinde ileri sürebilir. (3) Alacaklı, ifanın yerine tazminatı ancak § 281, § 282 veya 284'teki ilâve şartların varlığı halinde ileri sürebilir".

<sup>17</sup> Gerçekten de, Kara Avrupası'ndan farklı olarak, Müşterek Hukuk'ta ifa engelleri birtakım kategorilerden hareketle ele alınmamaktadır. Aksine, burada da yeknesak bir sözleşmeye aykırılık modeli geçerlidir (Atamer, s. 224-225).

<sup>18</sup> Bahsi geçen çağdaş ifa engelleri modeli hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, İfa, s. 140.

(Tasarı m. 130 vd.) imkânlarına ilişkin olarak borçlu temerrüdü ile diğer yükümlülük ihlalleri arasında bir ayırım yapılmaktadır. Bu sebeple de, temel ifa etmeme haline ilişkin Tasarı m. 118 haricinde, temerrüdü düzenleyen ayrı bir hükme (Tasarı m. 120) ihtiyaç duyulmuştur<sup>19</sup>.

## II. Bir Yükümlülüğün İfa Edilmemesi

Tasarı m. 118/I'de sayılan hakların tamamı için tek bir şart aranır. Bu da, kanundan, sözleşmeden veya dürüstlük kuralından (TMK. m. 2/I; ZGB. Art. 2; BGB. § 242; CC. Art. 1134/III) doğan herhangi bir yükümlülüğün borçlu tarafından ifa edilmemiş olmasıdır. Buradaki yükümlülük kavramı, edim yükümlülükleri gibi, yan yükümlülükleri de kapsar<sup>20</sup>.

İfa etmeme kavramı, sadece borcun hiç ifa edilmemesi anlamına gelmeyip, bu deyim geniş anlaşılmalıdır. Dolayısıyla, yükümlülüğün ifa edilmemesi, ifa engellerinin tamamını kapsar<sup>21</sup>. Meselâ, ifa etmeme halinde alacaklıya tanınan haklar bakımından, kural olarak imkânsızlığın türünün bir önemi yoktur. Aynı şekilde, Tasarı m. 118/I hükmü, ayıplı ifayı da sözleşmenin müspet ihlâline dahil olduğu kabul edilen diğer bütün ihlâl türlerini de kapsar. Üstelik, Tasarı gereğince ifa etmeme hali, borçluya isnat edilip edilememesinden bağımsız bir şekilde ortaya çıkar. Bu sebeple, borçlu Tasarı m. 121 gereğince ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmasa bile sözleşmeye aykırılık yine de bahse konu olur<sup>22</sup>.

Tasarı m. 118/II'de, alacaklının sahip olduğu haklarını birlikte ileri sürebileceği açıklığa kavuşturulmaktadır<sup>23</sup>. İBK. m. 97/II'nin aksine, Tasarı m. 118'de İcra ve İflâs Kanunu ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na yönelik atıflara ise yer verilmemiştir. Bunun gerekçesi, bahsi geçen atfın salt açıklayıcı ve dolayısıyla gereksiz olmasıdır<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Müller-Chen, s. 348, 351.

<sup>20</sup> Yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14. Auf., München 1987, s. 8 vd.; Eren, Genel, s. 29; Kılıçoğlu, s. 40 vd.; Akıncı, Borçlar, s. 39. Yükümlülük ve dar anlamda borç ilişkisi deyimlerinin eş anlamlı olmadıkları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 30-31; Başpınar, Veysel, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004, s. 57.

<sup>21</sup> Honsell / Vogt / Wiegand, s. 584 vd.; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 395 vd.; Eren, Genel, s. 1053; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 851-852; Akıncı, Borçlar, s. 225.

<sup>22</sup> Müller-Chen, s. 352-353.

<sup>23</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. § 6, I.

<sup>24</sup> Müller-Chen, s. 351.



### 3. YARDIMCI KİŞİLERİN FİLLERİNDEN SORUMLULUK

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'na göre, borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını yardımcılarına bırakmışsa, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zarardan sorumludur (TBK. m. 116; İBK. m. 101). Ancak, borçlunun, yardımcı kişinin alacaklıya verdiği zarardan sorumlu tutulması için, kendisinin veya yardımcısının kusurunun gerekip gerekmediği hususu doktrinde tartışmalıdır<sup>25</sup>. Doktrin<sup>26</sup> ve uygulamadaki<sup>27</sup> hâkim görüşe göre, buradaki sorumluluk bir kusursuz sorumluluktur. Dolayısıyla, borçlunun veya yardımcı kişinin gerçek kusuruna ihtiyaç yoktur. Zira söz konusu sorumluluk yardımcı kişinin değil, borçlunun farazî kusuruna dayanır. Bu sebeple, yardımcı kişinin zarar verici davranışını bizzat borçlu yapmış olsaydı, bu davranış onun için kusurlu sayılacak idiyse, borçlunun farazî kusuru gerçekleşmiş olur.

Yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk mes'elesi, Tasarı'nın 119. maddesinde öngörülmektedir. Böylece, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk, mevcut hükme (TBK. m. 116; İBK. m. 101) ilişkin doktrindeki hâkim görüşe uygun olarak düzenlenmektedir. Buna göre, borçlu, borcun ifası veya bir hakkın kullanılması için yardımcı kişiden istifade ederse, onun verdiği zarardan sorumlu tutulur. Böyle bir halde, borçlunun sorumluluktan kurtulması için, zarar verici davranış bizzat yapmış olsaydı dahi bundan dolayı sorumlu tutulamayacağını ispatlaması gerekir<sup>28</sup>.

### 4. BORÇLUNUN TEMERRÜDÜ

#### I. Genel Olarak

Borçlu temerrüdünün şartları, Tasarı m. 120'de düzenlenmektedir. Buna göre, bir borç muaccel olduğu takdirde, borçlu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer (Tasarı m. 120/I; TBK. m. 117/I; İBK. m. 102/I). Borcun ifa edileceği gün birlikte kararlaştırılmış veya saklı tutulan bir hakka dayanarak bir

<sup>25</sup> Bahse konu tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Honsell / Vogt / Wiegand, s. 619-620; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 443 vd.; Eren, Genel, s. 1107 vd.; Hatemi / Gökyayla, s. 289-290; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 324-235.

<sup>26</sup> Tandoğan, Mes'uliyet, s. 444; Eren, Genel, s. 1108; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 891; Serozan, İfa, s. 284; Kılıçoğlu, s. 821; Akıncı, Borçlar, s. 251.

<sup>27</sup> BGE 92 II 15; BGE 91 II 291.

<sup>28</sup> Müller-Chen, s. 354.

bildirimde bulunmak suretiyle belirlenmişse, bu günün geçmesiyle borçlu temerrüde düşmüş olur (Tasarı m. 120/II; İBK. m. 102/I). Görüldüğü üzere, bahse konu Tasarı'daki hüküm, mevcut hükmün (İBK. m. 102) tam karşılığıdır. Dolayısıyla, temerrüt müessesesine ilişkin detaylı açıklamalara burada yer verilmemiştir<sup>29</sup>.

## II. Tasarı m. 118 ile Tasarı m. 120 Hükümleri Arasındaki İlişki

Tasarı m. 118 hükmü, sözleşmeye aykırılık hallerinin tamamını kapsar. Bununla beraber, borçlu temerrüdü, tarihî sebeplerle ve uygulamadaki önemine binaen Tasarı'da ayrıca düzenlenmektedir. Ancak, Tasarı m. 120 hükmü, muaccel bir borcun ifa edilmemesinin, ifa etmeme kavramına dahil olmasına engel değildir. Dolayısıyla, diğer tüm yükümlülük ihlallerinde olduğu gibi, temerrüdün hukukî sonuçları da aynı esaslara (Tasarı m. 123 vd.'na) tâbidir. Bununla beraber, bazı hallerde temerrüt ile diğer yükümlülük ihlallerinin sonuçları bakımından bir takım farklılıklar da söz konusudur. Meselâ, aynen ifa talebi bakımından durum böyledir. Gerçekten de, borçlu temerrüdünde alacaklıya tanınan aynen ifa imkânının (Tasarı m. 124/I) yerini, diğer ihlâl hallerinde ücretsiz tamir talebi ile malın değiştirilmesini talep etme hakkı (Tasarı m. 125) almaktadır. Keza, sözleşmenin sona erdirilmesinin şartları da, temerrüt ile diğer yükümlülük ihlalleri arasındaki başka bir farklılıktır. Zira, sözleşmenin sona erdirilmesi için temerrütte aranan şart, borçluya uygun bir süre (mehil) verilmiş olmasıdır (Tasarı m. 130/I). Diğer yükümlülük ihlallerinde ise bunun yerini, sözleşmeye aykırılığın belli bir ağırlıkta olması şartı almaktadır (Tasarı m. 131/I)<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Borçlu temerrüdü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fikentscher / Heinemann, s. 233 vd.; Honsell / Vogt / Wiegand, s. 623 vd.; Berki, Şakir, Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1962, s. 266 vd.; Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul 2012, s. 367 vd.; Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul 2013, s. 127 vd.; Akıncı, Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 2003, s. 254; Ayrancı, Hasan, Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105), Ankara 2006, s. 53 vd.; Kizir, Mahmut, Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara 2012, s. 70 vd.

<sup>30</sup> Müller-Chen, s. 351.

## 5. BORÇLUNUN SORUMLULUKTAN KURTULMASI

### I. Borçlunun Sorumlu Tutulamayacağı Bir Sebebin Varlığı

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'ndan (TBK. m. 112; İBK. m. 97/I) farklı olarak, Tasarı'ya göre, ifa etmeme halinden bahsetmek için, yükümlülüğün ihlâli bakımından borçlunun herhangi bir kusuru şart değildir (m. 118). Ancak, daha önce de ifade edildiği üzere, CISG. m. 79<sup>31</sup> ve UNIDROIT. ilkeleri'nde<sup>32</sup> olduğu gibi, Tasarı'da da, garanti benzeri bu sorumluluk düzeninin sınırı öngörülmektedir. Gerçekten de, Tasarı m. 121 gereğince, ifa etmeme halinin borçlunun sorumlu tutulamayacağı, öngörülemeyen ve kaçınılmaz (aşılmaz) bir sebepten kaynaklanması halinde, alacaklı bazı haklardan mahrum kalır. Bunlar, aynen ifa, borçlu adına ifa etme ve tazminat talebidir. Ancak, bunun için, borçlunun yükümlülük ihlâlinin kendisinin sorumlu tutulamayacağı bir sebepten kaynaklandığını ispatlaması gerekir. Ayrıca, bahse konu madde gereğince borçlunun sorumluluktan kurtulması, engelin var olduğu dönem için geçerlidir. Nitekim, bu husus, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nda aynen bu şekilde ve açıkça ifade edilmektedir<sup>33</sup>.

Borçlunun sorumluluktan kurtulması için, sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülemeyen, borçlunun etki alanının dışında kalan ve kaçınılamayan bir sebebin varlığı aranır. Böyle bir sebebin olup olmadığına ilişkin değerlendirmede ihlâl edilen yükümlülüğün muhtevası önem arz eder. Borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebebin varlığı için, ilk olarak bunun öngörülemeyen nitelikte olması gerekir. Bir ifa engelinin öngörülebilir olup olmadığı hususu, objektif bir değerlendirmeyi gerektirir. Bunun için, somut

<sup>31</sup> CISG. m. 79/I'e 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 makûl olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz". Bahse konu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Magnus, Ulrich, CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma, Milletlerarası Satım Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 302 vd.

<sup>32</sup> UNIDROIT. ilkeleri m. 7.1.7 (1)'e göre, "Borcunu ifa etmeyen tarafın sorumluluktan kurtulması, ifa etmemenin denetimi dışında bir engelden kaynaklandığını ve sözleşmenin kurulma anında bahse konu engeli göz önünde bulundurmasının kendisinden beklenemeyeceğini veya bundan kaçınamayacağı ya da bunun veyahut da sonuçlarının aşılamayacağını ispatlamasına bağlıdır".

<sup>33</sup> Müller-Chen, s. 359. Gerçekten de, CISG. m. 79/III'e göre, "Bu maddede öngörülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir".

olaydaki şartlar ile meslekî örf ve âdetler de göz önünde tutulmak suretiyle, dürüstlük kuralına uygun hareket eden bir borçlu tipi esas alınmalıdır<sup>34</sup>.

İkinci olarak, sorumluluktan kurtaran sebebin, borçlunun denetimi (kontrolü) dışında kalması gerekir. Yani, bu, borçlunun etki (riziko) alanının dışında kalan bir sebep olmalıdır. Dolayısıyla, ancak haricî ve objektif nitelikteki sebepler bu kapsamda değerlendirilebilir. Nitekim, hem başlangıçtaki hem de sonraki objektif imkânsızlığın Tasarı m. 121 anlamında borçlunun sorumlu tutulamayacağı hallere dahil olması mümkündür<sup>35</sup>. Aynı şekilde, işletme içi bir olay niteliğindeki menfaat grevinin aksine, genel grev de borçlunun denetimi dışında kalan hallere misaldir<sup>36</sup>. Borçlunun sorumluluğundaki alandan kaynaklanan haller ise, buraya dahil değildir. Gerçekten de, borçlunun güçsüzlüğü (sübjektif imkânsızlık), sorumluluğa engel olmaz. Meselâ, borçlunun hastalanması ve işletme faaliyetine ara verilmesinde hal böyledir. Yine, işletme içi olay, organizasyon eksikliği, ekonomik vb. bir sebeple borcun ifa edilmemesi halinde de borçlu sorumluluktan kurtulamaz<sup>37</sup>.

Nihayet, kaçınılmazlık, borçlunun sorumluluktan kurtulmasının diğer bir şartıdır. Borçludan ne ölçüde bir çaba bekleneceği konusunda ise, somut olaydaki sözleşme yol gösterici niteliktedir. Meselâ, cins borcunda, borçlu borcun konusu çeşitten mal kendi stokunda tamamen yok olsa bile sorumluluktan kurtulamaz<sup>38</sup>.

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda borçlu aleyhine bir kusur karinesi öngörülmektedir (TBK. m. 112; İBK. m. 97/I). Karinenin aksini, yani kusursuz olduğunu borçlu ispat etmelidir<sup>39</sup>. Yine, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nda da borçlunun sorumluluktan kurtulması, ispat yükünü kendisinin yerine getirmesine bağlı kılınmıştır<sup>40</sup>. Aynı şekilde, Tasarı'da da ispat yükü borçluya

<sup>34</sup> Müller-Chen, s. 359, 361. Ayrıca bkz. Eren, Genel, s. 586-587.

<sup>35</sup> Müller-Chen, s. 361.

<sup>36</sup> Magnus, s. 304; Eren, Genel, s. 583, 585.

<sup>37</sup> Magnus, s. 304; Eren, Genel, s. 1065.

<sup>38</sup> Magnus, s. 304-305; Eren, Genel, s. 585-586; Müller-Chen, s. 361.

<sup>39</sup> Tandoğan, Mes'uliyet, s. 421; Eren, Genel, s. 1091; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, s. 887 vd.; Kılıçoğlu, s. 815; Akıncı, Borçlar, s. 247; Zevkililer / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 312.

<sup>40</sup> Gerçekten de, CISG. m. 79/I'e göre, "Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin

yüklenmiştir. Buna göre, borçlu sorumluluktan kurtulmak için kendisinin sorumlu tutulamayacağı bir sebebin varlığını ispatlamalıdır<sup>41</sup>.

Borçlunun sorumluluktan kurtulmasına dair hüküm (Tasarı m. 121), borcun ifa edilmemesi hakkındaki hükmün (Tasarı m. 118) istisnasıdır. Dolayısıyla, tıpkı Tasarı m. 118 gibi, bahsi geçen hüküm de her türlü ifa etmeme halinde söz konusu olur. Ne var ki, gereği gibi ifa etmeme halinde borçlunun sorumluluktan kurtulması ziyadesiyle güçtür. Aşırı ifa güçlüğü ise, buraya değil, “Şartların Değişmesi (Veränderung der Umstände)” başlıklı Tasarı m. 19 hükmüne tâbidir. Söz konusu hükme göre ise, hâkim sözleşmeyi uyarlayabilir veya ortadan kaldırabilir. Ancak, bunun için, sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülemeyen bir halin, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmesi gerekir<sup>42</sup>.

Borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebebin varlığı halinde, alacaklı Tasarı m. 121’de sayılanların haricinde kalan diğer haklarını (Tasarı m. 118/I) korur. Dolayısıyla, böyle bir sebebin varlığı, yükümlülük ihlâlini ortadan kaldırmaz. Bu sebeple de, bahsi geçen tarzda bir sebebin, meselâ objektif imkânsızlığın varlığına rağmen, alacaklı halen daha sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanabilir. Böylece, mevcut Kanun (TBK. m. 136; İBK. m. 119<sup>43</sup>)’da olduğu gibi, borçlu, borçtan kurtulur. Ancak, mevcut düzenlemeden farklı olarak, bu halde borç kendiliğinden sona ermez. Bunun için, alacaklının sözleşmenin ortadan kaldırılmasına yönelik irade açıklamasında bulunması gerekir (Tasarı m. 133)<sup>44</sup>.

---

*kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makûl olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz”.*

<sup>41</sup> Müller-Chen, s. 360.

<sup>42</sup> Aşırı ifa güçlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baysal, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009; Arat, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.

<sup>43</sup> OR. Art. 119/I: “Soweit durch Umstände, die der Schuldner nicht zu verantworten hat, seine Leistung unmöglich geworden ist, gilt die Forderung als erloschen...”. İBK. m. 119/I’e göre, “Borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle edimin ifası imkânsız hale gelirse, borç sona erer...”.

<sup>44</sup> Eren, Genel, s. 1333 vd.; Müller-Chen, s. 362.

## II. Sorumsuzluk Anlaşması

### A. Genel olarak

İfa engellerine dair hükümler (Tasarı m. 118 vd.), düzenleyici hukuk kuralları niteliğindedir. Dolayısıyla, taraflar, ifa etmemeye ilişkin kuralların aksini her zaman kararlaştırabilirler. Zira, Tasarı'da, alacaklının sahip olduğu hakların kısmen veya tamamen sınırlandırılmasına imkân tanınmaktadır. Bununla beraber, aynı hükümde sözleşmenin muhtevasını düzenleme özgürlüğü bakımından bir sınır da çizilmektedir. Gerçekten de, Tasarı m. 122'ye göre, alacaklının haklarını sınırlandırmaya veya ortadan kaldırmaya yönelik önceden yapılan anlaşma, hak ve yükümlülüklerle ilişkin taraflarca yapılan paylaşımı esaslı bir biçimde değiştirdiği takdirde geçersizdir. Dolayısıyla, böyle bir sorumsuzluk kaydının varlığını koruması, bahse konu paylaşımı esaslı bir biçimde değiştirmemesine bağlıdır. Bu sayede, mevcut hükümlerden farklı olarak<sup>45</sup>, TBK. m. 112 (İBK. m. 97/I)'deki değişiklikte uyumlu olarak burada da sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği kusura bağlı olmaktan çıkarılmıştır. Ayrıca, Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'ndakinin aksine, sorumsuzluk anlaşması tek bir hükümde düzenlenmiştir. Böylece, borçlunun kendi davranışlarından (İBK. m. 100) ve yardımcı kişilerin fiillerinden doğan sorumluluk (İBK. m. 101/II-III) arasında yapılan sorumsuzluk anlaşmasına dair ayırımın terk edilmesi hedeflenmektedir. Dolayısıyla, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin sorumsuzluk anlaşması da aynı hükme tâbidir. Kanaatimizce de, her iki ihtimaldeki sorumsuzluk anlaşmalarının aynı ölçütlere tâbi kılınması, modern iş dünyasındaki hakikatlere ve iş bölümüne daha uygun düşer<sup>46</sup>.

### B. Sorumsuzluk Anlaşmasına Dair Hükümün Uygulama Alanı

Alacaklının haklarını ortadan kaldıran veya sınırlandıran her türlü anlaşma, Tasarı m. 122 hükmüne tâbidir. Meselâ, asgarî veya azamî tazminat miktarını gösteren, sorumluluğu veya bazı hakların kullanılmasını ortadan

<sup>45</sup> Sorumsuzluk anlaşmasına dair mevcut düzenleme (TBK. m. 115; İBK. m. 100 ile TBK. m. 116/II-III; İBK. m. 101/II-III) hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Honsell / Vogt / Wiegand, s. 611 vd.; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 453 vd.; Eren, Genel, s. 1112 vd.; Serozan, İfa, s. 278 vd.; Kılıçoğlu, s. 825 vd.; Akıncı, Borçlar, s. 247 vd.; Zevkliler / Ertaş / Havutçu / Aydoğdu / Cumalıoğlu, s. 317 vd.

<sup>46</sup> Müller-Chen, s. 349, 363.

kaldıran anlaşmalar böyledir. Ancak, Tasarı kapsamında bir değerlendirme yapılırken, şayet anlaşma genel işlem şartı niteliğinde ise, buna ilişkin hükümler (Tasarı m. 32 vd.) ve özellikle de Tasarı m. 33/I hükmü de dikkate alınmalıdır. Bahse konu hüküm, genel işlem şartlarının içerik denetimi hakkındadır. Buna göre, bir tarafın sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri arasında dürüstlük kuralına aykırı tarzda, önemli ve haksız bir oransızlığa yol açan sözleşme hükümleri geçersizdir<sup>47</sup>. Meselâ, yükümlülüklerini yerine getirmeyen karşı taraf için ölçüsüz derecede yüksek bir tazminat öngören genel işlem şartları bu kapsamdadır. Yine, ayıplı hizmet yerine sunulan hizmet kabul edildiği takdirde tüketicinin ayıplı hizmet iddiasından feragat etmiş sayılacağına ilişkin sözleşme hükmü de böyle bir genel işlem şartıdır ve geçersizdir<sup>48</sup>.

Sorumsuzluk anlaşmasına dair hüküm ancak yükümlülük ihlâl edilmeden önce yapılan anlaşmalar bakımından uygulanır. Sonraki aşamada ifa etmemenin sonuçlarının sınırlandırılması ise buraya dahil değildir. Zira, böyle bir halde artık alacaklının korunması gerekmez. Diğer taraftan, alacaklının sadece tazminat değil, bütün hakları Tasarı m. 122 hükmünün uygulama alanına dahildir. Zira, bahse konu hükümde alacaklının haklarından genel itibarıyla bahsedilmektedir<sup>49</sup>.

### C. Sorumsuzluk Anlaşmasının Geçerliliği

Tasarı m. 122 hükmüne aykırı bir sorumsuzluk anlaşmasının müeyyidesi geçersizliktir<sup>50</sup>. Bununla beraber, sorumsuzluk kaydı olmasa dahi sözleşmenin yapılacağı anlaşılırsa, kısmî geçersizlik müeyyidesi uygulanır (Tasarı m. 34)<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> Tasarı m. 33/I'e göre, "Bir tarafın sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri arasında dürüstlük kuralını ihlâl edecek şekilde önemli ve haksız bir oransızlığa yol açan sözleşme hükümleri geçersizdir".

<sup>48</sup> 13. HD. T. 20.01.2010, E. 2009/9084 K. 2010/235 (Yelmen, Adem, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014, s. 149).

<sup>49</sup> Müller-Chen, s. 363-364.

<sup>50</sup> Tıpkı burada olduğu gibi, inceleme konusu Tasarı'nın m. 30/II, 38/I gibi diğer hükümlerinde de, iptal (Anfechtbarkeit) ve kesin hükümsüzlük (butlanın=Nichtigkeit) yerine, geçersizlik (Ungültigkeit) müeyyidesi öngörülmektedir. Böylece, iptal ve kesin hükümsüzlük ayırımının terk edilmesi amaçlanmaktadır (Honsell, Heinrich, Kritische Bemerkungen zum OR 2020, SJZ. 109/2013, s. 457 vd.).

<sup>51</sup> "Kısmî Geçersizlik" başlıklı Tasarı m. 34'e göre, "Sözleşmenin salt bir kısmındaki geçersizlik halinde, tarafların bu kısım olmaksızın sözleşmeyi yapacakları anlaşılırsa, sadece bu hükümler geçersizdir".

Sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliğine dair bir değerlendirmede bunun esaslı bir değişikliğe yol açıp açmadığına ilişkin olarak pek çok ölçüte başvurulabilir. Gerçekten de, böyle bir değerlendirme yapılırken, sözleşme amacının, karşılıklı edimlerin ve somut olaydaki diğer bütün unsurların göz önünde tutulması gerekir. Bu amaçla, tarafların güç dengesi, meslekî tecrübeleri ve hukuk bilgileri gibi hususlar da dikkate alınarak menfaatleri tartılmalıdır. Yine, sözleşmenin müzakere edilip edilmediği hususu da önem arz eder. Zira, önceden müzakere edilmiş bir sözleşmenin varlığı, esaslı bir değişikliğin ve dolayısıyla geçersizliğin kabulüne yönelik olarak daha çekingen davranılmasını gerektirir<sup>52</sup>.

### SONUÇ

İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı, mevcut düzenlemelere nazaran esaslı bir sistem değişikliği öngörmektedir. Bu kapsamda, mevcut ifa etmeme kategorilerinin yerine, bahse konu Tasarı'da tek tip bir ifa etmeme hali esas alınmaktadır. Böylece, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması ve UNIDROIT. ilkeleri gibi milletlerarası metinlerle uyum sağlanmış olacaktır.

Tasarı'da ifa etmeme halinden sonra yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa yer verilmektedir. Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, burada da bahsi geçen sorumluluk tek hükümde ele alınmaktadır. Bahse konu düzenleme sayesinde doktrindeki hâkim görüşe uygun bir değişiklik hedeflenmektedir.

Yeknesak bir sözleşmeye aykırılık hali tasarlanmakla birlikte, bahse konu Tasarı'da borçlu temerrüdüne dair hükmün (TBK. m. 117; İBK. m. 102) karşılığı da mevcuttur. Ancak, Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nun aksine, Tasarı'da temerrüdün sonuçlarından özel olarak bahsedilmemektedir. Zira, borçlu temerrüdü de bir ifa etmeme hali niteliğindedir. Dolayısıyla, Tasarı'da liste halinde sayılan hakların burada da geçerli olacağı öngörülmektedir.

Mevcut Kanun ile inceleme konusu Tasarı arasındaki başka bir önemli fark, kusur temelli (orijinli) yaklaşımın terk edilmesidir. Bu sebeple, borçlunun sorumluluktan kurtulması, kusurunun bulunmamasına değil,

---

<sup>52</sup> Müller-Chen, s. 364.



kendisine yüklenemeyecek bir sebebin ya da sorumsuzluk anlaşmasının varlığına bağlıdır.

Nihayet, her ne kadar köklü değişiklikler ihtiva etse de, Tasarı'nın ifa engelleri sisteminin, yürürlük kazanıp, İsviçre Borçlar Kanunu'nun yerini alması beklenmemektedir. Nitekim, Prof. Dr. Pierre Widmer ile Prof. Dr. Pierre Wessner tarafından hazırlanan ve Sorumluluk Kanunu (Haftpflichtgesetz, HPG. veya VE-OR) olarak bilinen bir önceki Tasarı da aynı akıbete uğramıştır<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> Burada bahsedilen Tasarı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Topuz, Murat, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFHAD., C. 22, S. 3, 2016, s. 2694, dpn. 2.

**KISALTMALAR CETVELİ**

Art.	: Artikel (Madde)
Auf.	: Auflage
b.	: bent
BGB.	: Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BK.	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CC.	: Code Civil
CISG.	: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods)
DCFR.	: Draft Common Frame of Reference
dpn.	: dipnot
E.	: Esas
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HPG.	: Haftpflichtgesetz
Hrsg.	: Herausgeber
İBK.	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
KBİBB.	: Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
lit.	: litera
m.	: madde
MÜHFHAD.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
OR.	: Obligationenrecht
OR. 2020	: Schweizer Obligationenrecht 2020
PECL.	: The Principles on European Contract Law
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SJZ.	: Schweizerische Juristen-Zeitung
T.	: Tarih
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu
UNIDROIT.	: International Institute For The Unification of Private Law
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
ZGB.	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

**KAYNAKÇA<sup>54</sup>**

- Akıncı, Şahin : Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 10. Baskı, Konya 2017 (Kısaltılmışı: Akıncı, Borçlar).
- : Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukukî Sonuçlar, Ankara 2003 (Kısaltılmışı: Akıncı, Nakil).
- : Kötü İfa - Eksik İfa - Ayıplı İfa Ayrımı ve Bu Ayrımın Hukukî Sonuçları, Medenî Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslar arası Sempozyumu, 1926'dan Günümüze Türk - İsviçre Medenî Hukuku 17-18-19-20 Şubat 2016, C. 2, Ankara 2017, s. 1391-1421 (Kısaltılmışı: Akıncı, Kötü İfa).
- Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, İstanbul 2013.
- Aral, Fahrettin : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.
- Aral, Fahrettin/ Ayrancı, Hasan : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015.
- Arat, Ayşe : Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006.
- Atamer, Yeşim M. : Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış, (Editör: Atamer, Yeşim M.), Milletlerarası Satım Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 221-265.
- Ayrancı, Hasan : Türk Borçlar Hukukunda Munzam Zarar (BK. m. 105), Ankara 2006.

---

54 Eserlere yazarların soyadı ile atf yapılmıştır. Birden fazla eserinden yararlanan yazarların diğer eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içinde gösterilmiştir.

- Başpınar, Veysel : Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.
- Baysal, Başak : Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009.
- Berki, Şakir : Borçlar Hukuku, Umumî Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1962.
- Bucher, Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auf., Zürich 1988.
- Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017 (Kısaltılmışı: Eren, Genel).
- : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017 (Kısaltılmışı: Eren, Özel).
- Fikentscher, Wolfgang/ Heinemann, Andreas : Schuldrecht, 10. Auf., Berlin 2006.
- Gauch, Peter/ Schluop, Walter R./ Schmid, Jörg/Rey, Heinz : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. 2, 7. Auf., Zürich 1998.
- Gümüş, Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- Hatemi, Hüseyin/ Gökyayla, K. Emre : Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul 2017.
- Honsell, Heinrich : Kritische Bemerkungen zum OR 2020, SJZ. 109/2013, s. 457-461.
- Honsell, Heinrich/ Vogt, Peter Nedim/ Wiegand, Wolfgang : Basler Kommentar, Obligationenrecht I Art. 1-519 OR, 6. Auf., Basel 2015.
- Huber, Peter : CISG - Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları, (Editör: Atamer, Yeşim M.), Milletlerarası Satım Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 267-285.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Baskı, Ankara 2017.
- Kızır, Mahmut : Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara 2012.

- Larenz, Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14. Auf., München 1987.
- Magnus, Ulrich : CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma, (Editör: Atamer, Yeşim M.), Milletlerarası Satım Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2012, s. 287-307.
- Müller-Chen, Markus : Huguenin, Claire / Hilty, Reto M. (Hrsg.), Schweizer Obligationenrecht 2020 - Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Zürich 2013, s. 346-399.
- Oğuzman, M. Kemal/  
Öz, M. Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 13. Baskı, İstanbul 2015.
- Reisoğlu, Safa : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Baskı, İstanbul 2012.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/  
Hatemi, Hüseyin/  
Serozan, Rona/  
Arpacı, Abdükadir  
Sert, Selin : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 7. Baskı, İstanbul 2016 (Kısaltılmışı: Serozan, İfa).
- Tandoğan, Halûk : Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013.
- : Türk Mes'uliyet Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2010 (Kısaltılmışı: Tandoğan, Mes'uliyet).
- : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 6. Baskı, İstanbul 2008 (Kısaltılmışı: Tandoğan, I/1).
- Tekinay, Selâhattin S./  
Akman, Sermet/  
Burcuoğlu, Halûk/  
Altop, Atillâ  
Topuz, Murat : Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- : İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) Genel Hükümlerine İlişkin 2020 Tasarısında Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerinin Düzenleniş Biçimi ve Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırılması, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, MÜHFHAD., C. 22, S. 3, 2016, s. 2693-2714.

- Yavuz, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2012.
- Yelmen, Adem : Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.
- Zevkliler, Aydın/  
Ertas, Şeref/  
Havutçu, Ayşe/  
Aydoğdu, Murat  
Cumalıoğlu, Emre : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, İzmir 2013.