

İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU/OR 2020'YE İLİŞKİN ELEŞTİREL DÜŞÜNCELER*

Prof. Dr. iur. Heinrich Honsell** (Zürich/Salzburg)

Çeviren: Arş. Gör. Ümmühan Kaya***

Beş yıllık süre zarfında, İsviçre'nin tüm fakültelerinde yer alan hukukçular, İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsü ve Prof. Dr. Claire Huguenin ile Prof. Dr. Reto M. Hilty başkanlığında oluşturulan Federal Adalet Komisyonu, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerini sistematik olarak yenilediler ve güncel gelişmelere uyarladılar. Yazar, tasarı halindeki yeni Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümlerini eleştirel olarak değerlendirmekte ve yazarlar tarafından tercih edilen “Denenmişleri muhafaza etmek, yeni alanlar yaratmak” mottosunun nerelerde takip edildiğine ve yeni önerilen düzenlemelerden hangilerinin hukuk uygulamasında faydalı olmayacağına işaret etmektedir.

* Bu makale, Huguenin, Claire/Hilty, Reto M.(Hrsg.) (2013): **Schweizer Obligationenrecht 2020- Entwurf für einen neuen Allgemeinen Teil**, Paperback, 934 S. (Schulthess Verlag) künyeli kitabın eleştirisinden oluşmaktadır.

** Prof. Dr. Honsell'e ait olan bu makale Schweizerische Juristen-Zeitung (SJZ 109/2013, s. 457-461)'da yayınlanmıştır. Makalenin dipnotları içeriğine dokunulmaksızın şekil bakımından YBHD'nin yayın ve yazım kurallarına uygun hale getirilmiştir.

*** Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ukaya@ybu.edu.tr

I. GİRİŞ

İsviçre Borçlar Kanunu/OR 2020, Claire Huguenin ve Reto Hilty'nin editörlüğünde büyük çoğunluğu İsviçre Üniversitelerinde çalışan 27 yazarla birlikte hazırlanan, açıklamalar¹ ile donatılmış yeni İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısıdır.

Borçlar Kanunu, 1848'de kurulan yeni İsviçre Konfederasyonu'nun ilk kodifikasyonudur ve bugün hâlâ dünyanın en modern Medeni Kanunlarından birisidir. 1911 yılında yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu/OR, 1911 yılından önceki ve sonraki birtakım değişikliklere rağmen hâlâ 1881/83 tarihli eski Borçlar Kanunu'nun aynısıdır, onun içeriğinde esaslı bir değişiklik yapılmamıştır. Bu büyük çalışmanın asıl kurucusu, Bern'li Profesör Walther Muzinger'dir. İsviçre Borçlar Kanunu/OR, Alman Medeni Kanunu/BGB gibi esas itibarıyla Alman Federal Devleti için 1849 tarihli Paul Kilisesi İmparatorluk Anayasası'na dayanılarak kaleme alınmış ve Roma-Ortak hukukunun başarılı ve görece orijinaline uygun bir kodifikasyonu olan Borçlar Kanunu'nun Dresdner Tasarısı'na dayanır. Bu, sade bir anlaşılabilirlikten ve görkemli bir büyüklükten oluşan bir eserdir².

II. BÜTÜNCÜL BİR DEĞİŞİKLİĞİN GEREKLİLİĞİ?

Bütün hukuk sùjeleri için yeni ve büyük bir öğrenim vazifesi gerektiren ve yargı tarafından yapılan işi her halükârda kısmen de olsa anlamsız kılacak bütüncül bir değişiklik durumunda, bu değişikliğin gerekliliğine ilişkin şiddetli bir soru(n) ortaya çıkar. Editörler, bu değişikliğin gerekliliğini; (hukuki) belirginliğin kaybolduğunu³, kanuni “boşluklar” ve “ayrıntılı, fuzuli ve çelişkili normların” varlığını öne sürerek kabul etmektedirler⁴. Bu arada, detaylı incelendiğinde, şaşırtıcı bir şekilde, bu ağır eleştiriyile ilgili pek az şey bulunur. Sözde kaybolmuş bu (hukuki) belirginlik en azından genel hükümler için söz konusu değildir. Zira (Borçlar Kanununun) yüzyıllık yürürlüğü süresince yapılan, ziyadesiyle dogmatik soyutlama düzeyine dayanan, pek az değişiklik ihtiyacına sebebiyet veren yenilikler genel hükümler alanında oldukça azdı. Birçok değişiklik özel hükümlere ilişkindi⁵. Bu sebeple Tasarının şimdije kadarki maddelerde konuya ilişkin alışılmış bölümlemeyi terk etmesinin bir anlamı yoktur. Şimdi biz her bir revizyonda numaralandırmanın değiştiği AB Anlaşmasında olduğu gibi, eski maddelere işaret ederek çalışmak zorundayız.

1 Açıklamalar çoğunlukla görece kısa, kısmen de gerekçe ve ispat bakımından zayıftır.

2 Detaylı olarak bkz. Honsell (2011) **100 Jahre Schweizer Obligationenrecht**, ZSR II 5 vd.

3 **Huguenin/Hilty**, Einl. N 1.

4 **Huguenin/Hilty**, Einl. N 3.

5 Revizyona genel bakış için bkz. <<http://www.admin.ch/ch/d//sr/2/a220.html>>

220 maddelik Tasarı; ideal olan 183 maddelik, kısa İsviçre Borçlar Kanunu'ndan daha uzundur, yine de bu durum Tasarıya bir belirginlik kazandırmaz. Her ne kadar vekâletsiz işgörmenin sistematik olarak genel hükümlere ait olduğu düşüncesi isabetli ise de, konunun vekâlet⁶ yerine sebepsiz zenginleşmede düzenlenmesi⁷ uygun değildir⁸. Ayrıca tutarlı bir şekilde havalenin de üçüncü kişi yararına sözleşme başlığı altında düzenlenmesi gerekirdi. Mevcut Tasarıda aşırı yararlanmanın, yanılmanın yanında düzenlendiğini görüyoruz*. Koşul, cezai şart vb. kurumlar açıklanabilir bir sebep olmaksızın üçüncü ayırmadan sona⁹ kaydırılmaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki çelişkiler oldukça azdır ve her kanunda olan kaçınılmaz boşluklar, genellikle yargı kararları yoluyla uygun bir şekilde doldurulmaktadır. O halde sorun nerededir? 100. yıl kutlamaları¹⁰ münasebetiyle doktrinde birtakım değişiklik taleplerinin ima edilmesi, böyle bir girişimi haklı çıkarmaz. İhtiyatlı ve sınırlı bir değişikliğin dahi ne kadar az şey getirdiğini ve ne kadar çok yeni tartışma konularına yol açtığını, eski sorunların çözümünden ziyade yeni sorunlar ortaya çıkaran Alman borçlar hukuku modernizasyonu ürkütücü bir şekilde göstermektedir.

III. HALİHAZIRDAKİ UYGULAMANIN BİÇİMSEL BAKIMDAN UYARLANMASI ve DÜZENLENMESİ

Değişiklik tekliflerinin birçoğunda içerik bakımından bir yenilik değil, bilakis tartışmalı değere sahip biçimsel değişiklikler söz konusudur. Makyajlanmış (şekle ilişkin) düzeltmelerin hukuki güvenlik açısından bir faydası olmadığından, bunlara karşı temkinli davranmak yerindedir; çünkü uygulayıcı, her bir değişiklikte içeriğe ilişkin düzeltmelerin amaçlanmış olup olmadığını ve ne derece amaçlanmış olduğunu sorgular¹¹. Bu problem hemen, burada örnek kabilinden detaylı olarak incelenen Thomas Probst tarafından sorumluluğu üstlenilen 1. maddenin 1. fıkrasında görülebilir ki söz konusu hüküm gelecekte şu şekilde ifade edilecektir: Sözleşmenin kurulması tarafların birbirine

6 Art. 422 OR.

7 Yeni Art. 75 vd.

8 **Huguenin/Hilty**, Einl. N 22.

* Çevirenin notu: Mevcut İsviçre Borçlar Kanunu m. 23 vd.nda irade sakatlıkları (yanılma, aldatma, korkutma) düzenlenmiş, ancak aşırı yararlanma bu kısımda değil, 21. maddede düzenlenmiştir.

9 Pascal Pichonnaz tarafından incelenen Art 209 vd.

10 1883 ve 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu/OR için.

11 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu/OR'nda yapılan değişikliklerle ilgili eleştiri için karşılaştığımız, E. Bucher (1988) **OR AT**, 2. A., 20.

uygun, karşılıklı irade açıklamalarını *gerektirmektedir*, halihazırdaki metinde ise şu şekilde formüle edilmiştir: ... tarafların ... irade açıklamaları *gereklidir*. Bu değişiklikte herhangi bir yanlışlık yoktur, fakat merak edilen kimin yararına olduğudur. Hatta bu ifadenin çoğul olması bile mümkündür, elbette şu anki metin sadece bir irade beyanının olabileceği şeklinde bir yanlış anlamaya işaret etmez, bilakis her bir tarafın bir irade açıklamasında bulunacağı kolaylıkla anlaşılabilir. *Gereklidir (ist erforderlich)* yerine *gerektirmektedir (bedarf)* yüklemi, gözle görülebilir bir yarar sağlamaz. 2. fıkrada, örtülü *davranışın* aksine *hukuki sonuç doğurmaya yönelik davranış* (ifadesi) şu ana kadarki yorum karşısında bir farklılık oluşturmaz. Fakat dil bilimsel olarak 2. fıkranın eski düzenleniş biçimi olan “O (irade açıklaması) açık veya zımni olabilir.” ifadesi, yeni öneri olan “*İrade açıklamaları açık veya hukuki sonuç doğurmaya yönelik davranış şeklinde olabilir.*” ifadesine nazaran çok daha iyidir. Yeni 3. fıkrada yer alan ders kitabı niteliğindeki açıklamalar lüzumsuzdur: “*Tarafların anlaşması müzakere ile veya müzakere olmaksızın bir önerinin kabulü yoluyla veya başka bir şekilde vuku bulabilir.*” Hazırlar arası (bir sözleşmenin eşzamanlı imzalanması) bir sözleşmenin kurulması bakımından hususi hiçbir sorun oluşturmadığından, kanun bugüne kadar 2. maddeden 10. maddeye kadar öneri (icap) ve kabul yoluyla sadece müteakip sözleşmenin kurulmasını düzenlemektedir. Tasarı, bu şekilde uzun zaman önce açıklığa kavuşturulmuş ufak tefek şeylerle devam etmektedir. Tasarıdaki 4. madde, telefonun yanı sıra “eş zamanlı iletişimin diğer araçları”nı zikretmektedir. Tasarı, özellikle internet üzerinden yapılan işlemlerde ortaya çıkan anlamsız neticeye rağmen, malın sergilenmesinin öneri sayıldığı, isabetli olmayan 7. maddenin 3. fıkrasını muhafaza etmektedir. Herkese açık bir öneri doktrinde her zaman sadece öneriye çağırma olarak geçerliydi. Tasarıdaki 10. madde, yargı kararlarında öteden beri kabul edilen, (öneriden) farklı veya gecikmiş kabulün yeni bir öneri sayılacağı hususunu ilk kez düzenlemiştir¹². Bir taraf, örneğin malın gönderilmesi yoluyla (öneriden) farklı bir şeyi kabul ettiğinde, öneri ve kabulün uygulama alanının yeniden başlaması gerekmediğinden, aksine sözleşmenin kurulması basitçe sonuç doğurmaya yönelik olarak ortaya çıkabileceğinden bu durum açıklığa ve sadeleştirmeye hizmet eder. Tüketiciyi korumaya ilişkin örnek Avrupa Birliği düzenlemelerine dair mütemadi değişiklikteki düzenlemenin ayrıntılı olarak tasarıya aktarılmaması memnuniyet vericidir. Cayma hakkıyla (Tasarınının 16 vd. maddeleri) ilgili sadece, kanuni düzenlemesi Tasarınının 1. fıkrasında geniş bir şekilde ifade edilmiş olan bir “bağlantı normu” önerilmektedir¹³.

12 § 150 BGB ile de karşılaştırınız.

13 “Bir tüketim sözleşmesi yapan kimse, ona teklif edilen edim veya onun risklerine ilişkin

IV. KAVRAM ve İÇERİĞE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Bu gerekli, örnek niteliğindeki detaylı incelemeyi yarıda kesiyoruz ve en önemli normlar bütünü için tasarının içerik ve kavramına yöneliyoruz. 11. maddenin 2. fıkrasına göre yasal veya akdi şekil bir geçerlilik şartıyken, yeni düzenlemede şekil eksikliğinin hukuki sonuçları, genel olarak şeklin amacına bağlıdır (Tasarı m. 27)¹⁴. Kuşkusuz özünde memnuniyet verici olan bu esnekleştirme hukuki güvenlik açısından ciddi bir zarara/hasara neden olabilir ve muhtemelen tasarıyla birlikte sarkaç büyük ölçüde başka bir yöne savrulacaktır. Bugüne kadar, şekle ve süreye ilişkin amaçsal sınırlamanın kural olarak dikkate alınmaması ve yüksek mahkemenin sadece sınırlı olay gruplarında hakkın kötüye kullanılması ile yardım etmesi söz konusuydu. (Tasarıda) Aynı amaca (kesin hükümsüzlüğün önlenmesi) ulaşmayı hedefleyen, eksikliğin giderilmesi (Tasarı m. 29) ve tahvile (Tasarı m. 35) ilişkin hükümler yenidir. Yazılı şeklin yanı sıra Alman modeline uygun olarak 25. maddede kolaylaştırılmış bir metin şekli yer almaktadır. İsviçre Borçlar Kanunu/OR m. 22’de yer alan önsözleşme, herhangi bir gerekçe gösterilmeden tasarıya alınmamıştır.

Tasarı 20. maddesinde (ahlaka aykırılık vb. nedenlerden dolayı kesin hükümsüzlük) de paralel bir konsept izlemektedir. 20. maddedeki “mutlak” kesin hükümsüzlük, detaylı bir açıklama yapılmadan “esnek” geçersizlik ile ikame edilmektedir¹⁵. (Tasarıdaki) 30. madde, geniş ölçüde birbirleriyle örtüşükleri tartışılmaksızın artık sadece emredici hükümler ile kamu düzenini, (sözleşmenin içeriğine ilişkin) bir sınır olarak zikretmektedir. İçeriğe ilişkin yeni bir düzenleme amaçlanmaksızın, imkânsızlık ve ahlaka aykırılık ortadan kalkacaktır¹⁶. Geçersizlik, şekilde (Tasarı m. 27) olduğu gibi amaçla bağlı olacaktır (Tasarı m. 31).

Sistematik sebeplerden dolayı aşırı yararlanmanın (Tasarı m. 41) da dahil edildiği yanılma, aldatma ve korkutma, dikkatli bir şekilde yenilenmiştir¹⁷. Esaslı ve esaslı olmayan yanılma arasındaki ayrım sürdürülmektedir. Pandekt hukukuna ilişkin bir sınıflandırma olan şahısta, sözleşmenin konusunda, sözleşmenin niteliğinde ve miktarda yanılma Tasarıda yer almamaktadır. Aşırı ya-

yeterli derecede bir inceleme yapamazsa, ...” Bu durum, mağazadaki çoğu alıcı (müşteri) için geçerlidir. Tüketici sözleşmesi yerine tüketim sözleşmesinin hükme konulması da hatalıdır.

14 **Emmenegger/Kurzbein**, Art. 21 N 3 vd.

15 **Huguenin**, Art. 30 N 30 vd.

16 **Huguenin**, Art. 30 N 2.

17 **Wolfgang Ernst**, Vorbem. zu 38 vd. N 2.

rarlanmanın (Tasarı m. 41) kanundaki düzenlemesi, esasa ilişkin bir değişiklik amaçlanmaksızın yeniden formüle edilmiştir¹⁸.

Haksız fiil hukuku, kusur sorumluluğu için artık sadece genel davranış yükümlülüğünün ihlaline dayanacaktır. Bunun yanında işletme sorumluluğunu kapsayan bir organizasyon sorumluluğu (Tasarıda m. 58 vd.) ve genel olarak tehlike arz eden faaliyetlerden kaynaklanan bir tehlike sorumluluğu yer almaktadır. Böylece Tasarı, kısmen *Widmer/Wessner*¹⁹'in gerçekleşmemiş olan sorumluluk hukukuna ilişkin reform tasarısını takip etmektedir. Yazarların²⁰ değerlendirmesine göre düzeltmeler çoğunlukla (sadece) maddelerin kaleme alınışına ilişkindir. Huber'in rücadaki kademeli sistemi, haklı olarak kaldırılacaktır²¹.

Tasarının özellikle tartışmalı olan yeniliği, bir taraftan geçersizlik veya iptal edilebilirlik arasındaki ayrımın, diğer taraftan dönme (tür değiştirme vs.) sebebiyle sözleşmenin sona ermesinin terkedilmesidir. Şekle veya içeriğe ilişkin bir eksiklik, yanılma vs. istisnai olarak sözleşmenin geçersizliğine yol açarsa, 37. ve 45. maddeler uyarınca işlemin hiç yapılmamış hale getirilmesi, sebepsiz zenginleşme veya istihkak kurumuna göre değil, dönme için de geçerli olan tasfiyeye ilişkin hükümlere (Tasarı m. 79-84) göre gerçekleşir. Bu düzenlemenin, İsviçre Medeni Kanunu'nun bu açıdan açık olan 974/II. maddesi değiştirilmediği sürece, sadece taşınırlarda geçerli olan sebebe bağlılık prensibinin saçmalıklarını gidermesi durumunda bir avantajı bulunabilirdi²². Kuşkusuz, kesin hükümsüzlük (geçersizlik) halleri ile sözleşmenin sonradan ortadan kalkmasının, "tasfiye etmek"(liquidieren) ve "iflas etmek"(fallieren) gibi İsviçre Borçlar Kanunu'na yabancı olan ve iflas hukukuyla sınırlı kalması gereken yabancı kelimelerin seçilmiş olduğu tek bir rejime tabi kılınmasıyla fazla ileri gidilmektedir. Geçersizlik olarak nitelendirilen sözleşmenin sonradan ortadan kalkması veya tasarının terminolojisinde kuruluş ve ifaya ilişkin eksikliklerin tek kavram altında toplanması da dil bilimi açısından had safhadadır. Buna ilişkin açıklamalar, bu mevzuda şüpheli ve tutarsızdır. Böylece bu

18 Yukarıdaki 3. başlık ile karşılaştırınız.

19 *Pierre Widmer/Pierre Wessner*, Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, Vorwurf eines Bundesgesetzes, şu linkten ulaşılabilir: <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/de/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_abgeschlossene_projekte/ref_haftpflicht.html> s.e.t: 22.8.2013.

20 **Fellmann/Müller/Werro**, Einl. 1 vor Art. 46.

21 **Furrer/Körner**, Art. 204 N 2; son eleştiri için bkz. **Honsell** (2011) ZSR II 5 vd.

22 Sebebe bağlılık ilkesi kaldırılmak istenirse, İsviçre Medeni Kanunu/ZGB m. 714/1 ve 974/2'nin değiştirilmesi gerekmektedir.

hüküm, Huguenin/Hilty/Purtschert²³'in görüşüne göre Tasarıdaki 79. madde- nin lafzıyla uyumlu olan geçersiz olan veya başka bir sebeple etkisiz kalan bütün sözleşmeler için geçerlidir. Buna karşılık, Tasarının 79. maddesi öncesinde yer alan 1 numaralı açıklama, sadece (sonraki) ortadan kalkmayı vurgulamaktadır. Orada şu ifade yer almaktadır: “Bir sözleşme geçerliliğini *yitirirse* veya başka bir sebeple sözleşmenin etkisi ortadan kalkarsa ...”. Geçersiz sözleşme dahi, bir müddet “varlığını korumalı”dır (45 numaralı açıklama), bunun sonucunda (sözleşme) muhtemelen geçerlidir. “Borç ilişkilerinin tasfiye edileceği” anın belirlenmesi muğlaktır²⁴. İstenen açık kavramsallık görülememektedir.

Tasarının kavram birliğinden vazgeçilemez. Kesin hükümsüzlük sebepleri ve borcun ifa edilmemesi bir edim üzerinde birleşmez, aksine birbirinden kesin olarak ayrılır. Bir diğer itiraz, yeni düzenlemenin iradelerin birbirine uygun olmamasını (Tasarı m. 1) açıkça kapsamaması, yani tasfiyenin söz konusu olmadığı bir başlangıçtaki hükümsüzlük halinin hala devam etmesidir. Bu belirsizlik, asıl istirdat davası türleri olmaksızın varlığını sürdüren sebepsiz zenginleşmede (Tasarı m. 64 vd.) devam etmektedir, fakat sebepsiz zenginleşme, onun esaslı uygulama türleri olan borçlanılmayan bir şeyin yanlışlıkla ifası, genel sebepsiz zenginleşme davası (haklı bir sebep olmaksızın zenginleşme), hukuki sebebin sona ermesinden dolayı zenginleşmenin iadesi ve var olan hukuki sebebin gerçekleşmemesi sonucu zenginleşmenin iadesi kurumlarından, yeni tasfiye hukuku (Tasarı m. 79 vd.) yararına mahrum bırakılmıştır. Edimden doğan sebepsiz zenginleşme, sözleşme olmaksızın hatayla yerine getirilen edimlerin küçük ve geride kalan bir uygulama alanına indirgenmiştir. Fakat burada sözleşmenin olmadığı ve (kesin hükümsüzlükten dolayı) hukuki sebepten yoksun bir edimin eşit kılındığı dogmatik bir kazanım vardır. Bu geriye kalan vakalar için hususi bir norm grubunun ihdas edilmesi bir anlam ifade etmemektedir.

Sadece temerrüdün (Tasarı m. 124 vd.) bağımsız bir rol oynaması dışında borcun ifa edilmemesi kurumu, Viyana Satım Sözleşmesi/CISG'nin 45 vd. maddelerinde olduğu gibi kusura dayanmayan borcun ihlali (Tasarı m. 118 vd.) başlığı altında toplanmalıdır. İmkânsızlık, borcun ifa edilmemesi (Temerrüt de dahil olmak üzere) ve sözleşmenin müspet ihlali ayrımı terk edilmelidir. Ayrıca, eski ve F. Mommsen'e kadar uzanan sınıflandırmaya ilişkin değişiklik ihtiyacı bir hayli abartılmıştır²⁵.

23 Vorbem. Art. 79 N 46.

24 Art. 80'deki kriterlerle karşılaştırınız.

25 Müller-Chen, Vorbem. Art. 118-134 N 3 ve 4.

Zamanaşımı kurumunun da aydınlık ve karanlık yanları vardır²⁶. Zamaşaşımı ve hak düşürücü sürenin net bir şekilde birbirinden ayrılması veya daha önce olduğu gibi her bir yargılama faaliyetiyle sürenin yeniden başlaması yerine, dava açılması yoluyla bütün yargılama süreci için sürelerin kesilmesinin düzenlenmesi (Tasarı m. 154) noktasında bir ilerleme söz konusudur. Ancak haksız fiildeki (İsviçre Borçlar Kanunu/OR m. 60) objektif ve sübjektif süre arasındaki ayrımın bütün taleplere aktarılması uygun görünmemektedir. Bunun dışında, ne yazık ki İsviçre Konfederasyonu'nun Adalet ve Polis Bakanlığı'nın benzer bir öntasarısının olduğunu söylemek gerekir²⁷. Tasarı m. 149/I, borçlunun ve talebe sebep olan olayların öğrenilmesiyle başlayan üç yıllık bir süre öngörmüştür. Bu öğrenme gözönüne alınmaksızın on yıllık kesin süre işlemektedir. Kesin sürenin yanında göreceli bir sürenin öngörülmesi sadece haksız fiil hukukunda ve tehlike sorumluluğunda bir anlam ifade etmektedir²⁸, çünkü bir kimsenin zararı ve/veya zarar vereni bilmeksizin bir zarara uğraması sadece burada söz konusu olabilir ve bir kimsenin zararı ve zarar vereni bilmesi halinde kendi hakkını korumak için harekete geçebilmesi ancak buraya özgü bir argüman olabilir. Sözleşmede ise durum farklıdır. Burada taraflar bir hukuki ilişki içerisinde bulunur ve başından beri birbirlerini tanımaktadırlar. Sadece haksız fiil için bir hakkın talep edilip edilmeyeceğine ilişkin açıklığın ivedi bir şekilde sağlanması açısından kısa bir sürenin öngörülmesi hükmün amacına uygun düşmektedir. Bu uygunluk sözleşme hukukunda söz konusu olmamakla birlikte yalnızca tesadüfen kusurlu olarak "karşı karşıya gelmede" bulunur. Bütün önemli olayların öğrenilmesiyle bir tazminat talebinin ileri sürülüp sürülmeyeceğine ilişkin kararın sonraya ertelenemeyeceği sadece haksız fiil hukukunda geçerlidir. Bu amaca uygunluğun örneğin sözleşmesel edimlerin yerine getirilmesinde söz konusu olmayacağı ortadadır. Niçin bir satıcı veya ödünç para veren, satış bedelini veya ödünç hakkını talep edip etmeyeceği hususunda açıklığın hızlı bir şekilde sağlanması için zorlanmaktadır? Satıcı veya ödünç para veren bu hakka sahiptir ve bu hakkını kesin zamaşaşımı süresinin sonuna kadar ileri sürebilir. Zararın tazmini²⁹ gibi ikincil sözleşmesel talepler için de farklı bir durum söz konusu değildir. Alıcı sözleşmede, hakkına ve borçluya ilişkin kural olarak bir bilgiye sahip olduğu için burada

26 **Thouvenin/Purtschert.**

27 Eleştiri için bkz. Honsell (2012) **Revision des Verjährungsrechts?**, Honsell/Huwyler/Scuhlin (Hrsg.), Liber Amicorum Nedim Peter Vogt, Basel, 107 vd.

28 Takriben §§ 12 ve 13 ProdHaftG.

29 İsviçre Borçlar Kanunu/OR m. 201, ayıp sorumluluğundaki ivedilik ihtiyacını karşılamaktadır.

hususî, sübjektif bir sürenin olması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır. Yine de sadece pratik sonuçları bakımından kısa (zamanaşımı) süre tasarıya yerleştirilmiştir ve sözleşmesel taleplerin genel zamanaşımı süresinin üç yıla indirilmesi sağlanmıştır. Zira daha uzun bir sürede, (sözleşme tarafının hakkına ve karşı tarafa ilişkin) bilgiye sahip olunmasından dolayı hemen hemen hiç harekete geçilmez ve bu da pratik bakımdan anlamsız olur. Fakat bütün sözleşme temelli talepler için üç yıllık süre şüphesiz oldukça kısadır.

Tasarı, isabetli bir yargı kararının kodifikasyonunda kuşkusuz aşırıya kaçan pozitivist bir bakış açısıyla örneğin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını/clausula rebus sic stantibus (Tasarı m. 19), sözleşme hükümlerinin kötüye kullanılmasını (Tasarı m. 33 vd.) veya sürekli sözleşmelere ilişkin normları (Tasarı m. 144) düzenlemektedir. Tasarıda dikkate alınmayan hukuki kurumlar (adeta kayıp listesi) ise örneğin kendisiyle sözleşme kurma ve ikame değerdir*.

V. SONUÇ

Tasarı, burada değinilemeyen birçok değişikliği de içermektedir. 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun (hukuki) belirginliğini kaybettiğine, boşluklar ve oldukça detaylı, lüzumsuz ve çelişkili normlar içerdiğine ilişkin iddialar geniş ölçüde isabetli olmadığından, muazzam bilimsel çabalara rağmen İsviçre Borçlar Kanunu/OR'nun Tasarı temelindeki bütüncül değişimi, önerilmemektedir. İsviçre Borçlar Kanunu'ndaki reform az ve gerçek ihtiyaçlarla sınırlandırılmalı ve aynı şekilde şekle ilişkin düzeltmelerin, bunun gibi yeterli olmayan, iyi düşünülmemiş yeniliklerin önüne geçilmelidir.

* Çevirenin notu: Alman Medeni Kanunu/BGB § 285'te düzenlenen, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlıkta imkânsızlaşan edim dolayısıyla borçlunun üçüncü kişiden bir karşı değer elde etmesine ikame değer denir, alacaklının talebi durumunda borçlu bu ikame değeri alacaklıya vermek zorundadır.