

# YENİ ALMAN İFA ENGELLERİ HUKUKU

(TÜRK HUKUKUNDA BİLİMSEL KAYNAK OLARAK  
YARARLANILABİLECEK YENİLİKLER)

Prof. Dr. Rona Serozan\*

## Giriş: Borçlar Hukukunun çağdaştırılması ve Avrupa- palılaştırılması gereksinimi

1 Ocak 2002, yalnız yepyeni bir Medeni Kanuna kavuşan Türkiye için değil, ama aynı zamanda yeni parayla (Euro ile) birlikte, hukukun uyumlaştırılması ve yalınlaştırılması yoluyla çağdaştırılmış bir Medeni Kanuna kavuşan F. Almanya için de önemli bir tarihsel dönemeç oldu. Ne de olsa, Almanlar sadece son on yılın en fazla satan kitaplarından birinin, yani BGB'nin, zenginleştirilmiş yeni basısını çıkarmakla kalmayıp, aynı zamanda romanist ve pandektist kültürün temel taşlarını yerinden oynatıyorlardı.

1 Ocak 2002'den beri, F. Almanya'da, "yepyeni" bir BGB olmasa bile, geniş ölçüde "yenilenmiş" bir BGB yürürlükte. Aslında, bu "modernleştirme reformu"nun temelleri 70li yıllarda atılmıştı. 80li yıllarda Adalet Bakanlığı işi ciddi tutup, çeşitli Komisyonlar kurdu ve bu komisyonlara 24 reform raporu ile bir büyük komisyon raporu hazırlattı. Bu raporlar ciltler halinde yayımlandı ve geniş bir ortamda tartışmaya açıldı. Ne var ki bu çalışmalar 2000 yılının Ağustosuna kadar bir türlü yasanın gündemine gelemedi. Oysa reform artık geciktirilemez hale gelmişti; onun fazla beklemeye tahammülü kalmamıştı. Nitekim sayısı iki yüz elliyi aşkın profesörün öncülüğündeki

---

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

imza kampanyasında somutlaşan direniş de etkisiz kaldı. Federal Meclis (Bundestag) ve Eyaletler Meclisi (Bundesrat) 2001 sonbaharında "Borçlar Hukukunu Modernleştirme Yasası"nı (Schuldrechtmodernisierungsgesetz'i) benimseyip kabul etti.

Reformu dayatan gereksinimler ortadaydı: Bir kere, yüz yıllık BGB'nin bir sürü kuralını arada yürürlüğe giren uluslar arası anlaşmalar ve yönergeler doğrultusunda özellikle tüketiciden yana yenileme zorunluluğu ortaya çıkmıştı. Bu bağlamda BM'in CISG Konvansiyonu, AB'nin Ödemelerde Temerrütle Mücadele Yönergesi ve Tüketim Malları Alım Satımına İlişkin Yönergesi özel olarak anılmaya değer. Sonra tüketiciyi koruyan bir dizi özel yasayı, bu arada genel işlem koşulları, kapı önü işlemleri, uzaktan pazarlama, elektronik alışveriş, tüketici kredisi konularındaki özel yasaları BGB'nin yetersiz kurallarıyla uyumlu hale getirmek getiriyordu. Bu bağlamda, satım ve eser sözleşmelerinde müşteriyi ayıplı ifaya karşı koruyan hükümleri, özellikle sorumluluğun gerekleri, yaptırımlar, sorumsuzluk anlaşmaları ve zamanaşımı yönlerinden düzeltip iyileştirmek ciddi bir gereksinim olarak belirmişti.

Özel yasaları, başka ülkelerin, örneğin Avusturya'nın yaptığı gibi, Medeni Kanuna minik özel yasalar olarak dıştan yamama (küçük çözüm yolu) amaca uygun bulunmadı. Onun yerine, bütün özel yasaları Medeni Kanuna işleyip onunla bütünleştirme (büyük ve köktenci çözüm) yolu yeğ tutuldu.

Ama yasakoyucuyu sıkıştıran olgu salt uluslar arası ilişkiler değildi. Buna eklenen ivedi bir gereksinim daha vardı. O da şuydu: BGB'nin pandekt hukukunun etkisi altında kaleme alınmış ve Mommsen'in imkansızlık dogmasına endekslenmiş olan geleneksel ifa engelleri hukuku (Leistungsstörungenrecht) artık günün maddi yaşam gerçeklerine adamakıllı yabancılaşmıştı. Gerçekten de bu alanda pratik ve pragmatik kuralcılık yerine egemen olan aşırı ve soyut kuramcılık ve kılı kırk yarmacılık, (şuracıkta sadece imkansızlık kavramının içinden çıkılmaz ayrımları, özellikle de baştan sübjektif imkansızlık sorunsalı anımsansın) adamakıllı rahatsızlık vermeye başlamıştı. O kadar ki son zamanlarda ifa engelleri alanındaki uyuşmazlıkları sağlıklı ve tutarlı biçimde çözebilmek için, yasadan çok

öğretiye ve uygulamaya başvurmak gerekiyordu. Öğretinin culpa in contrahendo, sözleşmenin müspet ihlali, işlem temelini çökmesi gibi kuramları, imkansızlık ve temerrüt kavramlarına endekslenmiş yasa kurallarından çok daha önemli olmuştu.

İşte bu nedenledir ki reformun nirengi noktası ifa engelleri hukuku oldu. Bu alanı yenileyip iyileştirmede de mal alım satımına ilişkin uluslararası anlaşma (CISG), Avrupa Birliği'nin Principles of European Contract Law'u ve UNIDROIT'nin Principles of International Commercial Contracts'ı örnek alındı. Bu arada hiç kuşkusuz öğretinin onlarca yıllık eleştiri birikimi de dikkate alındı.

Ortaya çıkan ürün, BGB'nin bütünlüğünü bozmayan dört başı mamur bir ürün oldu. İzlenen amaç ve ilke, uygulamayı ve öğretinin eleştirilerini dikkate almak, mükemmeliyetçiliği elden bırakmamak ve yasal çözümleri elden geldiğince yalınlaştırmak olunca, bu arada çalışmalar geniş katımlı, alabildiğine saydam ve uzun süreli tutulunca, bu olumlu sonuç aslında doğal karşılanmalı. Darısı bizim Borçlar Hukuku reformumuzun başına! Dileriz Borçlar Kanunu reformu Almanya'da uyulan sürece ve ilkelere hiç mi hiç uymamış olduğu için başarısızlığa baştan mahkum olan Medeni Kanunu yenileme girişiminin talihsiz akıbetine uğramaz. Alman reformundan çıkarılacak ilk ders yasa hazırlamanın yöntemi olsa gerek! Bu yöntemde acelecilikten, yüzeysellikten, kapalı kapılar ardındaki oldu bittilerden uzak durmak var.

### **Temel ve genel kavram: İmkansızlık yerine yüküm ihlali**

Parça satımında imkansızlık parametresi üzerine kurulmuş ifa engelleri sisteminde en köktenci reform imkansızlık kavramı yerine "yüküm ihlali" (Pflichtverletzung) kavramının ön plana geçmesi olmuş. (§ 280 I) Yüküm ihlali borçlunun borç ilişkisindeki yüküm programından sapıp ayrılması anlamına geliyor. Hiç ifa etmeme, geç ve kötü ifa etme hep bir araya getirilmiş. Edimle bağlantılı ve bağlantısız tüm yükümler hep aynı kaptan toplanmış. Aslında bizim öteden beri "sözleşmenin

müspet ihlali" diye bildiğimiz ifa engeli bu alanda paradigma olmuş. Asli edim yükümünden davranış yükümüne, imkansızlıktan ayıba varıncaya dek tüm yükümler kronolojik ayrımcılıktan ve kavramsal "kılı kırk yarma" cılıktan arıtılarak, "yüküm ihlali" potasında toplanmış. Ayıplı ifa da artık bu potanın içinde, bu çatının altında değerlendirilecek. Böylece ayıplı ifanın bir yüküm oluşturmadığı yolundaki "sağlama kuramı" (Gewährleistungstheorie) yerini ayıplı ifanın her zaman bir ademi ifa olgusu oluşturduğu yolundaki "ifa kuramına" (Erfüllungstheorie) bırakmış olmakta.

Ama yalnız ifa engeli olgularının aynı potada toplanmasıyla kalınmamış. Aynı zamanda, tazminat ve dönme yaptırımları da birbirine koşut ve uyumlu biçimde düzenlenip toparlanmış. (§§ 280 i.s. ve §§ 323 i.s.)

Yüküm ihlali, yerine göre tazminat ya da dönme (sürekli borç ilişkilerinde fesih) yaptırımını davet edecek. Ama aynen ifa isteminin önceliği titizlikle korunmakta. Şöyle ki alacaklının aynen ifa isteminden vazgeçip, edim yerine tazminat veya dönme yaptırımlarına aktarmada bulunabilmesi için, kural olarak (anlamsız ve gereksiz sayılmadıkça) borçluya bir ek süre (son şans) vermesi gerekli. Ne de olsa tazminat ve dönme borçlu için çok ağır yaptırımlar oluşturmakta. (§ 281 I, II, III, IV, § 323 I)

Tazminat ve dönme yaptırımları hiç kuşkusuz gerekleriyle ve türleriyle yüküm ihlalinin özelliğine uydurulmuş. Örneğin imkansızlık olasılığında süre verme gereğine yer bulunmayacak. Sonra, önemli sayılmayacak ihlallerde kural olarak asıl edimin yerini tutan büyük tazminat istenemeyecek; sözleşmeden de dönülemeyecek. Tazminat da kural olarak ancak kusurlu bir borçludan istenebilecek. Ama dönme için borçlunun kusuru aranmayacak.

### **Kusur sorumluluğu kural, garanti sorumluluğu ayırık**

§ 276 BGB'ye göre, borçlunun sorumluluğunun üç kaynağı olabilir: Biri onun kusurudur, ikincisi yasal veya sözleşmesel özel garantilerdir, üçüncüsü de yasal veya sözleşmesel tedarik (Beschaffung) yükümleridir.

Öyle anlaşılıyor ki yeni düzenlemede ilke olarak kusur sorumluluğu benimsenmiş. Anglo-Amerikan garanti sorumluluğu ise dışlanmış. Hatta bu arada alacak hakkının eksikliğinden arınmışlık konusundaki geleneksel garanti de kaldırılmış.

Kusur sorumluluğu ilkesinin yanında saklı tutulan ayırık-sı garanti sorumluluklarının başında satıcının nitelik (ayıpsızlık) vaadi gelmekte.

Kusurdan bağımsız tedarik yükümünden kastedilen de, başta çeşit ve para borçlarındaki tedarik riskinin (Beschaffungsrisiko) üstlenilmesi. Ama "tedarik riski" yalnız çeşit ve para borçlarında söz konusu olmayacak. Nitelikleri gereği tedarik riskinin üstlenilmesine yol açan bu borçların ötesinde de, yerine göre, (hatta parça borçlarında bile), tedarik riskinin üstlenildiği yorum yoluyla pekala kabul edilebilecek. İlginç olan nokta şu: Parça borcu - çeşit borcu ayrımı sadece edim ve karşı edim hasarının intikali (Konkretisierung = temerküz anı) açısından saklı tutulmuş (§ 243), ama imkansızlık ve ayıp hukukunda kaldırılmış. (Eski § 279 ve § 480 yok artık!) Yeni § 276 işte bu durumda özel bir anlam kazanıyor.

### **Yüküm ihlalinin niteliğine göre koşulları ve alacaklının seçimine göre kapsamı değişen tazminatlar**

Yeni yasada alacaklıya dört tür tazminat arasında seçme şansı verilmiş:

a. Edimin yanı sıra (asıl edimle birlikte) istenebilecek olan yalın küçük tazminat. Borçlu temerrüdünde ve yan edim yükümleriyle davranış yükümlerine aykırılıklarda ilk akla gelen tazminat asıl edime eklenen, ona eşlik eden bu küçük tazminat olmakta. (§ 280 I/II ve § 286)

b. Süre verildikten sonra ortaya atıldığında asıl edimin aynen ifası isteminden vazgeçildiği anlamına gelen ve asıl edimin yerini tutup komple ifa çıkarını karşılayan büyük tazminat. (Klasik "ademi ifa tazminatı"!) aa. Eğer borçlu imkansızlık nedeniyle borcundan kurtulmuşsa ama imkansızlıktan ötürü sorumlu tutulabiliyorsa, bb. yan edim yükümüyle davranış yü-

kümüne aykırılık artık ilişkiye katlanmayı yüklenmez (unzumutbar) hale getirecek ağırlıkta (erheblich) ise, cc. bölümsel ifa engelinde alacaklının edimin yerine getirilmesinde çıkarı kalmamışsa, dd. muaccel borcunu hiç ya da gereği gibi (ayıpsız) yerine getirmemiş olan borçluya uygun bir edimi telafi şansı (ek süre) verildiği halde, bundan hiçbir sonuç çıkmamışsa, istenebilecek en geniş kapsamlı tazminat türüdür bu. Asıl edim gözden çıkarıldığı için onun değerini de içerdiğinden en büyük tazminat budur. (§ 280 – 283) Bu tazminat sözleşmeden dönmeyle de birleştirilebilir. (§ 325)

c. Edimin belirli bir bölümüne kavuşup da belirli bir bölüme kavuşamayan ya da kendisine ayıplı (defolu) bir mal teslim edilen alacaklı, dilerse, eline geçirmiş bulunduğu edimi alıkoyup ve kendi karşı edimini de borçluda bırakıp, sadece eksik kalmış olan edim oranında sınırlı (bölümsel) bir “edim yerine tazminat” da isteyebilir. (§ 281 I 2)

Evvelce de belirtildiği gibi, borçlunun bölümsel yüküm ihlalinde edimin tümünü gözden çıkarıp edimin yerini tutan büyük tazminatı isteyebilmesi için, alacaklının bölümsel ifade çıkarının kalmadığını kanıtlaması gerekir.

d. Sözleşme için (edime kavuşulacağı umuduyla) boşuna yapılmış olan yatırımların ve masrafların (frustrierte Aufwendungen) karşılanması istemi de (edimin yerini tutan tazminat “yerine”) istenebilecek yeni bir tazminat seçeneği olarak alacaklıya sunulmuş. Klasik menfi zarardan ayrımlı ve ondan daha dar kapsamlı bir zarar tazmin ettirilmektedir burada. Örneğin malı daha ucuza satın alma fırsatının kaçırılması, bu kalem masraftan sayılmadığı için bu bağlamda tazmin ettirilemez. Bu arada anılan yatırımların ve masrafların tazmin ettirilebilmesi için, onların makul ve hakkaniyetli olması gerektiği gibi, ayrıca, borçlu yüküme aykırılık etmeseydi bile onların nasıl olsa boşa çıkacağına söylenememesi gerekli. (§ 284)

Bu tazminatı aslında menfi zarar kavramıyla değil de “normatif zarar” kavramıyla bağlantılı görmeli. Şöyle ki aslında sözleşme gereği gibi, doğru dürüst ifa edilmiş olsaydı bile nasıl olsa yapılacağı için şimdi sırf ifa engellendi diye istenemeyecek

olan (gerçek anlamda bir zarar oluşturmayan) masraflar (örneğin gösteri için bastırılan davetiye paraları ya da eve alınacak eşya için harcanan tadilat paraları) da § 284 sayesinde artık bir tazminat almaşığı olarak istenebiliyor. Tanıdık kalıplara pek uymayan, ne menfi zarar ne de müspet zarar kavramlarıyla açıklanamayan bu tazminata menfi zarar ile normatif zarar kavramlarının çakıştığı bir alanda yer alan kendine özgü bir zarar giderim gözüyle bakılabilir.

Bu yeni düzenlemeyle alacaklının fark ve mübadele kuramları arasındaki seçme şansına ilişilmiş değildir. Eskiden olduğu gibi, alacaklı, isterse kendi edimini alıkoyup fark zararının, isterse, hiç de mecbur olmadığı halde, kendi edimini verip, karşılığında en geniş kapsamlı zararının tazminini isteyebilecek, yani "mübadelede" bulunabilecektir. Hatta önemli (ağırlıklı) yüküm ihlallerinde, alacaklı eline geçirmiş olduğu borçlu edimini dönme kurallarına göre iade edip, bu edimden yoksun kalmaya bağlı fark zararının giderilmesini de talep edebilecektir. Demek ki alacaklının üç tür hesap görme şansı olacaktır:

- a-Mübadele kuramına göre tazminat,
- b-fark kuramına göre tazminat,
- c-dönme + tazminat.

İlginçtir, alacaklı edimin tümü yerine büyük tazminatı isteyince, ki dönmeyle eş etkidedir, borçlu da isterse evvelce yüküme aykırı biçimde yerine getirmiş olduğu edimi dönme kurallarına göre geri isteyebilecektir. (§ 281 V) Kötü (ayıplı) ifaya ve bölümsel temerrüde özgü bu düzenlemeye göre, edim yerine tazminat isteyen alacaklı, eline geçirmiş olduğu aksak veya eksik edimi dönme kurallarına göre geri verecektir. Görülüyor ki dönme ile büyük tazminat birbirini eskisi gibi dışlamayıp, her fırsatta, yanyana veya karşı karşıya kol kola girmekte ve birbirlerini tamamlamaktadırlar.

Evvelce belirtildiği gibi, bölümsel yüküm ihlalinde kural olarak bölümsel tazminat istenebilmektedir. Ama alacaklının bölümsel ifade çıkarı kalmadıysa tüm edim için eksiksiz tazminat da istenebilecektir. (§ 281 II / 283)

Kaim değer olarak sigorta tazminatı veya üçüncü kişiye karşı tazminat alacağı, hatta işlemsel devir bedeli (commodum ex negotiatione), ayrıca talep edilebilecek olan edim yerine tazminattan düşülmek (indirilmek) kaydıyla istenebilecektir. (§ 285) Eklemeli ki, "kaim değer + kaim değer eksikliğini kapatacak tazminat" formülü öğretinin geleneksel görüşüne uygundur.

### **Yüküm ihlalinin niteliğine göre koşulları değişen dönme hakkı ve yalınlaştırılan tasfiye rejimi**

Karşılıklı sözleşmeden dönme, aynen tazminat gibi, tüm yüküm ihlallerinin ortak, genel yaptırımı olarak öngörülmüş. Yoksa salt borçlu temerrüdüne ya da ayıplı ifaya özgü bir yaptırım olarak değil. (§ 323/324)

Aynen tazminatta olduğu gibi, karşılıklı sözleşmeye özgü dönmede de yüküm ihlalinin türüne ve ağırlığına göre değişik koşullar öngörülmüş. Örneğin, bölümsel ifa etmezlik nedeniyle dönebilmek için, alacaklının bölümsel edimde çıkarının kalmamış olması gerek. Gereği gibi ifa etmeme nedeniyle dönebilmek için de yüküm ihlali köklü (esaslı) olmalı. Yalnız tazminattan ayrımlı olarak dönme için kusur ögesi aranmamakta.

Dönme, edimin yerini tutan büyük tazminat gibi sıkı koşullara bağlı. Bir kere kural olarak uygun süre (son şans) verme ödevi öngörülmüş. Bu süre içinde de borçlunun "ikinci servis"te bulunma şansını kullanarak dönme hakkını felce uğratması olanaklı.

Bölümsel ifa engelinde ve gereği gibi ifa etmemede, yan edim ve davranış yükümüne aykırılıklarda tümel dönme için yüküm ihlalinin esaslı (erheblich) olması şart. Aslında imkansızlıkta alacaklının karşı edimi de otomatik olarak veya defî gereği düştüğü halde, dönmeye yine de yer verilmiş.(§323)

Önemli bir yenilik, dönmeye eksiksiz (olumlu) ifa çıkarının tazmini isteminin kol kola girebilmesi. (§ 325) Böylece alacaklı için edimini yerine getirip getirmemesi hiç fark etmeyecek. Bu adaletli ve tutarlı istif olanağı İsviçre'de ve bizde de hatırı sayılır gerekçelerle savunulurken, şimdi BGB'deki yeni yasal dü-

zenlemede özel olarak kurala bağlanmış oluyor. Alacaklının edimi yerine getirmesinden önce zaten "fark kuramı" bağlamında tazminatla sağlanabilen, üstelik peşin para verenin her durumda zaten elde edebildiği bir avantajın, yani hem öz edimi kurtarıp hem büyük (komple) tazminatı elde etme avantajının yalnız peşin mal vermiş olandan esirgenmesi oldum olası rahatsız etmekteydi.

Dönme konusunda en önemli yenilik ise dönme sonrası çözülme (tasfiye) ilişkisinin yalınlaştırılması. Yeni § 346 kuralı şöyle: Dönme üzerine, evvelce elde edilmiş olan edimler iade edilecek ve bu edimden devşirilmiş olan yararlar karşılanacak. İade (ister kusurlu olarak, ister kusursuz) herhangi bir nedenle gerçekleştirilemediğinde, iade borçlusu değer tazmini (Wertersatz) ile yükümlü olacak. Tazmin edilecek değer de haksız zenginleşme hukukunda geçerli nesnel piyasa değerine göre değil de, sözleşmede özel ve öznel olarak kararlaştırılan değere göre belirlenecek. Yalnız borçlunun yüküm ihlali yüzünden yasal dönme hakkını kullanmış olan alacaklı bu bakımdan kayırılmış durumda: O, sadece kendi işinde gösterdiği özeni göstermezse (yani "diligentia quam suis rebus adhibere solet" öznel ölçütüne uygun davranmazsa) böyle bir "Wertersatz" ödemekle yükümlü olacak. Sonra, olağan kullanmaya bağlı aşınmalar bu değer tazmini yükümünün dışında tutulacak. Bir de şu durumlarda değer tazmini olmayacak: a. Eğer iade imkansızlığına iade alacaklısının kendisi yol açmışsa veya b. eğer hasar iade alacaklısının kendi etki alanında zaten oluşacak idiyse ya da c. eğer yüküm ihlalinin mağduru olan yasal dönme hakkı sahibi gereken özeni gösterdiği halde mal hasar görmüşse. Bu gibi durumlarda elde kalan zenginleşmenin iadesi ile yetinilecek.

Görülüyor ki § 350 BGB'nin (ki bizim BK 204'e denk düşer) iade edilecek nesnenin kazara hasar görmesi riskini iade alacaklısına yükleyen eski haksız hasar düzeni, haksız zenginleşme hukukundan ariyet alınma "hesap artığı" (Saldo) kuramına ve başkaca zorlamalara gerek kalmaksızın, hakça bir hasar düzenine dönüştürülmüş durumda. Artık nesnenin kazara batması riski iade borçlusunun omuzlarında. Kusur ve zaman tartışmalarına, tümel veya bölümsel iade imkansızlığı çekişme-

lerine yer ve gerek bırakmayan, kronolojik rastlantılardan ve kusur ögesinden soyutlanmış sade ve pratik bir hasar düzeni kurulmuş oluyor. (§ 346) Şöyle ki dönmede değer tazmini, bu tazmini gerektiren olay dönme nedeninin öğrenilmesinden veya dönme bildiriminden ister önce, ister sonra gerçekleşmiş olsun, iade borçlusu ister kusurlu ister kusursuz olsun, hiç ayırmsız söz konusu olmakta. Buysa ortaya uyumlu ve adaletli bir hukuki tablo çıkarıyor.

### **İmkansızlık: Temel ve genel kavram olmasa bile, yine de öncelikli kavram**

Gerçi imkansızlık kavramı eskisi gibi merkezi kavram olmaktan çıkarıldı ve salt yüküm ihlalinin yalın bir uzantısına indirildi. Ama onu tümüyle yasadan çıkarma önerisi benimsemişmedi. İmkansızlık kavramı yine de ağırlıklı konumunu korudu. Ne var ki, imkansızlık konusundaki o bunaltıcı ayrımların tümü de kalktı. Artık objektif - sübjektif, baştan - sonradan imkansızlık ayrımı yapılmayacak. Yalnız imkansızlıktan işlem temelini çökmesine inen basamaklar öngörülmüş; işte o kadar (§ 275).

Bir kere imkansızlık asli edim istemini düşürmekte. Bu düşme gerçek fiziksel imkansızlıkta kendiliğinden oluşmakta. Buna karşılık, salt normatif nitelikteki fiili ve pratik imkansızlıkta, yani borçlunun özverisinin alacaklının edime kavuşma çıkariyle ölçüsüzce ayrıştığı imkansızlıkta (örneğin denizin dibine düşen yüzüğün çıkarılması taahhüdünde) bu kurtuluş, borçlunun defî hakkını kullanmasıyla gerçekleşmekte.

Bu arada kişisel edimlerde, aslında işlem temelini çökmesi bağlamında ele alınması beklenir borçlunun yakınının ansız ölümü gibi kişisel ifa engelleri (psişik - moral kökenli kişisel imkansızlıklar) da normatif imkansızlığın çerçevesi içine alındı. İşlem temelini çökmesi bağlamında olası uyarılama şansını (örneğin ifa gününü değiştirme şansını) elden alan bu yaklaşım eleştirilebilir. Neyse ki iktisadi imkansızlık eskiden öğretilerde de yapıldığı gibi, işlem temelini çökmesi alanına yerleştirilmiş durumda. (§ 275)

İmkansızlığın sonucu salt asli edim yükümünün kalkması oluyor. Bu sonuç da imkansızlığın sorumluluğu gerektirip gerektirmeyişinden, objektif veya sübjektif nitelik taşıyışından ve gerçekleşme anından tümüyle bağımsız olarak doğuyor.

En yüklü ve karışık kural § 326 kuralı! Buna göre, imkansızlık borçlunun asıl edimini düşürünce, karşılıklı sözleşmede alacaklının karşı edimi de düşmüş oluyor. Bu, işlevsel sinallagma anlayışının doğal yansıması. Eğer edim her nasılsa evvelce elden çıkarılmışsa dönme kurallarına göre geri istenebiliyor. Yoksa bizde şimdi yürürlükteki BK 117 gereğince haksız zenginleşme kurallarına göre değil! (§ 326 IV)

Aynı kurala göre, karşılıklı sözleşmede alacaklının karşı edimi yalnız alacaklı temerrüdü sırasında gerçekleşen kazada ve alacaklının kendisinin yol açtığı imkansızlıkta düşmemekte. (Karşı edim hasarının alacaklıya intikal ettiği olgulardır bunlar.)

Bir de şu eklenmiş: Eğer alacaklı kaim değer istemini ortaya atarsa, yine karşı edimini yerine getirmek zorunda kalacak. Ama kaim değer asıl borçlu ediminden düşük değerliyse, alacaklının karşı edimi de bu oranda indirilecek (§ 326 III) veya evvelce değinildiği gibi, tazminat sorumluluğunun koşulları varsa değer açığı tazminat ödentisiyle kapatılacak (§ 285). Buna karşılık asıl edimden yüksek değerli kaim değer alacaklının yanına kâr kalacak. Bunlar aslında hep bizde de öğretide benimsenen çözümler. Yalnız BK. 183'ün karşı edim hasarına ilişkin düzeni saklı kaldıkça kaim değer düşüklüğü oranında karşı edimden indirim yapılmasını tutarsız bulanlar ve buna karşı çıkanlar var.

İlginç yeniliklerden biri de şu: Baştan (konuda) imkansızlık artık butlana yol açmıyor (Eski § 306 artık yok!). Daha doğrusu, imkansızlıkta, artık objektif – sübjektif imkansızlık ayrımı yapılmadığı gibi, baştan – sonradan imkansızlık ayrımı da yapılmıyor. Öteden beri “lojik” sayılmayan bu “kronolojik” ayrımın kaldırılması sevindirici. Baştan imkansızlığın butlan nedeni olmaktan çıkarılması, sadece bu yüzden mağdur olabilecek kişiye kusurlu karşı yandan doyurucu (eksiksiz) tazminatlar,

bu bağlamda edimin yerini tutan büyük tazminat veya boşuna yapılmış masraf tazminatı sağlamakla kalmıyor; aynı zamanda asli edimin yerini tutan kaim değerın kronolojik rastlantılara feda edilmeksizin her zaman istenmesine olanak veriyor.

Eğer imkansız edimi taahhüt eden sorumlu sayılamıyorsa zaten sorun yok. Ama eğer imkansız edimi taahhüt eden, imkansızlığı bilerek ya da bilmesi gerektiği halde işlemi kurmuşsa, uyarma ve aydınlatma (davranış) yükümüne aykırılıktan ötürü tazminat ödemekle yükümlü tutuluyor. (§ 311a) Bu tazminat da alacaklının seçimine göre, ya masraf tazminatı ya da “edim yerine geçen büyük parasal tazminat” olabilecek.

Öte yandan, baştan – sonradan, sübjektif – objektif imkansızlık ayrımları kalkınca, baştan sübjektif imkansızlıkta, örnekseme yoluyla, borçlunun kusursuz garanti sorumluluğunun mu (böyle Almanya’da baskın görüş) yoksa kusur karinesine dayalı ifa imkansızlığı sorumluluğunun mu (böyle İsviçre’de baskın görüş) söz konusu olacağı tartışması da noktalanmış oluyor. Borçlu baştan imkansızlığı bilmedikçe veya bilmesi gerekmedikçe sorumlu olmayacak. Dikkat edilsin ki sonraki imkansızlıkta kendisini “ben yapmadım ki” diye savunan borçlu, bundan böyle baştan imkansızlıkta kendisini “ben bilemezdim ki” diye savunacak.

Eski rejime tabi tutulan ve eskisi gibi tartışmaya açık kalan noktalar ise şunlar:

Edim sonucunun borçlunun edim eylemleri dışında kendiliğinden gerçekleşmesinin veya ortadan kalkmasının (tedavi edilecek hasta iyileşiyor veya ölüyor) imkansızlık sayılıp sayılmayacağı. Hem alacaklının hem borçlunun birlikte yol açtığı imkansızlıkta karşı edim hasarı ile tazminat sorumluluğunun nasıl belirleneceği. Yollanacak borçta borçlu satıcının malı kendi adamlarıyla taşıtmasında malın başına bir kaza geldiğinde hasarın alıcıya geçip geçmeyeceği. Ambargo ve boykot gibi geçici ifa engellerinde imkansızlığın mı yoksa borçlu temerrüdünün mü söz konusu olacağı.

### **Borçlu temerrüdü: Alacaklının işi kolaylaşıyor**

Yeni BGB'de para borçlusu artık eskisi gibi ihtardan otuz gün sonra değil, bizdeki gibi ihtar üzerine derhal temerrüde düşmüş sayılıyor. İhtarsız temerrüt olguları da borçlunun korunmayı hak etmediği durumlarda adamakıllı genişletiliyor. Vadenin takvime göre borçlu tarafından hesaplanabileceği her olay (yoksa sadece muacceliyet ihbarı değil) ihtarsız, eo ipso temerrüt mekanizmasını harekete geçirebilecek. Bu arada muacceliyetten veya faturadan sonra otuz gün içinde ödememe bile, kendiliğinden (ihtarsız) temerrüde yetiyor. (§ 286) Bu arada borçluyu koruyucu eski sıkı formaliteler de alacaklıdan yana hafifletilmiş: Alacaklının borçlusuna uygun bir ek süre verme bildirimini temerrüt ihtarını ve ifadan vazgeçme uyarısını da kapsadığı kabul ediliyor. (§ 286, 323)

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ya da edimin yerini tutan büyük tazminat isteminin ortaya atılması da aynen ifa istemini düşürmeye yetiyor. Bunun için özel ek bildirimlere yer ve gerek yok. (§§ 280 II, III, 281 IV)

Borçlu temerrüdünde, alacaklı, eğer geciktirilmiş edimin ifasında çıkarı henüz süregeliyorsa, bu edimle birlikte temerrüt zararının tazminini (küçük tazminatı) isteyebiliyor; aksi halde asli edimin yerine büyük tazminatı veya özel masraf tazminatını isteyebiliyor. Ayrıca dönme hakkı da saklı. Üstelik bu dönme işlemi büyük tazminat istemiyle de birleştirilebiliyor.

Borçlu temerrüdü borçlu için hasarın intikali, tazminat ve dönme külfetleri dışında, bir de, piyasada geçerli faizin % 8 (tüketim sözleşmelerinde % 5) üstüne kadar çıkabilen bir "soyut ve götürü zarar giderimi" yükümüne de yol açmakta.

### **Sözleşmenin müspet ihlali: Teorik ve pratik önemi en büyük yüküm ihlali**

Sözleşmenin müspet ihlali, asli edimle bağlantılı yan edim yükümüne aykırılık ile asli edimle bağlantısız davranış yükümüne aykırılık tipinde gerçekleşebilecek iki türüyle yasaya itihal edilmiş. (§§ 280 I ve III, 281, 282) Yan edim yükümüne ay-

kırılıkta "edimin yerine" veya "edimin yanı sıra" tazminat istenebiliyor. Davranış yükümüne aykırılıkta ise kural olarak sadece edimin yanı sıra küçük tazminat istenebiliyor. Edimin yerine büyük tazminat ise ancak sözleşmeye bağlılık artık alacaklıya yüklenemezse (ondan beklenemezse) istenebiliyor. (Unzumutbarkeit) Dönme hakkı ayrıca saklı (§§ 323/24)

Evvelce belirtildiği gibi, ayıplı ifa da, sözleşmenin müspet ihlalinin, son aşamada da genel yüküm ihlalinin içinde eritilmiş durumda. Böylece genel sözleşmeye aykırılık ile özel ayıplı ifa arasındaki eski kurallar çatışması ve yarışması sorunsalı da tarihe karışmış oluyor.

Borçlunun borcunu ileride ifa etmeyeceğini muacceliyetten önce açıkça ilan etmesi tipindeki sözleşmenin müspet ihlali konusunda § 323 IV kuralı şöyle bir hüküm koymuş: Eğer ileride muacceliyet günü geldiğinde sözleşmeden dönmenin koşullarının gerçekleşeceği aşikâr ise alacaklı muacceliyet gününü beklemeksizin, önceden de sözleşmeden dönebilir.

### **Edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisinin kurallaştırılması; güven sorumluluğunun yaygınlaştırılması**

Culpa in contrahendo iki yeni kuralda düzenlenmiş. (§ 241 ve § 311) Bu kurallar ışığında, borç ilişkisi, özel içeriğine göre, karşı yanın çıkarlarına özel bir özen gösterme yükümü yükleyebiliyor. Bu anlamda, borç ilişkisi, sözleşme müzakerelerinin başlamasıyla, karşı yanın çıkarlarını yakından etkileme olanağının doğmasıyla ve benzeri işlemsel temaslarla oluşur. Bu arada üçüncü kişiler de böyle bir borç ilişkisine dahil olabilirler. Özellikle bu üçüncü kişiler özel bir güven çekip toplamış ve öz çıkarları için sözleşmenin oluşmasını etkilemiş iseler böyle bir olasılık söz konusu olur.

Dikkat edilsin ki değinilen son olguda, danışmanların, pazarlamacıların, reklamcılarının mesleki güven sorumluluğu (Berufshaftung veya Prospekthaftung) kurala bağlanmış oluyor.

Buna karşılık, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bağlamında tazminat alacaklısı olabilecek olan edime yakın üçün-

cü kişiler bu yeni kural gereği değil de yine eski kuram (edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi kuramı) gereği tazminat alacaklısı olacaklar.

Bu iki yeni kuralla hem haksız fiil sorumluluğunun yetersiz mutlak hak himayesi geliştiriliyor hem de haksız fiilin salt malvarlıksal çıkarları korumadaki açığı kapatılıyor. Bu arada istenmemiş (dayatılmış) sözleşmeye karşı irade özerkliği de korunmakta. Culpa in contrahendo'nun önemli bir işlevi de sözleşmenin geçersizliğine (özel olarak şekil butlanına) yol açmada söz konusu olacak. Yaptırım olarak öngörülen tazminat, oldu bittiyle dayatılmış elverişsiz sözleşme koşullarını düzeltip uyarlamaya da yardımcı olabilmekte. Özellikle gabinde bunun pratik önemi büyük. Sözleşmenin tümüyle sağlıklı biçimde oluşturulmasını ya da tersine tümüyle kaldırılmasını amaçlayan bir "aynen tazmin" istemine yer kalıp kalmadığı ise hala tartışmalı! Baştan imkansızlığı bilerek ya da bilmesi gerektiği halde culpa in contrahendo ile sözleşmeyi kuranın evvelce değinilen özel "bilgi sorumluluğu" da aslında bu culpa in contrahendo sorumluluğunun özel bir uzantısı. (§ 311a)

### **İşlem temelini çökmesinin kuramdan kurala aktarımı**

İşlem temelini çökmesi § 313'te şöyle düzenlenmiş: Sözleşmenin temelini oluşturan olgular sonradan esaslı biçimde değişmişse ve eğer taraflar bu olguları önceden görebilselerdi sözleşmeyi hiç kurmayacak ya da başka türlü kuracak idilerse, ayrıca, taraflardan biri için sözleşmesel ve yasal risk paylaşımı anlayışı ve başkaca olgular dikkate alındığında, sözleşmeye başta kararlaştırılmış koşullar altında bağlılık artık katlanılmaz bir yük (unzumutbar) olmuşsa, "uyarlama" istenebilir. Esaslı tasarımların boşa çıkması da sözleşmenin temel koşullarının değişmesi ile bir tutulur. Uyarlama olamazsa, "dönme" veya (sürekli borç ilişkilerinde) "fesih" yoluna gidilir.

İşlem temelini çökmesinin tanıdık öğeleri arasında belki yalnız "risk paylaşımı anlayışı" bir ek açıklama gerektirebilir. Öteki öğeler ise zaten bizde de öğretilde ve uygulamada benimsemiş öğelerdir. Yasal risk anlayışında, para alacaklısı enflas-

yon riskini, para borçlusu da parayı bulamama riskini, borçlu edimi tedarik riskini, alacaklı da edimi değerlendirme, ondan yararlanma riskini taşır. Sözleşmesel risk anlayışı da spekülasyon işlemlerde, kefalette ve sigortada özel bir görünüm alır. İşte işlem temelini çöküp çökmediği araştırılırken bu risk parametreleri gözden uzak tutulmayacaktır.

İfa engelleri hukukunda anılmaya değer son bir yenilik de işlem temelini çökmesi kuramının bütünleyici parçasını oluşturan "sürekli borç ilişkilerinin haklı nedenle feshedilebilirliği" konusunda genel bir kurala hemen işlem temelini çökmesine ilişkin kuralın ardından, § 314'te yer verilmesi. Bu kurala göre, somut olayın özellikleri karşısında ve karşılıklı çıkarların tartılması sonucunda, ilişkiye sonuna kadar katlanmak kişiye yüklenemezse, kendisi için haklı nedenle fesih yetkisi doğar. Eğer haklı neden yüküm ihlalden oluşmuşsa, bu ihlalin giderilebilmesi için uygun bir ek süre verme ödevi olur. Böyle bir olasılıkta tazminat istemi ayrıca saklı tutulmuş durumda.

### **Ayıplı ifa konusunda yenilikler**

İfa engelleri hukukunun iyileştirilmesini ve çağdaşlaştırılmasını ayıplı ifa alanında yapılan değişiklikleri eklemekten değerlendirmek eksik ve yanlış olur. Gerçi evvelce genel yüküm ihlali kavramı bağlamında değinmiştik. Ama yinelenmeye değer:

Satıcının ayıptan ötürü sorumluluğu genel yüküm ihlalden ötürü sorumlulukla bütünleştirilmiştir. Bu arada paradigma da çeşit satımı olmuştur. Yeni BGB'nin özel ayıp düzenlemelerinde (§§ 434 i.s.) hep ifa engellerine ilişkin genel kurallara ve yaptırımlara göndermede (atıfta) bulunmaktadır. Böylece ayıplı ifa sorumluluğu ile culpa in contrahendo ve sözleşmenin müspet ihlali sorumluluğu arasında sıkça ortaya çıkan kurallar çatışması ve seçenekli yarışma sorunsalı da aşılmaktadır. Sonra, ayıplı ifa alanında bu yaklaşıma uygun düşen önemli değişiklikler de yapılmaktadır: Asılsız reklamın, yanlış kullanma ve montaj talimatnamesinin ve kötü montajın da ayıp sorumluluğuna yol açabilmesi bu açıdan özel olarak anıl-

maya değer. Dahası var: Ayıp ile yanlış (aliud) ve eksik ifa kavramları da aynı potada toplanınca, artık, sözgelişi, trança balığı yerine köpek balığı (aliud) ifası “ayıplı trança balığı” ifası ve yüz metre kumaş yerine seksen metre kumaş yollanması da ayıplı mal teslimi sayılacaktır. Ama ayıp hukukunda kaldırılan ayırım, sadece ayıplı ifa – eksik ve kötü ifa ayırımı ile ayıp – aliud ayırımı değildir. Bu alanda parça – çeşit ayırımı da kaldırılmış durumdadır. Artık ayıplı parça teslimi de tıpkı ayıplı çeşit teslimi gibi sözleşmeye aykırılıktan sayılacaktır. (Sağlama kuramı yerini ifa kuramına bırakıyor!) Şöyle ki ayıplı parça tesliminde de alıcı kılık değiştirmiş aynen ifa istemi olarak onarım istemini ortaya atabilecektir. Böylece eserin ayıplı olmasıyla satılanın ayıplı olması arasında da herhangi bir ayırım kalmamaktadır.

Alicının onarım ve ayıpsız mal ile değiştirme hakları malın cinsi ne olursa olsun, ister parça ister çeşit olsun, birinci derecede haklar olarak, ikinci derecede hakların, yani dönmenin, tazminatın ve satış parasının indiriminin önünde yer alacaklardır. Buna karşılık satıcıya da alıcısının yaptırımlarına boy hedefi olmaktan kurtulabilmek için ikinci bir servis şansı, yani ayıbı ortadan kaldırma fırsatı tanınmıştır. Alıcı yararına zaman aşımı sürelerinin uzatılması ve satıcı yararına sorumsuzluk anlaşmalarının geçersiz sayılması da ayıp hukukundaki reformun uzantıları olarak göze çarpar. Sonuç olarak, eskiden ancak sözleşmenin müspet ihlali kavramıyla üstesinden gelinebilmiş olan sorunlar şimdi ayıp hukukunun kendi bünyesi içinde ve genel yüküm ihlaline atılan köprülerin üstünde doyurucu çözümlere bağlanabilecektir. (§§ 434 i.s.)

### **Sonsöz: Çekilen ve çekilecek zahmete değen bir ürün**

BGB reformu üstüne toplu bir değerlendirme yapmak gerekirse, şunlar söylenebilir:

Yeni BGB, genel görünümüyle, sadece Borçlar Hukukunu modernleştirme yasası olarak değil, ama aynı zamanda Borçlar Hukukunu “Avrupalılaştırma” yasası olarak da sahneye çıkmaktadır.

Görünen o ki aşırı soyutluğu ve karışık kavramcılığı ile son yıllarda artık yeni yasalara model oluşturma özelliğini yitirmeye başlayan BGB yeni bir makyajla eski baş rolüne soyunmaktadır.

İfa engelleri konusundaki kitapları yeniden yazmaya ve her şeyi yeni baştan öğrenmeye harcanacak zahmete değen bir ürünün ortaya çıkmış olduğu gönül rahatlığıyla söylenebilir.

Yabancı yasaların çözümlerinin uygulamamızda MK 1 anlamında "bilimsel kaynak" olarak dikkate alınabileceğinde tereddüt edilemez. Yeni Alman düzenlemesinden de Türk hukuk uygulamasında bu bağlamda yararlanılmaması düşünülemez.

Yeni BGB kurallarının bu anlamda olumlu etkiler yayması, özellikle evvelce Türk hukuk öğretisinde de savunulmuş olan şu görüşlerle ilgili olarak beklenebilir.

Edim yükümlerinden bağımsız davranış yükümleri ilişkisi çerçevesinde culpa in contrahendo tazminatının ve mesleki güven sorumluluğunun geliştirilmesi. İşlem temelinin çökmesi kurumunun daha bir kararlılıkla benimsenmesi. Sözleşmeden dönmenin büyük ifa tazminatıyla bir arada sağlanabilmesi. Olumsuz zarar kavramının olumsuz etkilerinin giderilmesi. İmkansızlık konusundaki abartılı ayrımların kaldırılması. Konuda imkansızlık butlanının ciddi bir teleolojik redüksiyona (amaca uygun sınırlamaya) tabi tutulması. Parça borcu - çeşit borcu ayrımının eleştirel bir yaklaşımla değerlendirilmesi. Ayıplı ifanın, komşusu kötü ifa olgularıyla birlikte, uyumlu bir paket içinde genel yüküm ihlali bağlamında değerlendirilmesi. Sözleşmeden dönme üzerine oluşan tasfiye ilişkisinde pratik ve pragmatik "değer tazmini" ilkesinin benimsenmesi.