

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE BORCUN
İFA EDİLMEMESİ VE MÜCBİR SEBEP KAYITLARI**

Doktora Tezi

Şemsi Barış ÖZÇELİK

Ankara 2009

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ HUKUK)
ANABİLİM DALI**

**BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE BORCUN
İFA EDİLMEMESİ VE MÜCBİR SEBEP KAYITLARI**

Doktora Tezi

Şemsi Barış ÖZÇELİK

**Tez Danışmanı:
Prof. Dr. A. Lâle SİRMEN**

Ankara 2009

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENÎ HUKUK)
ANABİLİM DALI

**BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE BORCUN
İFA EDİLMEMESİ VE MÜCBİR SEBEP KAYITLARI**

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. A. Lâle SİRMEN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	VII

GİRİŞ

A- BORCUN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARINA GENEL BAKIŞ.....	1
B- TERMİNOLOJİ.....	7
C- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLÂNI.....	7

BİRİNCİ BÖLÜM

BORÇLAR KANUNUNA GÖRE BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE BORCUN İFA EDİLMEMESİ VE SONUÇLARI

§ 1. BORÇLUNUN BORCUN İFA EDİLMEMESİNDEN SORUMLU OLMAMASI.....	10
I. GENEL OLARAK.....	10
II. SORUMLULUĞUN KUSURA BAĞLI OLDUĞU HALLERDE....	14
A- GENEL OLARAK.....	14
B- KUSURUN ÖLÇÜSÜ VE OBJEKTİF KUSUR ANLAYIŞI.....	16
C- BORÇLUNUN KUSURA BAĞLI SORUMLULUKTAN KURTULMASI.....	21
D- İSPAT YÜKÜ.....	23
III. KUSURA BAĞLI SORUMLULUK İLKESİNİN UYGULANMADIĞI HALLERDE.....	24
A- GENEL OLARAK.....	24
B- SORUMLULUĞUN DARALDIĞI (HAFİFLEDİĞİ) HALLERDE.....	25

C- KUSURDAN BAĞIMSIZ SORUMLULUK HALLERİNDE (SORUMLULUĞUN GENİŞLEDİĞİ/AĞIRLAŞTIĞI HALLERDE)	26
1. Genel Olarak.....	26
2. Borçlunun Belli Bir Davranışının Sonuçlarından Doğan Sorumluluktan Kurtulması.....	30
3. Borçlunun Belli Bir Davranışının Sonucu Olmayan Risklerden Sorumluluğunun Sınırları.....	32
 § 2. BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE İFANIN İMKÂNSIZ HALE GELMESİ.....	33
I. İFANIN İMKÂNSIZ HALE GELMESİ.....	33
A- GENEL OLARAK.....	33
B- İFANIN İMKÂNSIZ HALE GELMESİNİN SONUÇLARI.....	36
II. İFANIN İMKANSIZ HALE GELMESİ AÇISINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DURUMLAR.....	38
A- BEKLENEMEZLİK	38
B- SUBJEKTİF İMKÂNSIZLIK.....	42
C- HUKUKÎ İMKÂNSIZLIK	46
D- ÇEŞİT BORÇLARI	47
E- AMACIN GERÇEKLEŞMESİ VE AMACIN ORTADAN KALKMASI.....	51
III. İFANIN BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE İMKANSIZ HALE GELMESİNİN SONUÇLARI.....	54
A- BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SONRAKİ İMKANSIZLIĞIN GENEL SONUÇLARI (BK 117/I).....	54
1. Edim Yükümünün Sona Ermesi	54
2. Edim Yükümünün Sona Ermesi Bakımından Özel Durumlar.....	56
a) Kısmî İmkansızlık.....	56
b) Seçimlik Borçlar.....	56
c) Toplam Miktarın Yetersizliği.....	57
3. Fer'i Hakların Sona Ermesi.....	61

B-	BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SONRAKİ İMKANSIZLIĞIN TAM İKİ TARAFA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDEKİ SONUÇLARI (BK 117/II)	62
1.	Karşı Edimi Talep Hakkının Sona Ermesi	62
2.	Yerine Getirilmiş Edimlerin İadesi	63
3.	Karşı Edimi Talep Hakkının Sona Ereceği Kuralının İstisnaları	65
a)	İkame Değer	65
b)	Karşı Edim (Bedel) Hasarına Alacaklının Katlandığı Haller	68
§ 3.	GEÇİCİ ENGELLER	70
I.	GENEL OLARAK	70
A-	GEÇİCİ ENGEL KAVRAMI	70
B-	GEÇİCİ ENGEL KAVRAMI AÇISINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR	71
1.	Mutlak Kesin Vadeli İşlemler	71
2.	Engelin Ortadan Kalkıp Kalkmayacağının veya Ne Zaman Ortadan Kalkacağının Belirsiz Olması	73
C-	GEÇİCİ ENGELLERİN HUKUKİ ETKİSİ	75
1.	Borçlunun İfa Yükümünün Ertelenmesi	75
2.	Karşı Edimi Talep Hakkının Ertelenmesi	80
II.	BORÇLUNUN İFANIN GECİKMESİNDEN SORUMLU OLMAMASININ ETKİSİ	82
§ 4.	BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE BORCUN İFA EDİLMEMESİ AÇISINDAN BORÇLAR KANUNU VE VİYANA SATIM HUKUKU (CISG) HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI	84
I.	GENEL OLARAK	84
II.	VİYANA SATIM HUKUKUNA GÖRE BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE BORCUN İFA EDİLMEMESİ	85

A-	BORÇLUNUN SORUMLULUKTAN KURTULMASININ ŞARTLARI (CISG 79)	85
1.	Borçlunun Kontrolü Dışında Bir Engel (Impediment Beyond Control) Nedeniyle Borcun İfa Edilmemesi.....	85
2.	Öngörülemezlik (Unforeseeability)	88
3.	Kaçınılmazlık (Unavoidability)	89
4.	Engel ile Borcun İfa Edilememesi Arasında İllyet Bağının Bulunması (Causation)	92
5.	Bildirim Yükümü (Notice)	92
6.	Borçlunun Üçüncü Kişilerin Fiillerinden Doğan Sorumluluktan Kurtulması	93
B-	BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE BORCUN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI	94
C-	KARŞILAŞTIRMALI DEĞERLENDİRME.....	97
1.	Borçlunun Borcun İfa Edilmemesinden Sorumlu Olmadığı Haller Bakımından.....	98
2.	Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesinin Sonuçları Bakımından.....	101

İKİNCİ BÖLÜM

MÜCBİR SEBEP KAYITLARI

§ 5.	MÜCBİR SEBEP KAYITLARININ HUKUKİ YAPISI.....	105
I.	KAYITLARIN KONUSU.....	105
A-	GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ.....	105
B-	MÜCBİR SEBEPLERİN BORCUN İFASINI ENGELLEMESİ.....	108
C-	BİLDİRİM YÜKÜMÜ.....	110
II.	MÜCBİR SEBEPLERE BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR....	113

III.	MÜCBİR SEBEP KAYITLARININ BORCUN İFA EDİLMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK AÇISINDAN İŞLEVİ	116
A-	SORUMLULUKTAN KURTULUŞ SEBEPLERİ BAKIMINDAN	117
B-	KAYITLARDA ÖNGÖRÜLEN SONUÇLAR BAKIMINDAN	118
	1. İfa Zamanının Ertelenmesinin İşlevi	119
	2. Sözleşmeden Dönme Hakkının İşlevi	121
§ 6.	MÜCBİR SEBEP KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ	122
I.	GENEL OLARAK	122
II.	GENEL İŞLEM ŞARTI İÇEREN TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN	123
A-	TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNA GÖRE HAKSIZ KAYITLAR	123
B-	GENEL İŞLEM ŞARTLARI İÇERİSİNDE YER ALAN MÜCBİR SEBEP KAYITLARININ TKHK 6 AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	125
	1. Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri Bakımından	126
	2. Kayıta Öngörülen Hukukî Sonuçlar Bakımından	129
	a) İfa Zamanının Ertelenmesi	129
	b) Borçluya Tanınan Dönme Hakkı	132
C-	TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ DIŞINDAKİ GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YER ALAN MÜCBİR SEBEP KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ	137
§ 7.	MÜCBİR SEBEP KAYITLARINA İLİŞKİN UYGULAMA SORUNLARI	
I.	MÜCBİR SEBEP KAVRAMININ KAPSAMININ BELİRLENMESİ	140
A-	MÜCBİR SEBEP KAVRAMI	140
B-	ÖZEL- GENEL SEBEP İLİŞKİSİ	143
II.	MÜCBİR SEBEBİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN HAKİMİYET ALANINDA GERÇEKLEŞMESİ	148

III.	BORÇLUNUN TEDARİKÇİLERİNİN TESLİM ETMEMESİ...	150
A.	TEDARİKÇİNİN TESLİM ETMEMESİNE İLİŞKİN AÇIK HÜKÜM BULUNMAMASI	151
B.	TEDARİKÇİNİN TESLİM ETMEMESİNİN AÇIKÇA MÜCBİR SEBEP SAYILMASI.....	151
1.	Borçlunun Kayda Dayanabilmesi için Gerekli Şartlar.....	151
a)	Alacaklı ile Borçlu Arasındaki Sözleşmeyle Uyumlu bir Tedarik Sözleşmesinin Bulunması...	153
b)	Borçlunun Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranmamış Olması.....	156
c)	Borcun Tedarikçinin Teslim Etmemesi Nedeniyle İfa Edilememiş Olması	160
aa)	Tedarikçinin Sorumluluk Alanında Kalan Engellerle Sınırlı Uygulama Alanı	160
bb)	Tedarikçinin Ayıplı İfası	161
2.	Borçlunun Temlik Yükümü	163
IV.	KONSORSİYUM VE MÜCBİR SEBEP KAYITLARI.....	167
V.	TOPLAM MİKTARIN YETERSİZLİĞİ.....	168
	SONUÇ	170
	BİBLİYOGRAFYA.....	176
	ÖZET	
	ABSTRACT	

KISALTMALAR

ABGB	: Avusturya Medenî Kanunu
AJCL	: American Journal of Comparative Law
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
Art.	: Artikel
aşa.	: aşağıda
Aufl.	: Auflage
AT	: Allgemeiner Teil
b.	: bent
BasK	: Basler Kommentar
Bd.	: Band
BeckHGB	: Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 9
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
BK	: Borçlar Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
C.C.	: Code Civil des Français
Çev.	: Çeviren
CIF	: Cost, Insurance&Freight
CISG	: United Nations Convention on International Sale of Goods
D.	: Digesten

DB	: Der Betrieb
dn.	: dipnot
E.	: Esas Numarası
Ed.	: Editör
EJCL	: Electronic Journal of Comparative Law
ERCL	: European Review of Contract Law
FOB	: Free On Board
FS	: Festschrift
HD	: Hukuk Dairesi
HGBK	: Handelsgesetzbuch Kommentar
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	: Herasugeber
HŞY	: Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik
JZ	: Juristenzeitung
K.	: Karar Numarası
karş	: Karşılaştırınız
Kazancı	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
LS	: Leistungsstörungen
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	: Medeni Kanun
MüK	: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2
MüKCISG	: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3
MüKHGB	: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
N.	: Note

Nr.	: Nummer
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW- RR	: NJW- Rechtssprechungs-Report
OLG	: Oberlandesgericht
OR	: Obligationenrecht
PECL	: Principles of European Contract Law
Red.	: Redaktör
RG.	: Resmi Gazete
RIW	: Recht der Internationalen Wirtschaft
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SPR	: Schweizerisches Privatrecht
StauK	: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
T.	: Tarih
Teilbd	: Teilband
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
UMK	: Umumi Mağazalar Kanunu
UPICC	: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Vorbem	: Vorbemerkung
Yarg.	: Yargıtay
Yuk	: Yukarıda
ZK	: Zürcher Kommentar

ZEuP : Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

ZSR : Zeitschrift für Schweizerisches Recht

BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE BORCUN İFA EDİLMEMESİ VE MÜCBİR SEBEP KAYITLARI

GİRİŞ

A- BORCUN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARINA GENEL BAKIŞ

Borçlu, sözleşmeyle, alacaklının borcun ifasıyla elde edeceği menfaati (*Erfüllungsinteresse*) sağlamayı üstlenmiş olur. Borçlunun böylece doğan yükümlülüğünün içeriği, alacaklının doğrudan sözleşmeye dayanan ifa talebi ile borcun hiç veya sözleşmenin gerektirdiği şekilde ifa edilmemesi halinde doğması muhtemel, ikincil nitelikteki tazminat talebinden oluşur. Buna göre borçlu, ya edimi sözleşmenin gerektirdiği gibi yerine getirecek ya da alacaklının, borcun hiç ya da sözleşmenin gerektirdiği şekilde ifa edilmemesi yüzünden uğradığı zararı karşılamayı göze alacaktır¹. Ancak borçlunun, sözleşmeden doğan bu yükümlerden birinden veya her ikisinden, kısmen veya tamamen kurtulması da mümkündür. Bunun ne zaman söz konusu olacağı ise, hukuk sisteminin sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlerince belirlenir.

Genel olarak sözleşmeye aykırılığın sonuçları açısından, belli başlı hukuk sistemleri incelendiğinde, iki farklı yaklaşımın varlığını tespit etmek mümkündür:

¹ **Huber, U.:** Leistungsstörungen, Band I- II, Tübingen 1999, s. 164; **Mitzkait, A.:** Leistungsstörung und Haftungsbefreiung, Tübingen 2008, s. 29.

Bazı hukuk sistemleri, konuya, sözleşmeye aykırılığın sebepleri açısından yaklaşır (*Ursachenorientiertes System*², *cause approach*³). Sözleşmeye aykırılığın sebeplerinden kasıt, borçlunun belli bir tutum veya davranışının, hangi sebeple sözleşmeye aykırı sayıldığıdır. Bu yaklaşımın sonucu olarak sözü edilen sistemlerde, tek bir sözleşmeye aykırılık kavramından hareket edilmemiş; sözleşmeye aykırılık, sebepleri bakımından hiç ifa etmeme, geç ifa etme, gereği gibi ifa etmeme gibi türlere ayrılmış ve sözleşmeye aykırılık halinde doğacak sonuçlar her bir türe göre ayrı ayrı belirlenmiştir⁴.

Buna karşılık diğer bazı sistemlerde, sözleşmeye aykırılığın hükümleri, sözleşmeye aykırılığın sebeplerine bakılmaksızın, sözleşmeye aykırılığa bağlanan sonuçlar esas alınarak düzenlenmiştir (*Rechtsfolgenorientiertes System*⁵, *remedy approach*⁶). Bu yaklaşımın sonucu olarak da, türlere ayrılmaksızın, tek bir sözleşmeye aykırılık (*Breach of contract*, *Vertragsverletzung*) kavramından hareket edilmiş ve bu kavrama bağlanan hukukî sonuçlar, herhangi bir surette gerçekleşen sözleşmeye aykırılık karşısında alacaklının sahip olduğu, aynen ifa talebi, tazminat talebi, sözleşmenin sona erdirilmesi gibi haklar esas alınarak düzenlenmiştir⁷. Böylece, sözü edilen yaklaşımı benimseyen sistemlerde, sözleşmeye aykırılığın hiç

² **Müller- Chen, M.**: Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999, s. 60.

³ **Lando, O.**: *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?*, AJCL Vol. 40 (1992), s. 581.

⁴ Bu sistem, özellikle Alman hukuk çevresinde benimsenmiştir. Ancak, Alman Medenî Kanunu (BGB)'nin, 1.1.2002'de yürürlüğe giren değişiklikleriyle, tamamen olmasa da, büyük ölçüde, belirtilen sisteme dâhil olma özelliğini yitirdiğini söylemek mümkündür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Canaris, C.-W.** : *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ, Vol. 56, S. 2001/10, s. 499 vd. Öte yandan Alman hukuk çevresine dâhil kabul edilen Avusturya Medenî Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu, halen sözü edilen anlayışın etkisi altındadır: Bkz. **Müller- Chen**, s. 60, dn. 253.

⁵ **Müller-Chen**, s. 66.

⁶ **Lando**, (AJCL) s. 582.

⁷ Anglo Amerikan Hukuku kökenli bu sistem, Viyana Satım Hukuku (CISG), Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri (PECL), Uluslararası Ticarî Sözleşmelere İlişkin Unidroit Prensipleri'nde (UPICC) de benimsenmiştir.

ifa etmeme, geç ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmeme şeklinde gerçekleşmiş olması değil; fakat hangi hallerde alacaklının örneğin tazminat talep edebileceği ya da sözleşmeyi sona erdirebileceği ön plandadır.

Türk/İsviçre Hukukunda, yukarıda bahsedilen sistemlerden birincisi benimsenmiştir. Bu açıdan Borçlar Kanunumuzda, sözleşmeye aykırılık halleri, borçlunun tutum veya davranışının hangi sebeple sözleşmeye aykırı sayıldığına göre, imkânsızlık yani hiç ifa etmeme (BK 96), temerrüt, yani geç ifa etme (BK 101-108) ve gereği gibi ifa etmeme (BK 96 ve özel hükümler) olmak üzere üç ana türe göre düzenlenmiş ve sözleşmeye aykırılığın sonuçları, her bir tür için ayrı ayrı tespit edilmiştir⁸.

Esasen Borçlar Kanunumuzun bu yaklaşımı, hukuk sistemimizin başka bir özelliğinin sonucudur. Zira, hukuk sistemimizde, alacaklıya, borçluyu ifaya zorlama yetkisi tanınmıştır. Kural olarak alacaklı borcun aynen ifasını talep etmekte direnebilir, bunun için aynen ifa davası açabilir ve bunun sonunda elde edilecek hüküm, cebrî icra yoluyla yerine getirilebilir⁹. Aynı şekilde borçlu da, kural olarak, borcun aynen ifasını talep etmeden, doğrudan müspet zararının tazminini talep eden alacaklının bu isteğine karşı çıkıp, borcu aynen ifa ederek (ve yerine göre sadece gecikme tazminatı ödeyerek) sorumluluktan kurtulabilir. Borcun ifa edilmediği hallerde, bunun sonuçlarını tespit edebilmek için, öncelikle borcun ifasının halen mümkün olup olmadığı belirlenmelidir. Bu noktada karşımıza, sözleşmeye aykırılığın türlerinden biri olarak imkânsızlık kavramı çıkar. İmkânsızlık ve ona eş

⁸ Bkz. **Wiegand**, BasK Vorbem. Art. 97-109, N. 8-14.

⁹ Bkz. **Oğuzman, M.K./ Öz, T.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 318-324; **Kılıçoğlu, A. M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2007, s. 469.

tutulan haller, “aynen ifanın önceliği” (*Vorrang der Naturalerfüllung*)¹⁰ olarak adlandırabileceğimiz bu prensibin sınırını oluşturur. Söz konusu hallerde edimin aynen ifasında ısrar etmek ya mantık kurallarıyla ya da dürüstlük kuralıyla bağdaşmamakta¹¹, bu nedenle de alacaklının doğrudan sözleşme nedeniyle sahip olduğu aynen ifayı talep hakkı ileri sürülemez hale gelmektedir.

Sözleşmeye aykırılığa, onun sonuçları açısından yaklaşan Anglo- Amerikan hukuk sisteminde, imkânsızlık veya temerrüt gibi sözleşmeye aykırılık kategorilerinin bulunmaması da aynen ifa talebinin ifa engelleri sistemi içindeki yerinden kaynaklanır. Zira sözü edilen sistemde, sözleşmeye aykırılığın öncelikli yaptırımı, aynen ifa talebi değil, zararların tazminidir (*damages*)¹². Borçlu ancak istisnaî hallerde aynen ifaya (*specific performance*) mahkûm edilebilir¹³. Dolayısıyla sözleşmenin doğrudan tanıdığı bir hak olarak görülmeyen ve kural olarak borçluyu ifaya zorlama yetkisi vermeyen bir ifa talebi, imkânsızlık gibi bir sınıra da ihtiyaç duymamaktadır¹⁴.

Borçlar Kanunumuzda, sözleşmeye aykırılığın çeşitli görünüm biçimlerine göre düzenlenmiş olmasının sonucu olarak, borcun herhangi bir açıdan sözleşmeye

¹⁰ Bkz. **Kramer, E. A.:** Grundkurs Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Basel 2009, s. 198 N.452; **Mitzkait,** , s. 32.

¹¹ Bkz. aşağıda s. § 2, II, A.

¹² Bu durum, Klasik Roma Formula usulünün *omnis condemnatio pecunaria*, yani borçluyu ifaya mahkûm eden kararın ancak parasal tazminata ilişkin olabileceği ilkesinin, Anglo- Amerikan Hukukundaki yansıması olarak görülebilir: **Zimmermann, R.:** The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, New York 1996, s. 771 vd.

¹³ Bu istisnalar esas itibarıyla iki durumda ortaya çıkar: Bunlardan birincisi, para borcundan doğan davalar (*Action of Debt*), diğeri ise tazminat yaptırımının borçlunun zararını karşılamakta yetersiz kaldığı (*inadequacy*) hallerdir: Ayrıntılı bilgi için bkz. **Zweigert, K./Kötz, H.:** Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, s. 477 vd; **Müller- Chen,** s. 78 vd.

¹⁴ Bu yönde bkz. **Treitel, G.:** Frustration and Force Majeure, Second Edition, London 2004, N. 1-002; **Atamer, Y.:** *Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bir Bakış*, Milletlerarası Satım Hukuku, Ed: Yeşim Atamer, İstanbul 2008, (CISG) s. 225-226.

uygun olarak yerine getirilmemiş olduğunun tespiti, borç ilişkisi açısından ne gibi sonuçlar doğacağına belirlenmesinde tek başına yeterli değildir. Aksine, sözleşmeye aykırılığın türü de belirlenmelidir. Bu çalışmada kullanılan anlamıyla borcun ifa edilmediği hallerde, yani ifa zamanı gelmiş fakat henüz ifa edilmemiş bir borç açısından, Borçlar Kanunumuzun öngördüğü sözleşmeye aykırılık hallerine göre, iki ihtimal söz konusudur: Ya borcun ifası artık imkânsızdır ve borç ifa edilemez; ya da ifa halen mümkündür ve gecikmeyle de olsa yerine getirilebilir¹⁵. Birinci ihtimalde imkânsızlık (BK 96, 117), ikinci ihtimalde ise temerrüt (BK 102, 106 vd.) hükümleri uygulanır. Buradan hareketle, imkânsızlık ve temerrüt kavramları arasındaki farkın temelinde, ifayı engelleyen olgunun sürekli veya geçici olmasının yattığını söylemek mümkündür¹⁶.

Borç ister sürekli ister geçici bir engel nedeniyle ifa edilememiş olsun, her iki durumda da esas önemli sorun, borçlunun borcu hiç veya zamanında ifa etmemesi nedeniyle tazminat ödemesinin gerekip gerekmediğidir. Bu sorunun cevabı, borcun ifa edilmemesinin sonuçlarının borçluya yüklenip yüklenemeyeceği, başka bir ifadeyle borçlunun, ifanın imkânsız hale gelmesinden veya gecikmesinden sorumlu tutulup tutulamayacağıyla ilgilidir.

Borçlar Kanunumuza göre, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık nedeniyle borç ifa edilemediğinde, aynen ifa yükümü (birincil edim), tazminat yükümüne (ikincil edime) dönüşür (BK 96) ve borçlu alacaklının uğradığı zararları tazminle yükümlü olur. Borçlunun sorumlu olduğu geçici nitelikte bir ifa engeli söz konusu

¹⁵ Gecikmiş ifanın borçlunun rızasıyla ifa etmesiyle ya da cebrî icrayla elde edilmesi mümkündür.

¹⁶ **Aeppli, V.:** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligationen, Teilband V 1h Erste Lieferung, Art. 114–126 OR, Zürich 1991, Art. 119 N. 44; **Kälin, O.:** *Unmöglichkeit der Leistung nach Art. 119 OR und clausula rebus sic stantibus*, Recht 2004/ 6, (Unmöglichkeit) s. 248; **Huber**, LS II, s. 660 vd.

olduğunda ise, aynen ifa ile yükümlü kalmaya devam eden borçlu, alacaklının edime gecikmeyle kavuşması nedeniyle uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür (BK 102) . Keza tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının talebi halinde aynen ifa yerine müspet zarardan doğan tazminatı veya alacaklının sözleşmede dönmesi halinde menfî zarardan doğan tazminatı ödemekle yükümlüdür (BK 106).

İmkânsızlıktan borçlunun sorumlu tutulamadığı hallerde ise borçlu, ifa yükümünden tazminat ödemeksizin kurtulur (BK 117/I). Bu şekilde sorumluluktan kurtulan borçlu, aksine bir kanun veya sözleşme hükmü olmadıkça (BK 117/III) karşı edime ilişkin talep hakkını da kaybedeceği gibi; kendisine ifa edilmiş olan edimleri de iade borcu doğar (BK 117/II). Geçici ifa engelinden yani ifanın gecikmesinden sorumlu olmadığı hallerde ise borçlu, sözleşme gereği aynen ifayla yükümlü olmaya devam eder, fakat borcun zamanında ifa edilmemesi nedeniyle tazminat ödemesi gerekmez.

Buna karşılık, alacaklının tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sahip olduğu dönme hakkı, sorumluluğun borçluya isnat edilip edilmeyeceğinden bağımsız bir hak olduğundan, borçlu engelin ortaya çıkmasından sorumlu olsun ya da olmasın, alacaklı gerektiğinde ihtar ve süre verme gibi şartları da yerine getirmiş olmak şartıyla, sözleşmeden dönebilir¹⁷.

¹⁷ **Buz, V.:** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 110 ve orada dn.196; **Oğuzman/Öz,** s. 405

B- TERMİNOLOJİ

Çalışmamız bakımından “borcun ifa edilmemesi”, borcun ifasının belli bir olgu tarafından sürekli veya geçici olarak engellenmesi nedeniyle, sözleşmeyle kararlaştırılan edimin hiç veya zamanında yerine getirilememesini ifade etmektedir. Bununla, geniş anlamda, yani sözleşmeye aykırılığın bütün görünüm biçimlerini kapsayan kullanımıyla borcun ifa edilmemesi (*Non-performance, Nichterfüllung*) değil, dar anlamıyla, yani ifa zamanı geldiği halde sözleşmeyle kararlaştırılan edimin kısmen veya tamamen yerine getirilmemiş olması kastedilmektedir¹⁸.

Yine bu çalışma anlamında “borçlunun sorumlu olmadığı sebepler”, borcun hiç veya zamanında ifa edilememesinin sebebini teşkil eden fakat kanun veya sözleşme gereğince, hukukî sonuçlarına borçlunun katlanması gerekmeyen olguları ifade etmektedir.

“Mücbir sebep kayıtları” (*Force majeure clauses, Höhere Gewalt Klauseln*) ise, belli ifa engellerinin ortaya çıkması halinde, borçlunun borcun ifa edilememesinden doğan sorumluluktan kurtulmasını öngören sözleşme hükümlerini ifade etmek üzere kullanılmıştır.

C- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI

Bu çalışmanın konusunu, sözleşmeyle kararlaştırılan edimi hiç veya zamanında ifa etmeyen borçlunun, bu nedenle tazminat ödemesinin gerekmediği haller ile bu hallerin borç ilişkisi üzerindeki etkileri oluşturmaktadır.

¹⁸ Dar anlamda borcun ifa edilmemesi kavramı için Bkz. **Kramer**, s. 204, N. 471- 473.

Borçlunun borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulmasını gerektirmeyen engeller ya alacaklıdan kaynaklanır, ya da bunlar, tarafların etki alanından kaynaklanmayan haricî engellerdir. Çalışmamızın konusunu ise, haricî engeller oluşturmakta; alacaklının sorumlu olduğu sebeplerle borcun ifa edilememesi ise, inceleme konumuz dışında kalmaktadır.

Borcun ifa edilmemesinin sebebi, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir engel olabileceği gibi, sözleşme kurulduğu sırada mevcut bir engel de olabilir. Çalışmamızda, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ifa engelleri incelenmiş olup, başlangıçta mevcut engeller nedeniyle borcun ifa edilmemesi inceleme konumuzun kapsamı dışında kalmaktadır.

Sözleşme uygulamasında, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa engellerini düzenleyen hükümlerin çok çeşitli görünüm biçimleriyle karşımıza çıkması mümkündür. Bunlardan mücbir sebep kayıtları olarak adlandırılanlar, borçlunun sorumluluktan kurtulmasının şartlarını ve sonuçlarını düzenleyen sözleşme kayıtları içerisinde en genel ve en yaygın kullanım alanına sahip olan türdür. Bu nedenle çalışma konumuza ilişkin sözleşme uygulamasını yansıttığı düşünülerek, inceleme konusu mücbir sebep kayıtlarıyla sınırlandırılmıştır.

Giriş ve sonuç bölümleri dışında iki bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümü, Borçlar Kanununa göre borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle borcun ifa edilememesi ve bunun sonuçlarına ayrılmıştır. Borçlunun borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulup tutulamayacağının tespitinde, ifa engelini sürekli veya geçici olması arasında fark bulunmadığından, tekrardan kaçınmak adına, bu bölümde öncelikle her iki tür engel için ortak olmak üzere, borçlunun borcun ifa

edilmemesinden sorumlu olmadığı haller incelenmiştir. Ardından, Borçlar Kanunumuzun konuya yaklaşımına paralel olarak, borçlunun sorumlu olmadığı bir engel nedeniyle borcun ifa edilmemiş olmasının sonuçları da, ifa engelinin sürekli veya geçici olması ihtimallerine göre ayrı ayrı incelenmesi gelmektedir. Çalışmanın birinci bölümü, Viyana Satım Hukukunun, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlerinin incelenmesi ve bu hükümlerin Borçlar Kanunu hükümleriyle karşılaştırılmasıyla sona ermektedir.

Çalışmamızın ikinci bölümü, borçlunun borcun ifa edilmemesinden sorumlu olmadığı haller ve bunlara bağlanan sonuçları düzenleyen mücbir sebep kayıtlarının incelenmesine ayrılmıştır. Bu bölümde öncelikle mücbir sebep kayıtlarının hukukî yapısı ele alınmış, ardından da sözü edilen kayıtların geçerlilik şartları incelenmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde son olarak, sözleşme uygulamasında mücbir sebep kayıtlarıyla ilgili olarak sıklıkla karşılaşılan bazı sorunlar ele alınmıştır.

Çalışmamız, varılan sonuçları içeren bir sonuç bölümüyle son bulmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BORÇLAR KANUNUNA GÖRE BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE BORCUN İFA EDİLMEMESİ VE SONUÇLARI

§ 1. BORÇLUNUN BORCUN İFA EDİLMEMESİNDEN SORUMLU OLMAMASI

I. GENEL OLARAK

Borçlunun, borcun ifa edilmemesinden sorumlu olup olmadığı, onun, borcun ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararları tazmin yükümünün doğup doğmayacağı konusunda belirleyici unsurdur¹⁹. Genel olarak her tazminat talebi, bir isnat kriteri (*Zurechnungskriterium*) ile bağlantı halinde bulunan, belli bir sorumluluk sebebine (*Haftungsgrund*) dayanır²⁰. Borcun ifa edilmemesinden doğan tazminat talebi açısından sorumluluk sebebi, borçlunun borcu hiç veya zamanında ifa etmemek suretiyle sözleşmeye aykırı davranmış olmasıdır. Sorumluluğun borçluya isnadı bakımından ise öncelikle sözleşmede öngörülen risk dağılımı esas alınır. Borcun ifasını engelleyen olayın gerçekleşme riski, sözleşmeyle borçluya yüklenmişse, borçlu borcun ifa edilmemesinden doğan zararları tazmin etmekle yükümlü olur²¹. Taraflar arasında bu tür bir anlaşmanın bulunmaması veya ortaya çıkan engeli kapsamaması hallerinde ise, mevcut engel nedeniyle borcun ifa

¹⁹ Müller-Chen, s. 322.

²⁰ Bkz. Canaris, C.-W.: *Grundlagen und Rechtsfolgen der Haftung für anfängliche Unmöglichkeit nach § 311a Abs.2 BGB*, Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, (FS Heldrich), s. 25. Ayrıca bkz. Canaris, C.-W.: *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, München 1971, s. 469 vd.

²¹ Keil, A.: *Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN- Kaufrecht im Vergleich mit dem deutschen und US- amerikanischen Recht*, Frankfurt 1993, s. 2.

edilmemesinden borçlunun sorumlu olup olmadığı, ilgili kanun hükümlerine göre belirlenir. Böylece sözleşmeden doğan sorumlulukta gerekli isnat kriterine, ya belli bir engelin ortaya çıkması riskinin borçlu tarafından sözleşmeyle üstlenilmiş olmasıyla ya da kanunun hükmünün borçlunun sorumluluğunu gerektirmesiyle ulaşılır. Bu durum, borçlunun sorumluluktan kurtulması için de aynen geçerli olup, sorumluluğunun borçluya yüklenememesi, sözleşmeden veya kanundan kaynaklanabilir²².

Borçlar Kanunumuza göre, borçlunun alacaklının borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararları tazmin yükümünün doğabilmesi için aranan isnat kriteri, kural olarak, kusurdur (BK 96)²³. Bu nedenle alacaklının, borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararları borçludan talep edip edemeyeceği, kural olarak, onun borcun ifa edilmemesinde kusurlu olup olmadığına göre belirlenir.

Borçlunun sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için kural olarak kusurlu olması şartının aranması, yani kusura bağlı sorumluluk prensibi, borçlunun sözleşmeye aykırılıktan doğan zararlardan sorumlu tutulabilmesi için, objektif nitelikteki diğer şartların²⁴ yanı sıra, bu sorumluluğun kişisel olarak da ona isnat edilebilmesi gereğini ifade eder²⁵. Bu prensip, felsefi olarak, borçlunun, yetenekleri ve bilgisi göz önünde bulundurulduğunda, yalnızca kaçınılabileceği

²² Sorumluluğun sözleşme gereğince borçluya yüklenemediği haller için bkz. aşağıda § 5 vd.

²³ Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 355; **Gauch, P. /Schluep, W./Schmidt, J./Rey, H.**: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I-II, 8. Aufl., Zürich 2003; s. 122 N. 2765 vd. ; **Canaris**, (FS Heldrich), s. 27.

²⁴ Sorumluluğun objektif şartları sözleşmeye aykırılık, zarar ve illiyet bağıdır.

²⁵ **Riesenhuber, K.** : *Damages for Non-Performance and the Fault Principle*, ERCL 2008/2, s. 119 vd; **Schwenzer, I.**: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Bern 2006; s. 134, N. 22. 01.

davranışlarının sonuçlarından sorumlu olduğu düşüncesine dayanır²⁶. Bu açıdan, kusura bağlı sorumluluk prensibi, sözleşmeye aykırılık sonucu meydana gelen zararlardan, borçlunun herhangi bir şekilde önleyemeyeceği nitelikte olanların borçluya yüklenememesi sonucunu doğurur.

Sözleşmeye dayanan sorumluluk açısından kusura bağlılık prensibi, BK 96'da ifadesini bulmuştur²⁷. Anılan hükme göre “Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur.” Ayrıca, BK 98/I'de de, borçlunun her türlü kusurdan sorumlu olduğu ifade edilmiştir.

Hukukumuzda kusura bağlı sorumluluğun “prensip” olma niteliği, kanunda aksi düzenlemedikçe, sorumluluğun kusura bağlı olmasından kaynaklanır. Buna karşılık, kanunda veya sözleşmede bu prensipten ayrılan hükümler öngörülebilir. Başka bir ifadeyle, borçlu, bazı hallerde kusurlu olmasına rağmen meydana gelen zarardan sorumlu olmayacağı gibi, bazen de hiçbir kusuru olmadığı halde sorumlu tutulur. Nitekim uygulamada, özellikle, borçlunun hiçbir kusuru olmamasına rağmen borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulduğu hallerle daha sık karşılaşıldığını söylemek mümkündür. İşte bu nedenle, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk bakımından, borçlunun kusurlu olup olmadığından ziyade, sorumluluğun borçluya yüklenip yüklenemeyeceğinden ya da sorumluluğu borçlunun taşımasının gerekip

²⁶ **Pellegrino, M.:** *Subjektive oder objektive Vertragshaftung? Ein rechtsvergleichender Blick auf die Rolle des Verschuldens im Vertragsrecht*, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 1997, s.42.

²⁷ BK 96/OR 97'yi, sözleşmeden doğan sorumluluğun tâbi olduğu genel hüküm niteliğinde görmeyen görüş için Bkz. **Koller, A.:** *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*. 2. Aufl., Bern 2006, s. 135 N. 14.

gerekmediğinden (*Vertretenmüssen- Nichtvertretenmüssen*) söz edilir²⁸. Böylece, borcun ifa edilmemesinden borçlunun sorumlu olmaması, ifayı engelleyen bir olgu sebebiyle borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluğun, kusursuzluk veya başka bir sebeple borçluya isnat edilememesi anlamına gelir.

Buraya kadarki açıklamaların ortaya koyduğu gibi, hangi ifa engellerinin borçlunun sorumluluğunu gerektirip hangilerinin gerektirmediği, hukuk sisteminin benimsediği isnat kriteri ile doğrudan ilgilidir. Çünkü doğal olarak, borçlu hangi gerekçeyle sorumlu tutuluyorsa, o gerekçenin yokluğu halinde de sorumluluktan kurtulur. Hukukumuz açısından isnat kriteri kural olarak kusur olduğundan, borcun ifasını engelleyen bir olgunun borçlunun sorumluluğunu gerektirip gerektirmediği, her şeyden önce borcun ifasın engelleyen olguların ortaya çıkmasında ve ifayı engellemesinde, onun kusurunun bulunup bulunmadığına bağlıdır²⁹. Ancak belirtildiği gibi, borçlunun ifayı engelleyen olgunun ortaya çıkmasına veya etkilerini göstermesine kusuruyla sebebiyet vermemiş olması da tek başına borçluyu her durumda sorumluluktan kurtarmaz. Kanun veya sözleşmenin kusura bağlı sorumluluk ilkesinden ayrıldığı hallerde hangi ifa engellerinin borçlunun sorumluluğunu gerektirip hangilerinin gerektirmediği, ilgili normun öngördüğü isnat kriterine göre belirlenir. Bu nedenle borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa engellerinin tespitinde, kusura bağlı sorumluluk ilkesine tâbi haller ile bu ilkenin istisnasını teşkil eden haller ayrı ayrı ele alınmalıdır.

²⁸ Bkz. **Schlechtriem, P.:** Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Tübingen 2003, s. 167 N. 320; **Serozan, R.:** İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006, (İfa) s. 155 N. 1.

²⁹ Bkz. **Wiegand,** BasK Art. 97 N. 42

II. SORUMLULUĞUN KUSURA BAĞLI OLDUĞU HALLERDE

A- GENEL OLARAK

Borçlar Kanununda kusurun tanımına yer verilmemiştir. Genel olarak, kusurun, davranışlarının sonuçlarını bilip, buna uygun davranabilecek durumda olan bir kimsenin, belli bir olay karşısındaki tutum veya davranışı ile kendisinden beklenebilir nitelikteki ortalama davranış arasında var olan olumsuz yöndeki fark olduğunu söylemek mümkündür³⁰. Kusura ilişkin olarak çizilen bu çerçeve, bir yandan kusur kavramını oluşturan iki unsuru ortaya koymakta, diğer yandan da borçlunun kusura bağlı sorumluluktan kurtulmasının şartlarını göstermektedir. Gerçekten de borçlunun temyiz kudretine sahip olması kusurun subjektif yönü olarak ele alınırken, borçludan göstermesi beklenen özen ise kusurun objektif yönünü oluşturur³¹. Borçlunun kusura bağlı sorumluluktan kurtulması açısından belirleyici unsur ise borçlunun, kendisinden beklenebilir nitelikteki ortalama davranışı göstermiş olduğunu ispat etmesidir. Kendisinden beklenebilen davranışı göstermesine rağmen, borcun ifasını engelleyen olgu veya onun etkilerinin üstesinden gelemeyen borçlu, alacaklının borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararlardan sorumlu tutulamaz.

Kusurlu davranış, esas itibariyle kasıt (*dolus*) ve ihmal (*culpa*) olarak iki dereceye ayrılır. Borçlu; sözleşmeye aykırılık neticesinde alacaklının uğrayacağı zararı bilerek, isteyerek ya da en azından hesaba katarak hareket ettiğinde kasıt, zararlı sonucun gerçekleşmesini istemediği halde, gerekli özeni göstermeyerek

³⁰ **Schwenzer**, AT, s. 134, N. 22. 03; ayrıca bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 355.

³¹ **Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008, (Borçlar Hukuku) s. 1019; **Gauch/Schluep/Schmidt/Rey**, s. 130 N. 2808.

nedeniyle borcu ifa edememiş ise ihmal söz konusu olur³². BK 98 uyarınca, borçlu, kural olarak, her türlü kusurundan sorumlu olduğu için, borçlunun sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu tutulabilmesi bakımından kusurun dereceleri arasında fark yoktur. Buna karşılık borçlunun kusurunun derecesi, tazminat miktarının belirlenmesinde (BK 43-44)³³, borçlunun ancak belli bir derecedeki kusurundan sorumlu tutulacağına öngörüldüğü hallerde (örneğin BK 98/II, BK 243) ve sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği açısından (BK 99) önem arz eder³⁴.

Pratikte, istatistiksel olarak daha ön planda yer alan³⁵ kusur türü olan ihmal, haricî nitelikteki ifa engelleriyle sınırlandırdığımız inceleme konumuz açısından da bu öncelikli konumunu muhafaza etmektedir. Çünkü haricî nitelikteki ifa engelleri söz konusu olduğunda, borçlunun ancak ihmaliyle bunların ortaya çıkmasına veya ortaya çıktıktan sonra etkilerini sürdürmesine sebep olmasından bahsedilebilir. Başka bir ifadeyle, borçlunun kasten borcu ifa etmediği hallerde, harici bir ifa engelinden söz etmek mümkün değildir. Buna karşılık, üzerine düşeni yaptığını iddia eden bir borçlu açısından, haricî nitelikte bir ifa engeli nedeniyle borcun ifa edilememiş olmasının, onun sorumluluğunu gerektirip gerektirmediğini tespit için, borçlunun göstermesi gereken özenin derecesinin ne olduğunun, yani ihmalin ne zaman bulunup ne zaman bulunmadığının açıklığa kavuşturulması gerekir. Bunun için de öncelikle borçludan göstermesi beklenen davranış biçiminin belirlenmesine ihtiyaç vardır ki; bu noktada karşımıza kusurun ölçüsü sorunu çıkar.

³² Oğuzman/Öz, s. 355; Wiegand, BasK Art. 99 N. 5-6.

³³ Schwenzer, AT, s. 134 N. 22.02; Oğuzman/Öz, s. 356.

³⁴ Wiegand, BasK Art. 99, N. 6; Gauch/Schluep/Schmidt/Rey, s. 129 N. 2803 vd; Oğuzman/Öz, s. 356; ayrıca bkz. Eren (Borçlar Hukuku), s. 1021-1022.

³⁵ Bkz. Gauch/Schluep/Schmidt/Rey, s. 123; N. 2779; Koller, AT, s. 186 N. 47.

B- KUSURUN ÖLÇÜSÜ VE OBJEKTİF KUSUR ANLAYIŞI

Kusurun ölçüsü sorunu, somut olaydaki borçludan beklenebilir davranışın belirlenmesinde, borçlunun kişisel özellik ve yeteneklerinin dikkate alınıp alınmayacağına ilişkindir. Daha önce de belirtildiği gibi, kusura bağlı sorumluluk prensibinin özünde, kişinin kendi eylemlerinden, kişisel yetenek ve bilgisi ölçüsünde sorumlu olacağı anlayışı yer alır. Ne var ki, sözleşmeye dayanan sorumluluk açısından, borçlunun kişisel yetenek ve bilgisinin tek başına belirleyici olması, malların ve hizmetlerin sözleşme yoluyla mübadelesine dayanan ekonomik işleyiş üzerinde olumsuz etkiler doğurur³⁶. Bu nedenle günümüzde, doktrin ve uygulamada hâkim görüş, kusurun var olup olmadığının tespitinde, objektif bir kusur anlayışından hareket edilmesi gerektiğini kabul etmektedir³⁷.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu gibi, Borçlar Kanunumuz da genel hükümlerinde, borçlunun kusurlu olup olmadığının tespitinde objektif kusur anlayışının benimsendiğini gösteren bir hüküm içermemektedir. Alman Medenî Kanunu’nun 276. maddesinin ihmalin tanımlandığı ikinci fıkrasında ise, objektifleştirilmiş kusur anlayışı açıkça ifadesini bulmuştur. Anılan hükümde ihmalin, işlem hayatının “gerektirdiği” özenin gösterilmemesi olarak tanımlanması, objektif kusur anlayışının kabulü anlamına gelmektedir.

Objektif kusur anlayışına göre, borçlunun kusurlu sayılıp sayılmayacağı hususunda, borçlunun kişisel özellik ve yeteneklerine göre değil, somut sözleşmeye

³⁶ Pellegrino, s. 42.

³⁷ Bkz. Eren (Borçlar Hukuku), s. 1019- 1020; Wiegand, BasK Art. 99, N. 9; Gauch/Schluep/Schmidt/Rey, s. 125 N. 2785 vd.; Schwenger, N. 22.18.; Huber, LS I, s. 670, dn. 44; Müller-Chen, s. 332. Ayrıca bkz. Yarg. 4. HD, T. 26.2.1979, E.1978/5666, K.1979/2516; Yarg. 4. HD, T. 24.9.1984, E.1984/6027, K.1984/6856 (Karar metinleri için bkz. Kazancı)

ve borçlunun meslek alanının standartlarına göre kendisinden beklenebilecek davranış biçimi esas alınır; borçludan beklenen davranış biçimi, kendi meslek alanındaki makul bir kişinin somut olayın şartları altında göstermesi gereken özen derecesine göre belirlenir³⁸. Böylece, sözleşmenin şartlarının ve kendi meslek alanının gerektirdiği özeni göstermeyen borçlu, kusurlu davranmış sayılır³⁹.

Kusurun objektifleştirilmesi ile güdülen amaç, edimin sözleşmeye uygun olarak yerine getirilememesi riskinin taraflar arasında uygun bir biçimde dağıtılması, çatışan menfaatler arasında uygun bir dengenin kurulmasıdır⁴⁰. Bu amaçları gerçekleştirmek üzere kusurun objektifleştirilmesine başvurulmasının sebebi, iş hayatındaki genel anlayışın gerektirdiği nitelikte bir karşı edimi elde etmek isteyen borçludan, kendi meslek grubunun standartlarıyla öngörülen derecede bir özeni göstermesini beklemenin de haklı olacağı düşüncesidir⁴¹. Böylece, iş hayatının gerektirdiği belli bir miktar para veya başka bir edimi elde etmek için; örneğin, bir tesisatçı, tesisatçılık mesleğinin gerektirdiği özen standartlarına uymalı, bir hekim mesleğinin ve hatta ihtisas alanının gerektirdiği özen ölçüsünde davranmalı, evden eve eşya taşıma işiyle uğraşan nakliyecisi de kendi meslek grubundan genel olarak beklenen özeni göstermelidir.

Borçlunun göstermesi gereken özenin belirlenmesinde, tarafların anlaşmaları, somut borç ilişkisinin özellikleri ve iş hayatındaki konuya ilişkin teamüller de göz önünde bulundurulur⁴². Eğer sözleşmenin içeriğinden, taraflardan birinin, belli

³⁸ **Wiegand**, BasK Art. 99 N. 9; **Eren** (Borçlar Hukuku), s. 1020. **Müller-Chen**, s. 333.

³⁹ **Eren** (Borçlar Hukuku), s. 1020; **Müller-Chen**, s. 332.

⁴⁰ **Wiegand**, BasK Art. 99 N. 9; **Müller-Chen**, s. 332; **Schwenzer**, N. 22.14.

⁴¹ **Müller-Chen**, s. 332; **Wiegand**, BasK Art. 99 N. 9.

⁴² **Müller-Chen**, s. 332; **Fischer**, N.: Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht, Berlin 2001, s. 103.

koşulların ortaya çıkmasından doğan rizikoyu üstlendiği anlaşılıyorsa, bu taraf, söz konusu rizikonun gerçekleşmesinin sonuçlarına katlanmalıdır⁴³. Bu yönde açık veya örtülü bir anlaşmanın olmaması halinde ise, sözleşmenin niteliği ve ticarî teamüller vasıtasıyla, sözleşmenin risk dağılımı konusunda belirleyici esaslara ulaşmak mümkündür.

Objektifleştirilmiş kusur anlayışı bakımından, işaret edilmesi gereken bir nokta, burada borçlunun göstermesi gereken özenin, işlerin “gerektirdiği” özen olduğudur⁴⁴. Dolayısıyla, borçlunun örneğin belli bir iş çevresinde bir şekilde yerleşmiş, o çevrede olağan sayılan kötü alışkanlıklara uygun davranmış olması, onu sorumluluktan kurtarmaya yetmez⁴⁵. Başka bir ifadeyle, borçlu, kendisiyle aynı meslek grubundaki kimselerin de aynı şekilde özensiz davrandıklarını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz⁴⁶.

Üzerinde durulması gereken bir başka özel durum, borçlunun kendi meslek grubundaki ortalama bir kişiden üstün yetenek ve bilgiye sahip olması halidir. Bu halde karşımıza çıkan soru, örneğin, yetenek, bilgi ve tecrübe bakımından, kendi uzmanlık alanında olağan sayılanın üzerinde niteliklere sahip bir hekimin, kendi meslek grubunda olağan sayılabilecek derecede özeni gösterdiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağıdır. Doktrinde, haklı olarak, bu soru olumsuz cevaplandırılmaktadır⁴⁷. Zira bu durumda, borçlu, kendisinin niteliklerinin gerektirdiği özen standartlarına uymalıdır. Bu nedenle, olağanın üzerinde niteliklere

⁴³ **Emmerich, V.** : Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005, s. 93; **Müller-Chen**, s. 333.

⁴⁴ Bkz. BK 321/II, OR 321e/II, BGB § 276/II.

⁴⁵ **Schlechtriem**, s. 170, N. 326.

⁴⁶ **Schwenzer**, AT, s. 137, N. 22.16.

⁴⁷ **Eren** (Borçlar Hukuku), s. 1020; **Schwenzer**, AT, s. 137 N. 22.17; **Schlechtriem**, s. 171, N.326.

sahip borçlu, yalnızca kendi meslek grubundaki normal bir borçludan beklenebilecek derecede özeni göstermiş olmasına dayanamaz.

Görüldüğü gibi, objektifleştirilmiş kusur anlayışının özü, sorumluluğu borçlunun taşıması gerekip gerekmediğinin değerlendirilmesinde, borçlunun bireysel durumundan kaynaklanan yetersizlik veya özensizliğin dikkate alınmamasıdır. Ancak bu açıdan istisna teşkil eden bir durumun da altını çizmek gerekir: Borçlunun ortalamanın altında yetenek ve niteliklere sahip olduğu; alacaklının da onun yetenek ve niteliklerinin ortalamanın altında kaldığını bildiği veya bilmesinin gerektiği hallerde (BK 321/II, OR 321e/II) artık borçludan meslek grubunun standartları ölçüsünde özen beklenemez⁴⁸. Esasen bu durum, objektifleştirilmiş kusur anlayışının temelinde yatan varsayımın bir gereğidir. Daha önce de değinildiği gibi, söz konusu varsayım, bir sözleşme yapan ve iş hayatındaki anlayışın gerektirdiği nitelikte bir edimi yerine getiren alacaklının, borçludan yine iş hayatının gerektirdiği ölçüde özen göstermesini beklemeye hakkı olduğu düşüncesidir. Buna karşılık, hayat tecrübelerine göre, ortalama düzeyin altında kalan bir borçluya, ortalama düzeyin altında bir edim ifa edileceğinden, alacaklının, karşı edim konusunda borçludan beklemekte haklı olduğu özenin ölçüsü de aşağıya çekilmiş olmaktadır. Somut örnek vermek gerekirse, otomobilinin tamirat işini, esasen otomobil tamircisi olmayıp hafta sonları ek iş olarak bu işi yapan bir kimseye veren alacaklı, bu kimseden yani borçludan, bu işi meslek olarak icra eden bir oto tamircisinin göstermesi gereken özeni beklemekte haklı sayılamaz⁴⁹.

⁴⁸ **Eren**, (Borçlar Hukuku), s. 1021; **Schwenzer**, AT, s. 138 N. 22.17.

⁴⁹ **Schwenzer**, AT, s. 138 N. 22.17.

Sonuç olarak, hâkim görüş olan objektifleştirilmiş kusur anlayışı, borçlunun kendisinin gerekli bilgi, yetenek veya özelliklere sahip olmadığı şeklinde bir savunmayı ileri sürebileceği bireysel bir kusur ölçüsünü reddetmekte, bunun yerine, borçlunun tutum veya davranışının, somut sözleşmenin şartlarına ve borçlunun meslek alanında geçerli olan standartlara uygun davranış esas alınarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵⁰.

Doktrin ve uygulamada ayrıca, hizmet sözleşmesinde, işçinin özen borcunun kapsamının sözleşme ilişkisinin objektif unsurlarına göre belirleneceğini öngören BK 321/II (OR 321e/II) hükmünün, sözleşmeden doğan sorumlulukta genel kural olarak uygulanabileceği de kabul edilmektedir⁵¹. Anılan hükme göre, işçinin göstermekle yükümlü olduğu özenin ölçüsü; meslekî riskler, işin gerektirdiği eğitim seviyesi ve meslekî bilgiler ile işçinin işveren tarafından bilinen ve bilinmesi gereken yetenek ve

⁵⁰ Objektifleştirilmiş kusur anlayışının ittifaka yakın bir çoğunlukla hâkim görüşü oluşturduğu gerçeği bir yana, bu anlayışın tartışmasız olduğunu söylemek mümkün değildir. Özen ölçüsünün objektifleştirilmesiyle ilgili tartışmalar içerisinde en dikkat çekici olanı, işgörmeye edimlerine ilişkin (*obligation de moyens*) sözleşmelerin gereği gibi ifa edilmemesi ile sadece özenli davranma ve özellikle koruma yükümlülüğünden müteşekkil borçların ihlâlinde, objektif özen ölçüsünün uygulanmasının ortaya çıkardığı sonuçlardır. Bu tür borçların özelliği, her iki tür borcun da ihlâlinde, sözleşmeden doğan sorumluluğun iki unsuru olan, borçlunun tutum veya davranışının sözleşmeye aykırılığı ile kusurun örtüşmesidir. Zira bu borçlarda, eğer sözleşmeye aykırı davranılmışsa, aynı zamanda, aynı durumdaki ortalama bir borçludan beklenen özen gösterilmemiş demektir. Örneğin, çok yorgun olduğu bir sırada hastasını ameliyat eden hekim, yorgunluğundan kaynaklanan bir sebeple ameliyatı gereği gibi yapamamışsa; bu durumda hekimin yorgun olmasına rağmen ameliyat yapması, öncelikle bir sözleşmeye aykırı davranış teşkil eder. Aynı zamanda, objektifleştirilmiş özen anlayışına göre, yine hekimin mesleğinin gerektirdiği özen standardı gereğince, hekimin aşırı yorgun olduğu sırada ameliyat yapması, mesleğin gerektirdiği özenin gösterilmemiş olduğu anlamına gelir. Objektif özen anlayışının işgörmeye edimlerinin kötü ifasında ve yan yükümlerin ihlâlinde ortaya çıkardığı pratik zorluk, özellikle ispat açısından kendini gösterir. Çünkü bu borçlarda, alacaklı tarafından ispat edilmesi gereken sözleşmeye aykırılık, aynı zamanda sözleşmenin ve meslek standartlarının gerektirdiği özen yükümüne aykırılık anlamına gelir. Alacaklı sözleşmeye aykırılığı ispat ettiği takdirde, borçlunun buna karşılık kusursuzluğunu ispat etmesine mahal kalmaz. Zira sözleşmeye aykırılığın ispat edilmiş olması, aynı zamanda, ortalama bir borçludan mevcut şartlar altında beklenen özenin gösterilmediğinin ispat edilmiş olduğu anlamına gelir. Kısaca, pratikte, söz konusu hallerde, sözleşmeye aykırılık ile kusur örtüşmektedir. Bu konuda bkz. **Kälin, O.:** *Entlastung und Exkulpation nach Art. 97 Abs. 1 OR*, AJP 2007, (Exkulpation) 1344-1345; **Wiegand**, BasK Art. 99 N. 8-12; **Schwenzer**, AT, s. 138-139. N. 22.18-19.

⁵¹ **Gauch/Schlupe/Schmidt/Rey**, s. 124 N. 2780-2782; **Eren**, (Borçlar Hukuku), s. 1020.

özellikleri dikkate alınarak, sözleşme ilişkisine göre belirlenir. Öte yandan bazı yazarlar, borçlunun şahsının önem taşıdığı iş görme sözleşmeleri açısından BK 321/II hükmünün uygulanmasını isabetli bulmakla birlikte, satım sözleşmesinde satıcı açısından olduğu gibi, borçlunun kişisel özelliklerinin önem arz etmediği sözleşmeler bakımından, objektifleştirilmiş ihmal (kusur) anlayışının uygulanmasının daha isabetli olacağı fikrindedirler⁵².

C- BORÇLUNUN KUSURA BAĞLI SORUMLULUKTAN KURTULMASI

Hâkim görüşü oluşturan objektif kusur anlayışının tanımı gereği, borçlunun göstermesi gereken özenin ölçüsü izafidir. Başka bir ifadeyle, hangi ifa engellerinin borçlunun sorumluluğunu gerektirip hangilerinin gerektirmediği, somut sözleşmenin şartlarına ve borçlunun dâhil olduğu meslek grubunun standartlarına göre değişir. Bu nedenle hangi tür ifa engellerinin borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyeceğini peşinen söylemek mümkün değildir. Ancak genel olarak ifade etmek gerekir ki; belli bir ifa engeli karşısında, sözleşmenin şartları ve kendi meslek grubunun standartlarına göre, ortalama bir borçludan beklenebilecek özeni göstermiş olan borçlu, borcun ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz⁵³.

Örneğin, bir malı satmayı taahhüt eden tacir borçlu, o sıralar talebin çok yoğun olması nedeniyle siparişleri yetiştiremediğini veya işletmesinin kapasitesinin

⁵² **Akıntürk, T.:** Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 43; **Barth, H. R.:** Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Zürich 1958, s. 109.

⁵³ **Wiegand,** BasK Art. 97 N. 42.

yaptığı sözleşmelerin tamamını zamanında karşılamaya yeterli olmadığını ileri sürerek, borcun hiç veya zamanında ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan kurtulamaz. Aynı şekilde, borçlunun, borcun ifası için gerekli şeyleri temin etmekte, üretici veya tedarikçiden kaynaklanan sebeplerle geciktiğini ileri sürmesi de onu sorumluluktan kurtarmaz. Tüm bu hallerde ortaya çıkan ifa engelleri, borçlunun mesleğinin gereği olarak üstlendiği risklerden kaynaklanmaktadır. Borçludan beklenen davranış biçimi, borcun zamanında ifasını sağlayacak tedbirleri alması; örneğin borcunu ifa edebilmek için gerektiğinde daha çok eleman çalıştırması veya daha çok makineye sahip olması ya da borcun ifası için gerekli şeyleri temin etmek üzere alternatif kanalları hazır tutmasıdır. Dolayısıyla bu davranış biçiminden sapan ve borcun sözleşmenin gerektirdiği şekilde ifasını engelleyen her türlü davranış, kusurlu sayılır ve alacaklının bu yüzden uğradığı zararların borçlu tarafından tazmini gerekir.

Borçlu, sözleşmeden doğan sorumluluktan kurtulmak için, kendisine kusur atfedilemeyeceğini ispat etmek yükümü altında bulunduğundan, önemli olan, gerekli özeni gösterdiğini ispat etmesi olup, ayrıca borcun ifa edilmesini neyin engellediğini ispat etme yükümü yoktur⁵⁴. Bununla birlikte, objektif kusur anlayışı göz önünde bulundurulduğunda, borçlunun, şartların gerektirdiği özeni göstermiş fakat buna rağmen borcu ifa edememiş olması, genellikle, objektif olarak kaçınılmaz nitelikte bir olayın borcun ifasını engellediği anlamına gelir⁵⁵. Dolayısıyla, gereken özenin gösterilmiş olduğunun ispatı, çoğu kez, ifayı engelleyen olguların ispatıyla mümkün olur. Ancak sadece borcun ifa edilmesini engelleyen olguların ispatı da her zaman

⁵⁴ **Gauch/Schluep/Schmidt/Rey**, s. 129 N. 2808.

⁵⁵ **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 42; **Bucher, E.** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Zürich 1988, s. 347.

borçluyu sorumluluktan kurtarmaya yetmez. Çünkü, borçlu, sorumluluktan kurtulabilmek için, ifayı engelleyen olguların, ortaya çıkması kadar, ortaya çıktıktan sonra etkisini devam ettirmesinde de kusuru bulunmadığını ispat etmelidir. Başka bir ifadeyle, ortaya çıkması kaçınılmaz nitelikte bir ifa engelinin etkilerinin bertaraf edilerek, borcun ifa edilmesinin mümkün olduğu hallerde, bu yönde gerekli çabayı göstermeyen borçlu, borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan kurtulamaz.

D- İSPAT YÜKÜ

Kusura bağlı sorumluluk açısından kusur, alacaklının tazminat talep etme hakkının dayandığı olgulardan biri olduğu için, MK 6’da öngörülen genel ispat kuralı gereği, alacaklının hakkını dayandırdığı olguyu, yani borçlunun kusurunu ispat etmesi gerekirdi. Ancak haksız fiiller hukukundan farklı olarak, BK 96’da, sözleşmeden doğan sorumluk açısından borçlunun kusuru, tazminat talebinin diğer koşullarının aksine, “ispatı gereken” değil, fakat “mevcut kabul edilen” bir şartı olarak düzenlenmiştir ki; bu genel ispat yükünün ters çevrilmiş olması anlamına gelir.

BK 96’da ispat yükünün ters çevrilmesi şöyle gerekçelendirilmektedir: Sözleşme vasıtasıyla, alacaklı ile borçlu arasında, alacaklının, borçlunun taahhüt ettiği edimi gerçekten yerine getirecek durumda olduğuna güvendiği, özel bir bağ kurulur. Borçlu bir şekilde edimini yerine getiremezse, bunun nedenini açıklamak ona düşer⁵⁶. Aynı zamanda, sözleşmeye aykırılığın sebepleri genellikle borçlunun hâkimiyet alanında gerçekleştiği ve alacaklı genelde bu alan hakkında bilgi sahibi

⁵⁶ **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 42.

olmadığı için, onu bu pek bilgi sahibi olmadığı alanda gerçekleşen bir olguyu ispatla yükümlü tutmak, çoğu zaman, alacaklının tazminat talebinin, sırf ispat ihtiyacı nedeniyle sonuçsuz kalmasına neden olabilecektir⁵⁷.

BK 96’da öngörülen ve bir önceki paragrafta özetlenen düşüncelerle ispat yükü ters çevrilmiş olan bu kusur sorumluluğu nedeniyle, borçlu, kendisine bir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının borcun ifa edilmemesinden doğan zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle, kural olarak, borçlu, borcun ifa edilmemesinde kendisinin kusuru bulunmadığını ispat ettiği takdirde, alacaklının uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olmayacaktır.

III. KUSURA BAĞLI SORUMLULUK İLKESİNİN UYGULANMADIĞI HALLERDE

A- GENEL OLARAK

Daha önce çeşitli vesilelerle değinildiği gibi, hukukumuzda sözleşmeden doğan sorumluluk prensip olarak kusura bağlı olmakla birlikte, bu prensibin her iki yönde de istisnaları bulunmaktadır. Buna göre, bazı hallerde borçlu kusurlu olduğu halde sorumluluktan kurtulabilirken, bazı hallerde borçlu kusuru olmamasına rağmen sorumlu tutulabilmektedir. Birinci halde sorumluluğun daralmasından (hafiflemesinden), ikinci halde ise sorumluluğun genişlemesinden (ağırlaşmasından) söz edilir. Borçlunun kusurdan bağımsız sözleşme sorumluluğundan kurtulması bahsinde de, bu halleri ayrı ayrı incelemek gerekir.

⁵⁷ Oğuzman/Öz, s. 354; Eren (Borçlar Hukuku), s.1022; Müller- Chen, s. 330.

B- SORUMLULUĞUN DARALDIĞI (HAFİFLEDİĞİ) HALLERDE

Kusura bağlı sorumluluk ilkesinin ilk istisnası, sorumluluğun kanun tarafından daraltılmış olmasıdır. Bu durum, borçlunun ancak belli bir dereceye ulaşan kusurundan sorumlu olacağının öngörülmesi halinde gerçekleşir. Buna göre, borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için, kanunun öngördüğü derecede kusuru olmadığını ispat etmesi gerekir. Örneğin bağışlayanın sorumluluğunu düzenleyen BK 243 uyarınca, bağışlayan, bağışlananın bağışlamadan ötürü uğradığı zararlardan ancak bu zararlara kasıt veya ağır ihmali ile neden olduysa sorumludur. Böylece bağışlayan, kusurlu olmadığının yanı sıra, hafif ihmal şeklinde tezahür eden bir kusuru olduğunu ispat ederek de bağışlama sözleşmesine aykırılıktan doğan sorumluluktan kurtulabilecektir.

Objektif kusur anlayışının benimsenmesiyle, kanunun borçluya kendi işlerinde gösterdiği özeni (*diligentia quam in suis*) gösterme borcunu yüklediği hallerde (Örneğin BK 528), yine sorumluluğunun kanun tarafından daraltıldığını kabul etmek gerekir⁵⁸. Zira bu tip hallerde, borçlunun hayatın olağan akışı içerisinde kendisinin yerindeki ortalama, makul bir borçlunun göstermesi gerekenden daha az özen göstermesine rağmen, sorumluluktan kurtulması mümkün olabilir.

⁵⁸ Oğuzman/Öz, s. 356; Schlechtriem, AT, s. 173, N. 330.

C- KUSURDAN BAĞIMSIZ SORUMLULUK HALLERİNDE (SORUMLULUĞUN GENİŞLEDİĞİ/AĞIRLAŞTIĞI HALLERDE)

1. Genel Olarak

Borçlunun kusurdan bağımsız sorumluluğu, borçlunun sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle⁵⁹ alacaklının uğradığı zararları tazmin borcundan, gerekli özeni gösterdiğini ileri sürerek kurtulamayacağı bir sorumluluk anlayışını ifade eder. Bu sorumluluk türü, gerek sözleşmeler alanında gerek haksız fiiller alanında, subjektif isnat edilebilirlik unsuru olan kusura yer vermediği için, “objektif sorumluluk” olarak da anılır⁶⁰. Kusurdan bağımsız sorumluluğun pratik anlamı, borcun ifa edilmemesinin sonuçlarının, kusuru bulunsun ya da bulunmasın, kanun veya sözleşmeyle borçluya yüklenmiş olmasıdır. Çünkü borç ifa edilmediği takdirde, borçlu, kusura bağlı sorumluluktan farklı olarak, borcun ifa edilmesini engelleyen durumun ortaya çıkmasında hiçbir kusuru olmasa dahi, sorumlu tutulacaktır.

Kusurdan bağımsız sorumluluk, bir sorumluluk sebebi ile kusur haricinde başka bazı isnat kriterlerinin bir araya gelmesinden doğar. Sözleşmeler hukukunda kusurdan bağımsız sorumluluğun öngörüldüğü hallerde, sorumluluğun zarar verene isnat edilebilmesi için, kusur prensibi , “sebeplik olma” (*Veranlassung*) – ya da daha

⁵⁹ Borçlar Kanunumuzda, sözleşmeye aykırılığın her üç ana türü için de kusurdan bağımsız sorumluluğun öngörüldüğü haller mevcuttur. Borcun gereği gibi ifa edilmediği hallerde, borçlunun kusurdan bağımsız sorumluluğuna, satım (BK 205/II) ve istisna (BK 357/I) sözleşmelerinde, sözleşme konusu şeydeki ayıpların sebep olduğu doğrudan zararlardan borçlunun sorumluluğu örnek olarak verilebilir. Ancak burada konu, çalışmamızın sınırları içinde, yalnız borcun hiç veya zamanında ifa edilmediği hallere ilişkin kusurdan bağımsız sorumluluk hükümleri çerçevesinde ele alınmaktadır.

⁶⁰ Bkz. **Pellegrino**, s. 41 vd.

doğru bir adlandırmayla- “risk” prensibi ile ikame edilmiş olmaktadır⁶¹. Sebep sorumluluğu (*Kausalhaftung*)⁶² veya risk sorumluluğu (*Risikohaftung, Risikoverantwortlichkeit*)⁶³ olarak adlandırılan bu hallerde, borçlu bazen belli bir davranışının tesadüfî sonuçlarından sorumlu tutulurken, bazen de borçlunun herhangi bir davranışı dahi olmadığı halde, meydana gelen zarar ona yüklenir. Tüm bu hallerde ortak olan özellik, sorumluluğun kusurdan bağımsızlaştırılarak, belli bir olguya bağlanmış olmasıdır. Böylece sorumluluğun bağlandığı olgu ile borcun ifa edilmemesi arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğu sürece, borçlu söz konusu zararlardan sorumlu tutulmaktadır.

Sözleşmeler hukukunda, çeşitli mülahazalarla kusurdan bağımsız sorumluluk halleri öngörülmüştür. Bu hallerin başında, borçlunun yardımcı kişilerden dolayı sorumluluğu (BK 100) ile kusuruyla temerrüde düşen borçlunun, temerrüde düştükten sonra meydana gelen ve ifayı imkânsız kılan olaylardan sorumluluğu gelir (BK 102/II). Borçlu, birinci halde yardımcı kişinin eylemleri nedeniyle ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıktan, ikinci halde ise kusuruyla temerrüde düşmüş iken borcun ifasının imkânsız hale gelmesinden, hiçbir kusuru olmasa dahi sorumlu tutulur. Her iki durumda da borçlunun sorumluluğu, borcun ifasında yardımcı kişiden yararlanma ve kusuru ile borcunu zamanında ifa etmeme gibi, kendisinin belli bir davranış veya tutumuna bağlanmış bulunmaktadır.

Kusurdan bağımsız sözleşme sorumluluğu, sorumluluğun kusur dışında başka bazı olgulara bağlanmasıyla tanımlandığına göre, borçlunun bu sorumluluktan

⁶¹ **Canaris**, (FS Heldrich) s. 26.

⁶² **Eren** (Borçlar Hukuku), s. 1023; **Koller**, AT, s. 170.

⁶³ **Canaris**, (FS Heldrich) s. 26; **Gutknecht, C. Z.** : Die Gewähr: Risikoverantwortlichkeit, Bern 2007, s. 1

kurtulması konusunda da aynı noktadan hareket etmek gerekir. Kusurdan bağımsız sözleşme sorumluluğu öngören normlar, çok çeşitli risklere ilişkin olduklarından, tüm kusurdan bağımsız sorumluluk halleri için geçerli tek bir kurtuluş sebebinden söz etmek mümkün değildir. Buna karşılık, borçlu, borcun, kusurdan bağımsız sorumluluğu öngören normun (kanun veya sözleşme) kendisine yüklediği riskle ilgisi olmayan bir sebepten ötürü ifa edilemediğini ispatlamak suretiyle, sorumluluktan kurtulabilir. Başka bir ifadeyle kusurdan bağımsız sözleşme sorumluluğundan kurtulmak isteyen borçlu, ilgili normun kendisine yüklediği risk ile borcun ifa edilmemesi arasında uygun illiyet bağı bulunmadığını ispat etmelidir.

Burada sözü edilen illiyet bağı, sözleşmeden doğan sorumluluğun şartlarından biri olan, borcun ifa edilmemesi ile zarar arasındaki illiyet bağı değil; kusurdan bağımsız sorumluluğun bağlandığı olgu ile borcun ifa edilmemesi arasındaki nedensellik ilişkisidir⁶⁴. Zira, kusurdan bağımsız sorumluluk öngören normun borçluya yüklediği risklerden başka bir sebebin ifayı engellemesi halinde, borcun ifa edilmemesi ile zarar arasındaki illiyet bağının kesildiğinden söz edilemez. Söz konusu halde, alacaklının muhtemel zararlarının tek ve uygun sebebi, yine borcun ifa edilmemesidir. Ancak, borcun ifa edilmemesinin sebebi olarak, kanunun veya sözleşmenin sorumluluğu bağladığı olgu haricinde, başka bir olgu ön plana çıkmış olduğundan, borçlu bu zarardan sorumlu tutulamamaktadır.

Doktrinde, borçlunun kusurdan bağımsız sorumluluğunun sınırını teşkil eden olgular için “atipik riziko” kavramının kullanıldığı görülmektedir⁶⁵. Ancak borçlunun gerçekleşmesinden sorumlu olmadığı risklerin atipik rizikolar olarak ifade edilmesi,

⁶⁴ Haksız fiil sorumluluğu bakımından aynı yöndeki tespit için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 568.

⁶⁵ **Koller**, AT, s. 172 N. 43; **Müller-Chen**, s. 335; **Serozan**, (İfa) s. 187 N.4 ; **Atamer** (CISG), s. 255.

borçlunun söz konusu türdeki risklerden hiçbir zaman sorumlu olmayacağı gibi hatalı bir algılamaya yol açabilir⁶⁶. Çünkü borçlu, kanun veya sözleşme gereği, atipik olaylardan da sorumlu tutulabilir. Örneğin, zararın, tanımı gereği atipik olaylar kategorisinde yer alan umulmayan hal, yani kaza (*Zufall*) sonucu doğması, BK 102 uyarınca kazadan sorumluluk örneğinde olduğu gibi, her zaman ve özellikle de kusurdan bağımsız sorumluluk hallerinde, borçluyu sorumluluktan kurtarmaya yetmemektedir. Hatta umulmayan halin (kazanın) sözleşmeler hukukunda genellikle, tarafların hiçbir kusuru olmaksızın ortaya çıkan ifa engellerini kastetmek üzere kullanıldığı⁶⁷ düşünülürse, kusurdan bağımsız sözleşme sorumluluğunun, büyük ölçüde, umulmayan hallerden sorumluluk olduğu dahi söylenebilir. Hal böyle iken, atipik riziko kavramı, prensip olarak zaten bu tür riskler için öngörülmüş olan kusurdan bağımsız sorumluluğun sınırını yeterli bir şekilde ifade edememektedir.

Borçluyu kusurdan bağımsız sorumluluktan kurtaran hallerde başvurulması gereken kriter, borcun ifasını engelleyen olayın, atipik olması, yani sıklıkla karşılaşılmayan veya olağanüstü bir olay olması gibi “ampirik” bir kriter değil; fakat kusurdan bağımsız sorumluluğu gerektiren olguyla özel (spesifik) bir bağlantısının olup olmadığı şeklindeki “normatif” bir kriterdir⁶⁸. Çünkü, borçlunun kusurdan bağımsız sorumluluğunu gerektiren hükümlerde, her zaman borçluya yüklenmiş belirli (spesifik) bir risk vardır. Borçlunun kusurdan bağımsız sorumluluğunun sınırı da, söz konusu sorumluluk normunun borçluya yüklediği bu riske göre belirlenir. Böylece borçlu, ilgili norm tarafından kendisine yüklenen spesifik risklerin

⁶⁶ Bkz. **Canaris, C.-W.:** *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB*, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, (FS Wiegand) s. 220.

⁶⁷ **Kälin**, (Exkulpation), s. 1342.

⁶⁸ Bu yönde bkz. **Canaris**, (FS Wiegand), s. 220

gerçekleşmesi halinde, borcun ifa edilmemesinden sorumlu olurken, bu riskle ilgisi olmayan sebeplerle borcun ifa edilememesi halinde ise, sorumluluktan kurtulur⁶⁹.

2. Borçlunun Belli Bir Davranışının Sonuçlarından Doğan Sorumluluktan Kurtulması

Kusurdan bağımsız sorumluluğun borçlunun belli bir davranışına bağlandığı hallerde, borçlu, ifayı engelleyen olgu ile söz konusu davranışı arasında uygun illiyet bağının bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulur⁷⁰. Örneğin borçlu, kusuru ile temerrüde düştükten sonra ifanın imkânsızlaşması halinde, borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan, kendisi borcu zamanında ifa etseydi dahi ifanın yine imkânsızlaşacağını ispat ederek kurtulabilir (BK 102/II).

Aynı şekilde borcun ifasında yardımcı kişi kullanan borçlu, yardımcı kişinin bir eylemi nedeniyle borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan (BK 100), yardımcı kişi kullanmış olmasa dahi, sorumluluğun kendisine isnat edilemeyeceğini ispat ederek kurtulabilir. Burada da borçluya yüklenen riziko, en genel ifadesiyle, borcun ifasında bir yardımcı kişinin kullanılmasıdır. Çünkü kanun, yardımcı kişinin davranışlarından, borçluyu kusurundan bağımsız olarak sorumlu tutmak suretiyle, alacaklının yardımcı kişinin eylemleri dolayısıyla zarara uğraması riskini borçluya yüklemiş olmaktadır. Ancak burada da borçluya yüklenen riskler, borcun yardımcı kişinin katılımıyla ifasıyla spesifik bir bağlantı içinde olan, başka bir ifadeyle, borcun ifasında yardımcı kişi kullanılmasına bağlanabilecek risklerdir. Buna karşılık,

⁶⁹ Bkz. **Canaris**, (FS Wiegand) s. 220.

⁷⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 350.

yardımcı kişi kullanılmasıyla ilgisi olmayan, yani borçlu, borcu bizzat ifa etseydi dahi kendisine yüklenemeyecek sebeplerden doğan zararlar, borçlunun sorumluluk alanının dışında kalır⁷¹. Bu nedenledir ki, borçlu, BK 100'den doğan sorumluluktan, borcu bizzat ifa etseydi dahi sorumluluğun kendisine isnat edilemeyeceğini ispat ederek kurtulabilir⁷². Örneğin, alacaklının eşyalarını taşıma işini üstlenen borçlunun şoförü, ani ve yoğun kar yağışı sonucu yolların ulaşımına kapanması nedeniyle ifayı hiç veya zamanında gerçekleştiremezse, salt yardımcı kişi kullanılmış olması, borçlunun meydana gelen zarardan BK 100 uyarınca sorumlu tutulmasını gerektirmez. Çünkü, yolların ulaşımına kapanması halinde, borçlu kendisi de borcu hiç veya zamanında ifa edemeyeceğinden, ortaya çıkan ifa engelinin, borcun ifasında yardımcı kişi kullanılmasıyla bir ilgisi yoktur.

Aynı tespitler, ödünç ve emanet sözleşmelerinde, sözleşme konusu şeyin ödünç alan veya ariyet alan tarafından sözleşmeye aykırı olarak kullanılması veya başkasına kullandırılmasından doğan riskleri borçluya yükleyen hükümler (BK 300/III, 465/II) için de geçerlidir. Söz konusu hallerde, borçlu sorumluluktan ancak meydana gelen zararın, kendisinin borca aykırı davranışının sonucu olmadığını, yani kendisinin borca aykırı davranışı ile meydana gelen zararlar arasında uygun illiyet bağının bulunmadığını ispatladığı takdirde kurtulabilir (BK 300/III, 465/II).

⁷¹ Bkz. **Serozan**, (İfa) s. 283- 284 N.13; **Tekinay, S.S./Akman, S./Burcuoğlu, H. /Altop, A.:** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993 s. 899.

⁷² **Oğuzman/Öz**, s. 371; **Caytas, I.:** Der Unerfüllbare Vertrag, Anfängliche und Nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Englands, der Vereinigten Staaten, im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, Wilmington 1984, s. 181; **Eren** (Borçlar Hukuku), s. 1038; **Serozan**, (İfa) s. 237, N. 4.

3. Borçlunun Belli Bir Davranışının Sonucu Olmayan Risklerden Sorumluluğunun Sınırları

Kusurdan bağımsız sorumluluğun, borçlunun belli bir davranışı söz konusu olmaksızın, belli bazı risklere bağlandığı hallerde de her zaman zararın borçluya yüklenmesini haklı kılan özel sebepler mevcuttur⁷³. Bu nedenle borçlunun borcun ifa edilmemesinden sorumlu olup olmadığı da, ortaya çıkan ifa engelini borçluya yüklenen spesifik riskle ve dolayısıyla bu riskin borçluya yüklenmesini gerektiren sebeplerle ilgisi olup olmadığına göre belirlenir. Böyle bir ilginin kurulamadığı hallerde, kusurdan bağımsız sorumluluğun bağlandığı olgu ile borcun ifa edilmemesi arasındaki bağlantı kesilmiş olacağından, borçlu sorumluluktan kurtulur.

Kanunun borçlu için kusurdan bağımsız bir sorumluluk öngördüğü hallerde genellikle borçlunun bu sorumluluktan hangi hallerde kurtulacağı da belirtilir. Örneğin hâsılat kirasında kiracının envanterden sorumluluğu (BK 293) ile otelci, hancı, ahır, garaj ve umumi mağaza işletmecilerinin kendilerine tevdi edilen eşyada meydana gelen zararlardan sorumluluğunda (BK 478, 481; UMK 22), borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için, zararın mücbir sebep⁷⁴, malların niteliği veya alacaklının ve onun çevresindeki kişilerin kusuru gibi olgulardan ileri geldiğini ispat etmesi gerekir.

⁷³ Bu çerçevede sözü edilen türde bir sorumluluk için kullanılan sebep sorumluluğu (*Kausalhaftung*) kavramının, sorumluluğun doğması için zarara sebep olmanın tek başına yeterli olacağı anlamına gelmediği yönünde bkz. **Koller**, AT, s. 170, N. 36.

⁷⁴ Bu kavram hakkında bkz. aşa. § 7, I, A.

§ 2. BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE İFANIN İMKÂNSIZ HALE GELMESİ

I. İFANIN İMKÂNSIZ HALE GELMESİ

A- GENEL OLARAK

Borçlar Kanununun ifa engelleri sistemi içerisinde imkânsızlık kavramı, - en azından teorik olarak⁷⁵ - önemli bir yere sahip olmakla birlikte, bu kavrama verilecek anlamın yeterince açıklığa kavuşturulduğu söylenemez. Borçlar Kanunumuz, çeşitli hükümlerinde imkânsızlıktan bahsetmiş olmasına rağmen, imkânsızlıktan ne anlaşılması gerektiğini açıklamamış, aksine onun bilindiğini varsaymıştır⁷⁶. Böylece kavramın anlam ve uygulama alanının belirlenmesi, doktrin ve uygulamaya düşmektedir.

BK 96, gereği gibi ifa etmemenin yanı sıra imkânsızlığı da düzenlediği halde, imkânsızlık kavramına ilişkin ipucu vermemektedir. Maddenin kaynak kanundaki karşılığı olan OR 97'nin Almanca metni ise bu konuda BK 96'ya nazaran daha açıklayıcıdır. OR 97/I, imkânsızlıktan, “borcun (yükümlülüğün) ifasının hiç... gerçekleştirilememesi”⁷⁷ ifadesiyle bahsetmektedir. Buradan çıkan sonuç borcun

⁷⁵ Pratikte, alacaklı örneğin dava açarken, olayların çoğunda, ifanın halen mümkün olup olmadığını bilemeyeceği için, doğrudan temerrüt prosedürünü (ihtar, süre verme) izler. Bkz. **Bucher**, AT, s. 339 dn.45; **Schwenzer**, s. 434 N. 63. 13. Bunu yapmayıp doğrudan ifanın imkânsızlığı ve borçlunun bundan sorumlu olduğu gerekçesiyle tazminat talep ederse, ifanın halen mümkün olduğu savunmasıyla karşılaşabileceğinden davanın başarısız olma riski vardır. Bu nedenle alacaklı talebini aynen ifa veya tazminat şeklinde terditli olarak ileri sürer. Tüm bunların sonucu olarak da imkânsızlık hükümlerinin uygulama değerinin oldukça sınırlı kaldığını söylemek mümkündür.

⁷⁶ **Wiegand**, BasK, Art. 119 N. 5; **Aeppli**, Art. 119 N. 40.

⁷⁷ “Kann die Erfüllung der Verbindlichkeit überhaupt nicht ... bewirkt werden...” Hükümde imkânsızlık (*Unmöglichkeit*) kelimesinin kullanılmamış olması tamamen redaksiyonel sebeplere dayanmaktadır. İsviçre kanunkoyucusu, böylece, hiç ve gereği gibi ifa etmeme hallerini yeknesak bir terminoloji ile anmayı hedeflemiştir. Bkz. **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 7.

ifasının gerçekleştirilemez yani edimin yerine getirilemez olduğu durumlarda, imkânsızlığın gündeme geleceğidir. Doktrinde de çoğunlukla imkânsızlığın buna benzer genel ifadelerle tanımlanmaya çalışıldığını görmek mümkündür⁷⁸. Ne var ki bu çabalar, kavramın niteliği gereği, kesin bir tanıma ulaşmamakta, aksine “bir edimin ne zaman yerine getirilemez hale gelmiş sayılacağı” şeklinde yeni bir soruyu beraberinde getirmektedir ki; bu soruya olay öncesi (*a priori*) bir cevap vermek güçtür. Çünkü, bu konuda, akdî yükümlülüğün içeriği başta olmak üzere, büyük ölçüde somut sözleşme ilişkisinin şartları belirleyici olur⁷⁹. Dolayısıyla, ifanın imkânsız hale gelmiş sayılıp sayılmayacağı, hâkimin şartları değerlendirmesi neticesinde vereceği karara bağlıdır⁸⁰. Örneğin geçici bir engel kural olarak ifayı imkânsızlaştırmış sayılmazken, mutlak kesin vadeli işlemlerde, ortaya çıkan engel sonradan ortadan kalkabilecek nitelikte olsa dahi, zaman unsurunun akdî yükümlülüğün içeriğine dâhil olması sebebiyle, ifa imkânsız hale gelmiş sayılır⁸¹.

Kanımızca, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir engelin ifayı imkânsız kılıp kılmadığına ilişkin değerlendirmede, akdî yükümlülüğün içeriğinin yanı sıra, imkânsızlık kavramının, Borçlar Kanununun ifa engelleri sistemi içindeki genel işlevi de göz önünde bulundurulmalıdır⁸². Bu işlevi kısaca şöyle açıklamak mümkündür: İmkânsızlık hükümleri, bir yandan borçluya, edimin sözleşmede kararlaştırılan şekliyle ifası mümkün olduğu sürece, alacaklının temerrüdün

⁷⁸ **Aepli**, Art. 119, N. 30; **Wiegand**, BasK Art. 119 N. 5. Çeşitli imkânsızlık tanımları için Bkz. **Aepli**, Art. 119, N. 42.

⁷⁹ **Wiegand**, (Recht, 1983/I), s. 7; **Weber. H. R.**: Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilbd.: Die Folgen der Nichterfüllung, Bern 2000, Art. 97 N. 98.

⁸⁰ **Wiegand**, BasK Art 97 N.17; **Wiegand**, (Recht, 1983/I), s. 7; **Aepli**, Art. 119 N. 42.

⁸¹ Bkz. aşağıda § 3, I, B, 1. İfanın imkânsız sayılıp sayılmayacağının somut olayın şartlarına göre belirleneceğini gösteren başka örnekler için bkz. **Aepli**, Art. 119 N. 42.

⁸² İmkânsızlık kavramının, tarihsel süreçte yüklendiği çeşitli işlevler için bkz. **Wollschläger, C.**: Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, Köln -Wien 1970, s. 3 vd.

formalitelerini yerine getirmeden, aynen ifa yerine tazminat isteyemeyeceğinin güvencesini sağlar⁸³. Öte yandan bu hükümler, aynen ifa talebinin sonuçsuz kalacağının açık olduğu hallerde, söz konusu talebi tazminat talebine dönüştürür ve alacaklıya, borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olması şartıyla, temerrüdün formalitelerinin yerine getirilmesine gerek olmaksızın, doğrudan müspet zararını talep etme imkânı sunar (BK 96)⁸⁴. Borçlunun imkânsızlıktan sorumlu olmadığı hallerde ise, alacaklı, imkânsızlık nedeniyle aynen ifayı talep edemediği gibi, ifa talebini tazminat talebine dönüştüren mekanizma da devreye girmez⁸⁵. Çünkü, bu halde, tazminat talebinin hukukumuz bakımından temel şartı olan kusur ya da daha doğru bir ifadeyle isnat edilebilirlik unsuru eksik kalır. Bunun sonucu olarak da, kanunun “borcun sakıt olması” (BK 117/I) olarak ifade ettiği durum gerçekleşmiş olur ve borçlu ne aynen ifayla ne de bunun yerine tazminat ödemekle yükümlü olur.

Sonuç olarak, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlığın Borçlar Kanunumuzun sistemi içerisindeki işlevini de göz önünde bulundurarak, bu kavramın her halde koşulların değerlendirilmesi sonucunda varılan yargıya göre şekillenen hukukî bir kavram olduğunu kabul etmek gerekir⁸⁶. Bu çerçevede, sözleşmeyle kararlaştırılan edimin, ifa davası, cebrî icra gibi hukukî yollarla elde

⁸³ Bkz. **Mugdan, B. (Hrsg):** Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1899; s. 27; **Blaurock, U.: Culp-Haftung und nachträgliche Unmöglichkeit**, Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht, Kolloquium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Ernst von Caemmerer, Tübingen, 1983, s. 57, **Sutschet, H.:** Verschuldenshaftung und Garantiehaftung im gegenseitigen Vertrag, Tübingen 2006, s. 155 vd.

⁸⁴ Bkz. **Mugdan, s. 27; Blaurock, s. 57; Finn, M.:** Erfüllungspflicht und Leistungshindernis, Berlin 2007, s. 49; **Barth, s. 65.**

⁸⁵ **Blaurock, s. 59.**

⁸⁶ **Wiegand, W.:** *Leistungsstörungen, Teil 1: Die Nichterfüllung*, Recht 1983/I (Recht 1983/I), s. 7.

edilmesi ihtimalinin sürekli olarak ortadan kalktığıнын kabulünü gerektiren durumlarda, ifanın imkânsız hale geldiğini söylemek mümkündür⁸⁷.

B- İFANIN İMKÂNSIZ HALE GELMESİNİN SONUÇLARI

Borcun ifası, sözleşmenin kurulmasından sonra imkânsız hale geldiğinde, borçlu, aynen ifa yükümünden kurtulur. İfa imkânsızlığının gerçekleştiği an itibariyle, borçlunun aynen ifa yükümü kanun gereği (*ipso iure*) sona erer. Bu sonucun doğabilmesi için herhangi bir bildirim veya irade beyanı gerekmediği gibi, tarafların bundan haberdar olması dahi gerekmez⁸⁸. İmkânsızlık meydana geldiği andan itibaren, alacaklının ifa talebi karşısında ifanın imkânsızlığı olgusu, def'i değil, aynen ifayı talep hakkının sona erdiğine ilişkin bir itiraz oluşturur ve bu nedenle hâkimin imkânsızlığı re'sen dikkate alması gerekir⁸⁹. Ancak belirtmek gerekir ki, burada söz konusu olan itiraz, sadece imkânsız hale gelen edimin aynen ifası talebine karşı ileri sürülebilir. Başka bir ifadeyle, borç ilişkisi tümüyle sona ermediği, yalnızca imkânsız hale gelen edimi ifa yükümü sona erdiği için, söz konusu itiraz, borç ilişkisinden doğan diğer talepler için (örneğin borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlıktan doğan tazminat talebi için) geçerli değildir⁹⁰.

⁸⁷ Bu yönde bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 305.

⁸⁸ **Aeppli**, Art. 119 N. 54; **Schwenzer**, AT, s. 437 N. 64.12.

⁸⁹ **Maile-Zinser**, T.: Auswirkungen der Unmöglichkeit auf den Erfüllungsanspruch, Berlin 2006, s. 20.

⁹⁰ **Maile-Zinser**, s. 20.

Borcun ifa edilemez hale gelmesi neticesinde ifa yükümünün sona ereceği, Borçlar Kanunumuzda⁹¹ açıkça ifade edilmiş değildir⁹². Bunun sebebi, ifası imkânsız hale gelen edimi ifa yükümünün sona ermesinin, eşyanın tabiatı gereği varılan bir sonuç olarak görülmesidir⁹³. Kaynağını Roma Hukukunda bulan ve özellikle Alman Hukuk çevresinde imkânsızlık doktrininin temelini teşkil eden “*Impossibilium nulla Obligatio Est*”⁹⁴ dogması da mantık kurallarının gereği olarak görülen bu sonucu ifade etmektedir. Bu düşüncenin etkisi altındaki Borçlar Kanunumuza hâkim olan anlayışa göre de, sözleşme kurulduğu zaman gerçekleştirilmesi imkânsız olan edim borçlanılamayacağı gibi (BK 20), sonradan imkânsız hale gelen edimi ifa yükümü de sona erer (BK 96, 117).

Borcun ifasının sürekli olarak imkânsız hale gelmesinin sonucu yalnızca, borçlunun birincil edimi sözleşmede kararlaştırılan şekilde ifa etme borcundan kurtulması ya da tam ters açıdan bakarsak, alacaklının borcun sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ifasını talep etme hakkının sona ermesidir⁹⁵. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan imkânsızlığın yalnızca aynen ifa yükümüne ilişkin olan bu sonucu, ifanın hangi sebeple imkânsız hale geldiğinden ve özellikle de sorumluluğun borçluya yüklenip yüklenemeyeceğinden bağımsız olarak ortaya çıkar. Borçlunun, borcun ifa edilmemesinden kusur veya başka herhangi bir sebepten

⁹¹ Karş. BGB § 275/I.

⁹² Özellikle, BK 117/I’de geçen “sakıt olma” ifadesi, bu sonucun dayanağı olamaz. Çünkü söz konusu hükümde açıkça ifade edildiği gibi, orada söz konusu olan, birincil edim yükümünün sona ermesine ilaveten, imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olmamasının sonucu olarak, kendisinden tazminat da talep edilememesidir. Başka bir ifadeyle, BK 117/I, imkânsızlık nedeniyle aynen ifa yükümünden, imkânsızlığın gerçekleştiği anda kurtulmuş olan borçludan, onun imkânsızlıktan sorumlu olmaması nedeniyle tazminat da talep edilemeyeceğini düzenlemektedir. Bu nedenle borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlığın sonuçları için esas alınmaz.

⁹³ Bkz. **Wiegand**, (Recht 1983/I), s. 4; **Koller**, AT, s. 261 N. 2

⁹⁴ D.50,17,185.

⁹⁵ **Serozan**, (İfa) s. 186, N. 3; **Maile-Zinser**, s. 20.

sorumlu olup olmaması, sona eren aynen ifa yükümünün yerini tazminat yükümünün alıp almayacağı açısından önem taşır⁹⁶. Aynen ifa yükümünün sona ermesi bakımından önemli olan, borcun ifasını imkânsız kılan olayın sürekli nitelikte ve edimin tamamına ilişkin olmasıdır. Zira kural olarak, geçici nitelikli ve edimin bir kısmına ilişkin engellerde, aslî edim yükümünün tümüyle ve sürekli olarak sona ermesinden söz edilemez⁹⁷.

II. İFANIN İMKÂNSIZ HALE GELMESİ AÇISINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN BAZI DURUMLAR

A- BEKLENEMEZLİK

Sözleşmeyle kararlaştırılan edimin ifasının, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan sebeplerle güçleşmesi mümkündür. İmkânsızlıktan farklı olarak, ifanın güçleşmesi veya zorlaşması, başlı başına aynen ifa yükümünün sona ermesi sonucunu doğurmaz. Bu durum, sözleşmeler hukukunun temelini teşkil eden *pacta sunt servanda* ilkesinin gereğidir. Örneğin piyasada hammadde fiyatlarının ya da işçi ücretlerinin yükselmesi sonucunda ortaya çıkan ifa güçlüğü, prensip olarak, borçlunun aynen ifa yükümü üzerinde bir etki yaratmaz⁹⁸. Ancak bazı hallerde ifa güçlüğü öylesine aşırı boyutlara ulaşır ki; artık bu hallerde, dürüstlük kuralı (MK 2) gereği, borçludan, ifanın önündeki güçlüğü aşması ve dolayısıyla edimi aynen yerine

⁹⁶ Bkz. yuk. § 1.

⁹⁷ Koller, AT, s. 261 N. 2.

⁹⁸ Bkz. Wiegand, Bask Art. 97 N. 14; Ernst, MüK § 275, N 93. Ekonomik güçlüklerde, şartları varsa sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gündeme gelebilir: Ernst, MüK § 275, N 93.

getirmesi beklenemez. Bu nedenle imkânsızlık değil fakat “beklenemezlik” (*Unzumutbarkeit*) söz konusu olur⁹⁹.

Aynen ifa açısından ortaya çıkan belli bir güçlüğü “aşırı” ve dolayısıyla aynen ifanın da “beklenemez” olarak nitelenmesi, aynen ifanın gerektirdiği çaba ile alacaklının borcun aynen ifa edilmesindeki menfaatinin karşılaştırılması sonucunda varılan bir yargıya dayanır¹⁰⁰. Özellikle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını gerektiren ifa güçlüklerinden farklı olarak, burada esas alınan unsur, ifanın güçleşme derecesi değil, alacaklının edimi aynen elde etmedeki menfaatidir¹⁰¹. Başka bir ifadeyle, ifa hangi derecede güçleşirse güçleşsin, bu güçlükle alacaklının aynen ifadaki menfaati arasında açık bir dengesizlik bulunmuyorsa, beklenemezlik halinden söz edilemez. Buna karşılık, borçlunun edimi aynen ifa etmek için sarf etmesi gereken çabanın maddî veya manevî açıdan büyüklüğü ile alacaklının aynen ifadaki menfaati karşılaştırıldığında, ağır ve açık bir dengesizlik ortaya çıkıyorsa, borçludan borcun aynen ifasının beklenemeyeceği kabul edilir¹⁰².

Beklenemezlik, çeşitli sebeplere dayanabilir. Örneğin bazı hallerde doğa kanunları bakımından mümkün görünen aynen ifa, pratik açıdan yerine getirilmesi beklenemeyecek derecede güçleşir. “Pratik imkânsızlık” (*Praktische/Faktische Unmöglichkeit*) olarak da adlandırılan bu hallerde, ifa teorik olarak mümkün görünmekle birlikte, borcun ifasının karşısında öylesine önemli ve temel bir engel bulunmaktadır ki; hiçbir makul insan ifayı gerçekleştirmeyi denemeye dahi

⁹⁹ Bkz. **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 14; **Aepli**, Art. 119 N. 43.

¹⁰⁰ Bkz. **Canaris**, JZ 2001, s. 501; **Oğuzman/Öz**, s. 320.

¹⁰¹ **Canaris**, JZ 2001, s. 501.

¹⁰² **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 14; **Aepli**, Art. 119 N. 43; **Koller**, AT, s. 315; **Oğuzman/Öz**, s. 320.

kalkışmaz¹⁰³. Dolayısıyla borçludan da böyle bir engeli aşması beklenemez. Tasvir edilen durumun doktrinde sıklıkla tekrarlanan örnekleri, satım konusu yüzüğün okyanusun derinliklerine düşmesi ve antika değeri taşıyan eşyanın, bir gökdelenin temelinde gömülü kalmış olmasıdır¹⁰⁴.

Aynen ifanın beklenemezliğinin manevî sebeplerden kaynaklanması da mümkündür. Örneğin, hamileliğin ileri aşamasında bulunan bir balerinden, kendisinin ve bebeğinin sağlığını tehlikeye atarak sahneye çıkması beklenemez¹⁰⁵. Manevî sebeplere dayanan beklenemezlik hallerinde, borcun aynen ifası imkânı, bir önceki paragrafta incelenen maddî beklenemezlikten farklı olarak, salt teorik değil, pratik açıdan da mevcuttur. Ancak bu hallerde de aynen ifa öylesine büyük bir fedakârlığı gerektirmektedir ki; alacaklının edimin aynen ifasındaki menfaati ile kıyaslandığında, bu fedakârlık borçludan beklenemez.

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu gibi, Borçlar Kanunumuz da aynen ifanın borçludan beklenemez hale gelmesi ihtimaline ilişkin bir hüküm içermemektedir¹⁰⁶. Bu durum karşısında, beklenemezlik hallerine imkânsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır:

Bir fikre göre, pratik imkânsızlık olarak da adlandırılan maddî anlamda beklenemezlik halleri, imkânsızlık değil, *clasula rebus sic stantibus* çerçevesinde ele alınmalı ve buna göre bir sonuca varılmalıdır¹⁰⁷. Söz konusu hallerde imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasına karşı doktrinde özellikle “borçlunun beklenemezliğe

¹⁰³ Finn, s. 37; Oğuzman/Öz, s. 320.

¹⁰⁴ Bkz. Finn, s. 37-38; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 904-905; Serozan, (İfa) s. 166 N. 7.

¹⁰⁵ BGE 126 III 75.

¹⁰⁶ Karş. BGB § 275/II-III.

¹⁰⁷ Gauch/Schluep/Schmidt/Rey, s. 95 N. 2628 ; Aepli, Art. 119 N.43; Weber, Art. 97 N. 134.

rağmen, örneğin kendisi için çok değerli olan karşı edimi elde etmek gibi bir amaçla, edimini aynen ifa etmek isteyebileceği ve imkânsızlık hükümlerinin kendiliğinden edim yükümlerini sona erdiren etkisinin bu durumlarda elverişsiz sonuçlar doğuracağı” gerekçesiyle karşı çıkmaktadır¹⁰⁸. Bu anlayış, Alman Medeni Kanunu’nun 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren değişikliklerinde de etkili olmuş ve beklenemezlik halleri karşısında, imkânsızlığın kendiliğinden devreye giren etkisinden farklı olarak, borçluya def’i niteliğinde, bir ifadan kaçınma hakkı (*Leistungsverweigerungsrecht*) tanınmıştır (BGB § 275 II ve III). Böylece beklenemezlik aynen ifa yükümünü kendiliğinden sona erdirmemekte, borçlu ancak söz konusu def’iyi ileri sürdüğü takdirde, aynen ifa yükümünden kurtulmaktadır. Ancak, Alman doktrinde de isabetli olarak dile getirildiği gibi, özünde hakkın kötüye kullanılması yasağının özel bir türünden ibaret olan beklenemezlik halinin def’i çözümüne bağlanması, dürüstlük kuralına aykırılığın itiraz niteliği taşıdığı ve hâkim tarafından görevi gereği (*ex officio, von Amts wegen*) dikkate alınması gerektiği prensibiyle çelişmektedir¹⁰⁹.

Kanımızca beklenemezlik olarak adlandırılan hallerde, imkânsızlık hükümlerinin uygulanmasını reddeden yaklaşım, gerekçeleri itibariyle de ikna edici olmaktan uzaktır. Zira borçlu, kendisinden beklenemez derecede güçleşmiş edimi ifa etmek istiyor, ancak alacaklı imkânsızlık hükümlerine dayanarak edim yükümlerinin karşılıklı olarak sona erdiğini ileri sürüyorsa, alacaklının sırf kendi edim yükümünden kurtulmak için imkânsızlık hükümlerine başvurması dürüstlük kuralına

¹⁰⁸ Bkz. **Dural, M.:** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul 1976, s. 25-26.

¹⁰⁹ Bkz. **Canaris** (JZ 2001), s. 504; **Fehre, A.:** Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, Berlin 2005, s. 53.

aykırılık teşkil eder¹¹⁰. Kaldı ki imkânsızlık hükümleri uygulanmasa da, örneğin temerrüt hükümleri uygulandığı takdirde, alacaklı, gerekli şartları yerine getirdikten sonra, borçlunun kusurundan bağımsız olarak sahip olduğu dönme hakkını (BK 106) kullanarak kendi edimini yerine getirmekten kurtulma imkânına zaten sahiptir.

Benimsediğimiz görüşe göre ise, aynen ifa talebinin hakkın kötüye kullanılması yasağı tarafından engellendiği beklenemezlik hallerinde, sonuçları bakımından imkânsızlığa eş tutulması gereken bir durum ortaya çıkar¹¹¹. Böylece, borçludan edimi sözleşmede kararlaştırılan şekilde yerine getirmesinin beklenemeyeceği durumlarda, alacaklı MK 2' ye aykırı olduğu için borcun aynen ifasını talep edemeyecek; buna karşılık beklenemezlik durumunu ortaya çıkaran koşullardan borçlunun sorumlu tutulup tutulamayacağına göre, BK 96 veya 117'ye kıyasen, borçlu beklenemez hale gelen edim yerine tazminat ödeyecek veya sorumluluktan kurtulacaktır.

B- SUBJEKTİF İMKÂNSIZLIK

İfanın, başkaları tarafından yerine getirilebilir durumda iken, borcu ifa etmeyi taahhüt etmiş olan borçlu tarafından yerine getirilemeyecek durumda olması, subjektif imkânsızlık olarak adlandırılmaktadır¹¹². Sözleşme konusu şeyin yok olması veya herkesi için geçerli genel bir yasaklama nedeniyle borcun ifa edilememesi objektif imkânsızlık olarak nitelendirilirken, sözleşme konusu şeyin bir üçüncü

¹¹⁰ Aynı yönde **Canaris**, JZ 2001, s. 504.

¹¹¹ Bkz. **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 14; **Schwenzer**, AT, s. 431 N 63.06; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, s. 904- 905 ; **Oğuzman/Öz**, s. 319-320; **Serozan**, (İfa) s. 166 N. 7. İsviçre Federal Mahkemesi'nin benimsenen görüş doğrultusundaki bir kararı için bkz. BGE 82 II 332.

¹¹² **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 11; **Schwenzer**, AT, s. 432 N. 63.08; **Koller**, AT s. 257, N. 12.

kişinin mülkiyetinde olması veya borçlu için geçerli olan bir çalışma yasağı¹¹³ ise subjektif imkânsızlığa örnek olarak verilebilir. Bu noktada ortaya çıkan sorun, BK 117/I (ve aynı zamanda BK 96) anlamında imkânsızlığın, yalnızca borçlu için söz konusu olan engelleri de kapsayıp kapsamadığıdır ki; bu soru bizi imkânsızlık doktrininin en tartışmalı konularından biriyle karşı karşıya bırakır.

Doktrinde ileri sürülen bir fikre göre, BK 96 ve BK 117'nin uygulama alanına yalnızca borcun ifasının objektif olarak imkânsız olduğu haller girer¹¹⁴. Bu görüşe göre, ifanın yalnızca borçlu açısından imkânsız olduğu hallerde, imkânsızlık hükümleri değil, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Böylece, borcun ifasının borçlu açısından imkânsız olduğu bir durumda, borcun zamanında ifa edilmemesi üzerine alacaklı, borçluyu ihtar edecek, borcun ifası için süre tanıyacak ve sürenin sonunda, BK 106 uyarınca mevcut bulunan haklarından birini kullanacaktır.

Buna karşılık benimsediğimiz ve doktrinde egemen olan fikre göre, subjektif imkânsızlık olarak adlandırılan durumlar da BK 96 ve 117 anlamında imkânsızlık teşkil edebilir¹¹⁵. Bu görüşteki yazarlara göre sözleşmenin kurulmasından sonra

¹¹³ Fehre, s. 59.

¹¹⁴ Aepli, Art. 119 N. 49; Eren, (Borçlar Hukuku), s. 1249; Kılıçoğlu, s. 637-638; Gauch/Schluep/Schmidt/Rey, s. 92 N. 2608. Bu sonuncu yazarlar, sözü edilen görüşü, borçlu temerrüdü hükümlerinin seçenekli yapısının, alacaklıya daha geniş imkânlar sunduğu gerekçesiyle savunmaktadırlar. Ancak, meseleye borçlunun sorumlu olduğu subjektif imkânsızlık halleri açısından bakılırsa, BK 96 kapsamında da alacaklıya dönme hakkı tanıyan hakim görüş (Bkz. Wiegand, BasK Art. 97 N. 58 vd.) benimsendiğinde, bu gerekçenin anlamını yitirdiğini kabul etmek gerekir. Aynı yönde bkz. Schwenger, AT, s. 434 N. 63.13.; Weber, Art. 97 N. 124. Borçlunun sorumlu olmadığı subjektif imkânsızlık halleri açısından ise, imkânsızlık ile temerrüt hükümleri arasındaki pratik fark, imkânsızlıkta edim yükümlerinin kanun gereği kendiliğinden sona ermesine karşılık, temerrütte ise bunun ancak alacaklının sözleşmeden dönmesiyle mümkün olmasından ibarettir.

¹¹⁵ Weber, Art. 97 N. 121; Wiegand, BasK Art. 97 N. 13; Schwenger, s. 434 N. 63.13; Koller, AT s. 257, N. 12 ; Oğuzman/Öz, s. 299; Serozan, (İfa) s. 183 N.1; Kâlin, (Unmöglichkeit) s. 249. Alman Medenî Kanunu'nun 275. paragrafının birinci fıkrasında da, subjektif imkansızlığın ifa yükümünü sona erdireceği öngörülmüştür. Yargıtay da subjektif imkânsızlığın BK 96 ve 117 anlamında

ortaya çıkan imkânsızlık açısından, ifanın önündeki engelin objektif veya subjektif olmasının önemi yoktur; önemli olan, borçlunun söz konusu engel nedeniyle borcun ifa edilememesinden sorumlu olup olmadığıdır. Bu yaklaşımın pratik sonucu, borcun ifasının objektif veya subjektif olarak imkânsız hale geldiği anda, borcun aynen ifası yükümünün sona ermesi; borçlunun ifa imkânsızlığından sorumlu olup olmadığı yönündeki değerlendirmenin sonucuna göre de borçlunun tazminat ödemesi (BK 96) veya tazminat borcundan da kurtulmasıdır (BK 117).

Gerçekten de subjektif imkânsızlık olarak adlandırılan hallerde, BK 96 ve 117'nin hiçbir surette uygulama alanı bulmayacağını iddia etmek güçtür. Subjektif imkânsızlığın tanımı gereği, ifa yalnızca borçlu bakımından imkânsız olduğuna göre, edim şahsa sıkı sıkıya bağlı olmadıkça, borçlunun ifayı başkalarının katılımıyla gerçekleştirmesi olasılığının bulunduğu, dolayısıyla ifanın önündeki engelin prensip olarak geçici nitelikte olduğu kabul edilebilir. Ancak bu, başlı başına ifanın mümkün sayılması sonucunu doğurmaz. Çünkü, özü itibarıyla geçici nitelikte bir engelin de belli şartların varlığı halinde sürekli engellerle aynı hukukî sonuçları doğurması mümkündür¹¹⁶. Bu nedenle, subjektif imkânsızlık hallerine geçici engellere ilişkin prensipler çerçevesinden yaklaşılmalıdır. Böylece subjektif imkânsızlığın ortadan kalkabileceği yönünde gerçekçi bir ihtimalin bulunması halinde engel geçici kabul edilmeli, böyle bir ihtimalin bulunmadığına karar verilmesi halinde ise engel sürekli ve dolayısıyla ifa imkânsız sayılmalıdır¹¹⁷.

imkânsızlığa vücut vereceğini kabul etmektedir: Örnek olarak bkz. **Yarg.** 13. HD, T. 19.1.2004, E. 2003/11064, K. 2004/182; **Yarg.** 14. HD, T. 5.10.2006, E. 2007/7776, K. 2006/10511 (Karar metinleri için bkz. Kazancı).

¹¹⁶ Bkz. a.ş. § 3, I, B.

¹¹⁷ BGB § 275'te subjektif imkânsızlığın aynen ifa yükümünü sona erdiren bir sebep olarak kabul edilmiş olmasından, subjektif imkânsızlığın aynen ifa yükümünü her halde sona erdireceği değil, bazı

Bu çerçevede, sonraki subjektif imkânsızlığın klasik örneklerini teşkil eden, sözleşme kurulduğu sırada borçlunun mülkiyetindeki edim konusunun sözleşmenin kurulmasından sonra üçüncü kişinin mülkiyetine geçmiş veya çalınmış olması halleri de geçici engellere ilişkin kurallar çerçevesinde ele alınmalıdır. Böylece, eğer gerçekçi bir ihtimal olarak, borçlunun üçüncü kişi veya hırsızdan malı elde ederek ve borcunu yerine getireceği öngörülebiliyorsa, ifanın BK 96 veya 117 anlamında imkânsız olduğundan söz edilemez¹¹⁸.

Sözleşme konusu şeyi elinde bulunduran üçüncü kişinin, şeyi borçluya teslim etmek için yüksek bir karşılık talep etmesi de imkânsızlık sayılamaz. Bununla beraber, üçüncü kişinin edimin piyasa değerine göre çok aşırı bir bedel talep etmesi karşısında, edimin aynen ifasında ısrar etmenin dürüstlük kuralına aykırı sayılması mümkündür. Böyle bir durumda borcun aynen ifası borçludan beklenemez hale gelmiş olduğundan, borçlunun aynen ifa yükümünün sona erdiği kabul edilmelidir¹¹⁹.

Üçüncü kişi veya hırsızın kimliğinin veya nerede olduğunun bilinemediği ya da üçüncü kişinin sözleşme konusunu borçluya devretmeyeceğini açıkça beyan ettiği hallerde ise, ifanın imkânsız hale geldiğini kabul etmek gerekir¹²⁰. Çünkü kanımızca

durumlarda bu etkiyi doğurmasının mümkün olduğu sonucunu çıkarmak gerektiği yönünde bkz. **Fehre**, s. 23

¹¹⁸ Buna karşılık, doktrinde, borçlunun kural olarak, sözleşme kurulduktan sonra bir üçüncü kişinin eline geçen edim konusunu o kişiden alıp alacaklıya ifa etme yönünde bir yükümlülüğü bulunmadığını; edim konusu üzerinde tasarruf imkânını kaybetmesinin borcun ifasının imkânsız sayılması için yeterli olduğunu ileri süren yazarlar vardır: Bkz. **Huber**, LS I, s. 69 vd.

¹¹⁹ Bkz. yuk. § 2, II, A. Karş. **Koller**, AT, s. 255, N.7, s. 315 N. 197: Yazar, sözü edilen durumda, beklenemezliğin söz konusu olabileceğini kabul etmekle birlikte, beklenemezlik hallerinde, ifa yükümünün kendiliğinden sona ermeyeceği, borçlunun def'i niteliğinde bir ifadan kaçınma hakkı bulunduğu fikrindedir.

¹²⁰ Bu yönde bkz. **Koller**, AT, s. 257 N. 12; **Oğuzman/Öz**, s. 300; BGE 84 II 6, 135 III 212. Ayrıca bkz. **Ernst**, MüK § 275 N. 94; **Zimmermann**, R.: Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations: <http://w3.uniroma1.it/idc/centro/publications/48zimmermann.pdf>; **Oliveira**, N.P.: The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the

bu durumlarda, en azından, ortadan kalkıp kalkmayacağı belirsiz bir geçici engel söz konusudur ve bu nitelikteki geçici engeller, sürekli engel olarak ele alınır¹²¹. Bunun sonucu olarak, borçlu, ifa imkânsızlığından sorumlu olup olmadığına göre, tazminat öder (BK 96) veya tazminat ödemeksizin ifa yükümünden kurtulur (BK 117).

C- HUKUKÎ İMKÂNSIZLIK

Borcun doğa veya mantık kuralları gereği yerine getirilemez olması halinde, maddî veya fizikî imkânsızlık, borcun ifasının hukuk kuralları tarafından engellenmesi halinde ise hukukî imkânsızlık söz konusu olur¹²². Örneğin borcun konusunu teşkil eden bir şeyin yok olması halinde, borcun ifası fiziksel nitelikli bir olgu tarafından engellenmiş olur. Buna karşılık, sözleşme konusu şeyin, örneğin satım konusunun, alım- satımının veya borcun ifa edileceği ülkeye sokulmasının yasaklanması halinde, hukukî bir engel söz konusu olur¹²³.

Doktrinde, hukukî imkânsızlık kavramı, bazı yazarlarca, reddedilmekte, örneğin bir kamusal yasak şeklinde ortaya çıkan hukukî engellerin, gerçek anlamda bir imkânsızlığa vücut vermeyeceği, bunun bir hukuka aykırılık sorunu olduğu; ancak yasağı destekleyecek fiilî tedbirler alındığı takdirde ifanın imkânsızlığından

Perspective of a Portuguese Lawyer, EJCL vol. 11.4, (December 2007), <http://www.ejcl.org/114/art114-2.pdf>.

¹²¹ Bkz. aşı. § 3, I, B, 2.

¹²² BK 96 ve 117 anlamında hukukî imkânsızlık, sözleşmenin yapılmasının değil, fakat ifasının bir hukuk kuralının ihlâline vücut vermesidir. Borçlandırıcı işlemin yapılmasının hukuka aykırı olduğu hallerde, imkansızlık değil, sözleşmenin kurulması aşamasındaki hukuka aykırılık gündeme gelir ve sözleşme BK 19-20 uyarınca batıl olur: Bkz. **Fehre**, s. 59.

¹²³ Bkz. **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 9; **Aepli**, Art. 119 N. 49; **Bucher**, AT, s. 419; **Oğuzman/Öz**, s. 299; **Fehre**, s. 59 .

söz edilebileceği, bunun da zaten maddî bir imkânsızlık olacağı ileri sürülmektedir¹²⁴. Ancak bizce, sözü edilen hallerde, sonuç bakımından imkânsızlıktan farklı bir durum ortaya çıkmaz. Kimseden hukuka aykırı davranması beklenemeyeceğine göre, borcun ifa edilmesinin bir hukuk kuralına aykırılık teşkil ettiği durumlarda, en azından, borcun aynen ifasının dürüstlük kuralı uyarınca borçludan beklenemeyeceği bir hal söz konusu olur. Beklenemezlik hallerinde de borcun aynen ifası talep edilemediğine göre¹²⁵, ister aynen ifa talebinin dürüstlük kuralı uyarınca beklenemeyeceği bir hal sayılsın, ister hukukî imkânsızlık olarak adlandırılsın, her iki halde de borçlu, borcu aynen ifa yükümünden kurtulacak; söz konusu engelin ortaya çıkmasının sonuçlarını borçlunun taşımasının gerekip gerekmediğine göre¹²⁶ de alacaklının uğradığı zararı tazmin edecek (BK 96) veya tazminat yükümünden kurtulacaktır (BK 117/I).

D- ÇEŞİT BORÇLARI

Çeşit borçlarında, ifa konusu genel özellikleriyle, soyut olarak belirlenmiş olduğundan, bu tür borçlarda, ifanın konusu olabilecek nitelikteki nesnelerin sayısı çoktur ve söz konusu çeşit tamamen yok olmadığı sürece ifanın imkânsızlığından söz edilemez. Çeşit borçlarının bu özelliği, bu tür borçlarda edim hasarının kural olarak borçlu üzerinde kalması sonucunu doğurur. Böylece, örneğin belli bir cinsten şeyleri teslim borcu altına girmiş olan borçlu, ifa etmek üzere temin ettiği şeylerin herhangi bir sebeple elinden çıkması, yok olması gibi hallerde, bu haller kendisinin sorumlu

¹²⁴ Barth, s. 27-28.

¹²⁵ Bkz. yuk. § 2, II, A. Ayrıca bkz. BGB § 275/II.

¹²⁶ Bkz. yuk. § 1.

olmadığı sebeplerden kaynaklansa bile, aynı cinsten şeyleri yeniden temin ve ifa etmekle yükümlü kalmaya devam eder¹²⁷.

Çeşit borçlarının değinilen özelliğini ifade etmek üzere genellikle, kaynağını Ortak Hukukta bulan “*Genus perire non censetur*” (cins hasara uğramış sayılamaz) ilkesine yollama yapılır. Ancak doktrinde isabetli olarak dile getirildiği gibi, bu yollama, bazen yanıltıcı olabilmektedir¹²⁸. Her şeyden önce, kararlaştırılan çeşitten ifanın mümkün olup olmadığı konusunda, belirleyici olan, çeşidin tarafların anlaşmasına dayalı olarak belirlenen kapsamıdır¹²⁹. Bazı hallerde çeşit, edim olarak ifaya elverişli sonsuz sayıda birimi içerirken, bazı hallerde çeşidi oluşturan parçaların sayısı oldukça az olabilir. Aynı şekilde sınırlı çeşit borcu (*begrenzte Gattungsschuld, Vorratschuld*) söz konusu olduğunda da, ifanın konusu, bir çeşidin sadece belli bir bölümüdür. Tüm bu hallerde, az sayıda parçadan oluşan çeşidin veya sınırlı çeşit borcuna vücut veren stoğun yok olması ve dolayısıyla borcun ifasının imkânsız hale gelmesi mümkündür¹³⁰.

Borcun ifasını engelleyen olgu, maddî değil fakat hukukî nitelikte de olabilir. Bu gibi hallerde, çeşit, maddî anlamda imkânsız hale gelmeyecek kadar çok sayıda parçadan oluşsa bile, sürekli bir hukukî engel, borcun ifa edilememesine sebep olabilir. Örneğin çeşit borcu doğuran bir satım sözleşmesinin konusu teşkil eden

¹²⁷ Çeşit borçlarının arz ettiği özellikler ve bunların pratik sonuçları hakkında bkz. **Canaris**, (FS Wiegand), s. 180 vd; **Serozan**, (İfa) s. 82 N. 7.

¹²⁸ **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 20; aynı görüşte: **Canaris**, (FS Wiegand) s. 191, dn.30.

¹²⁹ Bu yönde bkz. **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 20; **Löwisch**, StauK § 275 N. 15.

¹³⁰ **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 20; **Bucher**, AT, s. 421; **Eren** (Borçlar Hukuku), s. 1251; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 61 N.7; **Löwisch**, StauK § 275 N. 15.

şeyin tedavülü veya ülkeye girişinin yasaklanması sonucu borç, sürekli olarak ifa edilemez hale gelebilir¹³¹.

Edimin çeşit olarak borçlanıldığı sözleşmelerde, ifanın, zaman unsuru nedeniyle imkânsız hale gelmesi de mümkündür. Nitekim, edim konusunun çeşit olarak belirlendiği mutlak kesin vadeli sözleşmelerde, kararlaştırılan ifa zamanının geçirilmesi, ifanın imkânsız hale gelmesi sonucunu doğurur¹³².

Öte yandan hiçbir açıdan sınırlandırılmamış çeşit borçlarında da, sözleşmeye göre belirlenen bir zaman noktasında, edim hasarının alacaklıya geçmesi mümkündür. Bunun anlamı, belli bir zaman noktasında, borcun, çeşidin bir bölümüyle veya yalnız bir parçasıyla sınırlanması ve bunun ifasında sürekli bir engelle karşılaşılması halinde, ifanın imkânsız hale gelmiş sayılmasıdır. Öyle ki; söz konusu zaman noktasından itibaren çeşit borcu, adeta bir parça borcuymuş gibi ele alınır. Buna çeşit borcunun somutlaştırılması veya ayırt edilmesi (*Konkretisierung, Aussonderung*) denilmektedir¹³³.

Alman Medenî Kanununun 243. maddesinin ikinci fıkrası, edimin çeşit olarak borçlanıldığı sözleşmelerde, borçlunun edimin ifası bakımından üzerine düşeni yapmasıyla borç ilişkisinin, somutlaşan edimle sınırlı hale geleceğini öngörmektedir. Buna göre, çeşit somutlaştıktan sonra, çeşidin somutlaşan kısmının veya parçasının yok olması halinde, edimin yeniden temini mümkün olsa dahi, borçlu ifa yükümünden kurtulacak; başka bir ifadeyle edim hasarına alacaklı katlanacaktır. Alman Medenî Kanunundan farklı olarak, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu ve Borçlar

¹³¹ **Mitzkait**, s. 61.

¹³² **Löwisch**, StauK § 275 N. 14.

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Koller**, AT, s. 25 N. 5 vd.; **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 21 ; **Serozan**, (İfa) s. 85 N. 9.

Kanunumuzda, bu yönde genel bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte, satım sözleşmesine ilişkin BK 183/II hükmünde, çeşit satımında hasarın, satılanın ayırt edilmesiyle alıcıya geçeceği öngörülmüştür. Esasen BK 183/II (OR 185/II), yalnızca bedel hasarına (*Preisgefahr*), yani karşı edim hasarına (*Gegenleistungsgefahr*) ilişkin bir hükümdür¹³⁴. Ancak karşı edim hasarının geçmesinden söz edebilmek için, daha önce edim hasarının alacaklıya geçmiş olması gerektiğinden, anılan hükmün, dolaylı olarak edim hasarını da düzenlediğini söylemek mümkündür¹³⁵. Bu nedenle, çeşit borcunun pratikte büyük bir çoğunlukla satım veya benzeri sözleşmelerde söz konusu olduğunu da göz önünde bulundurarak, hukukumuz bakımından da edim hasarının çeşidin somutlaşmasıyla¹³⁶ alacaklıya geçeceğini kabul etmek gerekir¹³⁷.

Sonuç olarak, çeşit borcunun somutlaşmasından sonra, çeşidin somutlaşmış kısmı veya parçası ifa edilemez hale geldiği takdirde, edim konusunun yeniden temini mümkün olsa dahi, ifanın imkânsız sayılacağını ve borçlunun aynen ifa yükümünden kurtulacağını söylemek mümkündür¹³⁸. Çeşidin somutlaşmış kısmının ifasının imkânsız hale gelmesinden borçlunun sorumlu olmaması halinde de, aynen ifa yükümü, yerine herhangi bir tazminat yükümü doğmaksızın sona erer (BK 117/I)¹³⁹.

¹³⁴ Bkz. **Bucher, E.:** *Notizen zu Art. 185 OR (Gefahrtragung durch den Käufer)*, Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR), 1970, s. 281; **Wiegand**, BasK Art. 119 N. 2.

¹³⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 63 N. 8; Aynı yönde: **Serozan**, (İfa) s. 71 N. 6a.

¹³⁶ Çeşitli borç türlerinin ne zaman somutlaşmış sayılacağı konusunda bkz. **Wiegand**, BasK Art. 119 N. 2.

¹³⁷ **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 21; **Weber**, Art. 97 N. 115; **Serozan**, (İfa) s. 72 N. 6a.

¹³⁸ Doktrinde ileri sürülen bir fikre göre, bu durumda da borçluya aynı cinsten başka bir şeyi ifa etme hakkı tanınmalı; alacaklı da aynı şekilde bu yeniden ifayı talep edebilmelidir: **Wiegand**, BasK Art. 97 N.21.

¹³⁹ Bu durumda karşı edim hasarına ilişkin olarak bkz. aşa. § 2, III, B, 1 ve 3, b.

E- AMACIN GERÇEKLEŞMESİ VE AMACIN ORTADAN KALKMASI

Sözleşmede kararlaştırılan edimle ulaşılmak istenen sonucun, borçlunun taahhüt ettiği edim yerine, başka bir yoldan gerçekleşmesi halinde, amacın gerçekleşmesinden (*Zweckerreichung*); borçlu edimi henüz yerine getirmeden, sözleşmeyle ulaşılmak istenen amacın, gerçekleşemez hale gelmesi durumunda ise amacın ortadan kalkmasından (*Zweckverfehlung, Zweckfortfall*) söz edilir¹⁴⁰. Karaya oturup, kurtarıcıyı çağıran geminin, kurtarıcı gelmeden önce deniz suyunun hareketleri ile kendiliğinden kurtulması birincisine; onarımı taahhüt edilen binanın deprem neticesinde yıkılması ise ikincisine örnektir¹⁴¹.

Hâkim görüşe göre, amacın gerçekleşmesi ve ortadan kalkması hallerinde de aslında bir ifa imkânsızlığı söz konusu olur¹⁴². Ancak, söz konusu hallerin her iki tarafın da etki ve sorumluluk alanları dışından kaynaklanan bir olay sebebiyle gerçekleştiği hallerde, BK 117'nin uygulanması adil görülmemektedir¹⁴³. Gerçekten de BK 117 uyarınca edim ve karşı edimin sona ermesi sonucunda, özellikle sözleşmeyi ifa etmek için masraf yapmış olan borçlunun bu giderlerinin kendi üzerinde bırakılması adaletli sayılamaz. Bu durum karşısında hâkim görüş, istisna sözleşmesinde, umulmayan hallerin veya alacaklının etkisiyle borcun ifa edilememesini düzenleyen hükümlerin (BK 368/III ve 370; OR 376/III ve 378) kıyasen uygulanması sonucunda, borçlunun, zararının tazminini talep edebileceği, ancak ifa yükümünün sona ermesi neticesinde tasarruf ettiği meblağın ve sağladığı

¹⁴⁰ **Sulzer, S.:** Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich- Basel- Genf 2002, s. 62, 71; **Koller, AT,** s. 258, N. 14; **Serozan, (İfa)** s. 134 N. 5.

¹⁴¹ Bu ve başka örnekler için bkz. **Sulzer,** s. 62, 71; **Koller, AT,** s. 258 N. 14; **Serozan, (İfa)** s. 134.

¹⁴² **Sulzer,** s. 71, 74; **Koller, AT,** s. 258 N.14; **Serozan, (İfa)** s. 134; Aksi görüşte: **Weber,** Art. 97 N. 130.

¹⁴³ **Wiegand,** Bask Art. 119, N. 6; **Serozan, (İfa)** s. 134.

diğer menfaatlerin de bu tazminattan düşüleceği, böylece kısmî bir tazminatla yetinmesi gerektiği yönündedir¹⁴⁴. Gerçekten de bu sonuç, edim sonucunun gerçekleşmemesinden doğan zararı, tarafların her ikisine paylaşması nedeniyle adil görünmektedir.

Amacın gerçekleşmesi veya ortadan kalkmasından söz edebilmek için, edim sonucuna ulaşılmasının edimin içeriğine dâhil olması gerekir. Eğer bu söz konusu değilse, alacaklının edimden öngörülen şekilde yararlanması imkânsız hale gelmiş (*Verwendungsunmöglichkeit*) demektir. Bu durumda, amacın ortadan kalkması durumundan farklı olarak, ifanın gerçekleştirilemez hale geldiğinden söz edilemez¹⁴⁵. Örneğin, damat adayı tarafından düğünden önce terk edilen ve bu nedenle sipariş ettiği gelinliği öngörülen amaca göre kullanamayacak olan gelin adayının, gelinliği teslim almaması halinde, imkânsızlık değil alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanır¹⁴⁶.

Bu noktada doktrinde çok tartışılan “taç giyme töreni” olayına da değinmek gerekir. 1902 yılında İngiltere’de geçen olayda, Kral VII. Edward’ın taç giyme törenini izlemek isteyen bir kimse, tören alanına bakan binalardan birinde bir yer kiralar ancak taç giyme töreni, kralın hastalığı nedeniyle iptal edilir ve dolayısıyla da sözleşme ifa edilemez. Kiralayanın kira bedelinin ödenmesi talebiyle açtığı davada, İngiliz mahkemesi, sözleşme ile taç giyme töreni arasındaki sıkı bağlantı nedeniyle, taç giyme töreninin iptaliyle, sözleşmenin de sona erdiğini (*frustration*) ve bu nedenle kiracının kira bedelini ödemekle yükümlü olmadığına karar vermiş; fakat bu karar İngiliz doktrininde, özellikle sözleşmenin taç giyme töreniyle olan bağlantıya

¹⁴⁴ **Wiegand**, BasK Art. 119, N. 6; **Koller**, AT, s. 272 N. 43 vd. ; **Serozan**, (İfa) s. 135 N. 6.

¹⁴⁵ Bkz. **Aeppli**, Art. 119 N. 31; **Koller**, AT, s. 258, N. 14.

¹⁴⁶ **Koller**, AT, s. 258, N. 14.

ilişkin hiçbir emare içermemesi nedeniyle yoğun eleştirilere maruz kalmıştır¹⁴⁷. Alman doktrininde ise, olayda, kira bedelinin ödenmesinin gerekmeyeceği konusunda fikir birliği olmakla birlikte, bu sonuca hangi yoldan varılacağı tartışmalıdır. Bir görüş, bu sonuca yine imkânsızlık hükümleri yoluyla ulaşmaktadır; çünkü burada sözleşme konusunun kullanım amacı öyle bir öneme sahiptir ki; işlemin değeri, kullanım amacının gerçekleşmesine bağlıdır¹⁴⁸. Bu nedenle amaca uygun kullanımın imkânsızlaşması, ifanın imkânsızlaşması anlamına gelir. Olayda tarafların sorumlu olmadığı bir imkânsızlık söz konusu olduğu için de, taç giyme töreninin iptaliyle, edim yükümleri karşılıklı olarak sona erer. Buna karşılık, daha isabetli bulduğumuz diğer bir görüş ise, taç giyme töreninin iptalini bir *clausula rebus sic stantibus* olgusu olarak görmekte ve kira bedelinin ödenmesinin gerekmediği sonucuna, işlem temelinin çökmesi üzerinden ulaşmaktadır¹⁴⁹. Çünkü olayda ne kiralayanın ne de kiracının ediminin imkânsızlığından söz edilebilir. Bu nedenle, kiracının kira bedelini ödemekten kurtulabilmesi için, sözleşmeyi sona erdirmesi gerekir.

¹⁴⁷ Bkz. **Peel, E.:** Treitel on the Law Of Contract, 12th Edition, London 2007, s. 946, N. 19-042.

¹⁴⁸ **Beuthien, V.:** Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969, s. 166 vd.; **Keil,** s. 5. İsviçre doktrininde aynı görüşte: **Sulzer,** s. 85; **Merz, H.:** *Die Revision der Verträge durch den Richter*, ZSR 61 (1942) s. 410.

¹⁴⁹ **Fischer,** s. 357; Türk doktrininde bu görüşte: **Serozan,** (İfa) s. 224, N. 5.

III. İFANIN BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE İMKÂNSIZ HALE GELMESİNİN SONUÇLARI

A- BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SONRAKİ İMKÂNSIZLIĞIN GENEL SONUÇLARI (BK 117/T)

1. Edim Yükümünün Sona Ermesi

BK 117/T'e göre, "Borçluya isnat olunamıyan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakıt olur." Buradaki "sakıt olma" tabirine verilecek anlam tartışmalıdır.

Bir görüşe göre, BK 117'nin uygulama alanına giren hallerde, imkânsızlığın ortaya çıktığı zaman noktasında, borç ilişkisi kendiliğinden sona erer¹⁵⁰. Bu görüşe göre, borç ilişkisi çoğunlukla tek bir edimden oluşur ve bu edim imkânsızlık nedeniyle ortadan kalkınca, sözleşme konusuz kalmış olur. Konusu olmayan bir sözleşme düşünülemeyeceğine göre, bu durumda borç ilişkisi ortadan kalkmış olur. Yine bu görüşteki yazarlar, borçlunun imkânsızlığı alacaklıya bildirim yükümünün de sözleşmenin sona erdiğinin kanıtı olduğunu, zira sözleşme sona ermeseydi, böyle bir bildirim gerek duyulmayacağını ileri sürmektedirler¹⁵¹.

Hâkim görüş ise, haklı olarak, burada sona erenin borç ilişkisi değil, dar anlamda borç, yani birincil (ifa) ve ikincil (tazminat) edim yükümleri olduğunu kabul etmektedir¹⁵². Zira, her şeyden önce, sözleşmelerin her zaman tek bir edimden

¹⁵⁰ Dural, s. 125-126.

¹⁵¹ Bu görüş taraftarları, ikame değeri konu alan eski BGB § 281'in, ikame değer varlığı halinde sözleşme ilişkisinin devam edeceğini özel olarak düzenlemiş olmasını da borç ilişkisinin sona ereceği kanaatini pekiştiren bir husus olarak görmektedirler: Bkz. Dural, s. 126.

¹⁵² Bkz. Wiegand, BasK Art. 119 N. 12; Aepli, Art. 119 N. 8.

oluşturduğunu iddia etmek güçtür. Aksine günümüzde sözleşmelerin, aslî edim yükümünün yanı sıra, bazen ekonomik açıdan onun kadar ve hatta daha değerli yan yükümleri içerdiğini söylemek mümkündür. Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık neticesinde borç ilişkisinin sona erdiğini kabul etmek, örneğin, yerine göre alacaklı için asıl edimden çok daha önemli olabilen koruma yükümlerinin (sır saklama, rekabet etmeme gibi) de sona ermesi anlamına gelir ki; bunun ilgili tarafa zarar vereceği açıktır. Öte yandan borçlunun bildirim yükümü ve alacaklının ikame değere ilişkin talep hakkı, imkânsızlığın borç ilişkisini sona erdirdiğinin değil, aksine dar anlamda borcu sona erdirdiğinin kanıtı olabilir. Çünkü, imkansızlığın gerçekleştiği anda borç ilişkisinin sona erdiği kabul edilirse, bu yükümlülüklerin dayanağının ne olduğunun açıklanması bize güç görünmektedir.

Tüm bu nedenlerle, borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık neticesinde geniş anlamıyla borcun, yani borç ilişkisinin sona erdiği kabul edilemez. BK 117’de yer alan “sakıt olma” ifadesi, imkânsız hale geldiği için talep edilemeyen birincil edimin yerine, BK 96’da öngörülenin aksine, -sorumluluk borçluya yüklenemediği için- , tazminat yükümünün doğmayacağı anlamına gelir. Borç ilişkisi ise yeni yükümler de doğurarak varlığını sürdürmektedir. Örneğin, borçlunun alacaklının zararlarını asgari de tutmak için gerekli özeni gösterme ve bu çerçevede, borçlunun alacaklıyı ortaya çıkan imkânsızlık konusunda bilgilendirme yükümü, varlığını sürdüren borç ilişkisinden kaynaklanır¹⁵³.

¹⁵³ Wiegand, BasK Art. 119, N. 12.

2. Edim Yükünün Sona Ermesi Bakımından Özel Durumlar

a) Kısmî İmkânsızlık

BK 117, borçlanılan edimin ifasının borçluya yüklenemeyen sebeplerle tamamen imkânsız hale gelmesi durumunu düzenler. Buna karşılık anılan madde, ifa imkânsızlığının borçlanılan edimin yalnızca bir kısmının ifasının imkânsız olması haline ilişkin açık bir hüküm içermemektedir¹⁵⁴.

Doktrinde, tarafların her ikisinin de sorumlu olmadığı kısmî imkânsızlık halinde, BK 117'ye kıyasen, borçlunun edimin ifası imkânsız hale gelen kısmına ilişkin sorumluluktan kurtulacağı, buna karşılık karşı edimde de, imkânsız hale gelen kısmın, edimin tümünün değerine oranı kadar indirim yapılacağı; borçlunun ediminin ifası halen mümkün olan kısmı ve karşı edimin söz konusu indirimden sonra kalan kısmı için ise tarafların sorumluluklarının aynen devam edeceği kabul edilmektedir¹⁵⁵. Öte yandan, genel olarak kısmî ifa açısından olduğu gibi, burada da, alacaklıdan ifası halen mümkün kalan kısmı kabul etmesinin beklenemeyeceği hallerde, ifa tamamen imkânsızlaşmış sayılacaktır¹⁵⁶.

b) Seçimlik Borçlar

Borçlar Kanunu, seçimlik borçlarda, sözleşmenin kurulmasından sonra, edimlerden birinin imkânsız hale gelmesine ilişkin bir hüküm içermemektedir.

¹⁵⁴ Bkz. **Aepli**, Art. 119, N. 109

¹⁵⁵ **Wiegand**, BasK Art. 119 N. 13; **Bucher**, AT, s. 420; **Eren**, (Borçlar Hukuku) s. 1250; **Aepli**, Art. 119 N. 113.

¹⁵⁶ **Bucher**, AT, s. 420; **Eren**, (Borçlar Hukuku) s. 1251.

Seçimin yapılmasından sonra seçilen edimin ifasının imkânsız hale gelmesi sorun teşkil etmez. Zira seçimin yapılmasıyla ifanın konusu sadece seçilen edimden ibaret hale gelir ve bundan sonra durum herhangi bir borcun ifasının imkânsız hale gelmesinden farksızdır¹⁵⁷. Aynı şekilde seçimlik edimlerin tümünün borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle imkânsızlaşması halinde de BK 117 uygulanır¹⁵⁸.

Seçimden önce edimlerden birinin ifasının imkânsız hale gelmesi ise oldukça tartışmalı bir konudur¹⁵⁹. Sorunun çalışma konumuzu ilgilendiren kısmı açısından, benimsediğimiz fikre göre, seçimlik edimlerden birinin borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle imkânsız hale gelmesi durumunda, alacaklı imkânsızlıktan sorumlu olsun ya da olmasın, seçim yetkisi varlığını sürdürür¹⁶⁰. Bu nedenle, eğer seçim yetkisi sahibi halen mümkün edimi seçerse, bu edim ifa edilmeli; imkânsız hale gelen edimi seçerse, BK 117 uyarınca borçlu edim yükümünden tazminat ödemeksizin kurtulmalıdır¹⁶¹.

c) Toplam Miktarın Yetersizliği

Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın sonuçları bakımından değinmekte yarar gördüğümüz bir diğer özel bir durum da, birbirinden bağımsız

¹⁵⁷ **Aepli**, Art. 119 N. 34; **Barth**, s. 55, **Dural**, s. 146.

¹⁵⁸ **Aepli**, Art. 119 N. 38; **Barth**, s. 56.

¹⁵⁹ Bu konuda çeşitli ihtimallere göre ileri sürülen fikirler için bkz. **Aepli**, Art. 119 N. 34 vd.; **Barth**, s.55; **Dural**, s. 147 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 816-817; **Oğuzman/Öz**, s. 219-220; **Serozan**, (İfa) s. 76 N. 11a.

¹⁶⁰ **Aepli**, Art.119 N. 36-37; **Dural**, s. 150.

¹⁶¹ **Aepli**, Art.119 N. 36-37; **Dural**, s. 150-151. Öte yandan, alacaklı, imkânsızlıktan sorumlu olduğu takdirde, imkânsızlaşan edimin değerini tazmin etmelidir: **Aepli**, Art. 119 N. 37. **Oğuzman/Öz**'e göre (s. 220 ve dn.133), borçlunun imkânsız hale gelen edimin değerine ilişkin tazminat talebi, haksız fiil hükümlerine tâbidir. Çünkü, halen mümkün olan edimin seçilmesi, imkânsızlaşan edimin borcun konusu sayılmadığı anlamına gelir ve bu nedenle borçlunun sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanamaması gerekir.

birden çok alacaklı ile yapmış olduğu ayrı ayrı sözleşmelerde, aynı cinsten bir miktar malın teslimi borcunu yüklenmiş olan borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple, alacaklıların tümünü tatmin etmeye yetecek miktarda malı teslim etmesinin imkânsız hale gelmesidir. Örneğin borçlu, birden çok sözleşmeyle, kendi tarlasından belli bir yılda elde edeceği ürünü teslim borcu altına girmişken, meydana gelen kuraklık nedeniyle, taahhütlerinin toplam miktarının ancak beşte birini elde etmiş ya da borçlu iki ayrı alacaklıya yurt dışından temin edeceği toplam 2000 ton şekeri teslim etmeyi taahhüt etmiş iken, hükümetin beklenmeyen bir kararıyla şeker ithali 1000 tonla sınırlandırılmış olabilir¹⁶².

Bu noktada karşımıza çıkan sorun, borçlunun, alacaklılardan bazılarına kısmen veya tamamen ifada bulunup, alacağını hiç elde edemeyen veya yalnızca kısmen elde edebilen alacaklılara karşı, kendisinin sorumlu olmadığı sebeplerle ifanın kısmen veya tamamen imkânsız olduğunu ileri sürerek, sorumluluktan kurtulmasının mümkün olup olmadığıdır.

Doktrinde hâkim fikre göre, burada sözünü ettiğimiz durumda, dürüstlük kuralı, borçlunun tüm alacaklıların menfaatlerini aynı oranda gözetmesini gerektirir ve bu, kural olarak, ancak edim konusunun mevcut miktarının alacaklılar arasında, alacaklarıyla orantılı olarak paylaşılmasıyla mümkündür¹⁶³. Bu görüşe göre, mevcut edim miktarının bölünemez olması gibi istisnâî haller dışında¹⁶⁴, borçlunun

¹⁶² **Schmitthoff, C. M.:** Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade, London 1990, s. 196

¹⁶³ **Barth, s. 52; Merz, H.:** SPR, Bd. 6, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, Einleitung §§ 1-3, Entstehung, allgemeine Charakterisierung, Die Obligation §§ 4-20, Basel- Frankfurt am Main, 1984, s. 144; **Serozan, (İfa) s. 147 N. 13a; Kocayusufpaşaoğlu, s.61 N. 7; Mönchmeyer, M.:** Die Auswirkungen leistungshindernder und leistungser schwerender Umstände auf Lieferverträge, Frankfurt am Main 2007, s. 100; **Löwisch, StauK § 275 N. 16; aynı yönde: BGE 79 II 295.**

¹⁶⁴ **Mönchmeyer, s. 100.**

elindeki stoğun, borçluya yüklenemeyen bir sebeple borçların toplam miktarını karşılamaması halinde, borçlu ancak mevcut miktarı alacaklılar arasında, alacakları oranında paylaşmak suretiyle, her bir sözleşmedeki ifa edilmeyen kısımlardan doğan sorumluluktan kurtulabilir. Aksi takdirde, borçlu ifa imkânsızlığına bizzat yol açmış sayılmalı ve alacağını elde edemeyen alacaklılara, borcun hiç veya kısmen ifa edilmemesi nedeniyle tazminat ödemelidir.

Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüş ise, kanımızca, özellikle tüm sözleşmelerin ifa zamanlarının aynı olmadığı haller bakımından isabetli olarak, borçlunun, prensip düzeyinde bir paylaşırma yükümlülüğünün bulunmadığını, borçlunun sözü edilen hallerde, hangi alacaklıya hangi miktarda ifada bulunması gerektiğinin, somut olayın şartlarına göre belirlenebileceğini kabul etmektedir¹⁶⁵. Gerçekten de borçlu, tüm borçlarını ifa etmeye yetmeyecek miktardaki edimi, kendi menfaatleri doğrultusunda bir yöntem seçerek ifa etmiş olabilir. Bu yöntem, oransal dağıtım esasına dayanabileceği gibi, eşit dağıtım, sözleşmelerin kurulmalarının¹⁶⁶ veya muacceliyetlerinin¹⁶⁷ kronolojik sırası veya herhangi bir başka kıstasa da dayanabilir. Borçlu hangi yöntemi izlemiş olursa olsun, kısmen veya tamamen ifa edilemeyen sözleşmeler açısından ifa imkânsızlığı, ifaya elverişli son birimin diğer alacaklılardan birine ifa edildiği anda gerçekleşmiş olur ve bu nedenle borçlunun, ifa edilemeyen sözleşmelerdeki birincil (ifa) yükümü sona erer. Kısaca, aynen ifa yükümünün sona ermesi açısından, borçlunun hangi yöntemi izlediğinin bir önemi bulunmamaktadır.

¹⁶⁵ **Emmerich**, MÜK § 243 N. 17.

¹⁶⁶ Bu yönde: BGE 45 II 198

¹⁶⁷ Bu yönde: **Huber**, (LS II) s. 669.

Sözü edilen meselenin asıl önem arz eden boyutu, borçlunun kısmen veya tamamen sona eren aynen ifa yükümünün yerine tazminat ödemesinin gerekip gerekmediğidir. Bu açıdan ise, borçlunun belli bir ifa biçimini hangi koşullar altında seçtiği ve izlediği yöntemin dürüst ve makul sayılıp sayılamayacağı değerlendirilmelidir. Kanımızca, borçlunun oransal dağıtım haricinde bir yol izlediği her durumda, bunun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceğini iddia etmek güç olduğu gibi, mevcut miktarın, alacakların oranına göre dağıtımı da her olayın şartlarına göre en uygun yol olmayabilir. Borçlu, temin edebildiği miktarı, hukukî, ticarî veya ahlâkî açıdan makul sayılabilecek nedenlerle de alacaklılardan yalnız bir veya birkaçına teslim etmiş olabilir. Örneğin alacaklılardan biri, cebrî icra yoluyla edimi elde etmiş olabilir. Yine borçlu, borcu, en çok kâr edeceği ya da ifa etmeme halinde ödemesi gereken tazminat veya cezaî şart miktarının en yüksek olduğu sözleşmenin alacaklısına ifa etmiş olabilir. Hatta borçlunun alacaklılardan yalnızca birine ifa etmesinin sebebi, sözleşme konusu malın, o alacaklının bulunduğu bölgede insan hayatı açısından özel bir önem taşıması gibi manevî bir sebep dahi olabilir. Tüm bu hallerde borçlunun alacaklılardan biri veya bir kaçına ifada bulunup, diğerlerine karşı ifanın kendisinin sorumlu olmadığı sebeplerle imkânsız hale geldiğini ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı bir davranış teşkil ettiği söylenemez. Bu nedenle, borçludan her durumda elindeki miktarı alacakların oranına göre dağıtmasını beklemek yerine, borçlunun izlediği yolun, onun ifa imkânsızlığından sorumlu tutulmasını gerektirip gerektirmediğini, somut olayın şartlarına göre değerlendirmek bize daha isabetli görünmektedir¹⁶⁸. Böylece borçlunun davranışının kusurlu sayılabildiği ya da başka bir sebeple ortaya çıkan

¹⁶⁸ Uniform Commercial Code 2-615 (b)'de de aynı yaklaşım benimsenmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. **Schmithoff**, s. 196.

imkânsızlığın sonuçlarını borçlunun taşımasını gerektiren hallerde, borçlu, alacağını elde edemeyen alacaklıların bu nedenle uğradığı zararları tazminle yükümlü olacak; aksi takdirde ise tazminat borcundan kısmen veya tamamen kurtulacaktır.

3. Fer'i Hakların Sona Ermesi

BK 113/I'e göre, "Asıl borç tediye ile veya sair bir suretle sakıt olduğu takdirde kefalet ve rehin ve sair fer'i haklar dahi sakıt olur." Bu hüküm çerçevesinde, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle borcun ifasının imkânsız hale gelmesinin ve borcun tazminat yükümü doğmaksızın sona ermesinin sonucunda, bu borca bağlı, kefalet, rehin gibi yan haklar da sona erecektir¹⁶⁹.

Kararlaştırılan cezaî şartın akıbeti ise BK 161'de düzenlenmiştir. Buna göre, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle borcun ifa edilmemesi sonucunda borcun sona erdiği hallerde, prensip olarak, kararlaştırılan cezaî şart da talep edilemez. Ancak, sözleşmede, borçlunun borcun ifa edilmemesinden sorumlu olmadığı hallerde dahi cezaî şartın talep edilebileceğinin kararlaştırılmış olması mümkündür. İşte böyle bir anlaşmanın varlığı halinde alacaklı, cezaî şartın ödenmesini talep edebilecektir (BK 161/II)¹⁷⁰

¹⁶⁹ **Aepli**, Art.119 N. 60; **Eren**, (Borçlar Hukuku), s. 1255; **Caytas**, s. 182.

¹⁷⁰ Bkz. **Dural**, s. 127.

**B- BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SONRAKİ
İMKÂNSIZLIĞIN TAM İKİ TARAFAYA BORÇ
YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERDEKİ SONUÇLARI (BK 117/II)**

1. Karşı Edimi Talep Hakkının Sona Ermesi

İfası imkânsız hale gelen edimin borçlusunu, alacaklının bundan zarara uğramaması veya uğranılan zarardan kendisinin sorumlu tutulamaması nedeniyle BK 117 uyarınca aynen ifa yükümünden tazminat ödemeksizin kurtulduğunda, alacaklı ne edimi ne de zararlarının karşılığı olan tazminatı elde etmiş olur. Esasen bu sonuca, ifa imkânsız hale geldiğinde, kusursuzluğunu ispat edebilen borçlunun tazminat ödemeyeceği sonucunu doğuran BK 96 hükmü yoluyla da ulaşmak mümkündür. BK 96'nın düzenlemediği husus ise, böyle bir durumda, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, imkânsız hale gelen edimin alacaklısının ediminin, yani borçlu açısından karşı edimin akıbetinin ne olacağıdır ki; kanun bu soruya, BK 117/II hükmü ile cevap vermektedir¹⁷¹.

BK 117/II uyarınca ifası imkânsızlaşan borcun borçlusunu, karşı edime ilişkin talep hakkını kaybettiği gibi, önceden aldıklarını da iade eder. Bu yönüyle BK 117/II hükmü, taraflar arasında hasarın taşınmasına (*Gefahrtragung*) ilişkin bir hüküm niteliği taşır. Zira böylece, edimin ifa edilemez hale gelmesi rizikosunun alacaklıya yüklenmesi karşısında, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karşı edim hasarı da borçluya yüklenmiş olmaktadır¹⁷². Bu çerçevede BK 117/II hükmü, karşılıklı

¹⁷¹ Bu nedenle doktrinde, isabetli olarak, borçlunun ifa imkânsızlığı nedeniyle borcundan kurtulmasını düzenleyen BK 117'nin gerçek normatif değerinin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, karşı edimin akıbetini düzenleyen ikinci fıkrasından kaynaklandığına dikkat çekilmiştir: **Bucher**, AT, s. 417.

¹⁷² **Wiegand**, BasK Art. 119 N. 2; **Eren**, (Borçlar Hukuku), s. 1253; **Dural**, s. 161.

sözleşmelerin temelinde bulunan ve bir edim yükümünün sona ermesinin, karşı edimi talep hakkının da sona ermesini gerektireceği düşüncesini beraberinde getiren, edimlerin fonksiyonel karşılıklılığı (*synallagma*) anlayışının doğal bir sonucudur. Böylece, borçlunun ediminin, onun tazminat sorumluluğunu gerektirmeyen koşullar altında imkânsızlaşması halinde, kendi borcunu henüz ifa etmemiş olan karşı tarafın edim yükümü de kanun gereği sona erer.

Bu noktada, imkânsızlaşan edimin alacaklısı açısından dile getirilen bu sonuçların doğabilmesi için, imkânsızlığın alacaklının sorumlu olmadığı sebeplerden kaynaklanmış olması gerektiğini de vurgulamakta fayda vardır. Ortaya çıkan imkânsızlıktan alacaklının sorumlu olması hali, kanunda düzenlenmemekle birlikte, hâkim görüşe göre bu durumda, borçlu sanki kendi edimini ifa etmiş gibi bir durumda olmalı, yani borçlu borcundan kurtulmalı, ancak alacaklı kendi edimini ifa etmekle yükümlü kalmaya devam etmelidir¹⁷³. Keza her iki tarafın da imkânsızlıktan sorumlu olduğu hallerde, BK 117 değil, BK 96 uygulama alanı bulacağından, alacaklının edim yükümü sona ermeyeceği gibi, borçlunun sorumluluğu bakımından da BK 44 dikkate alınacaktır.

2. Yerine Getirilmiş Edimlerin İadesi

BK 117/II uyarınca, kendisinin sorumlu olmadığı imkânsızlık nedeniyle edimi aynen ifa yükümünden tazminat ödemeksizin kurtulan borçlu, daha önce karşı edim olarak almış olduğu şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade

¹⁷³ **Wiegand**, BasK Art. 119 N. 14; **Aepli**, Art. 119 N. 150; **Eren**, (Borçlar Hukuku), s. 1252.

etmelidir. Söz konusu hüküm, borçluya yüklenemeyen sonraki imkânsızlık halinde, karşılıklı sözleşmelerde edimlerin fonksiyonel karşılıklılığı düşüncesinin sonucu olarak edim hasarını borçlunun taşımasının, karşı edimin daha önce yerine getirilmiş olması ihtimalindeki ifadesidir. Böylece, borçlunun kendi edim yükümünden kurtulmasına karşılık, henüz elde etmediği karşı edime ilişkin talep hakkı sona erdiği gibi, kısmen veya tamamen elde ettiği edimi de iade borcu doğar.

Kanunun, yerine getirilmiş edimin iadesi gereğine işaret eden hükmü, öngördüğü sonuç bakımından gayet anlaşılabilir iken, bu sonuca giden yolu, sebepsiz zenginleşme hükümlerinden geçirmesinin isabetliliği tartışmalıdır. Çünkü, yukarıda belirtildiği gibi, ifanın imkânsız hale gelmesi, sözleşmeyi sona erdirmeden¹⁷⁴, alacaklının yerine getirdiği edimlerin iadesi talebi de, varlığını sürdüren bu sözleşmeye dayanan, yani akdî nitelikte bir taleptir¹⁷⁵. Kanunun yollama yaptığı sebepsiz zenginleşme hükümlerinden, özellikle, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin, yalnızca elinde kalan miktardan sorumlu olduğunu öngören BK 63/I ile iade talebi için bir yıllık zamanaşımı öngören BK 66 hükümleri ise, BK 117/II uyarınca meydana gelen iade ilişkisinin mahiyetine uygun düşmez¹⁷⁶.

Sebepsiz zenginleşmenin BK 117/II' den doğan iade ilişkisinin akdî niteliğine ters düşen hükümleri karşısında, doktrinde bazı yazarlar, iade yükümlüsü borçlunun, BK 63/I'e dayanan, zenginleşmenin eksildiği veya elde kalmadığı savunmasını, yalnızca rızası dışında, yani kaza veya üçüncü kişilerin fiilleri gibi

¹⁷⁴ Bkz. yuk. § 2, III, A, 1.

¹⁷⁵ **Gauch, P.:** *Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie)*, Recht 1989/4, (Recht 1989/4) s. 127; **Wiegand**, BasK Art. 119 N. 14; **Aeppli**, Art. 119 N. 81; **Serozan**, (İfa) s. 162 N. 8a.

¹⁷⁶ Bkz. **Bucher**, AT, s. 422- 423; **Gauch**, (Recht 1989/4) s. 127; **Wiegand**, BasK Art. 119 N. 14; **Serozan**, (İfa) s. 163 N. 8a; **Aeppli**, Art. 119 N. 81.

sebeplerle meydana gelen eksilme ve yok olma bakımından ileri sürebileceğini; buna karşılık, borçlunun rızası ile yaptığı masrafların iade borcundan düşülmeyeceğini ileri sürmektedirler¹⁷⁷. Yine doktrinde, iade talebinin tâbi olduğu zamanaşımı süresi olarak da, -kanunun sebepsiz zenginleşme hükümlerine atıf yapan açık ifadesine rağmen,-. BK 66'daki bir yıllık sürenin değil, BK 125'teki on yıllık genel alacak zamanaşımı süresinin uygulanacağı kabul edilmektedir¹⁷⁸.

Buna karşılık, diğer bazı yazarlar, bizce de isabetli olan bir yaklaşımla, BK 117/II'den doğan iade talebinin akdî nitelikte bir talep olduğunu ve yukarıda aktarılan görüşlerin, olması gereken hukuk bakımından arzu edilir sonuçlar ortaya koyduğunu kabul etmekle birlikte, tüm bunların BK 117/II'nin açıkça sebepsiz zenginleşme hükümlerine yollama yapan lafzını görmezden gelmeye yetmediği düşüncesindedirler¹⁷⁹.

3. Karşı Edimi Talep Hakkının Sona Ereceği Kuralının İstisnaları

a) İkame Değer

Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu ve Borçlar Kanunumuz, Alman Medenî Kanununun (BGB § 285) aksine, borçlunun, ifayı imkânsız kılan olaylar nedeniyle bir ikame değer veya böyle bir değere ilişkin bir talep hakkı elde etmesi durumuna

¹⁷⁷ **Bucher**, AT, s. 422; **Serozan, R.:** *Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, (Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi) s. 201; **Aeppli**, Art. 119 N. 81.

¹⁷⁸ **Bucher**, AT, s. 423; **Gauch/Schluep/Schmidt/Rey**, s. 196 N. 3229; **Aeppli**, Art. 119 N. 81; **Serozan**, (Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi), s. 201; **Schwenzer**, AT, s. 438 N. 64. 16; **Caytas**, s. 189. Aksi yönde: BGE 63 II 258; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö**, s. 1011.

¹⁷⁹ **Gauch**, (Recht 1989/4) s. 127 vd; **Wiegand, W.:** *Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge*, Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, (Rückabwicklung) s. 721 vd.; **Hartmann, S.:** *Die Rückabwicklung von Schuldverträgen*, Zürich 2005, s. 351 N. 873.

ilişkin bir hüküm içermemektedir¹⁸⁰. Buna karşılık doktrin ve uygulamada, alacaklının, borçlunun imkânsız hale gelen edim yerine elde ettiği ikame değerin (*stellvertretendes Commodum*) veya böyle bir değere ilişkin talep hakkının kendisine devrini talep edebileceği kabul edilmektedir¹⁸¹.

Alacaklının ikame değere ilişkin talep hakkının doğması için tek şart, borçlunun söz konusu ikame değeri veya buna ilişkin bir talep hakkını elde etmesi ile ifanın imkânsız hale gelmesi arasında, özellikle ekonomik açıdan sıkı bir bağlantının bulunmasıdır¹⁸². Örneğin, satımı taahhüt edilen ve sigorta ettirilmiş antika eşyanın yok olması halinde satıcının elde ettiği sigorta bedeli ile borcunun ifasının imkânsız hale gelmesi arasında söz konusu bağlantı mevcuttur. Keza, borçlunun ifası imkânsızlaşan edim karşılığında elde ettiği kamulaştırma bedeli, haksız fiillerden ötürü üçüncü kişilerden elde edilen tazminat ve tazminat talepleri, borçlunun sözleşmenin konusunu teşkil eden şeyi mazur görülebilir hata (*entschuldbare Irrtum*) ile üçüncü bir kişiye devretmesiyle imkânsız hale gelen edim karşılığında elde edilen satım bedeli gibi değerler, ifanın imkânsızlığı ile ekonomik bağlantı halinde olduğu kabul edilen değerlerdir¹⁸³.

¹⁸⁰ İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında (örneğin Munzinger'in 1871 tarihli tasarısında) söz konusu ikame değere ilişkin açık bir düzenleme öngörülmemiştir. Ancak daha sonra söz konusu hükme, alacaklının ikame değere ilişkin talep hakkının mevcudiyetinin zaten genel bir ilke (ABGB § 1447; BGB § 285; C.C. 1303) olduğu ve bu nedenle özel bir düzenlemeyi gerektirmediği düşüncesiyle kanunda yer verilmemiştir: **Koller**, AT, s. 268, N. 27. Bu nedenle, ikame değere ilişkin düzenlemenin yokluğu, Türk ve İsviçre kanun koyucularının bilinçli susması olarak değerlendirilemez.

¹⁸¹ **Wiegand**, BasK Art. 119, N. 15; **Eren**, (Borçlar Hukuku), s. 1253. **Koller**, AT, s. 268 N. 27 vd; **Schwenzer**, AT, s. 437 N. 64. 14; Ayrıca bkz. **Yarg.** 13. HD, T. 19.1.2004, E. 2003/11064, K. 2004/182; **Yarg.** 13. HD, T. 15.6.2004, E. 2004/2227, K. 2004/9324 (Karar metinleri için bkz. Kazancı)

¹⁸² **Wiegand**, BasK Art. 119, N. 15; **Aeppli**, Art. 119 N. 127

¹⁸³ **Wiegand**, BasK Art. 119, N. 17; **Eren**, (Borçlar Hukuku), s. 1254.

İmkânsız hale gelen edimin alacaklısının ikame değere ilişkin hakkı, tıpkı edime ilişkin talep hakkı gibi, bu defa edimin yerine geçen değerlere ilişkin olarak tanınmış kişisel nitelikli bir talep hakkıdır. Başka bir ifadeyle burada bir “aynî ikame” (*dingliche Surrogation*)¹⁸⁴ söz konusu değildir¹⁸⁵. Bu nedenle de ikame değer, kendiliğinden daha önce borçlanılmış edim konusunun yerine geçmez¹⁸⁶. İmkânsızlaşan edimin borçlusunun bir değer değil fakat bir talep hakkı elde ettiği hallerde de alacaklı, söz konusu talep hakkının kendisine devri yönünde bir kişisel hakka sahiptir¹⁸⁷.

Alacaklının, imkânsız hale gelen edim yerine geçen bu ikame değerini veya talep hakkının kendisine devrini talep edebilmesi açısından, borçlunun imkânsızlığın meydana gelişinde kusurlu olup olmadığının veya alacaklının bir zarara uğrayıp uğramadığının önemi yoktur. İnceleme konumuz olan borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlıkta, ikame değere ilişkin talep hakkının özelliği, bunun borçlunun sözleşmeden doğan ifa yükümüne dayanmasıdır¹⁸⁸.

Alacaklının ikame değeri kabul etme yönünde bir yükümlülüğü bulunmamakla birlikte, ikame değeri talep eden alacaklı, kendi edimini de yerine getirmek zorundadır. Başka bir ifadeyle alacaklının ikame değeri talep etmesi halinde, BK 117/II hükmü uygulanmaz¹⁸⁹. Bu yönüyle, alacaklının ikame değeri talep

¹⁸⁴ Kavram için bkz: **Girsberger, A.:** Dingliche Surrogation, Aarau 1955, s.1 vd.

¹⁸⁵ **Serozan,** (İfa) s. 189, N.7; **Caytas,** s. 196; **Emmerich,** MüK, Art. 285 N. 29.

¹⁸⁶ **Emmerich,** MüK, Art. 285 N. 29.

¹⁸⁷ **Gauch/Schlupe/Schmidt/Rey,** N. 2348 vd.; **Wiegand,** BasK Art.119, N. 15; **Eren,** (Borçlar Hukuku), s. 1254.

¹⁸⁸ İmkânsızlıktan borçlunun sorumlu olduğu hallerde ise alacaklı, imkânsız olan borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararlardan doğan tazminat (BK 96) yerine ikame değeri talep edebilir: **Wiegand,** BasK Art. 119 N. 15.

¹⁸⁹ **Wiegand,** BasK Art. 119, N. 15; **Caytas,** s. 194-195.

etmesi, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık halinde edim yükümlerinin karşılıklı olarak sona ermesi kuralının istisnasını oluşturur.

İmkânsızlaşan edimin alacaklısının ikame değere ilişkin talep hakkının sınırları tartışmalıdır. Eğer, ikame değer, imkânsızlaşan edimin değerinden az ise, karşı edimde, imkânsızlaşan edimle ikame değer arasındaki fark oranında indirim yapılacağı kabul edilmektedir¹⁹⁰. Buna karşılık, ikame değer imkânsızlaşan edimin değerinden yüksek olması halinde ise, hâkim görüş, alacaklının yine de bu değer tamamını, kendi ediminde bir artırıma gerek olmaksızın talep edebileceği yönündedir¹⁹¹.

b) Karşı Edim (Bedel) Hasarına Alacaklının Katlandığı Haller

BK 117/II'nin son cümlesi, aynı hükümde öngörülen hasar düzeninin, hasarın kanun veya sözleşme gereği ifadan önce alacaklıya geçtiği hallerde uygulanmayacağını bildirmektedir¹⁹². Bu hüküm gereği, borçlunun BK 96 ve 117 çerçevesinde edim yükümünden tazminat ödemeksizin kurtulması durumunda, bir kanun hükmü veya sözleşme, borçlunun sorumluluktan kurtulduğu hallerde de karşı edimin yerine getirilmesini gerektiriyorsa, BK 117/II uygulanmaz; imkânsızlaşan edimin alacaklısı, karşı edimi elde edemediği ve tazminat almadığı halde, kendi edimini yerine getirmekle yükümlü kalmaya devam eder.

¹⁹⁰ **Wiegand**, BasK Art. 119, N. 16; **Bucher**, AT, s. 426; **Aepli**, Art. 119 N. 146.

¹⁹¹ **Wiegand**, BasK Art.119, N. 16; **Aepli**, Art. 119 N. 146; Farklı görüşte: **Bucher**, AT, s. 427; Aksi yönde: **Eren** (Borçlar Hukuku), s. 1255.

¹⁹² Bu hüküm doktrinde, zaten bilinen bir hususu tekrar ettiği için gereksiz görülmektedir: **Wiegand**, BasK Art.119, N. 10; **Bucher**, AT, s. 417.

BK 117/II'nin son cümlesinde belirtilen kanunî istisnaların başında, parça satımında bedel hasarına ilişkin BK 183/I hükmü gelir. Bu hüküm uyarınca, halin icabından veya özel şartlardan doğan istisnalar haricinde, satılan şeyin yarar ve hasarı akdin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Böylelikle, parça satımında, akdin kurulduğu andan sonra, satım sözleşmesinden doğan borcun, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir engel nedeniyle ifa edilememesi halinde, alıcı, alacağını elde edemediği halde, kendi ediminin, yani satım bedelinin tamamını satıcıya ifa etmekle yükümlüdür. İfanın borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsız hale gelmesi durumunda, BK 117/II, imkânsızlaşan edimin alacaklısını, kendi edimini yerine getirmekten kurtarıırken, BK 183/I gereği parça satımındaki alacaklı (alıcı), edimi veya bunun yerine geçen tazminatı elde edemediği halde, kendi edimini yerine getirmekten kurtulamamaktadır. Bu yönüyle BK 183/I hükmü, BK 117/II'de dile getirilen kanunî istisnalardan birini teşkil eder¹⁹³.

Borçlar Kanunu'nun 117/II'de öngörülen karşı edim hasarına ilişkin kural emredici nitelikte olmadığından, bu hükümde öngörülenlerden farklı sonuçlar, tarafların anlaşmasına dayalı olarak da ortaya çıkabilir. Somut sözleşmeden, borcun borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen koşullar altında imkânsız hale gelmesi durumunda dahi, karşı edim hasarını, imkânsız hale gelen edimin alacaklısının taşıyacağını açık veya örtülü olarak çıkarılabildiği hallerde, BK 117/II'de öngörülenin aksine, karşı edimin yerine getirilmesi gerektiği gibi, yerine getirilmiş edimlerin iadesi de talep edilemez¹⁹⁴.

¹⁹³ Diğer istisnalar için bkz. **Wiegand**, BasK Art. 119 N. 10

¹⁹⁴ Bkz. **Aeppli**, Art. 119 N. 101 vd.

§ 3. GEÇİCİ ENGELLER

I. GENEL OLARAK

A- GEÇİCİ ENGEL KAVRAMI

İfanın, sözleşmeyle kararlaştırılan zamanda mümkün olmamasına rağmen, sonraki bir zaman noktasında mümkün hale gelecek olması durumunda, geçici engelden söz edilir¹⁹⁵. Engelin geçici niteliği, varlığını yalnızca belli bir zaman dilimi içinde sürdürmesinden kaynaklanır. Örneğin bir savaş ya da ambargo nedeniyle sözleşme konusu şeylerin teslimin engellenmesi, döviz yasakları, grev veya doğal afetlerden kaynaklanan üretim engelleri ya da borçlu tarafından şahsen ifası gereken bir borcun, borçlunun hastalığı gibi bir nedenle ifa edilememesi gibi hallerde, kural olarak geçici bir engelin varlığını kabul etmek gerekir¹⁹⁶.

Borcun ifasını geçici olarak engelleyen haller için genellikle “geçici imkânsızlık” (*vorübergehende Unmöglichkeit, temporary impossibility*) tabiri kullanılmaktadır¹⁹⁷. Ancak Borçlar Kanunumuzda sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ifa engelleri içerisinde imkânsızlık kavramı (BK 96, 117), yalnızca sürekli nitelikteki engelleri ifade eder. Başka bir ifadeyle geçici imkânsızlık olarak adlandırılan hallerde, aslında Borçlar Kanunumuzda esas alınan teknik anlamıyla bir imkânsızlık değil, halen ifası mümkün bir edimin yerine getirilmesinde gecikme söz

¹⁹⁵ **Fehre**, s. 209; **Arnold, A.**: *Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform*, Juristenzeitung 2002/18, s. 866; **Mitzkait**, s. 223

¹⁹⁶ **Arnold**, s. 866.

¹⁹⁷ **Huber**, LS I s. 660; **Mitzkait**, s. 223; **Arnold**, s. 866. Doktrinde, geçici imkansızlık yerine “şimdiki imkansızlık” (*einstweilige Unmöglichkeit*) tabiri de kullanılmaktadır: **Canaris, C. -W.**: *Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung*, Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006 (FS Huber), s. 143 vd. Yazara göre, geçici imkansızlık olarak adlandırılan hallerde, aslında imkansızlığın geçici veya sürekli olduğu henüz belli değildir. Belirli olan tek şey ifanın o an itibarıyla imkânsız olduğudur.

konusudur. Anılan hallerde, borcun sözleşmenin gerektirdiği zamanda ifa edilmesi belli bir olgu tarafından engellenmekle birlikte, zamanla bu engelin ortadan kalkması ve borcun ifa edilebilir hale gelmesi söz konusudur. Bu ise, kural olarak, temerrüt hükümlerinin devreye girmesi anlamına gelir.

B- GEÇİCİ ENGEL KAVRAMI AÇISINDAN ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

Bazı durumlarda, engel esasen zamanla ortadan kalkabilecek nitelikte olmasına rağmen, borcun ifası üzerindeki engelleyici etkisi sürekli engellerle aynı etkileri doğurur. Bu nedenle değinilen hallerde, borç zamanında ifa edilmedikten sonra, edim konusu şey halen var olsa veya edim fiilinin gerçekleştirilmesi halen mümkün olsa dahi, özünde geçici olan mevcut engelin, sürekli bir engelle aynı sonucu doğuracağı kabul edilmektedir ki; bu durum, özellikle iki halde karşımıza çıkmaktadır:

1. Mutlak Kesin Vadeli İşlemler

Geçici nitelikte olan engellerin sürekli engellerle aynı sonuçları doğurduğu durumlardan birine, zamanın, edimin esaslı bir unsurunu teşkil ettiği sözleşmelerde rastlanır. Bilindiği üzere borcun ancak belli bir zamanda ifa edilebileceği hallerde, kesin vadeli işlemlerden söz edilir¹⁹⁸. Kesin vadeli işlemlerin, nisbî kesin vadeli işlem (*relatives Fixgeschäft*) ve mutlak kesin vadeli işlem (*absolutes Fixgeschäft*) olmak

¹⁹⁸ Bkz. **Bär, R.:** Das Fixgeschäft, Zürich 1956, s. 15; **Gauch/Schluep/Schmidt/Rey,** s. 157. N. 2980; **Bucher,** AT, s. 375; **Oğuzman/Öz,** s. 422; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıpar,** s. 952

üzere iki türü olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁹. Nisbî kesin vadeli işlemlerde, kararlaştırılan ifa zamanı geçirildikten sonra, ifa mümkün olmaya devam eder ancak borç, tarafların anlaşması gereği ifa edilemez ve alacaklı borçluya süre vermeksizin (BK 107/b.3), BK 106'dan doğan seçimlik haklarını kullanabilir. Mutlak kesin vadeli işlemlerde ise, ifanın taraflarca kararlaştırılan zamanı o denli önemlidir ki; edim, bu zaman unsuruyla birlikte var veya yok olur. Diğer bir ifadeyle, ifa zamanı edimin içeriğine dâhildir²⁰⁰. Bu nedenle kararlaştırılan ifa zamanının geçirilmesiyle, borç objektif olarak ifa edilemez hale gelir. Söz konusu hallerde, ifanın karşısında doğa kanunları bakımından sürekli bir engel bulunmasa da, kararlaştırılan vadenin geçirilmesinden sonra, borcun yerine getirilmesi, mevcut sözleşmenin ifası sayılmaz. Bu nedenle, ifanın önündeki engelin geçici değil, sürekli olduğu kabul edilir ve imkânsızlık (BK 96, 117) meydana gelmiş olur²⁰¹. Örneğin, bir festival kapsamında konser vermeyi taahhüt eden sanatçı, kararlaştırılan günde, yediği yemekten zehirlendiği için sahne alamazsa, sanatçının zehirlenmesi aslında geçici bir engel olmasına rağmen, mevcut sözleşmeden doğan borcun ifası imkânsız hale gelir²⁰². Çünkü sanatçının konser verme borcu, ancak festival zamanında ifa edilebilecek bir borçtur.

¹⁹⁹ **Schwenzer**, AT, s. 47 N. 7.18; **Serozan**, (İfa) s. 143 N. 9; Bazı yazarlar ise mutlak kesin vadeli işlem kategorisini reddetmekte ve tek bir kesin vadeli işlem kavramından söz edilebileceğini kabul etmektedirler: **Bär**, s. 19; **Seliçi, Ö.:** *Kesin Vadeli İşlemler*, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi (MHAD) 1968, S.3, s. 97 vd. Bu görüşteki yazarlara göre, kesin vadeli işlem her halde, yalnızca temerrüde yol açabilir ve bu durumda alacaklı, borçluya ayrıca süre vermeksizin BK 106'daki seçimlik haklarını kullanabilir.

²⁰⁰ **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 18; **Dural**, s. 98

²⁰¹ **Wiegand** BasK Art. 97 N. 18; **Gauch/Schluep/Schmidt/Rey**, s. 157 N. 2982; **Bucher**, AT, s. 376; **Dural**, s. 98; **Serozan**, (İfa) s. 143 N. 9.

²⁰² Bkz. **Wiegand** (Recht 1983/I), s. 8.

2. Engelin Ortadan Kalkıp Kalkmayacağına veya Ne Zaman Ortadan Kalkacağına Belirsiz Olması

Geçici engellerin borç üzerinde sürekli engellerle aynı etkiyi yarattığı ikinci hal, geçici engelin ortadan kalkıp kalkmayacağına veya ne zaman ortadan kalkacağına bilinemediği durumlardır. Bu hallerde de borç, ne zaman ortadan kalkacağı belli olmayan bir belirsizliğe mahkûm olmaktadır ki; aslında bu, sözleşmenin her iki tarafına da zarar verir. İşte borç ilişkisini bu belirsizlikten kurtarmak için, sözleşmenin amacına ulaşılmasının geçici engel nedeniyle şüpheli hale geldiği ve karşı taraftan engelin ortadan kalkmasına kadar sözleşmeyle bağlı kalmasının dürüstlük kuralı gereğince beklenemeyeceği durumlarda da geçici engeller, sürekli engeller gibi ele alınmaktadır²⁰³. Böylece borcun ifasının önünde doğa kanunları anlamında sürekli bir engel olmasa dahi, teorik olarak engelin bir gün ortadan kalkması mümkün olmakla birlikte, gerçekçi bir gözle bakıldığında, engelin ortaya çıktığı anda böyle bir olasılığın gerçekleşeceğini düşünerek hareket etmenin objektif olarak makul sayılamayacağı hallerde, ifanın önündeki engel sürekli sayılmakta ve dolayısıyla da engelin ortaya çıktığı andan itibaren, imkânsızlığa ilişkin hükümler (BK 96, BK 117) uygulanmaktadır²⁰⁴.

Alman Federal Mahkemesi'nin önüne gelen bir davaya konu olan şu olay, yukarıdaki açıklamaların tümünü özetler niteliktedir²⁰⁵:

1939 yılı Şubat ayında, Yahudi bir Alman vatandaşı, taşınmazına ilişkin bir satım sözleşmesi yapar. Ancak o sıralarda yürürlükte olan bir düzenlemeye göre,

²⁰³ **Kälin**, (Unmöglichkeit), s. 248; **Mönchmeyer**, s. 29.

²⁰⁴ **Aepli**, Art. 119 N.121; **Wiegand**, BasK Art. 97 N.16; **Löwisch**, StauK § 275 N.44; **Mönchmeyer**, s. 29; **Finn**, s. 148-149

²⁰⁵ Olay için bkz. **Löwisch**, StauK § 275, N.44.

mülkiyeti devredebilmesi için, “Ârileştirme Dairesi”nden (*Arisierungsstelle*)²⁰⁶ izin alması gerekmektedir. Söz konusu izin verilmez. 1941 yılında, taşınmaz, Nasyonal Sosyalist makamlarca cebren satılır ve bu satım neticesinde taşınmazı edinen kişi, malik olarak kaydedilir. Önceki satım sözleşmesinin satıcısı açısından mülkiyeti devir borcunun ifası imkânsız hale geldiği için, bu sözleşmenin her iki tarafı, 1941 yılından itibaren satım sözleşmesini geçersiz sayarlar. Yıllar sonra satıcı, Yahudi varlıklarının iadesine ilişkin kanunlar gereğince taşınmazını geri alır. Bunun üzerine, Yahudi satıcının alacaklısı olan alıcı, satıcının mülkiyeti devir borcunu ifasının artık mümkün olduğu ve ayrıca Ârileştirme Dairesi’nden izin alma gerekliliğinin de artık ortadan kalktığı gerekçesiyle, satıcıdan mülkiyeti devir borcunun ifasını talep ederse de, satıcı mülkiyeti devretmeye yanaşmaz. Alman Federal Mahkemesi, bu olaya ilişkin kararında, ifa engelinin sürekli olup olmadığının belirlenmesinde, bu engelin ortaya çıktığı andaki duruma göre karar verilmesi gerektiğini; 1941 yılında, cebri satımın gerçekleşip, ifanın imkânsız hale geldiği anda ise, hiç kimsenin, yakın bir gelecekte Nasyonal Sosyalist Rejimin yıkılacağını, üstüne üstlük Yahudi varlıklarının iadesine ilişkin kanunlar çıkarılacağını hesaba katarak hareket edemeyeceğini belirterek, olayda, ifa engelinin sürekli bir engel olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Öte yandan bu kararda, ifayı kesin olarak engelleyen olgu bir defa ortaya çıkmışsa, daha sonra bu engel ortadan kalksa dahi, imkânsızlığın ortaya çıktığı anda sona erdiği kabul edilen borcun yeniden

²⁰⁶ Ârileştirme (*Arisierung*) kavramı, Nasyonal Sosyalist ideolojide, saf ve üstün ırk anlamına gelen “Âri ırk” (*arische Herrenrasse*) kavramından gelmekte olup, Nasyonel Sosyalist rejimin, Almanya, Avusturya ve işgal ettikleri diğer ülkelerde, Yahudilerin ticarî ve aynî varlıklarına el koymak suretiyle, onları sosyal ve iktisadî yaşam ile devlet kurumlarından uzaklaştırma politikasını ifade etmektedir. **Genschel, H.:** Die Verdrängung der Juden aus der Wirtschaft im Dritten Reich, Göttingen 1966, s. 3.

canlanmayacağı ilkesi (*Einmal unmöglich, immer unmöglich*)²⁰⁷ de uygulama alanı bulmuştur.

Yukarıda yer verilen karar, aynı zamanda, borcun ifasının önündeki engelin sürekli veya geçici olduğunun belirlenmesinde başvurulacak statik bir kriter bulmanın güçlüğünü de göstermektedir. Taraflardan birinin engelin sürekli veya geçici olduğu yönünde iddiası karşısında hâkim, somut olayın şartları çerçevesinde, ifanın önündeki engelin hangi nitelikte olduğuna karar verir. Hâkimin bu noktada yapacağı değerlendirme açısından belirleyici faktör, öncelikle tartışma konusu olan akdî yükümlülüğün içeriği olacaktır²⁰⁸.

C- GEÇİCİ ENGELLERİN HUKUKİ ETKİSİ

1. Borcunun İfa Yükümünün Ertelenmesi

Borcun ifasının geçici bir engel nedeniyle, yalnızca kararlaştırılan zamanda mümkün olmaması hali, kanunda açıkça düzenlenmemiştir²⁰⁹. Bu durum, geçici engeller nedeniyle borcun ifa edilememesi halinde, hangi hükümlerin uygulanacağı sorununu da beraberinde getirmektedir.

²⁰⁷ **Wieland, C.:** *Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Erfüllung von Lieferungsverträgen, Kriegsklauseln*, ZSR 36 (1917), s. 461; **Aeppli**, Art. 119 N.44.

²⁰⁸ **Wiegand**, BasK, Art. 97 N. 17.

²⁰⁹ Alman Medenî Kanununun 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren değişikliklerinin hazırlık çalışmaları sırasında, BGB’nin imkânsızlığa ilişkin 275. paragrafında, “ifa imkânsız olduğu ölçüde ve sürece” (*soweit und solange*) ifadelerine yer verilerek, geçici imkânsızlığın düzenlenmesi düşünülmüşse de, sonradan, zamana ilişkin olan “süreçe” ifadesi, imkânsızlığın sonuçlarına, özellikle de karşı edimin akıbetine ilişkin bir karışıklığa yol açmamak için tasarı metninden çıkarılmış, mesele uygulama ve doktrine havale edilmiştir: **Mönchmeyer**, s. 26-27.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, sürekli engellerin varlığı halinde alacaklının borcun aynen ifasını talep edemeyeceği kuralının temelinde yatan bütün düşünceler, geçici engeller için de aynen geçerlidir. Başka bir ifadeyle, geçici de olsa, engel var olduğu sürece, borçlu engelin ortaya çıkmasından sorumlu olsun veya olmasın, borçluyu aynen ifaya mahkûm eden bir karar veya bunun cibrî icrası sonuçsuz kalacaktır²¹⁰. Bu düşüncelere dayalı olarak, geçici engellerde, alacaklının birincil edime ilişkin talebinin engelin varlığını sürdürdüğü müddetçe ertelenmesi gereği, doktrinde genellikle kabul edilmekle birlikte, bu ertelemenin hangi hukukî çerçevede gerçekleştiğini açıklamakta bazı güçlüklerle karşı karşıya kalınmaktadır²¹¹.

Sürekli ve geçici engeller arasında, engelin varlığı süresince ifa talebinin engellenmesi açısından mevcut paralellik, imkânsızlık hükümlerinin sürekli engellerde olduğu gibi, geçici engellerde de doğrudan uygulanmasının isabetli olduğu anlamına gelmez. Çünkü, imkânsızlık hükümleri gereğince, edim ve karşı edim, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın meydana geldiği anda, kendiliğinden ve kesin olarak sona ermiş olacağından (BK 117)²¹², imkansızlık hükümleri, borcun ifasının önündeki engelin geçici olduğu ve tarafların engelin ortadan kalkmasından sonra sözleşmeyi ifa etmek istediği haller için elverişli değildir. Nitekim, imkânsızlık hükümlerinin açıklanan sonuçları, özellikle borçlunun, örneğin, kendisi için çok değerli olan karşı edimi elde etmek amacıyla, engelin ortadan kalkmasından sonra, artık ifası mümkün olan edimini ifa etmesine engel olur.

²¹⁰ Bkz. **Mönchmeyer**, s. 26; **Fehre**, s. 210.

²¹¹ Bkz. **Ernst**, MüK § 275 N. 137; **Löwisch**, StauK § 275 N. 42; **Canaris**, (FS Huber), s. 146- 147; **Arnold**, s. 866; **Fehre**, s. 210; **Mitzkait**, s. 223 vd.

²¹² **Fehre**, s. 210.

Keza engelin ortadan kalkmasından sonra, menfaatleri, örneğin aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etmeyi gerektiren alacaklı açısından da bu ihtimal ortadan kalkar²¹³.

Tüm bu nedenlerle, ifayı engelleyen olgunun geçici nitelik arz ettiği hallerde, imkânsızlık hükümleri doğrudan uygulanamaz. Bunun yerine borçlunun ifa yükümünün sona ermediği, ancak alacaklının ifayı talep hakkının ileri sürülebilirliğinin (*durchsetzbarkeit*), engel varlığını sürdürdüğü müddetçe askıya alındığı kabul edilmektedir²¹⁴. Borçlar Kanunumuz böyle bir ertelemeyi açıkça öngörmemekle birlikte, BK 96'nın kıyasen uygulanması ile bu sonuca varmak mümkündür²¹⁵. Böylece söz konusu hükümlerde öngörülen ifa talebinin sona ermesinin yerini, bu talebin ileri sürülebilirliğinin ertelenmesi, askıya alınması almaktadır²¹⁶. Bu çözüm, geçici ifa engellerinin imkânsızlık ile temerrüt arasında yer alan konumuna da uygun olarak, ifa talebinin ortadan kalkması ile varlığını sürdürmesi arasında bir “orta yol” teşkil etmektedir²¹⁷.

Geçici engellere maruz kalan ve bu nedenle zamanında ifa edilemeyen bir borcun özelliği, yalnızca, engel var olduğu müddetçe ifanın talep edilememesinden kaynaklanır. Bunun haricinde bu borç, ifası mümkün olduğu halde gecikmiş diğer borçlar gibi ele alınır ve temerrüt hükümlerine tâbi olur²¹⁸. Engel ortadan kalktıktan sonra alacaklı, borcun zamanında ifa edilmemesinden doğan diğer haklarının yanı sıra, borcun sözleşmede kararlaştırıldığı şekliyle aynen ifasını da talep edebilir.

²¹³ Bkz. **Mönchmeyer**, s. 27.

²¹⁴ **Fehre**, s. 210; **Arnold**, s. 869; **Mönchmeyer**, s. 26, **Mitzkait**, s. 228-229.

²¹⁵ BGB § 275 için aynı yönde bkz. **Fehre**, s. 210.

²¹⁶ **Canaris**, (JZ 2001) s. 499; **Fehre**, s. 210.

²¹⁷ **Fehre**, s. 211.

²¹⁸ **Ernst**, MüK § 275 N. 148; **Arnold**, s. 869; **Mönchmeyer**, s. 27.

Sürekli engellerde olduğu gibi, geçici engeller bakımından da, ifanın mümkün olmamasının etkisi, yalnızca aynen ifa yükümü üzerindedir. İfa yükümünün ertelenmesi sonucunun doğması, borçlunun ifayı engelleyen olaydan sorumlu olup olmamasından bağımsızdır. Borçlunun sorumlu tutulup tutulamayacağı, borcun zamanında ifa edilmemesi sonucunda doğması muhtemel tazminat yükümleri açısından önem arz eder.

Geçici engeller söz konusu olduğunda, edimin zamanında yerine getirilmemesine ilişkin hükümlerin uygulanmasının menfaat dengesi bakımından âdil bir çözüm olduğu açıktır. Ancak bu konuya ilişkin bir noktayı da açıklığa kavuşturmak gerekir: Bilindiği üzere temerrüt hükümleri, “muaccel” bir borcun zamanında ifa edilmemesi halinde uygulanır. Burada açıklığa kavuşturulması gereken husus, geçici engeller nedeniyle ifa talebinin ileri sürülebilirliğinin ertelenmesinin, borcun muacceliyetinin ertelenmesi anlamına da gelip gelmediğidir. Bu soruya olumlu cevap verilirse²¹⁹, borcun zamanında ifa edilmemesinin, aynen ifa talebi dışındaki sonuçları da uygulanamaz. Bu ise, borçlunun ifanın gecikmesinden sorumlu olduğu hallerde bile, gecikme nedeniyle tazminat ödeme yükümünden kurtulması veya hatta tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklının hiçbir surette sözleşmeden dönmemesi gibi adaletsiz sonuçlar doğurur. Bu nedenle, açık bir kanun veya sözleşme hükmü gerektirmedikçe²²⁰, ifa yükümünün önündeki geçici

²¹⁹ Bkz. **Serozan**, (İfa) s. 183 N. 2.

²²⁰ Geçici engel nedeniyle muacceliyetin ertelenmesi sonucunu doğuran kanun hükümlerine örnek olarak, Türk Ticaret Kanununun 1142. maddesi verilebilir. Muacceliyetin ertelenmesi sonucunu doğuran sözleşme kayıtları için bkz. aşağıda § 5.

engellerin muacceliyetin ertelenmesi sonucunu doğuracağı kabul edilemez ve ifa zamanı geldiğinde, borç muaccel olur²²¹.

İfa yükümünün ertelenmesi, buna karşılık muacceliyetin ertelenmiş olmamasının pratik sonuçları şunlardır:

İfası mümkün bir borcun herhangi bir sebeple zamanında ifa edilmemesinin, alacaklının aynen ifayı talep edebilmesi haricindeki diğer sonuçları, geçici engeller nedeniyle ifa edilemeyen borç için de uygulanır²²². Böylece borçlunun kusuruna bağlı olarak gecikmiş ifa nedeniyle tazminat istenebileceği gibi, borçlunun temerrüt halinde iken edimin uğradığı zararlardan kusurdan bağımsız sorumluluğu da başlamış olur (BK 102). Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı dönme hakkını (BK 106) kullanarak sözleşmeyi sona erdirebilir²²³. BK 106 çerçevesinde dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün kusura bağlı olmayan sonuçlarından olduğu için, borçlu, ifanın gecikmesinden sorumlu olmasa dahi alacaklı sözleşmeden dönebilir. Ancak bunun için, kural olarak, borçluya süre vermesi (BK 106) gerekir. Geçici bir engelin varlığı halinde süre vermenin gerekliliği konusunda tereddüt edilebilir. Ancak geçici engel olarak nitelenen durumlarda, bir yandan borcun önünde kesin bir engel vardır; diğer yandan da bu engelin çok uzunda bir süre var olmayacağı beklenmektedir. Özellikle gözden kaçırılmaması gereken nokta, burada, sürekli engellerden farklı olarak, halen ifası mümkün bir edimin söz konusu olmasıdır. Bu anlamda süre verme, bir yandan borçluyu, gecikmeyle de olsa borcunu ifa etme konusunda son bir imkâna sahip kılarken, diğer yandan da özellikle borcun aynen ifasını tercih eden ve genellikle

²²¹ **Canaris**, (JZ 2001) s. 516; **Arnold**, s. 869; **Mönchmeyer**, s. 27.

²²² **Ernst**, MüK § 275 N. 148 ; **Arnold**, s. 869-870.

²²³ **Mönchmeyer**, s.28; **Arnold**, s. 869.

borcun ifa edilmesinin mümkün olup olmadığını önceden kesin olarak bilemeyecek durumda olan alacaklının bu bilgisizliğini giderme fonksiyonunu da üstlenir²²⁴.

Daha önce belirtildiği gibi, geçici engellerin sürekli engellerle eş tutulmasını gerektiren hallerde, ifa yükümü ertelenmez; sona erer²²⁵. Bu şekilde, engelin ortaya çıktığı andaki koşullar gereği engelin sürekli nitelikte olduğu kabul edildikten ve imkânsızlık hükümleri uygulandıktan sonra, beklenmedik şekilde engel ortadan kalktığı takdirde, ifa talebi yeniden ileri sürülebilir hale gelmez²²⁶. Ancak bu durumda, dürüstlük kuralı uyarınca, yeniden sözleşme yapma zorunluluğu ortaya çıkabilir²²⁷.

2. Karşı Edimi Talep Hakkının Ertelenmesi

Geçici engellerle ilgili olarak üzerinde durulması gereken bir konu da, borcun ifasının geçici nitelikli bir olgu tarafından engellenmesi halinde, alacaklının ifa talebinin ertelenmesi, yani borçlunun birincil edim yükümünün askıya alınması karşısında tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşı edimin akıbetidir.

Borçlunun geçici engel nedeniyle birincil edimi ifa yükümünden geçici olarak kurtulması karşısında, kendi edimini henüz ifa etmemiş olan alacaklının da geçici olarak borcu ifa etmekten kaçınmaya hakkı bulunduğu konusunda, doktrinde fikir birliği olduğunu söylemek mümkündür²²⁸. Alacaklının ifadan kaçınma hakkının

²²⁴ **Mönchmeyer**, s. 27.

²²⁵ Bkz. yuk. § 3, I, B.

²²⁶ **Wiegand**, BasK Art. 97 N. 16; Karş. **Bucher**, AT, s. 420.

²²⁷ **Fehre**, s. 211.

²²⁸ **Canaris**, (FS Huber), s. 150; **Ernst**, MüK § 275, N. 137; **Fehre**, s. 217.

dayanağı ise tartışmalıdır. Benimsediğimiz görüşe göre, alacaklının ifadan kaçınma hakkının dayanağı, sonraki imkânsızlık halinde edim yükümlerinin karşılıklı olarak sona ermesini öngören BK 117/II'nin (BGB § 326) kıyasen uygulanmasıdır²²⁹. Bir diğer görüşe göre ise, alacaklı, ödemezlik def'ini, (BK 81, BGB 320) ileri sürmek suretiyle, kendi edimini yerine getirmekten kaçınabilir²³⁰.

Geçici engelin varlığı süresinde, alacaklının yerine getirmiş olduğu edimlerin iadesini talep edip edemeyeceği, bir başka tartışmalı noktayı teşkil eder. Bir fıkre göre, alacaklı ancak sözleşmeden döndüğü takdirde daha önce yerine getirdiği edimlerin iadesini talep edebilir²³¹. İsabetli bulduğumuz fıkre göre ise, alacaklı borcun ifasını engelleyen olgu var olduğu müddetçe, engelin ortaya çıkmasından önce yerine getirmiş olduğu edimlerin iadesini talep edebilmelidir²³². Bu durum, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimlerin karşılıklılığının (*Synallagma*) gereği olup, alacaklının sözleşmeden dönmesini gerektirmez. Borçlunun ancak sözleşmeden döndüğü takdirde yerine getirdiği edimlerin iadesini talep edebileceğinin kabulü, alacaklıyı gereksiz yere bir ikilemde bırakır. Çünkü bu durumda alacaklı, ya aslında engelin ortadan kalkacağı düşüncesiyle varlığını sürdürmesini istediği bir sözleşmeyi sona erdirecek ya da yerine getirdiği edim borçlunun elinde kaldığı sürece, edimden elde edilebilecek menfaatlerden yoksun kaldığı gibi, henüz karşı edimi elde etmemiş olmasına rağmen, borçlunun bu arada iflâs etmesi riskini de üzerine alacaktır²³³. Bu nedenle, alacaklı, dilerse, sözleşmeden dönmeksizin, geçici engel var olduğu sürece daha önce yerine getirdiği edimlerin

²²⁹ BGB § 326 için bkz. **Canaris**, (FS Huber), s. 150; **Fehre**, s. 217.

²³⁰ **Ernst**, MüK § 275, N. 137.

²³¹ **Ernst**, MüK § 275, N. 137.

²³² **Canaris**, (FS Huber), s. 150; **Fehre**, s. 218.

²³³ **Canaris**, (FS Huber), s. 150.

iadesini talep edebilmeli; engel ortadan kalktıktan sonra ise edimini sözleşmenin gerektirdiği şekilde yerine getirmelidir.

II. BORÇLUNUN İFANIN GECİKMESİNDEN SORUMLU OLMAMASININ ETKİSİ

Sözleşme konusu edim geçici bir engel nedeniyle ifa edilemediğinde, alacaklı türlü sebeplerle zarara uğramış olabilir. Daha önce çeşitli vesilelerle değinildiği gibi, hukukumuzda, borçlunun bu zararı tazminle yükümlü olup olmadığı, onun borcun ifa edilmemesinden, kanun veya sözleşme gereğince sorumlu tutulup tutulamayacağına bağlıdır. Zararın borçluya yüklenip yüklenmeyeceğini belirleyen kurallara ilişkin olarak daha önce²³⁴ yapılan açıklamalar, sürekli engeller gibi, geçici engeller için de geçerlidir. Başka bir ifadeyle, borçlunun, alacaklının borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararlardan doğan sorumluluktan kurtulmasını sağlayan sebepler bakımından, borcun ifasının sürekli veya geçici bir olgu tarafından engellenmesi arasında kural olarak bir fark bulunmadığını söylemek mümkündür.

Kural olarak, borçlunun sorumluluktan kurtulmasını sağlayan sebepler açısından geçici ve sürekli engeller arasında fark bulunmamakla birlikte, engelin geçici olması, bir durumda özellik arz eder. Geçici engeller söz konusu olduğunda, borçlunun alacaklının borcun ifa edilmemesinden doğan zararlardan sorumlu olup olmadığı belirlenirken, onun yalnızca geçici engeli ortaya çıkaran koşullardan sorumlu tutulup tutulamayacağı değil, aynı zamanda geçici engelin meydana geldikten sonra varlığını sürdürmesinden de sorumlu tutulup tutulamayacağının

²³⁴ Bkz. yuk.ş 1

araştırılması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, borçlunun sorumluluktan kurtulması için yalnızca engelin meydana gelmemesi için değil, engel ortaya çıktıktan sonra onun bertaraf edilmesi için de kendisinden beklenen davranışı göstermiş olması gerekir²³⁵. Böylece geçici engelin üstesinden gelerek borcun bir an önce ifası için gerekli çabayı göstermemiş olan borçlu, engelin ortaya çıkması hiçbir surette kendisine isnat edilemese dahi, alacaklının borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararları tazminle yükümlü tutulabilir.

Bu çerçevede, borçluya yüklenemeyen sebeplerden kaynaklanan bir geçici engel nedeniyle borç ifa edilemediğinde, mütemerrit durumda olan borçlu, temerrüdün ancak kusura bağlı olmayan sonuçlarıyla karşı karşıya kalır. Başka bir ifadeyle, alacaklının ifanın gecikmesi nedeniyle uğradığı zararlar ile sözleşme konusunun hasara uğramasından sorumlu olmaz (BK 102)²³⁶. Aynı şekilde, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, alacaklı ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep edemeyeceği gibi, sözleşmeden dönmesi halinde de menfi zararının tazminini isteyemez. Öte yandan para borçlarında faiz istenebilmesi için borçlunun kusuru gerekmediğinden (BK 103), borçlu para borcunun ifasındaki gecikme kendisinin sorumlu olmadığı bir sebebe dayansa dahi, faiz ödemekle yükümlüdür.

²³⁵ Fehre, s. 215.

²³⁶ Serozan, (İfa) s. 182 N.2 ; Oğuzman/Öz, s. 405.

§ 4. BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE BORCUN İFA EDİLMEMESİ AÇISINDAN BORÇLAR KANUNU VE VİYANA SATIM HUKUKU (CISG) HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

I. GENEL OLARAK

Genellikle Viyana Satım Hukuku (*Wiener Kaufrecht*) olarak anılan, resmi adıyla Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), 11 Nisan 1980 tarihinde Viyana’da imzaya açılmış ve 1988 yılında yürürlüğe girmiştir. CISG 1’e göre bu antlaşma, tarafları farklı âkit devletlerde bulunan veya uluslararası özel hukuk kurallarına göre âkit devletlerden birinin hukukuna tâbi olan, taşınır mal satımına ilişkin sözleşmelere uygulanır.

Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2.4.2009 tarih ve 5870 Sayılı Kanunla²³⁷, Türkiye’nin, halen 74 ülkenin taraf olduğu CISG’e katılımını uygun bulmuştur. Böylece, Anayasa’nın 90. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olduğundan, CISG, pozitif hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Bu nedenle, çalışmamızın bu bölümü, CISG’in inceleme konumuza ilişkin hükümlerinin açıklanması ve söz konusu hükümlerin Borçlar Kanunumuzun ilgili hükümleriyle karşılaştırılmasına ayrılmıştır.

²³⁷ RG, 14.4.2009.

II. VİYANA SATIM HUKUKUNA GÖRE BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE BORCUN İFA EDİLMEMESİ

A- BORÇLUNUN SORUMLULUKTAN KURTULMASININ ŞARTLARI (CISG 79)

1. Borçlunun Kontrolü Dışında Bir Engel (*Impediment Beyond Control*) Nedeniyle Borcun İfa Edilmemesi

CISG 79/I'e göre, borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için aranan ilk şart, borcun, borçlunun kontrolü dışındaki (*beyond his control*) bir engel nedeniyle ifa edilememiş olmasıdır²³⁸. Bununla kastedilen, engelin kaynağını borçlunun tipik sorumluluk alanının dışında (*typical sphere of responsibility*)²³⁹ bulması; başka bir ifadeyle borcun, “haricî bir engelin ortaya çıkması” (*occurrence of an external impediment*)²⁴⁰ nedeniyle ifa edilememiş olmasıdır.

İfa engelini sorumluluktan kurtuluş sebebi teşkil edebilmesi için borçlunun kontrolü dışında gerçekleşmesi şartının aranması, engelin objektif nitelikte olması, yani, borçlunun bireysel koşullarıyla ilgili olmaması gereğini ifade eder²⁴¹. Böylece borçlu için oldukça geniş bir sorumluluk öngörülmüş olmaktadır. Söz konusu sorumluluk, özellikle ifa için gerekli finansal imkân ve araçlara sahip olmayı gerektirdiği gibi, borçlunun çalışanları ve işletme organizasyonuna ilişkin riskler ile

²³⁸ Ayrıca bkz. UPICC m. 7.1.7; PECL m. 8:108.

²³⁹ **Flambouras, D.:** *The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis*, Pace International Law Review, Fall 2001, s. 266.

²⁴⁰ **Jenkins, S. H. :** *Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles- A Comparative Assessment*, Tulane Law Review, 1998, .s. 2024

²⁴¹ **Schlechtriem, P./Schwenzer, I.:** *Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht*, 5. Aufl., München 2008, Art. 79, N. 11; **Flambouras**, s. 267.

teslimi taahhüt edilen malların temin edilememesi riski (*Procurement risk, Beschaffungsrisiko*) gibi riskleri kapsar²⁴². Bu çerçevede, örneğin, borçlunun işletmedeki başarısızlığı, kişisel yetersizliği; iflas veya tasfiye; üretim, muhasebe veya bilgi işlem sistemi hataları, gerekli personelin temin edilememesi, ham madde fiyatlarındaki aşırı yükseliş, borçlunun tedarikçisinin sözleşme konusu malları veya ham maddeyi sağlamadaki yetersizliği veya işyerinde grev, kural olarak, borçlunun kontrolü dışında sayılamaz²⁴³.

Bu örneklerden de anlaşıldığı gibi, CISG 79'un uygulanması bakımından borçlunun kontrolü dışındaki, haricî engellerden söz etmekle, fiziksel anlamda belli bir alanın değil; fakat hukukî anlamda bir sorumluluk alanının dışında kalan engeller kastedilmiş olmaktadır²⁴⁴. Örneğin, borçlunun fabrikasına yönelik bir sabotaj veya terör saldırısı neticesinde fabrika zarar görmüşse, saldırı bizzat fabrikanın içinde yapılan bir eylemle gerçekleştirilmiş olsa bile, böyle bir olay, borçlunun kontrol alanı dışından kaynaklanmış sayılabilir²⁴⁵.

Doktrinde, CISG 79 anlamında engel teşkil edebilecek olaylara ilişkin olarak verilen örneklerle göz atıldığında, deprem, yıldırım düşmesi, su baskını, yangın, şiddetli fırtına, v.b gibi doğa olayları; savaş, ihtilâl, ayaklanma, askerî darbe v.b gibi sosyal veya politik koşullarla ilgili olaylar; mallara el konulması, ambargo, yabancı para transferinin yasaklanması, ithalat veya ihracatın yasaklanması veya sınırlandırılması gibi hukukî olaylar veya taşıma aracının kaybolması, taşıma ya da depolama

²⁴² **Schlechtriem/Schwenzer**, Art. 79 N.11.

²⁴³ **Flambouras**, s. 267-268. Çeşitli olguların borçlunun kontrolü dışında olma şartı bakımından değerlendirilmesi için bkz. **Schlechtriem/Schwenzer**, Art. 79, N.16 vd.

²⁴⁴ **Schlechtriem/Schwenzer**, Art. 79, N. 11; **Jenkins**, s. 2024.

²⁴⁵ Aynı hükmü içeren PECL m. 8:108'e ilişkin olarak bkz. **Backhaus, R.:** *The Limits of the Duty to Perform In The Principles Of European Contract Law*, EJCL, vol. 8.1 (March 2004), <<http://www.ejcl.org/>>, s. 5

sırasındaki hırsızlık veya sabotaj, genel grev, genel enerji kesintisi gibi diğer olaylar²⁴⁶ nedeniyle borç ifa edilemediğinde, borçlunun sorumluluktan kurtulmasının gündeme gelebileceğini tespit etmek mümkündür²⁴⁷.

Öte yandan, CISG 79 anlamında engel kavramına ilişkin olarak yukarıda verilen örnekler, her durumda borçlunun sorumluluktan kurtulması sonucunu doğuran olaylar değil, ancak ifaya engel olma potansiyeli taşıyan olaylar olarak anlaşılmalıdır. Zira, borçlunun sorumluluktan kurtulması sonucunu doğuran ifa engelleri, olay öncesi (*a priori*) bir tasnife elverişli değildir. Başka bir ifadeyle, bir ifa engeli karşısında borçlunun borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan kurtulup kurtulmayacağı, bir yandan sözleşmenin içeriği, öngörülen risk dağılımı, borçlunun faaliyet alanı gibi mevcut sözleşme ilişkisinin şartlarına, diğer yandan da CISG 79’da aranan öteki şartların varlığına bağlıdır²⁴⁸. Örneğin, bir yangın neticesinde borçlunun işyerinin yanması ve borçlunun bu nedenle borcunu ifa edemediğini ileri sürmesi halinde, yangının borçlunun borcunu ifa etmemesi için bir mazeret sayılıp sayılamayacağı konusunda, her somut olayın koşullarına göre farklı sonuçlara varılabilir. Yangının boyutu ne kadar büyük olursa olsun, eğer borçlu yangının sonuçlarına karşı en temel önlemleri almamışsa ve bu nedenle sözleşme konusu bir şey yangında yok olmuşsa, borçlunun borcun ifa edilmemesine bağlanan sonuçlardan kurtulması mümkün değildir²⁴⁹. Çünkü bu durum, aynı zamanda aşağıda inceleyeceğimiz kaçınılmazlık şartının yokluğu anlamına gelir. Aynı şekilde borçlunun belli bir engelin ortaya çıkma riskini üstlendiği hallerde de, borç,

²⁴⁶ **Flambouras**, s. 267.

²⁴⁷ Bkz. **Bianca/Bonell/Tallon**, Commentary On The International Sales Law, Milan 1987, s. 583-584.

²⁴⁸ **Bianca/Bonell/Tallon**, s. 584; **Flambouras**, s. 267.

²⁴⁹ Örnek için bkz. **Flambouras**, s. 267.

üstlenilen riskin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkan engel nedeniyle ifa edilemezse, borçlunun sorumluluktan kurtulması söz konusu olamaz.

2. Öngörülemezlik (*Unforeseeability*)

CISG 79/I'e göre, borçlunun sorumluluktan kurtulması için aranan şartlardan biri de borçlunun borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için, borcun ifasını engelleyen olayın öngörülemez nitelikte olmasıdır. Bu şartın aranmasının temelinde şu düşünce yatar: Borcun ifasına engel olabilecek belli bir olayın gerçekleşmesi riski, sözleşmenin kurulması aşamasında öngörülebilir nitelikte ise ve buna rağmen sözleşmede bu riske karşı bir hüküm yoksa, borçlunun, söz konusu olayın gerçekleşmesi riskini üstlendiği kabul edilir. Buna karşılık, eğer olay öngörülemez nitelikte ise, borçlunun daha sonra ortaya çıkan bu riski üstlendiği kabul edilmez; çünkü borçlunun ifa gücüne ilişkin garantisi, sözleşme kurulduğu sırada öngörülemeyen olayları kapsamaz²⁵⁰.

Belli bir olayın öngörülebilir olup olmadığı, sözleşmenin kurulduğu zamana göre değerlendirilir²⁵¹. Bir olayın sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemez nitelikte olmasına rağmen, sözleşmenin kurulması ile ifa zamanı arasında kalan zaman diliminde öngörülebilir hale gelmesi, diğer şartları da sağladığı takdirde, borçlunun sorumluluktan kurtulmasına engel teşkil etmez²⁵². Ancak sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan veya öngörülebilir olan engeller, sorumluluktan

²⁵⁰ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 N. 13; Bianca/Bonell/Tallon, s. 580.

²⁵¹ Flambouras, s. 270.

²⁵² Bianca/Bonell/Tallon, s. 581.

kurtulmanın bir diğer şartı olan kaçınılmazlık unsuru bakımından ayrıca değerlendirilmelidir.

Borcun ifasını engelleyen olgunun sözleşme kurulduğu sırada öngörülebilir olup olmadığı, objektif koşullara göre belirlenir. Buna göre, öngörülemezlik açısından önemli olan, borçlunun, borcun ifasına engel olabilecek bir olayın meydana gelebileceğine ilişkin gerçekçi bir ihtimali öngörmesinin mümkün olup olmadığıdır²⁵³. Bu açıdan, her türlü felaketi öngören aşırı kötümser ya da en küçük bir talihsizliği hesaba katmayan aşırı iyimser bir anlayış değil, makul bir anlayış esas alınır²⁵⁴.

Borcun ifasını engelleyen olayın öngörülebilirliği açısından objektif bir anlayışın benimsenmesi, somut olayın diğer koşullarının göz ardı edilmesi anlamına gelmez. Aksine, öngörülemezliğin değerlendirilmesinde, somut sözleşmenin süresi, sözleşme konusu malların piyasa fiyatlarında değişim eğilimi görülmesi veya borcun ifasına engel olan olayın ön belirtilerinin sözleşmenin kurulması aşamasında görülmekte olması gibi olguların dikkate alınması gerekir²⁵⁵.

3. Kaçınılmazlık (*Unavoidability*)

CISG 79'da borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için aranan şartlardan biri de, ifayı engelleyen olgu veya sonuçlarının kaçınılmaz ve üstesinden gelinemez nitelikte olmasıdır.

²⁵³ Bianca/Bonell/Tallon, s. 580; Flambouras, s. 270.

²⁵⁴ Flambouras, s. 271.

²⁵⁵ Flambouras, s. 271.

Borçlunun sorumluluktan kurtulması için, ifa engelinin borçlunun kontrol alanı dışında gerçekleşmesi şartı arandıktan sonra, ayrıca bir de kaçınılmazlık şartının aranmasının gerekliliği ilk bakışta şüpheyile karşılanabilir. Böyle bir şüphe, borcun ifasını engelleyen olgu bakımından haklı da görülebilir. Zira, bir olay ancak borçlunun kontrolü dışında gerçekleştiğinde bir kurtuluş sebebi sayılmakta ise, bu olayın kaçınılmaz nitelikte olması da bunun doğal bir sonucu olarak kabul edilebilir²⁵⁶.

Ancak kaçınılmazlık şartının esas işlevi, borçlunun kontrol alanı dışından kaynaklanan ve öngörülemeyen olguların kendilerinin değil, doğurduğu etkilerin kaçınılabilir olduğu hallerde ortaya çıkar. Nitekim CISG 79/I'e göre, borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için, hem ifayı engelleyen olgudan, hem de onun sonuçlarından kaçınmasının veya bunların üstesinden gelmesinin borçludan makul olarak beklenememesi gerekir²⁵⁷.

Örneğin deprem, borçlunun kontrol alanı dışında gerçekleşen bir doğa olayıdır. Ancak özel yapı teknikleriyle, depremin etkilerinin önlenmesi veya azaltılması mümkündür. Başka bir ifadeyle, depremden değil, fakat depremin sonuçlarından kaçınmak veya onun etkisini azaltmak mümkün olabilir²⁵⁸. Bu konuda üzerine düşeni yapmayan borçlu sorumluluktan kurtulamaz. Buna karşılık, bir bölge için olağan sayılabilecek şiddette bir depremin sonuçlarını önleyebilecek bir yapı tekniği kullanılmış olmasına rağmen, meydana gelen depremin şiddetinin olağanın

²⁵⁶ **Backhaus**, s. 5.

²⁵⁷ CISG 79/I: "... that he could not reasonably be expected...to have avoided or overcome it or its consequences."

²⁵⁸ Örnek için bkz. **Bar, C.v. /Zimmermann R.** : Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, München 2002, s. 461.

üzerinde gerçekleşmesi nedeniyle borcun ifası mümkün olmamışsa, depremin etkileri kaçınılmaz nitelikte sayılabilir²⁵⁹.

Aynı şekilde, sözleşme uyarınca, deniz yoluyla taşınması kararlaştırılan malların bu yolla taşınması, haricî ve sözleşme kurulduğu sırada öngörülemeyen bir engel nedeniyle mümkün olmayabilir. Bu koşullar borçlunun sorumluluktan kurtulması için yeterli değildir. Çünkü, eğer, ticarî açıdan makul bir alternatif (*commercially reasonable substitute*)²⁶⁰ bulunması mümkünse, borçlunun bu alternatif yolu kullanarak borcunu ifa etmesi gerekir. Böylece örneğin, sözleşme konusu malların kara yoluyla gönderilmesi somut olayın şartları çerçevesinde ticarî açıdan makul bir alternatif teşkil ediyorsa, engel kaçınılmaz nitelikte sayılamaz.

Öngörülemezlik şartında olduğu gibi, kaçınılmazlık açısından da objektif bir anlayış benimsenmektedir. Böylece olayın veya sonuçlarının önlenebilir nitelikte olup olmadığı, makul bir insanın bunların üstesinden gelebilme gücüne göre değerlendirilir. Aynı şekilde, borcun ifasına engel teşkil eden olayın kaçınılmaz nitelikte olup olmadığının değerlendirilmesinde de somut olayın şartları göz önünde bulundurulmalıdır²⁶¹

²⁵⁹ *Backhaus*'a göre burada verilen deprem örneğinde, kaçınılmazlıktan ziyade bir öngörülebilirlik sorunu ön plandadır. Çünkü, depreme dayanıklı bir yapının inşasının beklendiği durumlarda, yani belli bir şiddete kadar depremlerin olağan sayıldığı bir bölgede, risk zaten öngörülmüştür ya da en azından öngörülebilir niteliktedir. Böylece, gerekli önlemleri almayan borçlu, kaçınılmazlık değil, öngörülemezlik şartı gerçekleşmediği için, sorumluluktan kurtulamaz: **Backhaus**, s. 6

²⁶⁰ **Schlechtriem/Schwenzer**, Art. 79, N.14; **Bianca/Bonell/Tallon**, s. 582; **Magnus**, StauK CISG Art. 79, N. 34.

²⁶¹ **Bar/Zimmermann**, s. 461.

4. Engel ile Borcun İfa Edilmemesi Arasında İlliyet Bağının Bulunması (*Causation*)

CISG 79 uyarınca borçlunun, borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için varlığı gerekli olan bir diğer şart, borçlunun kontrol alanı dışından kaynaklanan, öngörülemez ve kaçınılmaz nitelikteki ifa engelinin, borcun ifa edilememesinin yegâne sebebi olmasıdır²⁶².

Örneğin, borçlu herhangi bir sebeple borcu ifasında geciktikten sonra, sözleşme konusu mallar CISG 79 uyarınca borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyecek bir olay neticesi yok olsa bile, kural olarak borçlu sorumluluktan kurtulamaz²⁶³. Çünkü burada engel meydana geldiği anda borçlu zaten ifada gecikmiş olduğundan, engel borcun ifa edilmemesinin tek sebebi sayılamaz. Öte yandan borçlunun, borcunu sözleşmenin gerektirdiği şekilde ifa etseydi de malların yine yok olacağını ispat etmesi halinde, sorumluluktan kurtulabilir²⁶⁴.

5. Bildirim Yükümü (*Notice*)

CISG 79'a göre, borcunu ifa edemeyen borçlu, alacaklıya, ifayı engelleyen olay ve bunun kendisinin ifa gücü üzerindeki etkisi konusunda bildirimde bulunmalıdır. Bildirim, herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır.

CISG 79'da öngörülen bildirim, özellikle borcun ifasının önündeki engelin sürekli mi geçici mi olduğu, geçici ise tahminen ne kadar süreceği gibi bilgileri

²⁶² Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79, N.15; Flambouras, s. 273.

²⁶³ Bianca/Bonell/Tallon, s. 583 ; Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79, N. 15; Flambouras, s. 273.

²⁶⁴ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79, N.15.

içermelidir²⁶⁵. Zira bu bilgiler, alacaklının, mevcut durum karşısında nasıl hareket etmesi gerektiğine, örneğin sözleşmeyi sona erdirip erdirmeyeceğine ilişkin kararında belirleyici rol oynar.

Bildirim yükümünün yerine getirilmiş sayılması için, bildirimin, borçlunun ifayı engelleyen olayı öğrendiği veya öğrenmesi gereken andan itibaren, makul bir süre içinde alacaklıya ulaşmış olması gerekir. Bildirimin bu süre içinde alacaklıya ulaşmaması halinde, borçlu, alacaklının ifayı engelleyen olgudan haberdar olmaması veya geç haberdar olması nedeniyle uğradığı zararları tazminle yükümlüdür. Burada tazmini gereken zararlar, alacaklının bildirim, zamanında kendisine ulaşsaydı uğramayacak olduğu zararlardır²⁶⁶.

6. Borçlunun Üçüncü Kişilerin Fiillerinden Doğan Sorumluluktan Kurtulması

CISG 79/II'de, borçlunun üçüncü kişilerin fiillerinden doğan sorumluluktan kurtulmasının şartlarını düzenleyen bir hükme yer verilmiştir²⁶⁷. Anılan hüküm, borçlunun borcun ifasına kısmen veya tamamen katılan ancak bağımsız olarak hareket eden üçüncü kişilerin fiillerinden doğan sorumluluktan kurtulmasını konu almaktadır²⁶⁸. Örneğin, borçlunun satım sözleşmesine konu olan malları göndermeyi veya götürmeyi de taahhüt ettiği hallerde, borçlunun bu işlerin yapılması için anlaştığı taşıyıcının, CISG 79/II anlamında borcun ifasına katılan üçüncü kişi

²⁶⁵ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79, N.44.

²⁶⁶ Schlechtriem/Schwenzer Art. 79, N. 47; Flambouras, s. 273.

²⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79, N.34 vd.; Bianca/Bonell/Tallon, s. 583.

²⁶⁸ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 N. 34; Huber, MüK CISG Art. 79; N.23; Flambouras, s. 274.

sayılabileceği kabul edilmektedir²⁶⁹. Buna karşılık, borçlunun kendi çalışanları ya da -salt somut sözleşmenin ifası için katılmış olsalar bile- borçlunun iş organizasyonuna dâhil olan kişiler ve borçlunun tedarikçileri, kural olarak CISG 79/II’de kastedilen üçüncü kişilerden sayılmazlar; borçlunun bu kişilerin fiillerinden doğan sorumluluktan kurtulması, CISG 79/I’e tâbidir²⁷⁰.

Borçlunun CISG 79/II kapsamındaki üçüncü kişilerin fiillerinden doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için, CISG 79/I’de öngörülen şartların hem kendisi, hem de üçüncü kişiler bakımından gerçekleştiğini ispat etmesi gerekir²⁷¹. Diğer bir anlatımla, ifa engelinin, hem kendisi için hem de üçüncü kişi borçlunun yerinde olsaydı onun için, sorumluluktan kurtuluş sebebi teşkil edeceğini ispat etmelidir²⁷².

B- BORÇLUNUN SORUMLU OLMADIĞI SEBEPLERLE BORCUN İFA EDİLMEMESİNİN SONUÇLARI

CISG 79 anlamında bir engelin sorumluluktan kurtarıcı etkisi, engel var olduğu müddetçe, borçlunun tazminat yükümünün doğmamasından ibarettir (CISG 79/I, V). Öte yandan sorumluluktan kurtulma, yalnızca akdî yükümlülüğe ilişkin olup, borçlunun sorumlu olmadığı sebeple borcun ifa edilmemesi, sözleşmenin varlığı üzerinde herhangi bir etki yaratmaz²⁷³. Aynı şekilde, borçlunun sorumlu olmaması, borcun ifa edilmemesinin, sözleşmenin ihlâli (*breach of contract*) teşkil ettiği gerçeğini de değiştirmez. Bunun sonucu olarak, CISG 79 uyarınca borçlunun

²⁶⁹ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 N. 34.

²⁷⁰ Bkz. Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 N. 34, 37.

²⁷¹ Flambouras, s. 274.

²⁷² Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 N. 39.

²⁷³ Schlechtriem/Schwenzer Art. 79 N.49; Flambouras, s. 274. CISG 79, bu yönüyle İngiliz Hukukunun *frustration* doktrininden ayrılır. Zira *frustration*, sözleşmenin, ifa engelinin ortaya çıktığı anda, kendiliğinden sona ermesi sonucunu doğurur: Peel, s. 972 N. 19-090.

tazminat ödemekle yükümlü olmadığı hallerde dahi, alacaklı, mümkün olduğu ölçüde, sözleşmenin ihlâli karşısında sahip olduğu diğer hakları kullanma imkânına sahiptir (CISG 79/V).

CISG 79/V'ten çıkan sonuç, CISG 79/I'de öngörülen şartları sağlayan bir olay neticesinde ifanın sürekli olarak imkânsız hale gelmesi durumunda dahi, tazminat talep edemeyen alacaklının, borcun aynen ifasını talep edebileceği yönündedir. Ancak doktrinde, haklı olarak, sözleşme konusu şeyin yok olması gibi hallerde bu sonucun bir anlam ifade etmeyeceği, imkânsız olan edime ilişkin aynen ifa talebinin ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir²⁷⁴.

CISG 79/I anlamında bir engel borcun tamamının değil, fakat bir kısmının ifasını engellemişse, borçlu tazminat yükümünden bu kısım oranında kurtulur²⁷⁵. İfası mümkün olan kısım bakımından alacaklı, CISG'in kendisine tanıdığı haklara sahip olmaya devam eder. Öte yandan CISG 25 uyarınca, alacaklının sözleşme gereğince borçludan beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalması sonucunu doğuran sözleşmeye aykırılık, sözleşmenin esaslı ihlâli (*fundamental breach of contract*) sayılır ve bu nitelikte bir ihlâl, alacaklıya sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verir (CISG 49/I-a). Bu nedenle, kısmî ifada objektif olarak hiçbir menfaatinin bulunmamasında olduğu gibi, kısmî ifanın sözleşmenin esaslı ihlâli teşkil ettiği hallerde, alacaklı sözleşmeyi sona erdirebilir²⁷⁶.

²⁷⁴ Bkz. **Schlechtriem/Schwenzer**, Art. 79 N. 53; **Huber**, MüK CISG Art. 79; N.29; **Flambouras**, s. 275; **Magnus**, StauK CISG Art. 79, N. 58; **Fischer**, s. 121.

²⁷⁵ **Schlechtriem/Schwenzer**, Art. 79, N. 49; **Bianca/Bonell/Tallon**, s. 590.

²⁷⁶ **Bianca/Bonell/Tallon**, s. 590 ; **Brunner, C.:** UN- Kaufrecht- CISG, Bern 2004, s. 484 N. 31; **Schlechtriem/Schwenzer** Art. 79, N. 49.

CISG 79/III uyarınca, sorumluluktan kurtulmanın etkisi, engel var olduğu sürece ortaya çıkar. Böylece borçlu, geçici nitelikte bir engel nedeniyle borcu ifa edemediğinde, gecikmiş ifadan ötürü tazminat ödemeyecektir²⁷⁷. Ancak borcun CISG 79/III uyarınca geçici bir engel nedeniyle ifa edilememiş olması da, ifanın gecikmesiyle sözleşmenin ihlâl edilmiş olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu nedenle alacaklı, sözleşmenin ihlâlinin CISG 25 anlamında esaslı sayılabildiği hallerde, CISG 49/I-a uyarınca sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir²⁷⁸.

Borçlunun sorumluluktan kurtulması sonucunu doğuran engel nedeniyle bir menfaat (ikame değer, *stellvertretendes Commodum*) elde etmesi halinde, alacaklının bu değer kendisine devrini talep edip edemeyeceği CISG 79'da düzenlenmemiş olmakla birlikte, doktrinde hâkim fikir, alacaklının söz konusu değer kendisine verilmesini talep edebileceği yönündedir²⁷⁹.

Öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, borçlunun tazminat yükümünün doğmayacağını fakat alacaklının diğer haklarını kullanabileceğini düzenleyen CISG 79'da, sözleşmeyle kararlaştırılmış cezaî şart (*Penalty, Vertragsstrafe*) ve maktu tazminatın (*Liquidated Damages, pauschalisierte Schadenersatz*) akıbeti konusunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Doktrinde, genel olarak, CISG 79 anlamında bir ifa engelinin, sözü edilen türde bir anlaşmaya nasıl etki edeceği konusunda, öncelikle sözleşmenin yorumu yoluyla bir sonuca ulaşılması gerektiği kabul edilmektedir²⁸⁰. Bazı yazarlar özellikle, sözleşmeyle kararlaştırılan maktu tazminatın

²⁷⁷ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79 N. 53; Huber, MüK CISG Art. 79; N. 29.

²⁷⁸ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79, N. 41.

²⁷⁹ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79, N. 50; Magnus, StauK CISG Art. 79 N.54; Brunner, s. 488 N.40.

²⁸⁰ Schlechtriem/Schwenzer, Art. 79, N. 51; Magnus, StauK CISG Art. 79 N.53; Huber, MüK CISG Art. 79; N. 27; Brunner, s. 488 N. 39.

CISG 79'uyarınca borçlunun ödemekten kurtulduğu tazminatın yerine geçmesinin öngörüldüğü, yani kümülasyonun söz konusu olmadığı hallerde, CISG 79'un doğrudan uygulanması ve böylece borçlunun sözleşmeyle kararlaştırılan tazminatı ödemekten kurtulmasından yanadırlar²⁸¹. Tarafların iradesinin hangi yönde olduğu, sözleşmenin yorumuyla da tespit edilemezse, konu uygulanacak hukuka tâbi olur²⁸².

Para borçları söz konusu olduğunda, ifanın CISG 79 anlamında bir engel (örneğin bir döviz transfer yasağı)²⁸³ nedeniyle gecikmesi gündeme gelebilir. Bu durumda, gecikme nedeniyle tazminat ödemesi gerekmeyen borçlunun, faiz ödemesinin gerekip gerekmediği sorusu ortaya çıkar. Bu soruya verilecek cevap daha çok, faizin tazminat olarak nitelenip nitelenmeyeceğine bağlıdır ki; hakim görüş, faizi tazminat olarak görmemekte ve bu nedenle de gecikmeden sorumlu olmayan borçlunun da faiz ödemekle yükümlü olacağını kabul etmektedir²⁸⁴.

C- KARŞILAŞTIRMALI DEĞERLENDİRME

Borçlar Kanunu ile CISG'in borçlunun borcun ifa edilmemesinden sorumlu olmadığı haller ve bunların sonuçlarına ilişkin hükümleri arasındaki farklar, ifa engellerine ilişkin olarak her iki düzenleme arasında mevcut genel yaklaşım farkının doğal bir sonucudur²⁸⁵. Söz konusu yaklaşım farkı hem hangi ifa engellerinin

²⁸¹ **Bianca/Bonell/Tallon**, s. 589; **Brunner**, s. 488 N. 39; **Flambouras**, s. 282; Aksi yönde: **Schlechtriem/Schwenzer**, Art. 79, N. 51.

²⁸² Bu durumda CISG 79'un temelinde yatan düşüncelerin, CISG'in dayandığı genel ilkelerden biri olarak uygulanması gerektiğini savunan görüş için bkz. **Huber**, MüK CISG Art. 79 N.27.

²⁸³ **Magnus**, StauK CISG Art. 79 N. 61.

²⁸⁴ **Schlechtriem/Schwenzer**, Art.79 N. 56; **Flambouras**, s. 282; **Magnus**, StauK CISG Art. 79 N. 61; **Brunner**, s. 490 N. 44.

²⁸⁵ Bu konuda Bkz. **Atamer**, (CISG), s. 221 vd.

borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyeceğinin tespitinde, hem de borçlunun sorumlu olmadığı bir nedenle borcun ifa edilmemesinin sonuçları bakımından belirleyici olur.

1. Borçlunun Borcun İfa Edilmemesinden Sorumlu Olmadığı Haller Bakımından

CISG’e göre, borçlunun sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekmez²⁸⁶. CISG’te benimsenen ve Fransız Hukuku ile Anglo-Amerikan Hukukunun ortak yönlerine ait izler taşıyan garanti sorumluluğu (*Garantiehaftung, strict liability*) anlayışına göre, borçlunun sorumluluğu açısından belirleyici unsur, onun davranışı değil, ifa engelinin kaynaklandığı sorumluluk alanıdır²⁸⁷. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeye herhangi bir surette aykırı davranıldığında, sorumluluğun kaynağı, borçlunun “kusurlu” olarak nitelenebilecek herhangi bir davranışı değil; fakat ifa engelinin, borçlunun, sözleşmeye göre belirlenen sorumluluk alanından kaynaklanmış olmasıdır²⁸⁸. Böylece, sözleşmenin bir garanti taahhüdü olduğu ve bu garantinin sözleşme konusu edim kadar, borçlunun o edimi ifa gücünü de kapsadığı düşüncesine dayanan²⁸⁹ bu anlayışta, sorumluluğun kaynağının aslında bizzat sözleşmenin kendisi olduğunu söylemek mümkündür.

Garanti sorumluluğu anlayışı, niteliği gereği, garantinin sınırlarının yani sorumluluktan kurtuluş sebeplerinin de tespitini gerektirir. Bu anlayışı benimseyen hukuk sistemlerinde söz konusu sınır, anlayışın temel varsayımlarına paralel olarak, tarafların garanti taahhütlerinin kapsamına girmediği kabul edilen istisnâî nitelikte

²⁸⁶ Bkz. **Schlechtriem/Schwenzer**, Art. 79 N. 1; **Magnus**, StauK CISG Art. 79 N. 1.

²⁸⁷ **Pellegrino**, s. 49.

²⁸⁸ Bkz. **Keil**, s. 18-19; **Zweigert/Kötz**, s. 502; **Atamer**, (CISG) s. 252

²⁸⁹ **Zweigert/Kötz**, s. 502; **Müller- Chen**, s. 342.

olgularla çizilir. Ancak bu sınır, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen somut ifa engellerinin bir listesiyle değil, çeşitli engelleri kapsamı mümkün, unsurları tespit edilmiş hukukî kavramlarla ifade edilir (*Force majeure, cause étrangère, Frustration, Impracticability* gibi)²⁹⁰. Böylece tespit edilmiş unsurları taşıyan ve sözleşmeye aykırılığa neden olan her türlü olayda, borçlunun sorumluluktan kurtulması gündeme gelebilir. Belirtmek gerekir ki; söz konusu olguların borçlunun sorumluluktan kurtulması sonucunu doğurmasının sebebi, ortaya çıkmasında borçlunun kusurunun bulunmaması değil, bu engellerin garantinin kapsamına dâhil olmamasıdır²⁹¹.

Garanti sorumluluğu anlayışı, çalışmamızın bu bölümünde kısaca değindiğimiz özellikleri gereği, ifa engellerine “Borçlu ne zaman sorumlu değildir?” sorusuyla yaklaşırken, Borçlar Kanunumuz gibi kusura bağlı sorumluluk anlayışına dayanan sistemler soruyu “Borçlu ne zaman sorumludur?” şeklinde sorar²⁹². Teorik düzeydeki bu yaklaşım farkının sonucu olarak, garanti sorumluluğu anlayışını benimseyen sistemler, soruya mücbir sebep (*force majeure*) ve benzeri kurumlarla yanıt verirken, Borçlar Kanunumuzun genel ifa engelleri anlayışında, sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak mücbir sebep veya benzeri kavramlara gerek duyulmaz; zira borçlunun borcun ifa edilmemesinden doğan zararlardan sorumluluğu, zaten kusura bağlı sorumluluk ilkesi aracılığıyla sınırlanmış durumdadır²⁹³.

Garanti sorumluluğu anlayışının etkisi altındaki CISG’e göre de, borçlu, kural olarak, her türlü sözleşmeye aykırılıktan, kusuru bulunup bulunmadığına

²⁹⁰ Bkz. **Müller-Chen**, s. 340-342.

²⁹¹ **Mitzkait**, s. 29.

²⁹² Bkz. **Keil**, s. 3.

²⁹³ Bkz. **Meder, S.:** *Höhere Gewalt als Entlastungsgrund- ein Beispiel für die Konvergenz zweier Haftungsprinzipien*, JZ 1994/10, s. 490, dn. 66; **Keil**, s. 15.

bakılmaksızın sorumludur²⁹⁴. Borçlunun istisnaî olarak sorumluluktan kurtulması ise, sözleşmeye aykırılığın, CISG 79’da öngörülen şartları taşıyan bir engelden kaynaklanmış olması halinde mümkündür.

Yukarıda²⁹⁵ değinildiği gibi, Borçlar Kanunumuz, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumlulukta, kusura bağlılık prensibi benimsemiş olması bakımından CISG’ten ayrılır. Ancak söz konusu yaklaşım farkının etkisinin, daha çok teorik düzeyde kaldığını da belirtmek gerekir²⁹⁶. Zira, pratik açıdan önem arz eden bir çok halde borçlunun kusurdan bağımsız sorumluluğunun kabulü, kusura ilişkin ispat yükünün ters çevrilmiş olması (BK 96) ve objektif kusur anlayışının hâkim olması gibi faktörler göz önünde bulundurulduğunda, hukukumuzun akdî sorumluluk anlayışının, aslında garanti sorumluluğuna oldukça yakın durduğunu söylemek mümkündür²⁹⁷. Bununla birlikte, CISG’in sorumluluk anlayışının Borçlar Kanununa göre daha geniş olduğunu da kabul etmek gerekir. Borçlunun kusuru bulunmadığı için, olayların çoğunda Borçlar Kanunu uyarınca sorumlu tutulamayacağı bazı hallerde, CISG’e göre borçlunun sorumluluktan kurtulması mümkün olmayabilir. Özellikle borçlunun kontrol alanında kaldığı kabul edilen hastalık, ölüm, haksız yere tutuklanma gibi olaylarda durum böyledir²⁹⁸. Çünkü, uygulama alanı milletlerarası unsurlu satım sözleşmeleri olan CISG’in temelinde yatan anlayışa göre, borçlu

²⁹⁴ **Keil**, s. 18.

²⁹⁵ Bkz. yuk. § 1.

²⁹⁶ Bu yönde bkz. **Schlechtriem**, P.: *Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland*, ZEuP 1993/2, s. 228 vd.

²⁹⁷ **Müller- Chen**, s. 366; **Atamer** (CISG), s. 253.

²⁹⁸ **Keil**, s. 106; **Atamer**, (CISG), s. 255. Ayrıca bkz.. **Brunner**, s. 469 N 7; **Magnus**, StauK CISG Art. 79 N. 18; **Mitzkait**, s. 138.

işletmesini öyle organize etmelidir ki; kendi kişisel durumundan kaynaklanan engeller, ticarî işlerinin yürümesini aksatmamalıdır²⁹⁹.

2. Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesinin Sonuçları Bakımından

Borçlar Kanunu ile CISG arasındaki ikinci önemli fark, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle borcun ifa edilmemesinin sonuçları bakımından söz konusu olmaktadır. Daha önce, belli başlı hukuk sistemleri arasında, sözleşmeye aykırılığın düzenlenme biçimine ilişkin farklara değinilmişti³⁰⁰. CISG’te, bu sistemler içerisinden sonuç odaklı sistem benimsenmiştir. Buna göre, sözleşmeye aykırılığın sonuçları, sözleşmeye aykırı davranışın hangi sebeple sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğine göre değil, sözleşmeye aykırılık karşısında ortaya çıkan sonuçlar, yani alacaklının hakları esas alınarak düzenlenmiştir. Hal böyle olunca, CISG açısından, borçlunun sözleşmeye aykırı davrandığı tespit edildikten sonra, bunun imkansızlık veya gecikme ya da gereği gibi ifa etmeme şeklinde tezahür etmiş olmasının, borçlunun sorumluluğu bakımından önemi yoktur³⁰¹. Buna karşılık daha önce değindiğimiz sebeplerle, Borçlar Kanunumuz bakımından sözleşmeye aykırılığın tespiti yeterli olmayıp, bunun hangi şekilde gerçekleştiği de önem arz etmektedir³⁰².

CISG ile Borçlar Kanunu arasındaki bu yaklaşım farkının, inceleme konumuz bakımından ortaya çıkan pratik sonuçlarına örnek vermek gerekirse; edimin ifasının borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple tamamen imkânsız hale geldiği bir

²⁹⁹ Keil, s. 260.

³⁰⁰ Bkz. yuk. Giriş, A.

³⁰¹ Schlechtriem/ Schwenger, Art. 79 N. 5; Müller- Chen, s. 66.

³⁰² Bkz. yuk. Giriş, A.

sözleşmede, CISG'e göre imkânsız olan edimi ve borçlu sorumlu olmadığı için onun yerine geçen tazminatı elde edemeyen alacaklı, sözleşmeyi sona erdirmedikçe, kendi edimini ifa etmekle yükümlü olduğu gibi, yerine getirdiği edimlerin de iadesini isteyemez . Buna karşılık Borçlar Kanunumuza göre, aynı durumda, edim yükümleri, imkânsızlığın gerçekleştiği anda, kanun gereği, karşılıklı olarak sona erer ve yerine getirilmiş edimlerin de iadesi gerekir (BK 117/II). Bu sonuçların doğması için alacaklının sözleşmeden dönmesine gerek yoktur.

İKİNCİ BÖLÜM

MÜCBİR SEBEP KAYITLARI

Çalışmamızın birinci bölümünde değinildiği üzere, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ifa engellerinin sonuçlarına sözleşmenin hangi tarafının katlanacağı, öncelikle sözleşmede öngörülen risk dağılımına göre belirlenir³⁰³.

Sözleşmenin risk dağılımına göre, belli bir ifa engelinin borçlunun sorumluluğunu gerektirdiği ya da gerektirmediği sonucuna varmak için, öncelikle sözleşmenin bu konuda açık bir hüküm içerip içermediğinin tespiti gerekir. Böyle bir hükmün bulunması halinde, o hükmün içeriğine göre borçlunun sorumlu olup olmadığı belirlenir. Sözleşmenin risk dağılımına ilişkin açık bir hüküm içermemesi halinde ise, sözleşmenin yorumlanması suretiyle, ortaya çıkan ifa engelinin sonuçlarına taraflardan hangisinin katlanması gerektiği tespit edilmeye çalışılır³⁰⁴. Bu şekilde de bir sonuca varılamaması halinde, birinci bölümde incelediğimiz hükümler çerçevesinde borcun ifa edilmemesinden hangi tarafın sorumlu olduğu ve bunun sonuçları tespit edilir.

Yine çalışmamızın birinci bölümündeki tespitlerin gösterdiği gibi, belli bir ifa engeli nedeniyle borç ifa edilemediğinde, bunun sonuçlarına kimin ve ne şekilde katlanacağının ilgili kanun hükümlerine göre belirlenmesi, her hukuk sisteminde, hukukçular için dahi karmaşık sayılabilecek bir kavram ve kurallar bütünüdür.

³⁰³ Bkz. yuk. § 1.

³⁰⁴ **Keil**, s. 2.

bilinmesini ve değerlendirilebilmesini gerektirir. Özellikle uluslararası unsur içeren sözleşmelerde, bu zorluğa, bir de hukuk sistemleri arasındaki yaklaşım ve çözüm farkları eklenir. Tüm bunların, işlem hayatının vazgeçilmez bir gereği olan öngörülebilirlik unsurunu olumsuz yönde etkilediği bir gerçektir.

Bu durum karşısında, sözü edilen olumsuz etkiyi mümkün olduğunca azaltmak adına, ekonomik açıdan önem arz eden tüm sözleşmelerde, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan ifa engellerinin, sözleşme üzerindeki etkilerini belirleyen hükümlere yer verilmektedir. Bununla güdülen amaç, sözleşmenin ifası sürecinde karşılaşılan hangi engelin, nasıl bir sonuç doğuracağını, yasal düzenlemelere bırakmak yerine, mümkün olduğunca, sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut bire bir pazarlık ortamında belirlemektir.

İfa sürecinde ortaya çıkabilecek engellere ilişkin sözleşme hükümleri, çok çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilir. Bu çeşitlilik, sözleşmenin türü, süresi, sözleşme konusu edimin niteliği ya da ilgili sektörlerde sıklıkla karşılaşılan engeller gibi unsurların, sözleşmeden sözleşmeye farklılık göstermesinden kaynaklanır. Bu çerçevede, bazı sözleşme hükümleri, örneğin ihracat veya ithalat izninin alınamaması gibi, somut, belli bir engele ilişkin iken, bazıları birden fazla engeli konu alan, geniş kapsamlı bir risk dağılımı öngörmektedir. Aynı şekilde, bazı hükümler esas itibarıyla, sözleşmenin uyarlanmasını gerektiren halleri ve bunun için izlenecek prosedürü konu alırken, diğer bazı hükümlerde, sözleşme ilişkisinin sona ermesi ve tasfiyesi konularının ön planda olduğunu görmek mümkündür.

Mücbir sebep kayıtları (*Force Majeure Clauses, Höhere Gewalt Klauseln*), sözü edilen sözleşme hükümleri içerisinde en eski olanı ve halen en yaygın olarak

kullanılanıdır. Öte yandan, söz konusu kayıtlar, zaman içerisinde değişikliğe uğradığı gibi, günümüzde de sözleşmeden sözleşmeye değişiklik göstermektedir. Zira, en basit bir telefon abonelik sözleşmesinden, teknik olarak karmaşık ve ekonomik önemi büyük inşaat sözleşmelerine kadar, her sözleşmede, bir mücbir sebep maddesine rastlamak mümkündür. Durum böyle olunca, somut sözleşmenin özellikleri ve ortaya çıkması muhtemel ifa engellerine göre, mücbir sebep kayıtları da, sorumluluktan kurtuluş sebepleri ve öngörülen sonuçlar bakımından, kendi içinde çeşitlilik arz etmektedir.

Çalışmamızın bu bölümünde sözleşme uygulamasında rastlanılan çok çeşitli türdeki mücbir sebep kayıtlarının, genel ve ortak özellikleri esas alınarak, bu kayıtların hukukî yapısı ve uygulamada söz konusu kayıtlar çerçevesinde ortaya çıkan sorunlar incelenmiştir.

§ 5. MÜCBİR SEBEP KAYITLARININ HUKUKİ YAPISI

I. KAYITLARIN KONUSU

A- GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

Mücbir sebep kayıtlarının ilk ve nisbeten daha eski olduğunu söyleyebileceğimiz görünüm biçimi, taraflarca hangi olguların mücbir sebep olarak kabul edildiğine ilişkin çeşitli olay türlerini zikretmeksizin, yalnızca mücbir sebeplerin borçluyu sorumluluktan kurtaracağını öngören kayıtlardır (*unbenannte*

Klauseln, general Klauseln)³⁰⁵. Örneğin, “Mücbir sebep tarafları işbu sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kurtarır” biçiminde bir sözleşme hükmü, bu kayıtların en basit şeklidir³⁰⁶. Daha detaylı bazı kayıtlara ise şöyle bir örnek verilebilir: “Sözleşmenin taraflarından birinin borcunu ifası, kendisinin sorumluluğunu gerektirmeyen, kendisi için kaçınılmaz ve öngörülemez olup, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir olay (mücbir sebep) nedeniyle engellenirse, sözleşmenin her iki tarafı yükümlülüklerinden kurtulurlar³⁰⁷. Görüldüğü gibi bu tür kayıtlar, mücbir sebep kavramının tasvirine yer vermekle birlikte, yine somut bir olay türünden bahsetmediği için, sözü edilen birinci grup kayıtlara dâhil edilir.

Günümüzde daha çok kullanılan türdeki mücbir sebep kayıtları ise, taraflarca mücbir sebep sayılan belirli olguların bir listesini içerir (*benannte Klauseln, Spezial Klauseln*)³⁰⁸. Bu liste, nadiren sayıca sınırlandırıcı (*numerus clauses*) bir yapıda olur. Çoğunlukla, sayılanlardan başka olaylar da mücbir sebep teşkil edebilecek şekilde, belirtilen olaylarla mücbir sebep kavramı arasında bağlantı kurulur³⁰⁹. Bu tür kayıtlar genellikle şöyle bir yapıdadırlar: “Yangın, grev, seferberlik, makinelerin zarar görmesi, savaş, ambargo, ithalat ve ihracat yasakları ve benzeri mücbir sebep halleri saklıdır.”³¹⁰

³⁰⁵ Huber, LS I, s. 617; Beitzke, G.: *Höhere Gewalt Klauseln*, Der Betrieb, 1967 Nr.41, s. 1751; Gesang, J.: Force- majeure und ähnliche Entlastungsgründe im Rahmen der Lieferungsverträge von Gattungsware, Königstein/Ts. 1980, s. 23; Fischer, s. 92; Mönchmeyer, s. 93.

³⁰⁶ Fischer, s. 92; Mönchmeyer, s. 93.

³⁰⁷ Hamburg Borsası İşlem Şartları’nın 15. paragrafı (<http://www.waren-verein.de/>: Erişim tarihi: 15.09.2009).

³⁰⁸ Huber, s. 617; Beitzke, s. 1751.

³⁰⁹ Mönchmeyer, s. 93; Katsivela, M.: *Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses?*, Uniform Law Review, 2007-1, s. 111.

³¹⁰ Ayrıca bkz. Grain&Feed Trade Association Ltd. (GAFTA) Örnek Sözleşme:100, Madde 22: “Satıcılar, malların tamamının veya bir kısmının taşınmasında, her türlü doğa olayları (*Act of God*) grev, lokavt, isyan ve kargaşa, işçi hareketleri (*combination of Workmen*) makinelerin arızalanması, yangın veya mücbir sebep kavramının kapsamı içinde olan her türlü sebeple meydana gelen

Sözleşmede, burada incelediğimiz iki kayıt türünden hangisine yer verilmesinin daha faydalı olduğu konusunda kesin bir sonuca varmak mümkün değildir. Çünkü, her iki türün de yararları ve sakıncaları vardır. Genel mücbir sebep kayıtlarının tercihe şayan tarafı, basitliği ve esnekliğidir; buna karşılık aynı özellikleri nedeniyle bu tür kayıtların kapsam bakımından tereddüde yol açacağı ve bu nedenle tarafların mücbir sebep kaydından bekledikleri faydayı azaltacağı da bir gerçektir. Genel kayıtla bağlantılı olarak örnek kabilinden belli olayların sayılmasının, mücbir sebep kavramına verilecek anlam konusunda açıklık sağlayacağı düşünülebilir. Ancak bu da, özellikle kayıtlarda belirtilmeyen bir engel ortaya çıktığında, örneklerin genel mücbir sebep kaydıyla ilişkisinin yorumlanmasını gerektirir ve bu yorum sonucunda, sorumluluktan kurtuluş sebeplerinin çerçevesi, tarafların iradesi o yönde olmadığı halde, daralabilir ya da tam aksine genişleyebilir³¹¹. Buna rağmen, tarafların ihtiyaç duyduğu öngörülebilirliği sağlamak bakımından, dikkatlice belirlenmiş olmak şartıyla, mücbir sebep kavramıyla bağlantı halinde, belli engellerin tespit edildiği mücbir sebep kayıtlarını tercih etmek daha isabetlidir ki; günümüz sözleşme uygulaması da bu yöndedir.

B- MÜCBİR SEBEPLERİN BORCUN İFASINI ENGELLEMESİ

Mücbir sebep kayıtlarının, öngörülen sonuçları doğurabilmesi için kural olarak, kayıtta belirtilen nitelikte bir olayın borcun ifasını engellemiş olması

gecikmeden sorumlu olmazlar.”, <http://www.gafta.com/index.php?page=dwcontracts>, (Erişim Tarihi: 15.09.2009).

³¹¹ **Beitzke**, s. 1751; ayrıca bkz. **Böckstiegel, K.H.:** *Vertragsklauseln über nicht zu vertretende Risiken im internationalen Wirtschaftsverkehr*, Recht der Internationalen Wirtschaft, (RIW) 1984/1, s. 7.

gerekir³¹². Bu durum öncelikle, kayıtta belirtilen olayın, borcun ifa edilmemesinin uygun sebebi olmasını; başka bir ifadeyle, mücbir sebep olayı ile borcun ifa edilmemesi arasında uygun illiyet bağının bulunmasını gerektirir. Böylece mücbir sebep olayı gerçekleşmiş olmakla birlikte, borcun başka bir sebeple ifa edilmemiş olması halinde, borçlu mücbir sebep kaydına dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin, kayıtlarda sayılan türden bir olay gerçekleşmiş olmakla birlikte, bu olayın doğurduğu sonuçların üstesinden gelip, borcu ifa edebilecek durumda iken bunu yapmayan borçlu, mücbir sebep kaydına dayanamaz. Çünkü bu durumda borç, mücbir sebep olayı yüzünden değil, borçlunun üzerine düşeni yapmaması, yani kusuru nedeniyle ifa edilmemiş olur³¹³.

Mücbir sebep olayının borcun ifa edilmemesinin uygun sebebi olmasının yanı sıra, kaydın uygulanması için, söz konusu olayın edim üzerinde nasıl bir etki yapması gerektiğini de açıklığa kavuşturmak gerekir. Başta Fransız hukuk çevresi olmak üzere, bazı hukuk sistemlerinde, belli bir olayın mücbir sebep (*force majeure*) teşkil etmesi için, o olayın borcun ifasını imkânsız kılması gerektiğinden söz edilmektedir³¹⁴. Bu yaklaşım, özellikle çeşit borçlarının söz konusu olduğu hallerde, borçlunun mücbir sebep kaydına dayanarak sorumluluktan kurtulmasının mümkün olup olmadığı noktasında tereddütlere yol açabilir. Zira bilindiği üzere, hiçbir açıdan sınırlandırılmamış çeşit borçlarında, borçlanılan çeşit yeryüzünde var olduğu müddetçe, imkânsızlıktan söz edilemez³¹⁵. Bu nedenle yalnızca ifanın imkânsızlığı

³¹² Bkz. **Beitzke**, s. 1751: Yazar, mücbir sebep kayıtlarını mutlak (*absolut*) ve görelî (*relativ*) olmak üzere ikiye ayırmakta ve mücbir sebep olaylarının salt gerçekleşmiş olmasını yeterli sayan kayıtları mutlak kayıtlar; buna karşılık olayların gerçekleşmiş olmasının yanı sıra, borcun ifasını herhangi bir surette engellemiş olmasını da arayan kayıtları görelî mücbir sebep kayıtları olarak adlandırmaktadır.

³¹³ **Katsivela**, s. 107.

³¹⁴ Bkz. **Katsivela**, s. 106.

³¹⁵ Bkz. yuk. § 2, II, D.

sonucunu doğuran engellerin mücbir sebep teşkil edebileceği kabul edildiği takdirde, çeşit borçlarında, borçlunun mücbir sebep kaydına dayalı olarak sorumluluktan kurtulması söz konusu olamayacaktır.

Bu noktadaki tereddüt, imkânsızlığın iki farklı anlamda kullanılmasından kaynaklanmaktadır. Fransız hukukunda, C.C. 1148 anlamında mücbir sebep (*force majeure*) bakımından imkânsızlık kavramına verilen anlam, imkânsızlığın, Alman hukuk çevresine dâhil borçlar hukuku düzenlemelerindeki³¹⁶ teknik anlamından farklıdır. Zira daha önce de belirtildiği gibi, Alman hukuku ile, onun etkisi altındaki Türk ve İsviçre hukuku açısından, teknik anlamdaki imkânsızlık kavramı, yalnızca sürekli engelleri kapsar³¹⁷. Fransız hukukunda, C.C. 1148 anlamında mücbir sebep kavramı bakımından dile getirilen imkânsızlık şartı ise, mücbir sebeplerin sadece sürekli imkânsızlık sonucu doğuran olaylardan ibaret olduğu değil; fakat borcun ifasını “engellemeyip”, yalnızca “güçleştiren” olayların mücbir sebep sayılmayacağı anlamına gelir³¹⁸. Bu yönüyle C.C. 1148 anlamında mücbir sebebin ifayı imkânsız kılması şartının, mücbir sebebin kaçınılmazlığına vurgu yaptığını söylemek mümkündür. Tüm bu nedenlerle, ancak ifayı imkânsız kılan olayların mücbir sebep olarak nitelendirilebileceği şartından, borcun gecikmeyle ifasına yol açan olayların mücbir sebep sayılmayacağı sonucu çıkarılamaz. Belli bir olgunun borcun ifasını engellemesinin kaçınılmaz olduğu hallerde, engel geçici nitelikte dahi olsa, mücbir sebep sayılabilir³¹⁹. Bu nedenle, çeşit borçlarında geçici engeller söz konusu olabilir ve bu engeller mücbir sebep kaydının kapsamında kaldığı ölçüde, borçlu ifanın gecikmesinden doğan sorumluluktan kurtulabilir.

³¹⁶ Karş. BGB § 275; OR 97, 119; BK 96, 117.

³¹⁷ Bkz. yuk. § 3, I, A.

³¹⁸ Bkz. **Katsivela**, s. 106; **Mönchmeyer**, s. 58-60.

³¹⁹ **Maskow, D.:** *Hardship and Force Majeure*, AJCL, Vol. 40, 1992, s. 663-664.

Öte yandan günümüzde, mücbir sebep kayıtlarında ve hatta bazı mahkeme ve hakem kararlarında, ifayı imkânsız kılan olayların yanı sıra, onu önemli ölçüde güçleştiren olguları da mücbir sebep (*force majeure*) kavramı altında ele almak yönünde bir eğilim gözlemlenmektedir³²⁰. Özellikle çeşitli olguların belirtilip, bu olguların “sözleşme konusu üzerinde önemli ölçüde etkili olması” veya “borcun ifasını imkânsız kılması veya önemli ölçüde güçleştirmesi” hallerinde borçlunun sorumluluktan kurtulacağını öngören sözleşme kayıtlarında bu eğilimi açıkça görmek mümkündür³²¹.

C- BİLDİRİM YÜKÜMÜ

Mücbir sebep kayıtlarının içeriğinde bulunan olaylardan biri gerçekleşip, bu nedenle borcun ifa edilemeyecek olması halinde, bunu mümkün olduğunca erken bir zamanda öğrenmek, sözleşmenin karşı tarafı için önem arz eder. Bu nedenle uygulamada, mücbir sebep kayıtları büyük bir çoğunlukla, mücbir sebep sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi nedeniyle borcunu ifa edemeyecek olan tarafı, bu durumdan karşı tarafı haberdar etmekle yükümlü tutmaktadır. Söz konusu kayıtlarda genellikle, mücbir sebep olayı nedeniyle borcunu ifa edemeyen tarafın, olayın meydana geldiğini diğer tarafa gecikmeksizin bildirmesi gerektiği; bu yükümü yerine getirmeyen tarafın, bu nedenle zarara uğrayan diğer tarafa karşı sorumlu olacağı öngörülmektedir³²².

³²⁰ Bkz. **Mönchmeyer**, s. 98.

³²¹ Bkz. **Mönchmeyer**, s. 97; **Fischer**, s. 93.

³²² Örnek olarak bkz. Hamburg Borsası İşlem Şartları’nın 15.maddesi.

Belirtmek gerekir ki; bu yönde açık bir hükmün olmadığı hallerde dahi, borçlunun gecikmeksizin alacaklıyı durumdan haberdar etme yükümü, dürüstlük kuralından (MK 2) çıkarılabilir³²³. Ancak, bildirimin süresi, şekli, ve bildirimde bulunulmamasının sonuçları hakkında açıklık sağlamak amacıyla, bildirim yükümünün açıkça sözleşmede düzenlenmesinde fayda vardır. Zira bu konularda, sözleşme uygulamasında farklı yaklaşımlar olduğu gözlemlenmektedir. Şöyle ki; bazı mücbir sebep kayıtları, yalnızca bildirimin gecikmeksizin yapılması gerektiğinden söz ederken, diğer bazı kayıtlarda böyle bir bildirimin ancak belirli süreler içinde yapılabileceği öngörülmektedir. Yine sözleşme uygulamasında, borçlunun alacaklıyı haberdar etme yükümünün, bildirimin ancak belirli şekilde yapılmış olması halinde yerine getirilmiş sayılacağını öngören hükümlere rastlamak da mümkündür³²⁴. Süre veya şekil gibi şartların, mücbir sebep kaydının ileri sürülebilirliği üzerindeki etkisi göz önünde bulundurulduğunda, tüm bu konuların sözleşmede açıkça düzenlenmesi, sözleşmenin her iki tarafının da menfaatinedir.

Sözleşme uygulamasında bildirim yükümünün zamanında yerine getirilmemesinin sonuçlarının düzenlenmesi konusunda çeşitli eğilimler gözlemlenmektedir. Bu eğilimlerden biri, bildirim yükümünün gecikmeksizin yerine getirilmemesine, mücbir sebep kaydına dayanılamaması yaptırımını bağlamak yönündedir³²⁵. Bunun pratik sonucu, mücbir sebep kaydında belirtilen olaylardan birinin gerçekleştiğini ve bu nedenle borcu ifa edemeyeceğini, gecikmeksizin alacaklıya bildirmeyen borçlunun, borcun ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararların tamamından sorumlu tutulmasıdır. Bildirim yükümünün ihlâlîne

³²³ Huber, LS I, s. 620; Mönchmeyer, s. 104 ; Fischer, s. 94.

³²⁴ Bu yöndeki bir örnek kayıt için bkz. Mönchmeyer s. 104, dn. 491.

³²⁵ Bkz. Hamburg Borsası İşlem Şartları madde 15. Doktrinde de bu yaklaşımı isabetli bulan yazarlar vardır. Bkz. Mönchmeyer, s. 105.

daha hafif bir sonuç bağlayan bir anlayışa göre, bildirim yükümünün gecikmeksizin yerine getirilmemesi halinde, bildirim zamanında yapılırdı engelin ortaya çıktığı andan itibaren hüküm ifade edecek olan mücbir sebep kaydı, bildirimin geç yapılması nedeniyle, bildirimin yapıldığı tarihten itibaren hüküm ifade eder³²⁶. Bu yaklaşımın pratik sonucu ise, borçlunun bildirimin yapıldığı tarihe kadar borcun ifa edilmemesinden doğan zararlardan sorumlu olmasıdır. Bu konudaki üçüncü ve bildirim yükümünün amacına daha uygun bulduğumuz bir yaklaşım ise, bildirim yükümünün zamanında yapılmamasına, mücbir sebep kaydının ileri sürülebilirliği açısından herhangi bir etkiye sahip olmayacağı yönündedir. Bu yaklaşıma göre, bildirim yükümünü yerine getirmeyen borçlu, alacaklının, yalnızca bildirim yükümünün yerine getirilmemesi nedeniyle uğradığı zararları tazminle yükümlü tutulmaktadır³²⁷.

Bu noktada cevaplandırılması gereken soru, tarafların sözleşmede, bildirim yükümünün ihlâline uygulanacak yaptırım konusunda açık bir düzenleme yapmamış olmaları halinde, bu ihlâl ne tür bir yaptırımın uygulanacağıdır. Kanımızca, burada ihlâl edilen normun gerektirdiği davranış, bildirimin yapılması olduğuna göre; ister sözleşmeden, ister MK 2 anlamında dürüstlük kuralından doğsun, bildirim yükümünün ihlâlinin yaptırımı, borçlunun, söz konusu yükümün ihlâli nedeniyle meydana gelen zararları tazminle yükümlü tutulması olmalıdır. Bu yaptırım şeklinin yerindeliği, ihlâl bağlanan sonucu, ihlâl edilen davranış yükümünü esas alarak tanımlamasından kaynaklanmaktadır. Nitekim sözleşmeler hukukunun

³²⁶ Bkz. ICC Force Majeure Clause 2003, http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=700700&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&page=pub_show_document.php#ti700700N1, (Erişim tarihi: 15.09.2009).

³²⁷ Bkz. CISG 79/IV; PECL 8:108; UPICC 7.1.7.

yeknesaklaştırılmasına yönelik belli başlı uluslar arası metinlerde de, bildirim yükümünün ihlâlinin sonuçları konusunda, sözü edilen yaklaşım benimsenmiştir³²⁸.

II. MÜCBİR SEBEPLERE BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

Sözleşme uygulamasında mücbir sebep olayları gibi, bu olayların sözleşme ilişkisi üzerinde hangi etkileri doğuracağına ilişkin düzenlemeler de çeşitlilik göstermektedir³²⁹. Bu çeşitliliği, gerek mücbir sebep kayıtlarının zaman içerisinde geçirdiği değişiklikte, gerekse günümüzde rastlanılan sözleşme örnekleri arasında gözlemlemek mümkündür. Örneğin, geçmişte rastlanılan bazı sözleşme örneklerinde çeşitli olaylar mücbir sebep olarak sayılmakta ve bu olayların gerçekleşmesi halinde, borçlunun sözleşmeden doğan edim yükümünün, mücbir sebebin gerçekleştiği anda kendiliğinden sona ereceği öngörülmekte; edim yükümü sona erdiği için borcun ifa edilmemesi sözleşmeye aykırılık sayılmamakta, alacaklı da herhangi bir tazminat talep edememekteydi. Tespit edebildiğimiz kadarıyla günümüzde artık, bir bozucu şart (BK 152) hükmündeki böyle kayıtlara rastlanmamaktadır. Öte yandan günümüzde, giderek artan sayıda sözleşmede, klasik mücbir sebep kavramı ve mücbir sebep kayıtlarının bünyesine yabancı olmasına rağmen, mücbir sebep kayıtlarında öngörülen olayların gerçekleşmesi halinde, taraflar için bir yeniden müzakere (*renegotiation*, *Neuverhandlung*) yükümü öngören hükümlere rastlanmaktadır³³⁰.

³²⁸ Bkz. bir önceki dipnotunda belirtilen hukukî metinler; ayrıca bkz. yuk. § 4, II, A, 5.

³²⁹ Bkz. *Gesang*, s. 68; *Mönchmeyer*, s. 105

³³⁰ *Mönchmeyer*, s. 107.

Mücbir sebep kayıtlarının hukukî sonuçlarında görülen bu çeşitlilik karşısında, konuya ilişkin incelemelerin, uygulamada en çok yer verilen hukukî sonuçlarla sınırlanması zorunluluk arz etmektedir. Bu çerçevede bizim bu bölümdeki incelemelerimiz de, uygulamada mücbir sebep kayıtlarının neredeyse tamamında, birlikte ya da ayrı ayrı yer alan iki hukukî sonuçla sınırlanmaktadır ki; bunlar ifa zamanının ertelenmesi ve sözleşmeden dönme hakkıdır.

İfa zamanının ertelenmesi ya da süre uzatımı, mücbir sebep kayıtlarında en çok rastlanılan hukukî sonuçtur. Borçlunun sorumlu olmadığı sürekli engeller nedeniyle borç ifa edilemediğinde, edim yükümleri karşılıklı olarak kanun gereği sona erdiğinden (BK 117), ifa zamanının ertelenmesi şeklindeki bir hukukî sonuç, ancak geçici engeller bakımından anlam ifade eder.

İfa zamanının ertelenmesi sonucunu öngören hükümler, mücbir sebep kaydında sayılan engellerin ortaya çıkması halinde, ifa zamanının söz konusu engel varlığını sürdürdüğü müddetçe ertelendiği biçiminde ifade edilir³³¹. Öte yandan, ifa zamanının ertelenmesini öngören kayıtlarda genellikle ifanın erteleneceği sürenin üst sınırı da tespit edilir ve bu üst sınır aşıldığında tarafların sözleşmede öngörülen haklarını (çoğunlukla sözleşmeden dönme hakkını) kullanabileceği belirtilir. Taraflarca ifanın ertelenebileceği sürenin üst sınırının tespiti, her şeyden önce öngörülebilirlik sağlamak açısından önem arz eder. Çünkü bu sayede sözleşmenin her iki tarafı da, borcun ifasını engelleyen bir durumun ortaya çıkması halinde, ifa edileceği şüpheli hale gelmiş bir sözleşmeyle en çok ne kadar süre daha bağlı kalacaklarını önceden bilebileceklerdir. Bu açıdan, sözü edilen türde bir sürenin tespitinin, bir anlamda, somut sözleşmenin taraflarının engelin “geçici” olmasının ne

³³¹ Çeşitli örnekler için bkz. **Mönchmeyer**, s. 105 vd.

anlama geldiği konusundaki uzlaşmalarını da yansıttığını söylemek mümkündür. Böylece öngörülen süre boyunca sözleşme tarafları bağlamaya devam edecek, bu sürenin geçmesinden sonra ise, uygulamada çoğunlukla görüldüğü gibi, artık sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen alacaklı, sözleşme ilişkisini sona erdirebilecektir.

İfa zamanının ertelenmesi sonucunu içeren bir mücbir sebep kaydında öngörülen şartların gerçekleşmiş olması, borçlu lehine bir geciktirici def'i meydana getirir. Başka bir ifadeyle, öngörülen şartların gerçekleşmiş olmasıyla, kaydın öngördüğü sonuçlar kendiliğinden doğmaz; bunun için kaydın borçlu tarafından ileri sürülmüş olması gerekir³³². Bu nedenle, salt mücbir sebep kaydında öngörülen şartların gerçekleşmiş olması, temerrüdün meydana gelmesini engellemez. Borçlu mücbir sebep kaydını ileri sürdüğünde, temerrüt, geriye etkili olarak ortadan kalkar. Aynı nedenlerle, ifa bütünüyle imkânsız olmadıkça, mücbir sebep kaydında öngörülen şartlar gerçekleşmiş olmasına rağmen, borçlu, kaydı ileri sürmeyip, olağanın üzerinde emek veya masraf sarf ederek, ifanın önündeki engeli ortadan kaldırabilir ve borcu ifa edebilir. Öte yandan, örneğin mutlak kesin vadeli bir işlemin söz konusu olması gibi bir sebeple ifa imkânsız hale gelmişse, alacaklının ifa talebi karşısında borçlunun ifanın imkânsız olduğuna ilişkin savunması, def'i değil, itiraz niteliğindedir³³³. Esasen burada borçlu, mücbir sebep kaydından bağımsız olarak, ifanın imkânsızlığını ileri sürmüş olmaktadır.

İfa zamanının ertelenmesinin yanı sıra, mücbir sebep kayıtlarında sıklıkla yer verilen bir diğer sonuç, sözleşmeden dönme hakkının doğmasıdır. Söz konusu hak,

³³² Huber, LS I, s. 621.

³³³ Bkz. yuk. § 2, III, A, 1.

bazı sözleşmelerde taraflardan birine, bazılarında ise her ikisine birden tanınmaktadır. Yine bir kısım sözleşmelere göre, dönme hakkı, engelin ortaya çıkması üzerine derhal kullanılabilmekeyse de, bu hakkın çoğunlukla, yukarıda³³⁴ değindiği gibi, ifa zamanının ertelenmesi ve öngörülen sürenin sonunda engelin halen ortadan kalkmamış olması üzerine kullanılabilir şekilde tanındığını söylemek mümkündür³³⁵.

III. MÜCBİR SEBEP KAYITLARININ BORCUN İFA EDİLMEMESİNDEN DOĞAN SORUMLULUK AÇISINDAN İŞLEVİ

Mücbir sebep kayıtlarının borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluk açısından ne tür bir işlev gördüğü, mücbir sebep kaydı olmasaydı uygulama alanı bulabilecek olan kanun hükümleri ile somut sözleşmenin içeriğine göre belirlenebilir. Bu çerçevede, kayıtların işlevini, sorumluluktan kurtuluş sebepleri ve kayıtlarda öngörülen sonuçlar bakımından ikiye ayırarak incelemek gerekir:

A- SORUMLULUKTAN KURTULUŞ SEBEPLERİ BAKIMINDAN

Sorumluluktan kurtuluş sebepleri bakımından mücbir sebep kayıtlarının işlevi, genel mücbir sebepler ve özel mücbir sebepler açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır:

³³⁴ Bkz. yuk. § 5, II.

³³⁵ Bkz. **Huber**, LS I, s. 620; **Mönchmeyer**, s. 105.

Genel mücbir sebepler, hemen her mücbir sebep kaydında, somut sözleşmeye özgü risklerden bağımsız olarak yer alan, çoğunlukla doğa olayları, genel yasaklamalar gibi tarafların etki alanlarından kaynaklanmadığı düşünülen olaylardır. Bu tip olaylar bakımından mücbir sebep kayıtları, prensip olarak, yalnızca açıklık sağlayıcı bir işleve sahiptirler. Çünkü, sözü edilen türdeki olaylar borcun ifasını engellediği takdirde, mücbir sebep kayıtları olmasa da borçlu, Borçlar Kanunu uyarınca, borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan kurtulur³³⁶. Örneğin, deprem, hemen her mücbir sebep kaydında yer verilen bir olaydır. Borçlu, meydana gelen bir deprem nedeniyle borcunu ifa edemediğinde, olayların çoğunda, kanun gereği sorumluluktan kurtulur. Çünkü, depremin borcun ifa edilememesinin tek sebebi olması, borçluya atfedilebilecek bir kusurun bulunmaması anlamına gelir. Dolayısıyla sözleşmede borçlunun deprem nedeniyle borcun ifa edilmemesinden sorumlu olmayacağı yönündeki mücbir sebep kaydı, yalnızca açıklık sağlayıcı bir işleve sahip olur.

Özel mücbir sebepler ise, genel mücbir sebeplerden farklı olarak, somut sözleşme ilişkisine özgü, muhtemel riskleri ifade ederler. Bu riskler çoğunlukla kanun gereği borçlunun sorumluluk alanına dahil olduğu halde, tarafların, mücbir sebep kaydında ifadesini bulan anlaşmasıyla, borçlunun sorumluluk alanının dışına çıkarılmıştır. Mücbir sebep kayıtlarının, sözleşmeden doğan sorumluluk açısından gördüğü işlev, bu ikinci tür olaylarda ortaya çıkar. Örneğin, borçlunun sözleşme konusu şeyleri üretmekte kullandığı makinelerin arızalanması, kural olarak onu teslim borcunun ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan kurtarmaz. Çünkü bu

³³⁶ Bkz. **Beitzke**, s.1753; **Mönchmeyer**, s. 107-108.

engele karşı gerekli önlemleri almamış olması, objektif kusur anlayışı³³⁷ çerçevesinde borçluyu sorumlu kılar. Ancak sözleşmenin, makinelerin arızalanmasını mücbir sebep sayan geçerli bir kayıt içermesi halinde, borçlu belirtilen sebeple borcun hiç veya zamanında ifa edilmemesinden sorumlu tutulamaz ve mücbir sebep kaydının öngördüğü sonuçlar doğar.

B- KAYITLARDA ÖNGÖRÜLEN SONUÇLAR BAKIMINDAN

Uygulamada mücbir sebep kayıtlarında sıklıkla yer verilen sonuçlar olarak ifa zamanının ertelenmesi ve sözleşmeden dönme hakkı, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa engelleri içerisinde, ancak geçici engeller bakımından bir işleve sahiptir. Zira sürekli engeller, yani imkânsızlık söz konusu olduğunda, edim yükümleri kanun gereği karşılıklı olarak sona erer (BK 117). Bu nedenle de ifa zamanının ertelenmesi ya da sözleşmeden dönme hakkı, zaten imkânsızlığın meydana geldiği anda sona ermiş bulunan edim yükümleri bakımından bir anlam ifade etmez. Kısmî imkânsızlık hallerinde de, halen mümkün kısmın ifasında alacaklının hiçbir menfaati bulunmuyorsa, ifa tamamıyla imkânsız sayıldığı için³³⁸, olayların çoğunda, sözü edilen sonuçlar, pratik değer taşımayacaktır.

Buna karşılık, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen geçici engeller bakımından mücbir sebep kayıtlarının yerine getirdiği önemli işlevleri, ifa zamanının ertelenmesi ve sözleşmeden dönme hakkı açısından ayrı ayrı değerlendirmek gerekir:

³³⁷ Bkz. yuk. § 1, II, B.

³³⁸ Bkz. yuk. § 2, III, A, 2, a.

1. İfa Zamanının Ertelenmesinin İşlevi

İfa zamanının belli bir süreyle ertelenmesini öngören sözleşme hükümleri sayesinde, borçlunun daha önce kararlaştırılan ifa zamanında borcu ifa etmemesi, sözleşmeye aykırılık teşkil etmez. Başka bir ifadeyle, borçlu öngörülen süre boyunca, başta kararlaştırılan ifa zamanına göre gecikmiş olan ifa nedeniyle temerrüde düşmüş olmaz. Bu durum borçlu için önemli bir avantaj teşkil eder. Zira alacaklı öngörülen süre boyunca ifayı talep edemeyeceği gibi, gecikme nedeniyle uğradığı zararların tazminini de isteyemez. Belirtmek gerekir ki; borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen geçici ifa engelleri söz konusu olduğunda, bu sonuçların Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak da elde edilmesi mümkündür. Zira, Borçlar Kanununa uyarınca, sözü edilen tür engellerde, borcun ifası talep edilemediği gibi (BK 96, 117 kıyasen), borçlu geçici engelden sorumlu tutulamadığı için, gecikme nedeniyle tazminat da talep edilemez (BK 102, 106)³³⁹. Bu nedenle, kanuna göre de borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyecek olan geçici engeller bakımından, ifa zamanının ertelenmesini öngören mücbir sebep kaydının yalnızca açıklık sağlayıcı bir işlevi olduğunu söylemek mümkündür.

İfa zamanını erteleyen mücbir sebep kaydının borçluya sağladığı esas fayda, alacaklının sözleşmeden dönme hakkını (BK 106) sınırlamasıdır. Bilindiği gibi tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, borçlu temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için, kural olarak, alacaklının borçluya ifa için makul bir süre vermiş olması (BK 106) yeterli olup, borçlunun geçici engelden sorumlu olması şart değildir³⁴⁰. Ancak sözleşme gereği, ifa zamanının belli bir süreyle

³³⁹ Bkz. yuk. s. § 3, II.

³⁴⁰ Oğuzman/Öz, s. 391-392.

ertelenmesi, alacaklının dönme hakkının doğumunu da engeller. Zira erteleme süresince alacak muaccel olmayacağından, alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için, engel ortadan kalkmadıkça, sözleşmede belirtilen sürenin geçirilmesi gerekir. Bu yönüyle mücbir sebep kaydı, borçluya, Borçlar Kanununa göre sahip olmadığı bir avantaj sağlamış olmaktadır³⁴¹. Öte yandan, özellikle genel işlem şartları içinde böyle bir hükmün yer alması, hükmün geçerliliğini tartışmalı hale getirebilir³⁴².

İfanın belli bir süre için ertelenmiş olması, alacaklı açısından da bazı sonuçlar doğurabilir. Mücbir sebep kaydında erteleme süresi için bir üst sınır tespit edilmişse, alacaklının BK 106 uyarınca sahip olduğu dönme hakkını kullanması açısından, BK 107/I anlamında, borçluya süre verilmesini gerektirmeyen bir durumun söz konusu olduğunu söylemek mümkündür. Kanımızca bu durumda alacaklı, ayrıca bir süre vermeksizin, öngörülen sürenin geçmesiyle doğrudan sözleşmeden dönebilmelidir. Ancak bu durum, öngörülen erteleme süresinin kısa olduğu veya süre uzun olmakla birlikte, mücbir sebep olayının ifayı kısmen engellediği hallerde önem arz eder. Uzun bir erteleme süresi öngörülmüş ve bu süre geçmiş olmasına rağmen ifayı tümüyle engelleyen olay varlığını sürdürüyorsa, ifa BK 117 anlamında imkânsız hale gelmiş ve edim yükümleri kanun gereği sona ermiş olacağından³⁴³, alacaklının sözleşmeden dönmesine gerek bulunmamaktadır. Buna karşılık, mücbir sebep olayının ifayı kısmen imkânsız kıldığıının kabulünü gerektiren hallerde, öngörülen sürenin

³⁴¹ Bu yönde: **Lörtscher, T.:** Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977, s. 53.

³⁴² Bkz. aşağıda § 6, II, B, 2, a.

³⁴³ Bkz. yuk. § 2, III, A, 1 ve B, 1.

geçmesinden sonra, alacaklının, ifası mümkün olup, halen ifa edilmeyen kısım için sözleşmeden dönmesi mümkündür³⁴⁴.

2. Sözleşmeden Dönme Hakkının İşlevi

Geçici bir engel söz konusu olduğunda, BK 106 uyarınca gerekli şartları sağlayan alacaklı, sözleşmede bu yönde bir hüküm olmasa dahi, kanun gereği sözleşmeden dönebilir. Esasen, engel var olduğu müddetçe aynen ifayı talep edemeyen alacaklı, sorumluluk borçluya isnat edilemediği için tazminat da talep edemiyorsa, ya engelin ortadan kalkmasını bekleyecek ya da sözleşmeden dönecektir. Başka bir ifadeyle, borçlunun sorumlu olmadığı bir olgu ifayı geçici olarak engellediğinde, sözleşmeden dönme, alacaklının, engel var olduğu müddetçe başvurabileceği yegâne yoldur. Hal böyle olunca, sorumluluğun kanun gereği borçluya isnat edilemediği haller bakımından, mücbir sebep kayıtlarında, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkının tanınması, kanunda öngörülen temerrüt rejiminden farklı bir sonuç getirmez.

Borçluya sözleşmeden dönme hakkının tanınmış olduğu hallerde ise, mücbir sebep kayıtlarının kanunî temerrüt rejiminden ayrıldığı bir durum meydana gelir. Zira Borçlar Kanununa göre borçlu, prensip olarak, kendisinin sorumlu tutulamadığı haricî engeller karşısında dahi sözleşmeden dönme imkânına sahip değildir³⁴⁵. Bu nedenle, mücbir sebep kaydında borçlu lehine öngörülen dönme hakkı, sözleşmeden

³⁴⁴ Kısmî dönmenin şartları ve sonuçları konusunda bkz. **Buz**, s. 313 vd; **Oğuzman/Öz**, s. 424-426.

³⁴⁵ Alacaklı temerrüdünde ise borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır (BK 94). Ayrıca işlem temelinin çökmesi halinde de, sözleşmenin uyarlanması mümkün değil ise, borçlunun sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir: Bkz. **Serozan**, (İfa) s. 267 N. 9.

doğan bir dönme hakkı niteliğindedir³⁴⁶. Böylece borçlu, kanunî temerrüt rejimine göre sahip olmadığı, önemli bir avantaj elde etmiş olur³⁴⁷. Öte yandan, borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanıyan mücbir sebep kaydına, genel işlem şartları içerisinde yer verilmesinin, aşağıda³⁴⁸ değinildiği gibi, hükmün geçerliliğini tartışmalı hale getireceği de gözden uzak tutulmamalıdır.

§ 6. MÜCBİR SEBEP KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ

I. GENEL OLARAK

Sözleşme özgürlüğünün sınırları çerçevesinde, kural olarak taraflar, sözleşmeden doğan yükümlülükler gibi, bu yükümlülüklerden kurtulmaya ilişkin kuralları da serbestçe belirleyebilirler. Tarafların bu özgürlükleri, emredici kanun hükümleri ile sınırlanmıştır. Borçlunun borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan kurtulmasına ilişkin sözleşme hükümleri de, her hukukî işlem için geçerli BK 19, 20 gibi sınırlandırıcı hükümlerin yanı sıra, genel işlem şartlarının denetimine ilişkin kurallara da tâbidir. Genel işlem şartlarının denetimine ilişkin kuralların, mücbir sebep kayıtları açısından önemi, anılan kaydın çok büyük bir çoğunlukla genel işlem şartları içerisinde yer almasından kaynaklanır. Bu nedenle söz konusu kayıtların geçerliliği, özellikle genel işlem şartlarının geçerliliğine ilişkin kurallar açısından incelenmelidir.

³⁴⁶ Huber, LS I, s. 619.

³⁴⁷ Lörtscher, s. 50.

³⁴⁸ Bkz. aşı. § 6, II, B, 2, b.

II. GENEL İŞLEM ŞARTI İÇEREN TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ AÇISINDAN

A- TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNA GÖRE HAKSIZ KAYITLAR

Bilindiği gibi, genel işlem şartları kavramı, girişimcinin , sözleşmenin kurulmasından önce aynı tipte ve çok sayıda hazırlamış olduğu standart sözleşme formları ile karşı tarafa sunduğu, müzakere edilmeksizin sözleşmenin içeriğine dâhil edilen sözleşme hükümlerini ifade eder³⁴⁹. Günümüzün seri üretime dayalı ekonomik sistemi içinde, genel işlem şartlarının kullanılması kaçınılmazdır. Ancak, genel işlem şartlarına dayalı sözleşmelerin diğer tarafının ya bunları kabul etmek ya da sözleşmeyi yapmamaktan başka bir seçeneği yoktur. Özellikle genel işlem şartlarına dayalı sözleşmelerin taraflarını, konusunda uzman bir satıcı veya sağlayıcıya karşılık, kural olarak sözleşmenin konusuna ilişkin üretim süreçleri, teknik ayrıntılar ve riskler hakkında çok az bilgi sahibi olan tüketicinin oluşturması durumunda, sözleşmenin zayıf tarafını teşkil eden tüketicilerin korunması ihtiyacı doğmaktadır.

Zayıf tarafın korunması ihtiyacı, çalışmamızda incelediğimiz mücbir sebep kayıtları söz konusu olduğunda iyice belirginleşir. Zira bu sözleşme kayıtları, sözleşmenin taşıdığı riskleri ve bu risklerin gerçekleşmesinin hukukî sonuçlarını

³⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer, Y.:** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999, s. 1 vd.; **Havutçu, A.:** Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, s. 71 vd.

konu almaktadırlar. Satıcı veya sağlayıcı, uzun bir zaman diliminde, uzman hukukçulardan yardım alarak hazırladığı söz konusu kayıtlarla söz konusu risklere karşı kendini güvence altına alırken; tüketici, bir yandan kısa bir zaman diliminde ve çoğunlukla okuma imkânı bile bulamadan kabul ettiği bu şartların uygulanması sonucunu doğuracak risklerin birçoğunun varlığından dahi habersizdir; diğer yandan da bu risklerin gerçekleşmesine bağlanan hukukî sonuçları, hukukî yardım almaksızın anlayabilecek durumda değildir.

Burada kısaca değindiğimiz sebeplerden doğan korunma ihtiyacını dikkate alan kanun koyucu ve yürütme organları, tüketici sözleşmeleriyle ilgili mevzuatta, genel işlem şartlarının denetlenmesine ilişkin hükümlere yer vermektedirler. Türk hukukunda tüketici sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartlarının denetimi imkânı, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun (TKHK) 6. maddesi ile sağlanmıştır. “Sözleşmelerdeki Haksız Şartlar” başlığını taşıyan bu hükmün birinci fıkrasına göre, *“Satıcı veya sağlayıcının tüketiciye müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyiniyet kurallarına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır.”* Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise *“Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir.”* Ayrıca TKHK 5’in verdiği yetkiye dayanılarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nca çıkarılan Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğe³⁵⁰ (HŞY) göre de, *“sözleşme şartlarının tüketicinin anlayabileceği şekilde açık ve anlaşılır dille yazılmış olması gerekir”*

³⁵⁰ RG, 13.06.2003. Adı geçen Yönetmelik, çok büyük ölçüde, Avrupa Birliği tarafından kabul edilen, 5 Nisan 1993 tarih ve 93/13 sayılı, tüketici sözleşmelerindeki haksız kayıtlara ilişkin Konsey direktifine dayanmaktadır. Direktifin İngilizce metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31993L0013:EN:HTML>, (Erişim Tarihi: 15.09.2009).

(m.6/I). “Bir sözleşme şartının haksızlığı değerlendirilirken, sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin yapılmasını sağlayan şartlar ve onun bağlı olduğu sözleşmelerin tüm şartları dikkate alınır.” (HŞY m.6/II). Yönetmeliğin ekinde de yol gösterici mahiyette ve sınırlayıcı olmamak üzere, haksız olarak kabul edilebilecek şartlar listesine yer verilmiştir. Yönetmeliğin 7. maddesinde ise, haksız kayıtların tabi olduğu geçersizlik yaptırımının türünün butlan olduğu ifade edilmiştir.

TKHK 6’dan çıkan sonuç, genel işlem şartları içerisinde yer alan sözleşme hükmünün haksız kayıt sayılabilmesi için, hükmün tüketici aleyhine dengesizlik yaratması ve bunun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesidir. Doktrinde, TKHK 6’da sözü edilen dengesizlik unsurunun tespitinde, tartışma konusu hükmün, kendisi olmasaydı uygulanacak olan norm esas alınmakta ve bu normdan ayrılan genel işlem şartlarının kural olarak dengesizliğe yol açtığı kabul edilmektedir³⁵¹. Dürüstlük kuralına aykırılık unsuru ise, söz konusu dengesizliğin önemli sayılabilecek, tüketiciyi ölçüsüz şekilde mağdur ettiği kabul edilebilecek bir dereceye ulaşmış olmasını gerektirir³⁵².

B- GENEL İŞLEM ŞARTLARI İÇERİSİNDE YER ALAN MÜCBİR SEBEP KAYITLARININ TKHK 6 AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İnceleme konumuz olan mücbir sebep kayıtlarının, yukarıda özet olarak değinmeye çalıştığımız ilkeler çerçevesinde, TKHK 6 anlamında haksız kayıt sayılıp sayılamayacağı, her şeyden önce somut sözleşme hükmünün içeriğine bağlıdır. Bu

³⁵¹ Atamer, (Armağan) s. 305; Kocayusufpaşaoğlu, s. 248, N. 34.

³⁵² Bkz. Atamer, (Armağan) s. 309; Kocayusufpaşaoğlu, s. 248, N. 34

konuda da mücbir sebep kayıtlarının, öngörülen sorumluluktan kurtuluş sebepleri ve sonuçlar bakımından ikiye ayrılarak incelenmesi gerekir:

1. Sorumluluktan Kurtuluş Sebepleri Bakımından

Mücbir sebep kaydının, TKHK 6 anlamında haksız kayıt niteliğinde olup olmadığını tespit edebilmek için, öncelikle sözleşme hükmünde sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak belirtilen olgunun, ilgili kanun hükümlerine göre borçlunun sorumluluğunu gerektirip gerektirmeyeceği araştırılmalıdır. Çünkü, ancak ilgili hukukî düzenlemeden ayrılan genel işlem şartlarının denetimi söz konusu olabilir. Başka bir ifadeyle, eğer genel işlem şartları içinde yer alan bir hüküm, ilgili hukukî düzenlemenin tekrarından ibaret ise, denetimin dışında kalır³⁵³.

Daha önce çeşitli vesilelerle değinildiği gibi, mücbir sebep kayıtlarında sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak öngörülen olgular, iki türdür: Bazı olgular, zaten kanun gereği borçlunun sorumluluktan kurtulması sonucunu doğurdukları halde, açıklık sağlama amacıyla kayıtlarda yer alır. Bu tür kayıtlara, doğa olaylarının borcun ifasını engellemesi halinde, borçluyu tazminat yükümünden kurtaran mücbir sebep kayıtları örnek olarak verilebilir. Kanun gereği (BK 96, 102) borçlu, borcun ifa edilmemesinden kural olarak ancak kusurlu olduğu takdirde sorumlu tutulabildiğinden ve salt doğa olaylarının engel olması halinde borçlunun kusurundan söz edilemeyeceğinden, bu tür olayların borcun ifasını engellemesi halinde, borçlu zaten kanun gereği sorumluluktan kurtulur³⁵⁴. Bu nedenle sözü edilen türdeki

³⁵³ **Atamer**, (Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi) s. 217. Ayrıca bkz. **Atamer**, (Armağan), s. 313.

³⁵⁴ **Beitzke**, s. 1753.

kayıtlar, gerçek anlamıyla sorumluluktan kurtarıcı kayıtlar olarak değerlendirilemez ve ilgili kaydın haksızlığı da söz konusu olamaz³⁵⁵.

TKHK 6 anlamında denetim gerektiren ve dolayısıyla haksızlığı tartışılabilir kayıtlar, kanun gereği borçlunun sorumluluğunu gerektiren olaylara ilişkin olan kayıtlardır. Bu tür kayıtların varlığı tespit edildikten sonra, kaydın konusunu teşkil eden olgu ve bunun için öngörülen sonucun, kanunun öngördüğü kriterler çerçevesinde haksızlığı araştırılmalıdır. Bu yapılırken, özellikle, sözleşmeyle mücbir sebeplere bağlanan sonucun, çoğunlukla ifa zamanının ertelenmesi gibi, alacaklının kanun gereği sahip olduğu aynen ifayı talep etme, tazminat, sözleşmeden dönme haklarını kullanmasını engelleyen ağır bir sonuç olduğu göz önünde tutulmalıdır. Bu çerçevede genel olarak, belli bir olayın, ifa zamanının ertelenmesi sonucunu doğurmasının, borçlunun, kanuna göre kendi sorumluluk alanından kaynaklanan riskleri, genel işlem şartlarını kullanarak, ölçsüz biçimde tüketiciye yüklemesi anlamına geldiği hallerde, mücbir sebep kaydının TKHK 6 anlamında haksız kayıt niteliğinde olduğunu kabul etmek gerekir³⁵⁶.

Bu çerçevede, öncelikle, mücbir sebep sayılan olayın, borçlunun kusurundan ya da ifa yardımcılarının eylemlerinden kaynaklanmış olması halinde dahi, olayın gerçekleşmesiyle, kayıta belirtilen sonuçların doğacağını öngören ve genel işlem şartları içerisinde yer alan hükümler, prensip olarak TKHK 6 anlamında haksız kayıt sayılmalıdır³⁵⁷. Çünkü bu tip düzenlemeler, borçluyu kural olarak her türlü kusurundan ve ifa yardımcılarının eylemlerinden sorumlu tutan Borçlar Kanunu hükümlerinden (BK 98, 100) ayrılmakta ve bu, genel işlem şartları yoluyla

³⁵⁵ **Mönchmeyer**, s. 133; **Beitzke**, s. 1753.

³⁵⁶ **Mönchmeyer**, s. 133.

³⁵⁷ Alman hukuku için aynı yönde: **Mönchmeyer**, s. 133; **Huber**, LS I, s. 621.

sağlanmaktadır. BK 99 uyarınca, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin anlaşma yapılabilecek olması ya da borçlunun ifa yardımcılarının eylemlerinden doğan sorumluluğunun sözleşmeyle bertaraf edilebilecek olması da tek başına, kaydın haksız sayılmasını engellemez³⁵⁸. Zira burada kaydın haksız sayılmasının temel sebebi, zaten tamamlayıcı hüküm niteliğinde bulunan kurallardan farklı yönde düzenleme yapılmış olması değil; fakat bu farklı düzenlemenin, tüketicinin rızasına dayanmaması ve taraflar arasında müzakere edilmemiş genel işlem şartları vasıtasıyla sözleşmenin içeriğine dâhil edilmiş olmasıdır³⁵⁹.

Sözleşme uygulamasında kullanılan bazı standart kayıtlarda, kayıтта öngörülen sonuçların, kayda konu olan engelin borçlu temerrüde düştükten sonra ortaya çıkmış olması halinde dahi, kayıтта öngörülen sonuçların yine de doğacağı öngörülmektedir. Bu kayıtlarda hedeflenen, BK 102’de öngörülen kazadan (umulmayan halden) sorumluluğu (*Zufallshaftung*) bertaraf etmektir. Ancak böyle bir hüküm de, TKHK 6 uyarınca, tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir dengesizlik yaratan hükümlerden sayılmalıdır. Çünkü her şey den önce, burada da borçlunun kanun gereği taşıması gereken bir sorumluluk vardır. Ayrıca da borçlu, BK 102 hükmü ile, bir yandan temerrüt halinde kendisinin kusuru bulunmaksızın ifayı engelleyen bir durumun ortaya çıkmasından sorumlu tutulmakta, ancak diğer yandan da aynı maddenin ikinci fıkrası ile zaten yeterli derecede korunmaktadır. Zira, borçlu, BK 102/I’de öngörülen bu kendisi aleyhine genişletilmiş sorumluluktan, temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını veya meydana gelen zararın, kendisi borcu zamanında ifa etseydi dahi ortaya çıkacağını ispat ederek kurtulabilir (BK 102/II).

³⁵⁸ Bkz. **Atamer**, (Armağan), s. 314; **Beitzke**, s. 1753.

³⁵⁹ Bu konuda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 226- 227.

Kanunun bu yaklaşımı, temerrüde düşmekte kusurlu olduğu hallerin veya ifanın gecikmesiyle uygun illiyet bağı içerisindeki olayların zarar verici sonuçlarından doğan sorumluluğun borçluya yüklenmesinin adil olduğu inancına dayanır³⁶⁰. Bu düzenlemeden farklı hükümler içeren genel işlem şartları ise, ilgili düzenlemenin temelinde yatan ana düşünce ile bağdaşmadığı için TKHK 6 anlamında haksız şart olarak nitelendirilmelidir³⁶¹.

2. Kayıta Öngörülen Hukukî Sonuçlar Bakımından

a) İfa Zamanının Ertelenmesi

İfa zamanının ertelenmesi açısından TKHK 6 anlamında haksızlık sebepleri, öncelikle erteleme süresinin niteliklerinden kaynaklanabilir. Bu anlamda ifa zamanının ertelenmesini öngören hükmün haksız kayıt sayılmasını gerektiren sebepler, özellikle, mücbir sebep kaydında ertelemenin süresinin yeterince açık bir şekilde belirtilmemiş olması ve sorumluluktan kurtuluş sebebinin ortaya çıkması üzerine, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin makul sayılamayacak derecede uzun süre askıda bırakılmasıdır³⁶². Ertelene süresinin yeterince açık biçimde belirtilmiş sayılması için, ortalama bir tüketicinin, söz konusu süreyi, hukuki yardım almaksızın hesaplayabilmesi veya sürenin belirlenmesine bizzat etki etme imkânına sahip olması gerekir³⁶³.

³⁶⁰ **Mönchmeyer**, s. 135.

³⁶¹ **Mönchmeyer**, s. 135-136; **Atamer**, (Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi) s. 252.

³⁶² **Mönchmeyer**, s. 129. Ayrıca bkz. BGB § 308/Nr.1.

³⁶³ **Mönchmeyer**, s.129; **Kieninger**, MüK § 308 Nr. 1 N. 21.

Bu çerçevede, genel işlem şartlarında yer alan ve mücbir sebep olaylarının gerçekleşmesi halinde, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin engelin varlığı müddetince erteleneceğini bildirmekle yetinen hükümler, TKHK 6 anlamında haksız kayıt sayılmalıdır. Böyle bir hüküm olmasa, ifayı engelleyen olayın ortaya çıkması üzerine, BK 106 uyarınca alacaklı, borçluya makul bir süre verecek, bu sürenin hitamında da bu maddeden doğan haklarını kullanabilecek, örneğin sözleşmeden dönebilecektir. Bu nedenle sözleşmede böyle bir kaydın yer alması, geçici ifa engellerinde uygulanacak olan temerrüt hükümlerinden açık bir ayrılma anlamına gelir. Öte yandan, sözü edilen türde bir kayıt, tüketicinin ifa zamanını önceden tespit etmesine imkan vermez ve onun en çok ne kadar süreyle sözleşmeyle bağlı kalmaya devam edeceğine ilişkin bir hüküm içermez. Böylece girişimci, tüketiciyi engel varlığını sürdürdükçe sözleşmeyle bağlı tutma imkanına sahip olur; ifa zamanı bu kayıtlarla ertelenmiş olduğundan, engel var olduğu müddetçe temerrüde düşmez, tüketici de örneğin, sözleşmeden dönemez. Bu durumda sözleşme ilişkisi, belirsizlik arz eden bir askı durumuna girer ve alacaklının yapabileceği tek şey, adeta eli kolu bağlı olarak, gelip gelmeyeceği dahi belli olmayan bir anı (engelin ortadan kalkma anını) beklemektir. Bu durumun adaletsizliği karşısında, sözü edilen şekilde, belirsiz süreyle ifa zamanının ertelenmesi sonucunu doğuran ve bu yolla tüketicinin girişimciye karşı sahip olduğu hakları kullanmasını engelleyen (HŞY/Ek, 2) kayıtların TKHK 6 anlamında haksız kayıt olarak nitelenmesi ve tüketici için bağlayıcı sayılmaması gerekir³⁶⁴. Böylece kanunî temerrüt düzeni uygulama alanı

³⁶⁴ BGB § 308/I'de de, genel işlem şartları kullanan tarafa, edimin ifası için ölçüsüz derecede uzun veya yeterince açık şekilde belirtilmemiş bir süre tanıyan kayıtların geçersiz olacağı kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. **Kieninger**, MüK § 308 Nr. 1 N. 20; **Mönchmeyer**, s. 129.

bulabilir ve makul sürede engel ortadan kalkmamışsa, tüketici, ifa yerine tazminat talep etme veya sözleşmeden dönme imkânlarına sahip olur.

Sözleşme uygulamasında bazı kayıtlarda, açıkça bir süre telaffuz edilmemekle birlikte, borcun sözleşmeyle kararlaştırılan zamanda ifa edilmemesi halinde, alacaklının, borçluyu yazılı olarak ihtar etmiş olması ve bu ihtarın alacaklıya varmasından itibaren makul süre içinde borcun ifa edilmemiş olması şartıyla sözleşmeden dönebileceği öngörülmektedir. Bu tip kayıtlarda sürenin belirli olması şartı yerine getirilmemiş olmasına rağmen, kaydın, tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir dengesizlik yarattığından bahsedilemez. Bir Alman mahkeme kararına göre bunun nedeni, söz konusu kayda göre ifanın ertelenebileceği sürenin üst sınırını belirlemek alacaklının elinde olduğundan, sözleşmenin askıda kalmasının sakıncalarının bizzat alacaklı tarafından bertaraf edilebilir durumda olmasıdır³⁶⁵. Kanımızca, genel işlem şartları içinde yer alan böyle bir kayıt, denetim dışı kayıtlardan sayılmak gerekir. Çünkü, bu kayıtlarla ulaşılmak istenen sonuç, böyle bir kayıt hiç olmasa dahi BK 106'dan çıkarılabilmektedir.

Genel işlem şartları içinde yer alan kayıta, ifanın en çok ne kadar bir zaman için ertelenebileceğine ilişkin sürenin üst sınırının belirtilmemesinin TKHK 6 anlamında haksızlığı karşısında, sözleşme uygulamasında, genellikle açıkça bir ay, altı hafta gibi, belli bir süre zikredilerek, bu süre içinde engelin ortadan kalkmaması halinde alıcının sözleşmeden dönebileceği öngörülmektedir. Ancak, belirtmek gerekir ki; bu şekilde açıkça bir süre telaffuz edilmesi dahi, tek başına, o kaydın haksız kayıt olma niteliğini ortadan kaldırmaz. Çünkü, öngörülen sürenin de makul ve ölçülü olması; böyle bir süre boyunca alacaklıyı sözleşmeyle bağlı tutmanın,

³⁶⁵ OLG Köln, 21.5.1999; karar metni için bkz. NJW- RR, 2001/3, s. 198 vd.

sürenin uzunluğu nedeniyle dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemesi gerekir³⁶⁶. Öte yandan, kayıta öngörülen sürenin makul bir süre olup olmadığı, sözleşmenin türü, niteliği, konusu gibi birçok değişkene bağlı olduğundan, bu konuda kesin bir ölçü vermek mümkün değildir.

Sonuç olarak genel işlem şartları içinde yer alan ve ifa zamanının ertelenmesi sonucunu doğuran hükümlerde, öncelikle ifa zamanının ertelenmesi muhtemel bir hukukî sonuç olarak açıkça dile getirilmeli; buna ilaveten, erteleme süresinin üst sınırı açıkça belirtilmeli ve bu üst sınır makul bir süre öngörmelidir. Ancak genel işlem şartları, tabiatı gereği önceden birden çok sözleşmede kullanılmak üzere hazırlandığından ve sürenin uygunluğunun her sözleşme için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğinden, çok sayıdaki sözleşmelerin her biri için makul sayılabilecek bir süre belirlemenin zorluğu da ortadadır. İşletmesinin tüm sözleşmelerinde kullanacağı bir standart sözleşme tipi oluşturmak isteyen borçlu, özellikle görece daha küçük ölçekli sözleşmelerde dahi makul sayılabilecek bir süre belirlemeli; aksi halde, sorumluluktan kurtulmaya ilişkin kaydın batıl olma ihtimalini göze almalıdır³⁶⁷.

b) Borçluya Tanınan Dönme Hakkı

TKHK 6 çerçevesinde haksız kayıt sayılıp sayılmayacağı irdelenmesi gereken kayıt türlerinden biri de borçluya mücbir sebeplerin gerçekleşmesi halinde sözleşmeden dönme hakkı veren kayıtlardır. Belirtmek gerekir ki; sözleşmede

³⁶⁶ Mönchmeyer, s. 129, Kieninger, MüK § 308 Nr. 1 N.18-20.

³⁶⁷ Mönchmeyer, s. 132.

borçluya dönme hakkı tanınması, tek başına, bu sonucu öngören kaydın haksız kayıt olarak nitelenebilmesi için yeterli değildir. Buna karşılık, özellikle, sözleşmeden dönme hakkının, borçluya, haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kurtulma imkânı sağlanması anlamına geldiği hallerde, TKHK 6 uyarınca bir haksız kaydın varlığını kabul etmek gerekir. Bu anlamda haklı sebep, borçlunun sözleşmeden dönmedeki menfaatinin, alacaklının sözleşmenin devamındaki menfaatinde, dürüstlük kuralı uyarınca dikkate alınabilecek derecede üstün olması anlamına gelir³⁶⁸.

Belli bir olayın sözleşmeden dönme hakkı vermesinin TKHK 6 anlamında haklılığından bağımsız olarak, salt borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanınmış olmasının haklılığı, kural olarak ancak geçici engeller açısından tartışılabilir. Borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen, sürekli bir ifa engelinin ortaya çıkması halinde, BK 117 uyarınca borçlu zaten aynen ifa yükümünden tazminat ödemeksizin kurtulduğundan, borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanınmış olmasının bir anlamı yoktur. Kaldı ki, bu yönde bir genel işlem şartı, kanunda öngörülen sonucu tekrar ettiğinden, içerik denetimine tâbi olmayan kayıtlardan sayılır. Bu nedenle sürekli engellerin varlığı halinde borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanıyan genel işlem şartlarının, sürekli engelin haklı sebep teşkil etmesi nedeniyle geçerli olduklarını kabul eden görüşe³⁶⁹, gerekçesi bakımından katılmak mümkün değildir. Öte yandan istisnaî olarak, süreklilik arz eden bir olgunun borcun ifasını yalnızca kısmen engellediği hallerde, ifası halen mümkün olan kısım açısından borçlunun sözleşmeden dönme hakkına sahip olması bir anlam taşıyabilir ve borçlunun

³⁶⁸ **Kieninger**, MüK § 308 Nr. 3 N.6; **Mönchmeyer**, s.136.

³⁶⁹ Bu görüş için bkz. **Mönchmeyer**, s. 136.

sözleşmeden dönmede haklı bir menfaati olabilir. Bu takdirde, söz konusu sözleşme hükmünün, TKHK 6 anlamında haksız kayıt olup olmadığı tartışılabilir.

Eğer genel işlem şartları ile borçluya engelin ortaya çıktığı andan itibaren derhal kullanabileceği bir dönme hakkı tanınmışsa, bu sonucu öngören kayıt, TKHK 6 anlamında bir haksız kayıt sayılmalıdır. Çünkü somut olayda borcun ifasını engelleyen olgu, ne zaman ortadan kalkacağı öngörülebilen bir engel olabilir. Bu durumda, alacaklı, borçludan, engelin ortadan kalkmasından sonra borcunu ifa etmesini beklemekte haklıdır³⁷⁰. Aksi yönde bir düzenleme, genel işlem şartları içinde yer aldığı anda, tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle haksız ve dolayısıyla batıl sayılmalıdır³⁷¹ (TKHK 6, HŞY 7).

Sözleşmeden dönme hakkının derhal kullanılabilir şekilde değil, bir süre uzatımının ardından kullanılmak üzere düzenlenmiş olması halinde ise, kanaatimizce, sırf dönme hakkının borçluya tanınmış olması nedeniyle TKHK 6 anlamında haksız bir kayıttan söz edilemez. Bu noktadaki bir haksızlık borçlunun dönme hakkına sahip olmasından değil, mücbir sebep sayılan olay açısından gündeme gelebilir. Çünkü bu hallerde, borçlunun dönme hakkının doğabilmesi için, süre uzatımına rağmen engelin halen mevcut olması gerekir. Bu durumda ise, borçlunun mevcut engel nedeniyle borcun ifa edilmemesinden sorumlu olmayacağını öngören kaydın geçerli olması şartıyla, borçlunun sözleşme gereği sorumlu olmadığı imkânsızlık meydana gelmiş olur (BK 117). Başka bir ifadeyle, engelin, makul süre uzatımına rağmen ortadan kalkmaması halinde, sürekli bir engelin varlığı kabul

³⁷⁰ Bu durumda alacaklının da sözleşmeden dönme hakkına sahip kılınmış olması, borçluya sözleşmeden dönme hakkının tanınmış olmasını haklı hale getirmez: **Mönchmeyer**, s. 136.

³⁷¹ Bkz. **Huber**, LS I, s. 621; **Mönchmeyer**, s. 136.

edilir³⁷² ve borçlu da engelin ortaya çıkmasından sözleşme gereği sorumlu tutulmadığı için, tarafların edim yükümleri karşılıklı olarak sona erer. Böylece engel edimin tamamına ilişkin olduğu sürece, borçlunun sözleşmeden dönme hakkına sahip olmasının da bir anlamı kalmamaktadır. Öte yandan, bu sonuçlara yol açan olayın sözleşmeyle mücbir sebep sayılmasının TKHK 6 anlamında haksızlığa vücut vermesi halinde ise, kayıt geçersiz olduğu için borçlu imkânsızlıktan sorumlu olacağından, genel işlem şartlarıyla borçlunun dönme hakkına sahip kılınması da kaydı haksız kılar.

Borçlunun kararlaştırılan edimi ifa yükümünden, gerek sürekli engeller nedeniyle, gerekse sözleşmeden dönme hakkını kullanarak kurtulması karşısında, tüketicinin hiçbir talebinin olamayacağı ve karşı edimi (örneğin satım bedelini) tümüyle ifa etmek zorunda olduğu yönündeki kayıtlar da TKHK 6 anlamında haksız kayıt sayılmalıdır. Çünkü, bu tür hükümlerde, genel işlem şartları yoluyla, BK 117 ve 106 hükümlerinden bariz bir ayrılma söz konusu olur. Nitekim HŞY’de de, “satıcı, sağlayıcı veya kredi verene fesih hakkını kullanmasına rağmen, henüz ifa etmediği edimler karşılığı almış olduklarını muhafaza etme hakkı veren” (Ek, 6) hükümler ile “satıcı, sağlayıcı veya kredi verenin yükümlülüklerini yerine getirmemesine rağmen, tüketicinin bütün yükümlülüklerini yerine getirmek zorunda olduğuna ilişkin” (Ek, 15) hükümler, haksız kayıtlara örnek olarak sayılmıştır. Aynı şekilde, borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanıyıp, tüketicinin sözleşmeden dönme hakkını engelleyen kayıtlar da haksız kayıt niteliğindedir (HŞY/Ek, 6)³⁷³.

³⁷² Bkz. yuk. § 3, I, B, 2.

³⁷³ **Huber**, LS I, s. 621.

Aşağıda incelenen bazı durumlarda görüldüğü gibi, borçlunun mücbir sebep kaydına dayanarak sorumluluktan kurtulabildiği hallerde, borçlunun mücbir sebep olayı nedeniyle üçüncü kişilere karşı sahip olduğu alacak hakkını, kendi alacaklısına temlik yükümü doğabilir³⁷⁴. Öte yandan daha önce de ifade edildiği gibi³⁷⁵, kaydın haksız sayılmasının temel şartı, onun tarafların hak ve yükümlülüklerinde, tüketici aleyhine dürüstlük kuralına aykırı bir dengesizlik yaratmasıdır. Bu açıdan, genel işlem şartları vasıtasıyla bozulan bu dengenin tüketiciye başka avantajlar sağlamak suretiyle yeniden sağlanmış olduğu hallerde, ilgili sözleşme hükmünün haksız sayılmayacağı kabul edilmektedir³⁷⁶. Bu çerçevede ortaya çıkan soru, kayıta alacaklı lehine tanınan veya dürüstlük kuralından çıkarılan alacağın temlikini talep hakkının varlığının, tüketiciye sağlanan bir avantaj olarak değerlendirilip, mücbir sebep kaydında, örneğin borçlu lehine derhal sözleşmeden dönme hakkı öngörülmesinden doğan haksızlığı ortadan kaldırıp kaldırmayacağıdır.

Benimsediğimiz görüşe göre, en azından tüketici sözleşmeleri açısından, borçlunun temlik yükümü, bozulan dengeyi yeniden sağlayan bir unsur olarak görülemez³⁷⁷. Çünkü, örneğin borçlunun sözleşme konusu malları temin edememesi üzerine derhal sözleşmeden dönme hakkı öngören bir kayıtle bozulan menfaatler dengesinin, tüketicinin, sözleşmeden doğan haklarını ileri sürmek üzere, muhtemelen hiç tanımadığı bir üçüncü kişiyle muhatap edilmesiyle yeniden sağlandığını kabul etmek, gerçekçi bir yaklaşım olamaz. Bu nedenle genel işlem şartları içerisinde yer alan ve borçluya mücbir sebep olayının gerçekleşmesi üzerine derhal sözleşmeden dönme hakkı tanıyan mücbir sebep kayıtlarında, tüketiciye borçlunun üçüncü

³⁷⁴ Bkz. aşağıda § 7, III, B, 2.

³⁷⁵ Bkz. yukarıda § 6, II, A.

³⁷⁶ **Atamer**, (Armağan) s. 311; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 248 N. 34.

³⁷⁷ Bu görüşte: **Mönchmeyer**, s. 188.

kişilerden olan alacağını tanınmış olması da, söz konusu kaydı TKHK 6 bir haksız kayıt olmaktan kurtarmaz. Borçluya sözleşmeden dönme hakkı tanıyan bu tür bir kaydın geçerli olabilmesi için, en azından, dönme hakkının, belli bir erteleme süresinin sonuçsuz olarak geçirilmiş olması şartıyla kullanabileceğine ilişkin bir hüküm içermesi gerekir³⁷⁸.

C- TÜKETİCİ SÖZLEŞMELERİ DIŞINDAKİ GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YER ALAN MÜCBİR SEBEP KAYITLARININ GEÇERLİLİĞİ

Taraflarından birini tüketicinin oluşturduğu sözleşmeler kadar, sözleşmenin iki tarafından hiç birinin tüketici olmadığı, genellikle tacir sıfatını haiz kimseler arasındaki sözleşmelerde de genel işlem şartları sıklıkla kullanılmakta ve bunlar içerisinde mücbir sebep kayıtlarına yer verilmektedir. Buna karşılık Türk/İsviçre hukukunda, tüketici sözleşmesi niteliğini taşımayan sözleşmelerde genel işlem şartlarının içerik denetimini konu alan genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde hâkim fikir, genel denetim kriteri olarak, sözleşme özgürlüğünün BK 19'da hükme bağlanan sınırlarını esas almaktadır³⁷⁹. Bu fikre göre, kanunun tamamlayıcı hükümleri, büyük bir çoğunlukla, hukuk düzeninin genel ilkeleri doğrultusunda, taraflar arasında adil bir denge kurmak amacıyla sevk edilmiştir ve bireysel olarak müzakere edilmiş bir sözleşmeden farklı olarak, genel işlem şartlarıyla bu hükümlerin değiştirilmesinin sürekli ve genel bir hale geldiği noktada,

³⁷⁸ **Mönchmeyer**, s. 188.

³⁷⁹ Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 256 N.41-43 ; **Atamer**, (Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi) s. 200 vd.; **Bucher**, AT, s. 158; **Kramer**, s. 110 N. 242 vd.

kamu düzeni de zarar görür. Ayrıca genel işlem şartlarının BK 19/II anlamında ahlâka aykırı sayılması da mümkündür³⁸⁰.

Tüm bu nedenlerle, tarafların hiçbirinin tüketici sıfatını haiz olmadığı sözleşmeler bakımından da genel işlem şartları, BK 19 çerçevesinde içerik denetimine tâbidir. Bu anlamda yapılacak denetimde, tüketici sözleşmelerinde olduğu gibi, yine genel işlem şartı niteliğindeki hüküm olmasaydı uygulanacak normlar esas alınacak ve bu normlardan ayrılan hükümler, burada değinilen kriterler bakımından denetime tâbi tutulacaktır.

Mücbir sebep kaydının, öngörülen sorumluluktan kurtuluş sebepleri bakımından geçerliliği konusunda tüketici sözleşmeleri açısından yapılan açıklamalar, taraflardan hiçbirinin tüketici olmadığı sözleşmeler bakımından da geçerlidir³⁸¹. Bu nedenle, örneğin kanun gereği sonuçlarına borçlunun katlanması gereken olaylar sonucunda dahi mücbir sebep kaydında öngörülen sonuçların doğacağına ilişkin hükümler geçersiz sayılır³⁸². Mücbir sebep kaydında öngörülen sonuçlar bakımından geçerlilik konusunda da prensip olarak tüketici sözleşmeleriyle benzer sonuçlara varılır³⁸³. Örneğin, ifa zamanının ertelenmesini öngören kayıtlar, sözleşmenin karşı tarafını belirsiz ya da çok uzun bir süre sözleşmeyle bağlı tutmak sonucunu doğurdukları takdirde, yine geçersiz sayılır. Aynı şekilde mücbir sebep olaylarının borçlu temerrüde düştükten sonra gerçekleşmesi halinde de kayıta

³⁸⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 256 N.41-43 ; **Kramer**, s. 110 N. 242.

³⁸¹ Bkz. yuk. § 6, II, B, 1.

³⁸² **Huber**, LS I, s. 621; **Beitzke**, s. 1753.

³⁸³ Bkz. yuk. § 6, II, B, 2.

öngörülen sonuçların doğacağına ilişkin hükümleri prensip olarak geçersiz saymak gerekir³⁸⁴.

Genel işlem şartlarının içerik denetimi konusunda, taraflardan birinin tüketici olmadığı mücbir sebep kayıtlarının, gerek sorumluluktan kurtuluş sebepleri, gerekse öngörülen sonuçlar bakımından, işin mahiyeti gereği farklı ele alınması gereken tarafları da vardır. Sözü edilen türdeki sözleşmelerde taraflar, çoğunlukla sözleşmenin ifasıyla ilgili bir çok riske aynı derecede aşinadırlar. Dolayısıyla genel işlem şartları içerisinde yer alan kaydın geçerliliği bakımından yapılacak değerlendirmede ağırlık, mücbir sebep olayları veya bunlara bağlanan sonuçlardan çok, söz konusu unsurların her iki taraf açısından aynı derecede dikkate alınıp alınmadığına verilmelidir. Keza tacir alacaklının, iş hayatındaki tecrübesi nedeniyle, tüketiciye nazaran, korunmaya daha az muhtaç olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır³⁸⁵. Bu bakış açısıyla örneğin, borçlunun hafif kusurundan sorumluluğunu bertaraf eden genel işlem şartları, tüketicilere karşı geçersiz sayılırken, söz konusu kayıtların tacirler arası sözleşmelerde, burada belirttiğimiz ilkeler çerçevesinde, geçerli sayılabileceği kabul edilmektedir³⁸⁶.

³⁸⁴ **Mönchmeyer**, s. 139.

³⁸⁵ **Mönchmeyer**, s. 140.

³⁸⁶ **Mönchmeyer**, s. 139.

§ 7. MÜCBİR SEBEP KAYITLARINA İLİŞKİN UYGULAMA SORUNLARI

I. MÜCBİR SEBEP KAVRAMININ KAPSAMININ BELİRLENMESİ

A- MÜCBİR SEBEP KAVRAMI

Mücbir sebep kavramının kapsamının ve bu kavrama verilmesi gereken anlamın belirlenmesi, mücbir sebep kayıtlarına ilişkin uygulama sorunlarının en önemlisini teşkil eder. Bu sorun iki şekilde karşımıza çıkabilir: Birinci ihtimal, mücbir sebep kaydında sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak yalnızca bu kavramın belirtilmiş olmasıdır. Daha önce belirtildiği gibi günümüzde artık bu tür kayıtlara pek rastlanmamaktadır. Ancak mücbir sebep kayıtlarını günümüzde en çok kullanılan şeklinde de belirli olaylar sayılmakta ve bunlarla birlikte, diğer benzer mücbir sebeplerin kayıta öngörülen sonuçları doğuracağı ifade edilmektedir. Bu durumda da mücbir sebep kavramının kapsamının belirlenmesini gerektiren hallerin ikincisi ortaya çıkar. Zira, kayıta belirtilmeyen bir engel nedeniyle borç ifa edilemediğinde, söz konusu engelin mücbir sebep sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu olur.

Borçlar Kanunumuz genel hükümlerinde, sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak mücbir sebep kavramına yer vermemiştir. Buna karşılık kiracının envanterden sorumluluğuna ilişkin BK 293'te, otelci ve hancıların kendilerine tevdi edilen eşyadan sorumluluğuna ilişkin BK 478/T'de ve umumî ahır ve garaj işletenlerin kendilerine bırakılan eşyalardan sorumluluğunu düzenleyen BK 481/T'de, sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak mücbir sebep kavramına yer verilmiştir. Ancak

bu söz konusu borç ilişkileri bakımından da kanun, mücbir sebep kavramına nasıl bir anlam verilmesi gerektiği konusunda herhangi bir hüküm içermemektedir.

Doktrin ve uygulamada, bazı unsurlarda farklılık görülmekle birlikte, genel olarak mücbir sebep kavramının, “sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâlüne mutlak olarak kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olay” olarak tanımlandığı görülmektedir³⁸⁷. Böylece mücbir sebep kavramının unsurlarının haricîlik, öngörülemezlik ve kaçınılmazlıktan oluştuğunu söylemek mümkündür. Bu unsurlardan ne anlaşılması gerektiği daha önce CISG’e göre sorumluluktan kurtulmanın şartları bahsinde incelenmişti. Tekrardan kaçınmak adına bu bölümde, oradaki açıklamalarımıza yollama yapmakla yetiniyoruz³⁸⁸.

Mücbir sebep kavramının yukarıda verilen tanımda yer alan unsurları, bir yandan bu kavramın neredeyse evrensel ölçekte kabul gören unsurlarıdır; diğer yandan da tamamen göreceli bir anlam ifade eder³⁸⁹. Bu nedenle, her sözleşme bakımından mücbir sebep teşkil edecek olayların bir listesini vermek mümkün değildir³⁹⁰. Örneğin haricîlik unsuru, borcun ifasını engelleyen olayın borçlunun işletme ve faaliyet alanıyla ilgisi olmaması ve onun sorumluluk alanından kaynaklanmaması anlamına gelmektedir³⁹¹. Bunun sonucu olarak ortaya çıkan belli

³⁸⁷ Bazı yazarlar, olayın olağanüstü nitelikte olması şartını da aramaktadır: Bkz. **Eren, F.:** Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, (Sorumluluk) s. 176. Benzer tanımlar için bkz. **Gözübüyük, A. P.:** Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1957, s. 47; **Erzurumluoğlu, E.:** Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970, s. 17; **Tandoğan, H.:** Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 464.

³⁸⁸ Bkz. yuk. § 4, II, A; ayrıca bkz. **Eren** (Sorumluluk), s. 171 vd.

³⁸⁹ **Serozan, (İfa)** s. 187 N 4; **Meder**, s. 492.

³⁹⁰ Bu yönde bkz. **Beitzke**, s. 1751.

³⁹¹ **Eren** (Sorumluluk), s. 179; **Erzurumluoğlu**, s. 38.

bir ifa engelinin mücbir sebep sayılıp sayılmayacağı, borçlunun faaliyet alanının ve dolayısıyla sözleşmenin konusunun ne olduğuna bağlıdır. Aynı şekilde borçlunun sorumluluk alanının sınırları da, hukuk sisteminin somut sözleşme ilişkisi için öngördüğü sorumluluk kriterlerine göre değişir. Hal böyle olunca, düzenlenen umumî ahır ve garaj işletenler (BK 481/I) açısından sorumluluktan kurtuluş sebebi teşkil eden olgularla, örneğin bir franchise sözleşmesinde, borçlunun sorumluluktan kurtulması sonucunu doğuran olgular aynı olamayacağı gibi; somut olayda borçlunun sorumluluğunun kusura bağlı olduğu hallerde borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen ifa engelleriyle, sorumluluğun kusurdan bağımsız olduğu hallerde aynı sonucu doğuran ifa engelleri de birbirlerinden farklıdır.

Tüm bu nedenlerle, ortaya çıkan bir engelin mücbir sebep kavramının kapsamı içerisinde olup olmadığı, her somut sözleşme ilişkisi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede belirleyici olan öncelikli unsur tarafların anlaşmalarıdır³⁹². Örneğin, mücbir sebep kaydında belirtilen özel sebeplerin yorumuyla, tarafların konuya ilişkin iradesini tespit etmek mümkün olabilir³⁹³. Bu takdirde, somut bir engelin mücbir sebep kavramının kapsamına girip girmediği tarafların iradesine göre belli olur. Bunun sonucu olarak, mücbir sebeplerin klasik örneklerini teşkil eden doğa olayları, kamusal yasaklamalar gibi ifa engelleri mücbir sebep sayılmayabilirken, şiddeti bakımından bu olaylara hiç benzemeyen çok daha basit olaylar mücbir sebep sayılabilir ve borçluyu sorumluluktan kurtarabilir.

Sözleşmede yer alan mücbir sebep kavramına verilecek anlam konusunda tarafların iradesini tespit etmenin mümkün olmadığı hallerde, kanuna göre borçlunun

³⁹² **Beitzke**, s. 1751; **Gesang**, s. 28 vd; **Fischer**, s. 92; **Mönchmeyer**, s. 95.

³⁹³ Özel- genel sebep ilişkisi için bkz. aşağıda § 7, I, B.

sorumluluğunun kusura bağlı olup olmadığı önem kazanır. Sorumluluğun kusura bağlı olduğu hallerde, objektif kusur anlayışı çerçevesinde, gerekli özen gösterildiği halde önlenemeyen her türlü olay mücbir sebep olabilir³⁹⁴. Bu çerçevede borçlunun hastalanması veya haksız yere tutuklanması, sözleşme konusu malın çalınması gibi olguların mücbir sebep sayılması mümkündür. Sorumluluğun kusura bağlı olmadığı hallerde ise, ancak borçluya yüklenen spesifik risk dışında kalıp, borcun ifa edilmemesine sebep olan olaylar mücbir sebep sayılabilir. Örneğin, borcun ifa edilmemesi, ifa yardımcısının bir fiilinden kaynaklanıyorsa, borcun yardımcı kullanılarak ifasıyla uygun illiyet bağı içerisinde olmayan her olay, mücbir sebep teşkil edebilir.

B- ÖZEL- GENEL SEBEP İLİŞKİSİ

Daha önce de ifade edildiği gibi, mücbir sebep kayıtlarının sözleşme uygulamasında en sık rastlanılan görünüm biçimi, genel mücbir sebep kaydıyla bağlantılı olarak, özel kurtuluş sebeplerinin sayıldığı kayıtlardır. Hangi sebeplerin özel kurtuluş sebepleri içerisinde yer alacağı, özellikle sözleşmenin konusunun taşıdığı spesifik risklere göre belirlenir. Ayrıca toplumsal koşullar da bu kayıtların içeriği konusunda belirleyicidir. Şöyle ki, 20. yüzyıl boyunca mücbir sebepler içerisinde en çok yer verilen olay “savaş” iken, daha önceleri bu kayıtlarda pek görülmeyen “terör saldırıları” da günümüzde sıklıkla rastlanan mücbir sebep olayları arasındaki yerini almıştır³⁹⁵. Yine uygulamada, öncelikle doğa olaylarının (*Act of*

³⁹⁴ Bkz. **Beitzke**, s. 1752; **Serozan**, (İfa) s. 187 N.4.

³⁹⁵ Örnek olarak Bkz. ICC Force Majeure Clause 2003, http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=700700&pubwithmeta=ja&pubwithtoc=ja&page=pub_show_document.php#ti700700N1, (Erişim tarihi: 15.09.2009).

God)³⁹⁶ sayılıp, ardından da sözleşmenin konusuna özgü, borçlunun risk alanının dışına çıkarılması konusunda tarafların mutabık kaldığı engellere yer verildiği gözlemlenmektedir. Örneğin sözleşmenin milletlerarası unsurlar içermesi halinde, ambargo veya ithalat-ihracat yasaklarına ilişkin mücbir sebep kayıtlarına hemen tüm sözleşmelerde rastlamak mümkündür.

Uygulamada rastlanan mücbir sebep kayıtlarının bu yapısı, bazen, özel olarak sayılmak suretiyle belirlenen mücbir sebeplerin, yine kayıтта yer alan genel mücbir sebep kavramıyla ilişkisi konusunda bir yorum sorununa vücut verir. Şöyle ki, taraf iradeleri, özel kurtuluş sebeplerinin genel mücbir sebep kaydından bağımsız olarak ele alınması yönünde olabilir. Bu durumda, borcun ifa edilmemesi ile kayıтта belirtilen olay arasında uygun illiyet bağı bulunması, kayıтта öngörülen sonuçların doğması için yeterlidir. Buna karşılık, yine taraf iradelerinin, özel olarak sayılan sebeplerin her durumda, genel mücbir sebep kaydı ile sınırlanması yönünde olması da mümkündür. Diğer bir deyişle, taraflar, borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için, sözleşmede açıkça sayılan sebeplerin gerçekleşmesinin yanı sıra, somut olayda, kanununun borçlunun sorumluluktan kurtulması için öngördüğü şartların da gerçekleşmesini istemiş olabilirler.

Kanımızca, özel kurtuluş sebeplerinin genel kayıttan bağımsız olarak hüküm ifade edip etmeyeceği, diğer bir deyişle bunların genel kayıt ile sınırlandırılmış olup

³⁹⁶ Borçlunun kaçınması mümkün olmayan doğa olaylarını kastetmek üzere kullanılan İngilizce “*Act of God*” terimi, mücbir sebep (*force majeure*) terimi ile eş anlamlı değildir. Bu kavram altında ele alınan deprem, sel, yıldırım, kasırga v.b olaylar, çoğunlukla mücbir sebeplerin tipik örnekleri olarak gösterilseler de, esasen mücbir sebep kavramı çok daha geniş bir anlam taşır. Bir kere, yukarıda belirtildiği gibi, kavramın niteliği gereği, hiçbir olayın peşinen mücbir sebep sayılması mümkün değildir. Yine aynı nedenle doğadan kaynaklanmayan engeller de mücbir sebep sayılabilirken, *Act of God* terimi yalnızca doğa olaylarını ifade eder. Bu çerçevede, savaş, isyan, grev gibi olaylar, doğanın değil, insan davranışlarının ürünü olmaları hasebiyle *Act of God* sayılmazken, belli şartları taşıdıkları takdirde, mücbir sebep sayılmaları ihtimal dâhilindedir.

olmadığı konusunda tereddüt oluşması halinde, aksi yönde açık bir ifade olmadıkça, özel kurtuluş sebeplerinin genel kayıttan bağımsız ele alındıkları yorumuna üstünlük tanımak gerekir. Bu çerçevede, geçerli bir mücbir sebep kaydı bulunduğu sürece, sözleşmede belirtilen özel sebeplerin kaydın uygulanması sonucunu doğurabilmesi için, mücbir sebep olayı ile borcun ifa edilememesi arasında neden-sonuç ilişkisinin varlığı yeterli görülmelidir. Zira özel sebeplerin, genel mücbir sebep kavramı tarafından sınırlandırıldığı kabulü, özel kurtuluş sebeplerinin belirtilmesini işlevsiz de kılar. Başka bir ifadeyle, her durumda, kayıta belirtilen olayın gerçekleşmiş olmasına ilaveten, kanunun borçlunun sorumluluktan kurtulması için aradığı unsurlar da aranacak ise, bu durumda özel sebeplerin sayılmasının herhangi bir anlamı kalmamaktadır.

Bu noktada meseleye somut bir örnek üzerinden yaklaşmakta fayda vardır: Örneğin, savaş, ambargo ve diğer mücbir sebeplerin borçluyu sorumluluktan kurtaracağına ilişkin mücbir sebep kaydı içeren bir sözleşme ilişkisinde, sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülebilir nitelikte bir ambargonun borcun ifa edilmesine engel olduğunu varsayarsak; bu durumda, ambargo kayıta sayılmasına rağmen; mücbir sebep kavramının, üzerinde neredeyse evrensel boyutta uzlaşmış “öngörülemezlik” unsurunun gerçekleşmediği gerekçesiyle, borçlunun borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulması haklı görülemez. Çünkü, belirtildiği gibi, öncelikle, bu durumda olayın kayıta sayılmış olmasının bir anlamı kalmamaktadır. Daha da önemlisi, alacaklı, içinde borçlu için sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak ambargonun geçtiği bir kaydı kabul etmiştir. Eğer sözleşme kurulduğu sırada ortada öngörülebilir bir ambargo riski varsa ve alacaklı, borçluyu bu riskin gerçekleşmesinden doğan sorumluluktan kurtaracak nitelikte bir kaydı kabul etmişse, bu defa alacaklının,

borcun ifasına engel olan olayın gerçekleşme riskini üstlendiği kabul edilmelidir. Çünkü, öngörülebilir bir engelden kaynaklanan ve mücbir sebep kaydı olmasaydı borçlunun taşınması gereken riskin, mücbir sebep kaydının varlığına rağmen yine borçlu üzerinde bırakılmasının âdil olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Aksine geçerli ve açık bir mücbir sebep kaydı vasıtasıyla, sözleşme kurulduğu ve söz konusu sebebe sözleşmedeki kayıta yer verildiği sırada öngörülebilir nitelikte olan bir engelin gerçekleşmesi riskinin alacaklıya yüklendiği, böylece borçlunun sorumluluk alanı dışına çıkarıldığı kabul edilmelidir ki; esasen mücbir sebep kayıtlarının işlevi de budur. Mücbir sebep kaydının bu işlevinin devreye girmesi için aranması gereken yegâne şart, söz konusu olayın borcun ifasına gerçekten engel olması; başka bir ifadeyle olay ile borcun ifa edilmemesi arasındaki nedensellik bağıdır.

Öte yandan bazı durumlarda, genel mücbir sebep kaydı ve özel sebeplerden oluşan kayıtlarda belirtilen özel sebepler, genel kaydın yorumu, yani kayıta belirtilenlerden başka hangi engellerin mücbir sebep sayılacağını belirlemek açısından bir anlam ifade edebilir. Şöyle ki; özel sebepler, hep aynı türden olaylardan, örneğin sadece doğa olaylarından oluşuyorsa, kural olarak, bunların bağlandığı genel kayıt da ancak doğa olaylarının mücbir sebep olarak kabul edileceği şeklinde yorumlanabilir (*Ejusdem generis*)³⁹⁷. Örneğin mücbir sebep kaydı, “*deprem, sel, fırtına ve benzeri mücbir sebeplerle borcun ifa edilmemesi halinde borçlu alacaklının uğradığı zararlardan sorumlu tutulamaz*” şeklinde ifade edilmişse, “ve benzeri mücbir sebepler” ifadesinin, kendisinden önce gelen olay türleriyle sınırlandırıldığı kabul edilir³⁹⁸. Bu durumda, eğer borç örneğin bir halk ayaklanması

³⁹⁷ Ambrose, C.: *Force Majeure in International Contracts- The English Law Perspective*, Business Law International (2003), s. 238.

³⁹⁸ Ambrose, s. 238; Mönchmeyer, s. 102.

nedeniyle ifa edilemezse, bu olayın mücbir sebeplerin kapsamına dahil olmadığı sonucuna ulaşılır. Bu nedenle, eğer taraflar, mücbir sebeplerin bu şekilde sınırlandırıcı bir yoruma tâbi olmasını istemiyorlarsa, mücbir sebep kaydında, kavramın kapsamının özel sebeplerle sınırlandırılmadığı yönünde, örneğin “bunlarla sınırlı olmamak üzere” gibi bir ibarenin bulunmasında fayda vardır.

Mücbir sebep kavramının, tarafların bu yöndeki açık iradesiyle de sınırlanması mümkündür. Örneğin, özel mücbir sebepler sayılmış ve yalnızca bu olayların ifayı engellemesi halinde kayıta öngörülen sonuçların doğacağı kararlaştırılmışsa, belirtilen olaylar haricindeki bir engel, kanun gereği borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir engel olsa dahi, borçlu mücbir sebep kaydını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz³⁹⁹.

Mücbir sebep kavramının, yukarıda belirtilen şekillerde sınırlandırılmadığı hallerde de, kavramın kapsamının tespitinde özel sebeplerden yararlanılabilir. Eğer, özel sebepler içerisinde, birbirinden farklı nitelikte olaylara yer verilmişse, bu defa özel sebepler, mücbir sebep kavramı açısından genişletici bir fonksiyona sahip olur⁴⁰⁰. Bu durumda, kanun veya sözleşme gereği borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen her olay, mücbir sebep teşkil edebilir.

Özel mücbir sebepler içerisinde, kanun gereği borçlunun sorumluluğunu gerektiren hallere yer verilmiş olması halinde de, tarafların mücbir sebebi geniş bir anlamda ele aldıkları kabul edilmelidir. Örneğin taraflar, iş makinelerinin arızalanmasını mücbir sebepler arasında açıkça anmış ise, bu, mücbir sebep kavramının borçlunun işletme faaliyetiyle ilgili olayları da kapsayacak şekilde

³⁹⁹ Bu yönde bkz. **Yarg.** 3. HD, T. 3.4. 1958, E. 1958/988, K. 1958/937: **Gözübüyük**, s. 121.

⁴⁰⁰ **Mönchmeyer**, s. 102

yorumlanabileceği anlamına gelir⁴⁰¹. Bu durumda yine ilgili kanun hükümlerine başvurulmalı ve ortaya çıkan ifa engelinin kanun gereği borçlunun sorumluluğunu gerektirip gerektirmediğine göre, mücbir sebep kavramına verilmesi gereken anlam belirlenmelidir.

Sonuç olarak, özel sebepler ile mücbir sebep kavramı arasındaki ilişkinin, somut sözleşme ilişkisinin dikkatlice değerlendirilmesini gerektirdiğini söylemek mümkündür. Sözleşme tarafları açısından ise, gerçek iradelerinin sözleşmeye yansımaları teminen, bu tip kayıtların yapılandırılmasında, söz konusu bağlantıyı düzenleyen açık hükümlere yer verilmesi tavsiye edilebilir.

II. MÜCBİR SEBEBİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN HAKİMİYET ALANINDA GERÇEKLEŞMESİ

Mücbir sebep kayıtları açısından cevaplandırılması gereken bir soru da, kayıtlarda belirtilen olayların bizzat borçlunun değil, fakat borcun ifasıyla ilgili üçüncü kişilerin hakimiyet alanlarında gerçekleşmesi ve bu nedenle borçlunun borcunu ifa edememesi halinde, bu durumun da borçlunun sorumluluktan kurtulmasını sağlayıp sağlamayacağıdır. Bu sorun özellikle borçlunun sözleşme konusu şeyi bir üçüncü kişiden tedarik ettiği sözleşmeler bakımından ortaya çıkar.

Bazı sözleşmelerde yer alan mücbir sebep kayıtları, kayıtta belirtilen olayların üçüncü kişilerin hakimiyet alanlarında gerçekleşmesi ihtimaline ilişkin açık hükümler içerir. Örneğin, sözleşmede, mücbir sebep kaydına bağlanan sonuçların,

⁴⁰¹ **Mönchmeyer**, s. 102.

borcun ifasına engel olan koşulların, borçlunun sözleşme konusu şeyleri temin kaynağı olan üçüncü kişilerin hakimiyet alanında gerçekleşmesi halinde de uygulanacağı öngörülmüş olabilir. Bu durumda, açık sözleşme hükmü gereği, borçlunun engelle karşılaşmasına hangi sonuçlar bağlanmışsa, üçüncü kişilerin karşılaştıkları engeller açısından da aynı sonuçlar uygulanacaktır.

Sözleşmede yer alan mücbir sebep kaydının konuya ilişkin bir hüküm içermediği hallerde, kural olarak borçlu mücbir sebep kaydına dayalı olarak sorumluluktan kurtulamaz. Çünkü, mücbir sebep kaydında belirtilen olaylar, aksi yönde açık bir hüküm içermedikçe, üçüncü kişilerin değil, borçlunun karşı karşıya kaldığı engellere ilişkindir⁴⁰². Borçlunun tedarikçileri gibi üçüncü kişilerin hakimiyet alanlarından kaynaklanan engeller, ancak bir sonraki başlık altında incelenen, üçüncü kişilerin borçluya karşı taahhütlerini yerine getirmemesinin açıkça mücbir sebep sayıldığı kayıtlar çerçevesinde, sorumluluktan kurtuluş sebebi teşkil edebilir.

Borçlunun belirtilen durumlarda mücbir sebep kaydına dayalı olarak sorumluluktan kurtulamaması, onun kanun gereği de sorumluluktan kurtulamayacağı anlamına gelmez. Örneğin borçlunun yalnızca belli bir üreticinin ürünlerinden teslim etmeyi taahhüt ettiği (*produktionsbezogene Gattungsschuld*), başka bir ifadeyle borçlunun taahhüdünün konusunun sınırlı çeşit borcu teşkil ettiği hallerde, borçlunun tedarikçisinin hakimiyet alanında gerçekleşen bir olay borcun ifasını imkânsız kılmış olabilir. Bu durumda sözleşme konusunun alternatif bir kanaldan temini imkânı da bulunmadığından, borçlu objektif kusur anlayışı çerçevesinde dahi sorumlu tutulamaz⁴⁰³. Dolayısıyla borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık nedeniyle,

⁴⁰² Bkz. **Huber**, LS I, s. 619.

⁴⁰³ **Mönchmeyer**, s. 103.

edim yükümleri karşılıklı olarak sona erer (BK 117). Borçlunun piyasadan temin etmek üzere sınırsız bir çeşit borcu (*marktbezogene Gattungsschuld*) taahhüt ettiği hallerde ise, ifa kural olarak imkânsız olmayacağından⁴⁰⁴, borçlu edim konusunu temin edebileceği alternatif kanallar bulmakla yükümlüdür. Bu nedenle borçlu, tedarikçilerin hakimiyet alanında ortaya çıkan engeli ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Ancak sözleşme konusu şeyin alternatif kanaldan temini ve ifası için geçen zamandaki gecikmeden doğan sorumluluktan kurtulması mümkündür⁴⁰⁵. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki; her iki durumda da borçlu borcun hiç veya zamanında ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan mücbir sebep kaydı gereği değil, kanun gereği kendisine isnat edilemeyen bir sebeple borcu ifa edemediği için kurtulur⁴⁰⁶.

III. BORÇLUNUN TEDARİKÇİLERİNİN TESLİM ETMEMESİ

Bir çok sözleşme ilişkisinde, borçlu, alacaklı ile arasındaki sözleşmenin konusunu teşkil eden şeyleri, tedarikçi (*supplier, Vorlieferant*) olarak adlandırılan üçüncü kişilerden temin eder. Bu nedenle, tedarikçilerin sözleşme konusu şeyleri hiç veya zamanında teslim etmemeleri, sözleşmelerin ifası bakımından sıklıkla ortaya çıkan bir engeldir. Sözleşmede yer alan mücbir sebep kaydı, tedarikçinin teslim etmemesi ihtimaline ilişkin bir hüküm içermeyebileceği gibi, bu durumun mücbir sebep kaydında açıkça, sorumluluktan kurtuluş sebebi olarak sayılmış olması da mümkündür. Bu çerçevede konunun her iki ihtimale göre incelenmesi gerekir:

⁴⁰⁴ İstisnaen çeşit borçlarının ifasının imkânsız hale gelmesiyle ilgili olarak bkz. yuk. § 2, II, D.

⁴⁰⁵ **Canaris** (FS Wiegand), s. 221.

⁴⁰⁶ Bu durumda borçlunun sorumluluktan mücbir sebep kaydına dayalı olarak kurtulduğu yönünde: **Mönchmeyer**, s. 103.

A- TEDARİKÇİNİN TESLİM ETMEMESİNE İLİŞKİN AÇIK HÜKÜM BULUNMAMASI

Tedarikçinin sözleşme konusu şeyleri borçluya hiç veya zamanında teslim etmemesi, mücbir sebep olayları içerisinde açıkça belirtilmedikçe, borçlu, genel mücbir sebep kavramına dayanıp, tedarikçinin kendisine teslim etmediğini ileri sürerek, borcun hiç veya zamanında ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan kurtulamaz⁴⁰⁷. Çünkü, borçludan beklenen davranış, alternatif temin kanallarını hazır tutması ve gerektiğinde bunları kullanarak engelin üstesinden gelmesidir⁴⁰⁸. Bu nedenle tedarikçinin hiç veya zamanında teslim etmemesi nedeniyle borcunu ifa edemeyen borçlu, borcun ifası tamamen imkânsız hale gelmedikçe, objektif kusur anlayışı çerçevesinde, kusurlu sayılmalıdır⁴⁰⁹.

B- TEDARİKÇİNİN TESLİM ETMEMESİNİN MÜCBİR SEBEP SAYILMASI

1. Borçlunun Mücbir Sebep Kaydını İleri Sürebilmesi için Aranılan Şartlar

Sözleşmede, tedarikçinin teslim etmemesinin açıkça mücbir sebep sayıldığı hallerde, borçlunun mücbir sebep kaydına dayalı olarak sorumluluktan kurtulması mümkündür. Ancak, genel işlem şartı içeren sözleşmelerde, borçlunun üzerindeki bir

⁴⁰⁷ **Huber**, LS I, s. 619; **Mönchmeyer**, s. 162.

⁴⁰⁸ Bkz. yuk. § 1, II, C.

⁴⁰⁹ Borçlunun sorumluluğunu düzenleyen BGB § 276/I uyarınca, sözleşmenin içeriğinden borçlunun temin rizikosunu (*Beschaffungsrisiko*) üstlendiği anlaşıyorsa, borçlu sözleşme konusunun temin edilememesinden sorumludur. Dolayısıyla Alman hukukunda, tedarikçinin teslim etmemesi sorunu, 1 Ocak 2002’de yürürlüğe giren değişikliklerle getirilen bu hüküm çerçevesinde ele alınmakta ve borçlu, temin riskine bağlı her türlü engelden, kusurdan bağımsız olarak sorumlu tutulmaktadır: Ayrıntılı bilgi için bkz. **Canaris**, (FS Wiegand), s. 181 vd.

riski alacaklıya yükleyen böyle bir kaydın, tüketicilere karşı, olayların çoğunda, TKHK 6 anlamında bir haksız kayıt sayılacağını da göz önünde bulundurmak gerekir⁴¹⁰. Özellikle tüketicinin taraf olmadığı sözleşmeler bakımından da, anılan türdeki kayıtların ileri sürülebilirliği irdelenmelidir.

Alman sözleşme uygulamasında, teslim borcu doğuran sözleşmelerin hemen tümünde, tedarikçinin sözleşme konusu şeyleri teslim etmemesi riskine karşı, çoğunlukla mücbir sebep kaydından ayrı olarak, sözleşme konusu şeyin sözleşmeye uygun ve zamanında teslim edilmesinin saklı tutulduğunu (*richtige und rechtzeitige Selbstbelieferung vorbehalten*) bildiren bir teslim kaydına (*Selbstbelieferungsvorbehalt*) yer verilmektedir. Öte yandan, teslim kayıtlarının kötüye kullanılmaya elverişli niteliği karşısında, Alman doktrin ve uygulaması, söz konusu kayıtların ileri sürülmesini sıkı şartlara tâbi tutmakta ve ancak söz konusu şartların sağlandığı takdirde, borçlunun teslim kaydına dayalı olarak sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmektedir⁴¹¹. Kanımızca, Alman doktrin ve uygulamasında geliştirilen ilkelerden yararlanarak, hukukumuz bakımından, tedarikçinin teslim etmemesini mücbir sebep sayan sözleşme hükümlerinin ancak aşağıdaki şartların varlığı halinde ileri sürülebileceğini kabul etmek gerekir:

⁴¹⁰ Bkz. yuk. § 6, II, B, 1.

⁴¹¹ **Huber**, LS I, s. 611; **Mönchmeyer**, s. 161.

a) Alacaklı ile Borçlu Arasındaki Sözleşmeyle Uyumlu bir Tedarik Sözleşmesinin Bulunması

Tedarikçinin teslim etmemesini mücbir sebep sayan sözleşme hükümlerinin ileri sürülebilmesi için aranması gereken ilk ve temel koşul, borçlu ile bir tedarikçi arasında, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmeyle uyumlu, yani hayatın olağan akışı içerisinde bu sözleşmenin ifasını sağlayabilecek bir sözleşmenin bulunmasıdır⁴¹². Tedarik sözleşmesinin varlığını ispat yükü, borçlu üzerindedir⁴¹³. Bu sebeple, tedarikçinin teslim etmemesini mücbir sebep sayan sözleşme hükmünü ileri sürerek sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu, öncelikle, bir tedarikçi ile arasında sözü edilen nitelikte, geçerli bir sözleşmenin var olduğunu ve bu sözleşme ile temin edilen malların alacaklı ile arasındaki sözleşmenin ifasında kullanılacağını öngörüldüğünü ispat etmelidir⁴¹⁴.

Uyumluluk şartı bakımından, tedarik sözleşmesinin kesin olarak kurulmuş olması gerekir; bu sözleşmenin kurulması sonucunu doğurabilecek bağlayıcı bir icapta bulunulmuş olması yeterli değildir⁴¹⁵. Buna karşılık, tedarikçinin teslim etmemesini sorumlulukta kurtuluş sebebi sayan kaydın ileri sürülebilmesi için, tedarik sözleşmesinin, en geç ne zaman kurulmuş olması gerektiği tartışmalıdır. Bir fikre göre, tedarik sözleşmesinin, borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşme kurulduğu sırada var olması şart olmayıp, borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmenin ifa zamanından önceki herhangi bir zaman noktasında kurulması yeterlidir⁴¹⁶. Bir diğer

⁴¹² **Mönchmeyer**, s. 163; **Huber**, LS I, s. 612; **Löwisch**, StauK § 276 N. 152; **Schmidt**, MüKHGB § 346 N.100.

⁴¹³ **Joost**, HGB § 346 N.119; **Mönchmeyer**, s. 163.

⁴¹⁴ **Mönchmeyer**, s. 163; **Huber**, LS I, s. 612.

⁴¹⁵ **Mönchmeyer**, s.163.

⁴¹⁶ **Joost**, HGB § 346 N.119.

görüş ise, haklı olarak, buna karşı çıkmakta ve kaydın ileri sürülebilmesi için, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme kurulduğu sırada, bu sözleşmeye konu olan malların teminine ilişkin sözleşmenin mevcut olmasını şart koşmaktadır⁴¹⁷. Alman Federal Mahkemesi de açıkça tedarikçinin teslim etmediğini ileri süren borçlunun, sözleşme kurulduğu sırada, bu sözleşmeyle uyumlu ve bağlayıcı bir tedarik sözleşmesinin varlığını ispat etmesinin şart olduğunu kabul etmektedir⁴¹⁸.

Sözleşme konusu malın tedarikine ilişkin sözleşmenin, borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmeyle uyumlu olması şartı, bu iki sözleşmenin ekonomik bağlantısını ifade eder. Bu noktada aranan örtüşme, her iki sözleşmenin tüm unsurlarıyla birebir aynı olması anlamına gelmez. Örneğin, borçlu, birden fazla alacaklısına ifa etmek üzere, her bir alacaklıyla arasındaki sözleşmenin gerektirdiği miktardan çok daha fazla miktara ilişkin bir tedarik sözleşmesi yapmış olabilir⁴¹⁹. Böyle bir sözleşmeye dayanarak da mücbir sebep kaydının ileri sürülmesi mümkündür. Önemli olan, tedarik sözleşmesiyle temin edilen edimin, borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmenin ifasında kullanılacağına öngörülmesi ve ekonomik açıdan bakıldığında, gerçekten bu sözleşmenin ifasına elverişli olmasıdır⁴²⁰.

Tedarikçinin teslim etmemesini mücbir sebep sayan kaydın ileri sürülebilmesi için aranan uyumluluk şartı, her şeyden önce, tedarik sözleşmesinin, borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmenin ifası için gereken edim konusunu karşılayabilecek nitelikte olmasını gerektirir. Örneğin, borçlunun, edimi alacaklı talep ettikçe (*auf Abruf*) kısım kısım ifa etmeyi taahhüt ettiği ve alacaklının talebi üzerine borcun

⁴¹⁷ **Koller**, HGBK Vor § 373, N. 279; **Mönchmeyer**, s. 166.

⁴¹⁸ BGH, 22.03.1995, karar metni için bkz. NJW 1995/30, s.1959; BGH, 14.11.1984, karar metni için bkz. NJW 1985/13, s.738- 739.

⁴¹⁹ **Mönchmeyer**, s.164; **Huber**, LS I, s. 612.

⁴²⁰ **Huber**, LS I, s. 612.

muaccel olduğu bir sözleşme ile tedarik sözleşmesinin uyumluluğundan söz edebilmek için, borçlunun tedarik sözleşmesinden doğan alacağının, kendi alacaklısına karşı olan borcundan daha önce muaccel olması gerekir⁴²¹. Çünkü, aksi durumda, borçlunun, tedarik sözleşmesinden elde edeceği edim, kendisinin alacaklı ile yaptığı sözleşmedeki edimine karşılık gelmiş olmaz ve bu nedenle de, her iki sözleşmenin uyumlu olduğu söylenemez. Bunun gibi, borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşme, miktar, vasıf gibi unsurları içermesine rağmen tedarik sözleşmesi bunları içermiyorsa, uyumluluk şartı sağlanmış sayılamaz⁴²².

Uyumluluk şartı, borçlunun tedarikçisi ile yaptığı sözleşmenin, borçluya, en az onun kendi alacaklısına sağladığı derecede güvence sağlamasını da gerektirir⁴²³. Bu açıdan özellikle tedarik sözleşmesinin tedarikçinin sorumluluğunu sınırlayan kayıtlar içermesi ihtimali üzerinde durmak gerekir: Öncelikle belirtelim ki, tedarik sözleşmesinde bir mücbir sebep kaydının yer alması, tek başına, uyumluluk şartının gerçekleşmesini engellemez. Bu noktada önemli olan, tedarikçinin borçluya karşı dayanabileceği kayıt ile borçlunun kendi alacaklısına karşı dayanabileceği kaydın kapsam bakımından uyumluluğudur⁴²⁴. Örneğin, her iki sözleşmenin de tedarikçilerin ifa etmemesini mücbir sebep sayan bir kayıt içermesi halinde, kayıtlar harfiyen birbirinin aynı olmasa dahi, hukukî kapsamaları bakımından birbirlerine denk olması, sözleşmeler arasında uyumun varlığının kabul edilmesi için yeterlidir. Buna karşılık, borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmede yalnızca bazı doğa olayları ile tedarikçinin teslim etmemesi mücbir sebep sayılmış iken, tedarik sözleşmesinin, tedarikçinin

⁴²¹ **Mönchmeyer**, s. 164; **Huber**, LS I, s. 612.

⁴²² **Huber**, LS I, s. 613; **Joost**, HGB § 346 N.119.

⁴²³ **Mönchmeyer**, s.165.

⁴²⁴ **Mönchmeyer**, s.165; **Huber**, LS I, s. 613.

işletmesi bünyesinde ortaya çıkan engelleri da kapsayan, çok daha geniş kapsamlı bir mücbir sebep kaydı içermesi, uyumluluk şartının gerçekleşmesini engeller⁴²⁵

b) Borçlunun Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranmamış Olması

Borçlunun tedarikçinin teslim etmemesini mücbir sebep sayan sözleşme hükmüne dayalı olarak sorumluluktan kurtulması için, prensip olarak, yukarıda değinilen nitelikte bir tedarik sözleşmesinin bulunması ve borcun, tedarikçinin sözleşme konusu şeyleri teslim etmemesi nedeniyle ifa edilememiş olması yeterlidir. Başka bir ifadeyle, tedarikçinin borcunu neden ifa etmediği, kural olarak önem taşımaz. Örneğin, borçlu, tedarik sözleşmesine konu olan edimi, tedarikçinin kusurlu davranışı nedeniyle elde edememiş olsa dahi, kendi alacaklısına karşı mücbir sebep kaydını ileri sürebilir⁴²⁶.

Ancak, borçlu, tedarik sözleşmesinin ifa edilmemesine, yani alacaklı ile arasındaki sözleşmenin konusu olan şeyin kendisine teslim edilmemesine, kendi kusuruyla sebep olmuş ise, alacaklısına karşı mücbir sebep kaydını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz⁴²⁷. Örneğin, borçlunun haklı bir neden olmaksızın, tedarik sözleşmesinin bedelini ödememesi veya başka herhangi bir surette sözleşmeye aykırı davranması nedeniyle tedarikçinin sözleşme konusu şeyi borçluya teslim etmemiş olması halinde, borçlu, tedarik sözleşmesinin ifasına kusuruyla engel olmuş sayılır⁴²⁸.

⁴²⁵ **Huber**, LS I, s. 613

⁴²⁶ **Mönchmeyer**, s. 167; **Schmidt**, MüKHGB § 346 N. 100; **Joost**, HGB § 346 N.119.

⁴²⁷ **Mönchmeyer**, s. 167; **Schmidt**, MüKHGB § 346 N. 100; **Joost**, HGB § 346 N.119.

⁴²⁸ **Mönchmeyer**, s. 167.

Yukarıda incelenen uygunluk şartı, borçlunun sözleşme konusu malların temini için seçtiği tedarikçinin “güvenilir” olduğunu ispat etmesini gerektirmez⁴²⁹. Çünkü, tedarik sözleşmesinin, borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşme ile uyumlu olup olmadığı, yukarıda değinilen objektif kriterlere göre değerlendirilir. Başka bir ifadeyle uygunluk, tedarikçinin, borçlu tarafından bilinmesi güç olan, kişisel ve ekonomik ilişkilerinden kaynaklanan hal ve şartlara göre değerlendirilemez⁴³⁰. Ancak, borçlunun tedarik sözleşmesini kurarken, kendi konumundaki ortalama bir kimsenin benzer sözleşmelerin kurulmasında göstermesi gereken özeni göstermemiş olduğu hallerde dahi, mücbir sebep kaydının, tedarik sözleşmesinden doğan edimin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmemesi riskinin alacaklıya yüklenmesi sonucunu doğurması da kabul edilemez⁴³¹. Bu nedenle, borçlunun, tedarikçinin seçimi ya da tedarik sözleşmesinin şartları açısından kendisinden beklenen özeni göstermemiş olması halinde, onun mücbir sebep kaydını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacağı kabul edilmektedir⁴³².

Alman Federal Mahkemesi de 14.11.1984 tarihli kararında, makul bir açıdan bakıldığında, sözleşme konusu şeyin kendisine sözleşmeye uygun ve zamanında teslim edileceği beklentisinin güvence altında olmadığı hal ve şartlar altında tedarik sözleşmesini yapan borçlunun, durumun gerektirdiği özeni göstermemiş sayılacağını kabul etmiştir⁴³³. Alman Federal Mahkemesi’nin anılan kararına konu olan olayda borçlu, tedarik sözleşmesini, daha önce kendisiyle hiçbir iş ilişkisi olmayan ve kendisinin faaliyet gösterdiği sektörde de hiç tanınmayan bir kimseyle yapmıştır. Bu

⁴²⁹ Huber, LS I, s. 613.

⁴³⁰ BGH, 14.11.1984, (NJW 1985/13, s. 739); Mönchmeyer, s. 168.

⁴³¹ Huber, LS I, s. 613.

⁴³² Huber, LS I, s. 613; Mönchmeyer, s. 167

⁴³³ Kararın tam metni için bkz. NJW 1985/13, s. 738- 739.

kimse hakkındaki tek bilgi, yıllar öncesine dayanan ve tedarikçinin başka bir sektördeki faaliyetine ilişkin olan banka bilgisidir. Borçlunun yerindeki ortalama bir kimseden, tedarikçi hakkında yeterli derecede bilgiye sahip olması bekleneneğinden, Federal Mahkeme bu olayda, gerekli özenin gösterilmemiş olduğuna ve bu nedenle borçlunun tedarikçinin teslim etmemesini sorumluluktan kurtuluş sebebi sayan sözleşme hükmüne dayanamayacağına karar vermiştir. Borçlunun tedarik sözleşmesinin kuruluşu aşamasında gerekli özeni göstermemiş olması halinde kaydın ileri sürülememesinin gerekçesi, uygunluk şartının yokluğu değil, dürüstlük kuralına (MK 2) aykırılıktır⁴³⁴.

Doğaldır ki; borçlunun tedarik sözleşmesinin kurulması aşamasındaki kusurlu davranışlarına ilişkin söylenenler, alacaklının tedarik sözleşmesinin borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşmeye uygun olarak ifa edilmemesi riskinden habersiz olduğu haller için geçerlidir. Borçlu, aralarındaki sözleşmenin kuruluş aşamasında, alacaklıyı, sözleşme konusu şeyin teslimi açısından mevcut risk ve belirsizlikler hakkında açıkça bilgilendirmiş ve alacaklı buna rağmen tedarikçinin teslim etmemesini mücbir sebep sayan kaydı kabul etmiş ise, daha sonra tedarikçinin borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmemesi halinde, borçlu, mücbir sebep kaydına dayanarak sorumluluktan kurtulabilecektir⁴³⁵.

Tedarik sözleşmesinin kurulmasından sonraki aşamada da, borçlunun dürüstlük kuralına aykırı davranışları, tedarikçinin ifa etmemesi halinde borçlunun sorumluluktan kurtulacağını öngören mücbir sebep kaydının ileri sürülmesini engelleyebilir. Öyle ki; tedarik sözleşmesinin kurulması aşamasında tedarikçinin

⁴³⁴ BGH, 14.11.1984 (NJW 1985/13, s. 739); **Mönchmeyer**, s. 168.

⁴³⁵ BGH, 14.11.1984 (NJW 1985/13, s. 739).

güvenilirliği açısından tereddüt gerektirecek bir durum yok iken, daha sonra tedarik sözleşmesinin ifasını şüpheli hale getiren veya sözleşmenin kesin olarak ifa edilmeyeceğini gösteren koşullar oluşabilir. Sözleşme yapılmadan önce, böyle bir durumun ortaya çıkmış ve borçlunun buna rağmen alacaklı ile sözleşme yapmış olması halinde, daha sonra tedarikçi sözleşme konusu şeyi teslim etmediğinde, borçlu, alacaklıya karşı mücbir sebep kaydını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz⁴³⁶. Örneğin, tedarik sözleşmesinin kurulmasından sonra tedarikçi, borçluya, borcunu ifa edemeyeceğini bildirmiş olmasına rağmen, alacaklıya karşı taahhüt altına giren borçlunun, daha sonra mücbir sebep kaydını ileri sürmesi dürüstlük kuralıyla bağdaşmayacağından, borçlu, borcun ifa edilmemesinden sorumlu olmaya devam eder⁴³⁷. Hatta, alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşme kurulduktan sonraki bir zamanda, tedarikçinin, borcunu ifa edebileceğini bildirmiş olması da bu sonucu değiştirmez. Çünkü bu durumda da borçlu, alacaklı ile sözleşme yaptığı sırada, borcun ifa edilemeyeceği bilgisine sahiptir. Bu nedenle, daha önce ifa etmeyeceğini bildiren tedarikçi, asıl sözleşmenin kurulmasından sonra, bu defa borcu ifa edebileceğini bildirmiş olmakla birlikte, sonuçta yine borcunu ifa etmediğinde, borçlunun alacaklıya karşı mücbir sebep kaydını ileri sürmesi, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder.

Borçlunun tedarik sözleşmesinin kurulmasında gerekli özeni göstermediğini ve bu suretle dürüstlük kuralına aykırı davrandığını iddia eden alacaklı, bu iddiasını ispatla yükümlüdür (MK 6).

⁴³⁶ Mönchmeyer, s. 168.

⁴³⁷ Mönchmeyer, s. 168.

c) Borcun Tedarikçinin Teslim Etmemesi Nedeniyle İfa Edilememiş Olması

aa) Tedarikçinin Sorumluluk Alanında Kalan Engellerle Sınırlı Uygulama Alanı

Sözleşmede tedarikçinin teslim etmemesinin mücbir sebep sayılmış olması, tedarik sözleşmesiyle teslimi taahhüt edilen şeyin borçluya zamanında ulaşmasını engelleyen her türlü olayın sorumluluktan kurtuluş sebebi teşkil edeceği anlamına gelmez. Aksine söz konusu kayıt, yalnızca kaynağını tedarikçinin sorumluluk alanında bulan olaylar nedeniyle borcun ifa edilmemesi neticesinde borçlunun sorumlu tutulmasını engeller.

Örneğin, tedarikçinin borcu gönderilecek borç niteliğindeyse, tedarikçi sadece sözleşme konusu şeyi kararlaştırılan ifa zamanında borçluya ulaşacak şekilde göndermekle yükümlü olduğundan, tedarikçinin teslim etmemesini mücbir sebep sayan kayıt, taşıma sırasında ortaya çıkabilecek ifa engellerini kapsamaz⁴³⁸. Zira, tedarikçi, sözleşme konusu şeyleri, sözleşmeye uygun olarak borçluya gönderdiği sürece, mücbir sebep olayı, yani tedarikçinin teslim etmemesi, gerçekleşmiş sayılmaz. Bu nedenle borçlu, taşıma sırasında ortaya çıkan engellerden ötürü kendi alacaklısına karşı, borcunu hiç veya zamanında ifa edemezse, tedarikçinin teslim etmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz⁴³⁹. Öte yandan taşıma sırasında ortaya çıkan engelin, mücbir sebep kaydında sayılan olaylardan bir diğeri olması ya da söz konusu engelin genel mücbir sebep kavramının kapsamına dahil olması hallerinde, borçlunun bu sebeplere dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkündür.

⁴³⁸ Mönchmeyer, s. 169.

⁴³⁹ Mönchmeyer, s. 169.

Tedarikçi ile borçlu arasındaki sözleşmenin FOB (*Free On Board*) ya da CIF (*Cost, Insurance&Freight*) kaydı içermesi halinde, satıcı (tedarikçi), sözleşme konusu şeyin, yükleme limanında, taşımanın yapılacağı geminin güvertesinde teslim edilmesi taahhüdü altındadır ve hasar, sözleşme konusu şeyin, taşımanın yapılacağı geminin küpeştesini geçmesiyle, alıcıya (tedarik sözleşmesinin alacaklısına) geçer⁴⁴⁰. Bu nedenle, yükleme limanında taşımanın yapılacağı geminin güvertesine kadar olan taşıma, tedarikçinin sorumluluk alanına girer. Eğer bu taşıma sırasında, borcun ifasını engelleyen bir durum ortaya çıkarsa, borçlu, alacaklısına karşı, tedarikçinin teslim etmemesini mücbir sebep sayan kaydı ileri sürebilir. Bu taşımadan sonra gelen deniz yoluyla taşıma ise, tedarikçinin sorumluluk alanına ve dolayısıyla mücbir sebep kaydının kapsamına girmediğinden, borçlu, mücbir sebep kaydına dayanarak sorumluluktan kurtulamaz⁴⁴¹.

bb) Tedarikçinin Ayıplı İfası

Alman hukukunda, tedarikçinin ayıplı mal teslim etmesi halinde, borçlunun alacaklıya karşı, geleneksel kısa şekliyle ifade edilmiş teslim kaydına (*richtige und rechtzeitige Selbstbelieferung vorbehalten*) dayanıp dayanamayacağı tartışmalıdır. Hâkim fikre göre, kayıtta aksi belirtilmedikçe, söz konusu kayıtlar, yalnızca tedarikçinin borcu hiç veya zamanında ifa etmemesi riskine karşı borçluyu korur⁴⁴². Bir diğer görüş ise, tedarikçinin ayıplı mal teslim ettiği hallerde de borçlunun teslim

⁴⁴⁰ Tekil, F.: Deniz Hukuku, İstanbul 2001, s. 372, 374.

⁴⁴¹ Mönchmeyer, s. 169.

⁴⁴² Joost, HGB § 346 N.119; Hopt, BeckHGB § 346 N.40.

kaydını ileri sürerek alacaklıya karşı sorumluluktan kurtulmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir⁴⁴³.

Kanımızca, tedarikçinin teslim etmemesinin mücbir sebep olarak sayıldığı kayıtlar bakımından, mücbir sebep kaydının içeriği, yani neyin mücbir sebep sayıldığı belirleyici olmalıdır. Eğer sözleşmeden tedarikçinin yalnızca hiç veya zamanında ifa etmemesinin mücbir sebep sayıldığı sonucu çıkarılıyorsa, tedarikçinin ayıplı ifası borçluyu sorumluluktan kurtarmaz. Buna karşılık, tedarikçinin ayıplı ifasının da açıkça mücbir sebep sayılmış olması halinde borçlu, mücbir sebep kaydına dayanarak sorumluluktan kurtulabilir.

Tedarikçinin ayıplı ifasının mücbir sebep sayılmış olması halinde iki ihtimal gündeme gelir:

Birinci ihtimalde, tedarikçi, borçluya, ayıplı malı teslim eder. Ayıbı fark eden borçlu, bu nedenle sözleşme konusu şeyi alacaklıya teslim etmez, tedarikçinin sözleşmeye uygun ifasını bekleyebilir; tedarikçinin sonradan sözleşmeye uygun malı teslim etmesi halinde sözleşme konusu şeyi alacaklıya gecikmeli olarak ifa eder. Bu durumda borçlu, mücbir sebep kaydına dayalı olarak gecikmeden ötürü tazminat ödemekten kurtulur. Tedarikçinin, örneğin imkansızlık gibi bir sebeple, sözleşmeye uygun malı teslim etmemesi halinde ise, alacaklıya malı teslim edemeyen borçlu, mücbir sebep kaydını ileri sürerek edim yükümünden tamamen kurtulur⁴⁴⁴.

İkinci ihtimalde ise sözleşmenin gerektirdiği nitelikleri haiz olmayan mal, doğrudan alacaklıya teslim edilir. Örneğin, borçlu tedarikçisine, sözleşme konusu

⁴⁴³ Bu görüş ve gerekçeleri için bkz. **Mönchmeyer**, s. 181-182.

⁴⁴⁴ Bu halde borçlunun tedarikçiden olan alacağını temlik yükümü için bkz. a.ş. § 7, III, B, 2.

şeyi kendisine değil de doğrudan alacaklıya teslim etmesi talimatını vermiştir ve tedarikçinin alacaklıya teslim ettiği mallar ayıplı çıkabilir. Bu durum karşısında alacaklının değiştirme hakkı (BK 203) gibi, aynen ifa talebinin uzantısı niteliğindeki⁴⁴⁵ bir hakkını kullanmayı tercih etmesi halinde, borçlu, tedarikçinin ayıplı ifa ettiğini ileri sürerek mücbir sebep kaydına dayanabilir. Bunun sonucu olarak, borçlu, ifa zamanının ertelenmesi sonucunu öngören mücbir sebep kaydı gereğince, ayıpsız malın tedarikçi tarafından teslimi için geçen süredeki gecikmeden sorumlu olmayacağı gibi, ayıpsız malın tesliminin imkânsız olması ya da mücbir sebep kaydının kendisine sözleşmeden dönme hakkı tanınması halinde, edim yükümünden tamamen kurtulabilir. Öte yandan, ayıplı ifadan doğan diğer haklar mücbir sebep kaydından etkilenmeyeceğinden, alacaklı da sözleşmeden dönme ya da bedel indirimi gibi haklarını kullanabilir⁴⁴⁶.

2. Borçlunun Temlik Yükümü

Daha önce değinildiği gibi, sözleşme uygulamasında görülen mücbir sebep kayıtlarında, mücbir sebep olaylarının gerçekleşmesi üzerine, genellikle borçluya veya her iki tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanınmaktadır. Bu tespit Alman uygulamasında hemen her sözleşmede yer alan teslim kayıtları (*Selbstbelieferungsvorbehalt*) açısından da geçerlidir. Bu durum karşısında, Alman hukukunda, sözleşmeden dönülmesi sonucunda tarafların edim yükümlerinden kurtulmaları halinde, borçlu tedarik sözleşmesinden doğan borcun ifa edilmemesi

⁴⁴⁵ **Aral, F.:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara 2007, s. 152; **Mönchmeyer,** s. 182.

⁴⁴⁶ **Mönchmeyer,** s. 183.

nedeniyle tedarikçiye karşı bazı talep haklarına sahip olmuşsa, alacaklının borçlunun söz konusu hakların kendisine temlikini talep edebileceği kabul edilmektedir⁴⁴⁷. Teslim kaydına dayalı olarak sorumluluktan kurtulmak için zaten tedarikçi ile olan sözleşme ilişkisini ortaya koymak zorunda olan borçlu açısından da sakıncası olmayan bu yolla, alacaklıya, borcun ifa edilmemesinden doğan zararlarının karşılayabilme imkânının tanınması hedeflenmektedir. Aynı gerekçelerle, tedarikçinin teslim etmemesini mücbir sebep sayan bir sözleşme hükmü gereğince sözleşmeden dönen borçlunun da, tedarikçiye karşı sahip olduğu hakları alacaklıya temlik yükümü altında olduğunu kabul etmek gerekir.

Tarafların sözleşmede açıkça böyle bir temlik yükümüne yer vermeleri halinde, alacaklı, sözleşmeye dayanarak borçlunun tedarikçiye karşı olan alacağının kendisine devrini talep edebileceği açıktır. Sözleşmenin açıkça bu yönde bir hüküm içermemesi halinde, yine de borçlunun alacağı temlik yükümünün bulunup bulunmadığı, Alman hukukunda tartışmalıdır. Alman Federal Mahkemesinin konuya ilişkin yegâne kararında, sözleşmede açıkça borçluya tedarikçiden olan alacağını temlik yükümünü yükleyen bir hükmün olmaması halinde, söz konusu nitelikte bir temlik yükümünün varlığının, ancak bu yönde bir ticarî teamül varsa kabul edilebileceği ifade edilmiştir⁴⁴⁸. Buna karşılık doktrinde, tedarik sözleşmesinden doğan alacağın temlikini gerektiren bir ticarî teamülün olmadığı hallerde dahi, söz konusu temlik yükümünün varlığı kabul edilmektedir⁴⁴⁹. Bir görüşe göre, böyle bir temlik yükümünün mevcut olduğu sonucuna, borçlunun imkânsızlaşan edimin yerine elde ettiği ikame değer veya böyle bir değere ilişkin talep hakkının alacaklıya devrini

⁴⁴⁷ **Huber**, LS I, s. 614; **Koller**, HGBK Vor § 373, N.281; **Mönchmeyer**, s. 174.

⁴⁴⁸ BGH 31.1.1973. Karar metni için bkz. DB 1973, s. 911.

⁴⁴⁹ **Huber**, LS I, s. 614; **Beitzke**, s. 1754.

öngören BGB § 285'in kıyasen uygulanması ile ulaşmak mümkündür⁴⁵⁰. Bir diğer görüşe göre ise, bu yüküm dürüstlük kuralından (BGB § 242, MK 2) çıkarılabilir⁴⁵¹.

Mücbir sebep kaydının ileri sürülmesiyle ortaya çıkan hukukî durumda, genel bir temlik yükümünün varlığının kabulü, menfaat dengesine uygun görünmektedir⁴⁵². Daha önce de değinildiği gibi, Borçlar Kanunumuzda BGB § 285 gibi bir hüküm bulunmamakla birlikte, hukukumuzda da alacaklının imkânsız hale gelen edim yerine geçen ikame değer veya buna ilişkin talep hakkının kendisine devrini talep edebileceği kabul edilmektedir⁴⁵³. Bu çerçevede mücbir sebep kayıtları bakımından da aynı esasların benimsenmesinin önünde bir engel yoktur. Kaldı ki; borcun tedarikçi tarafından ifa edilememesinin nedeni, ifa imkânsızlığı da olabilir. Bu takdirde, borçlu alacaklının ifa talebine karşı ifanın imkânsızlığı savunmasını ileri sürecek; mücbir sebep kaydının varlığı nedeniyle borçludan tazminat talep edemeyecek olan alacaklı da, ikame değer olarak, borçlunun tedarikçiye karşı olan tazminat alacağının kendisine devrini talep edebilecektir. Buna koşut olarak, ifanın imkânsız olmadığı hallerde de, zararını başka türlü tazmin ettirme imkânına sahip olmayan ve borç ilişkisine bir ölçüde tedarik sözleşmesinin varlığına güvenerek girmiş olan alacaklının, borçlunun tedarikçiye karşı sahip olduğu hakların kendisine temlikini talep edebilmesi yerinde olur. Her halde, muhtemel tereddüt ve tartışmaların önüne geçmek için, tarafların sözleşmede temlik yükümünün mevcudiyetine ilişkin açık hükümlere yer vermelerinde fayda vardır.

⁴⁵⁰ Huber, LS I, s. 614.

⁴⁵¹ Beitzke, s. 1754.

⁴⁵² Huber, LS I, s. 614; Koller, HGBK, Vor § 373 N.281; Mönchmeyer, s. 174.

⁴⁵³ Bkz. yuk. § 2, III, B, 3, a.

Günümüzde artık pek rastlanmamakla birlikte, mücbir sebep kaydının, mücbir sebebin gerçekleşmesiyle edim yükümünün kendiliğinden derhal sona ermesini öngördüğü veya kaydın engelin ortaya çıkması üzerine derhal kullanılabilecek bir dönme hakkı öngörüp, borçlunun da bu hakkı kullandığı hallerde⁴⁵⁴, alacaklı ve borçlunun edim yükümleri sona ermiş olmasına rağmen, tedarikçinin gecikmiş edimi aynen ifa edip etmeyeceği kesinleşmemiştir. Bu nedenle, tedarik sözleşmesinden doğan alacak borçlu tarafından kendisine temlik edilmiş bulunan alacaklı, tedarikçiden borcun aynen ifasını talep edebilir⁴⁵⁵. Bu talep üzerine tedarikçi, borcu ifa ederse, doğal olarak karşı edimi yani tedarik sözleşmesinden doğan ücret alacağını talep edebilir. Ancak tedarikçi ile borçlu arasındaki sözleşmeden doğan alacağın temliki, söz konusu sözleşmeden doğan ücret ödeme borcunun borçlusunu değiştirmez. Böylece mücbir sebep kaydını ileri sürerek ifa yükümünden kurtulan, buna karşılık ne tedarikçiden malı ne de alacaklı ile arasındaki sözleşmeden doğan karşı edimi elde edebilen borçlu, halen tedarikçinin ücret alacağının da borçlusu olmaya devam eder. Böyle bir sonucun adaletsizliği karşısında, sözleşmede aksine açık bir düzenleme olmadıkça, alacaklının, tedarik sözleşmesinden doğan alacağın kendisine temlikini, ancak BK 173 vd. anlamında borcun nakli ile, yani borçlunun tedarik sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini de üzerine alması şartıyla talep edebileceğini kabul etmek gerekir⁴⁵⁶.

⁴⁵⁴ Bir süre uzatımı ve bunun sonunda dönme hakkı öngören kayıtlar bakımından, sürenin sonunda borç hâlâ ifa edilmemiş ise, aynen ifa çoğunlukla imkânsız olacağı ve bu durumda temlik, kural olarak, yalnızca tazminat talepleri açısından bir anlam ifade edeceğinden, böyle bir sorunla karşılaşılması çok zayıf bir ihtimaldir

⁴⁵⁵ Tedarikçiye karşı ileri sürülebilecek tazminat talepleri hakkında bkz. **Mönchmeyer**, s. 175 vd.

⁴⁵⁶ Bkz. **Mönchmeyer**, s. 174.

IV-KONSORSİYUM VE MÜCBİR SEBEP KAYITLARI

Borcun ifasının bir konsorsiyum tarafından taahhüt edilmiş olması halinde, mücbir sebep kaydında belirtilen olaylardan birinin, konsorsiyumda yer alan borçlulardan yalnızca biri açısından gerçekleşmiş olması, mücbir sebep kayıtlarına ilişkin bir diğer uygulama sorununa vücut verir. Belirtilen durumda nasıl hareket edileceği konusunda sözleşmeye göre bir sonuca varmak gerekir:

Ticarî işlerde teselsül karinesini düzenleyen TTK 7'ye göre, *“İki veya daha fazla kimse, içlerinden yalnız biri veya hepsi için ticari mahiyeti haiz bir iş dolayısıyla diğer bir kimseye karşı müştereken borç altına girerlerse mukavelede aksi kararlaştırılmış olmadıkça müteselsilen mesul sayılırlar.”* Edimin bir konsorsiyum tarafından taahhüt edildiği hallerde, bir ticarî iş söz konusu olacağından, TTK 7 uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça, konsorsiyumu oluşturan borçlular alacaklıya karşı müteselsilen sorumludur. Böylece her bir borçlu, alacaklıya karşı, borcun tamamından sorumlu olduğundan, mücbir sebep kaydında belirtilen engellere maruz kalan borçlu haricindeki borçlular, ifa edilmeyen kısımdan sorumlu olmaya devam ederler. Başka bir ifadeyle sözleşmede belirtilen mücbir sebeplerin, borçlulardan biri açısından gerçekleşmiş olması, diğerlerini, borcun kısmen ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan kurtarmaz⁴⁵⁷.

Buna karşılık, TTK 7'de de belirtildiği gibi, teselsül karinesinin aksinin kararlaştırılması mümkündür. Dolayısıyla teselsül karinesinin sözleşmeyle bertaraf edildiği hallerde, konsorsiyumu oluşturan borçlular, alacaklıya karşı müteselsilen değil, fakat müştereken sorumlu olur. Böylece her bir borçlu, edimin kendisinin

⁴⁵⁷ Beitzke, s. 1754.

üstlendiği kısmından sorumlu olacağından, mücbir sebep kaydı kapsamındaki bir olayın, konsorsiyumda yer alan müşterek borçlulardan birinin üstlendiği kısmın ifasını engellemesi halinde, diğer borçlular, borcun kısmen ifa edilmemesinden sorumlu tutulamaz⁴⁵⁸.

V- TOPLAM MİKTARIN YETERSİZLİĞİ

Yukarıda⁴⁵⁹ imkânsızlık bahsinde incelediğimiz, toplam miktarın yetersizliği sorununun, mücbir sebep kayıtları çerçevesinde ortaya çıkması da mümkündür. Örneğin, borçlu, hükümet tarafından getirilen sınırlama ya da tedarikçisinin kısmen ifa etmesi nedeniyle, birden çok alacaklısının hepsini tatmin etmeye yetecek miktarda mal temin edememiş olabilir. Belirtilen engellerin sözleşmede mücbir sebep sayılmış olması halinde, borçlunun alacaklılardan birine veya bir kaçına ifada bulunup, diğerlerine karşı mücbir sebep kaydını ileri sürüp süremeyeceği sorunu ortaya çıkar.

Doktrinde, imkansızlık nedeniyle toplam miktarın yetersizliği konusunda ileri sürülen ve yukarıda değindiğimiz görüşler, söz konusu sorunun mücbir sebep kayıtları çerçevesinde ortaya çıkması hali için de savunulmakta ve hakim görüş, dürüstlük kuralı gereğince, borçlunun temin ettiği edim miktarını alacaklılar arasında, alacakları oranında bölüştürmesi gerektiğini kabul etmektedir⁴⁶⁰. Yine yukarıda imkânsızlık konusunda dile getirdiğimiz gerekçelerle⁴⁶¹, mücbir sebep

⁴⁵⁸ **Beitzke**, s. 1754.

⁴⁵⁹ Bkz. yuk. § 2, III, A, 2, c.

⁴⁶⁰ Bkz. **Gesang**, s. 79; **Mönchmeyer**, s. 98-100; **Huber**, LS I, s. 620.

⁴⁶¹ Bkz. yuk. § 2, III, A, 2, c.

kayıtları bakımından da oransal dağıtımı bir prensip düzeyinde kabul etmek yerine, somut olayın şartları göz önünde bulundurularak, borçlunun bazı alacaklılara borcu ifa edip, diğerlerine karşı mücbir sebep kaydını ileri sürerken, izlediği yöntemin ve gözettiği kriterlerin dürüstlük kuralının gereklerine uygun olup olmadığına göre bir sonuca varmak, bize daha isabetli görünmektedir.

SONUÇ

Borçlunun, borcun ifa edilmemesinden sorumlu olup olmadığı, onun, borcun ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararları tazmin yükümünün doğup doğmayacağı konusunda belirleyici unsurdur. Hukukumuzda borçlunun, borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulabilmesi için, kural olarak, borcun ifa edilmemesine kusuruyla yol açmış olması gerekir. Ancak bazı hallerde borçlu, kusurlu olmasına rağmen meydana gelen zarardan sorumlu olmaz iken, bazen de hiçbir kusuru olmadığı halde sorumlu tutulur. Buna göre, borcun ifa edilmemesinden borçlunun sorumlu olmaması, ifayı engelleyen bir olgu sebebiyle borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluğun, kusursuzluk veya başka bir sebeple borçluya isnat edilememesi anlamına gelir.

Sorumluluğun kusura bağlı olduğu hallerde, borcun ifa edilmemesinde kusuru bulunmayan borçlu, sorumluluktan kurtulur. Bu anlamda kusur, davranışlarının sonuçlarını bilip, buna uygun davranabilecek durumda olan bir kimsenin, belli bir olay karşısındaki tutum veya davranışı ile kendisinden beklenebilir nitelikteki ortalama davranış arasında var olan olumsuz yöndeki fark olarak tanımlanabilir. Borçludan göstermesi beklenen davranış biçiminin belirlenmesinde, hâkim görüş, objektif kusur anlayışından hareket etmektedir. Bu anlayışa göre, borçlunun, borcun ifası için gerekli bilgi, yetenek veya özelliklere sahip olmadığı şeklinde bir savunmayı ileri sürebileceği bireysel bir kusur ölçüsü reddedilir ve borçludan göstermesi beklenen davranış biçimi, somut sözleşmenin şartlarına ve borçlunun meslek alanında geçerli olan standartlara göre belirlenir. Böylece belli bir ifa engeli

karşısında, sözleşmenin şartları ve kendi meslek grubunun standartlarına göre, ortalama bir borçludan beklenebilecek özeni göstermiş olan borçlu, borcun ifa edilmemesi nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu tutulamaz. Kendisinden beklenen davranışı gösterdiğini iddia eden borçlu, bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Aksi takdirde alacaklının borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararları tazmin etmesi gerekir.

Kusurdan bağımsız sorumluluk hallerinde ise, sorumluluk kusur dışında, başka bazı olgulara bağlanmış olduğundan, borçlu gerekli özeni gösterdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulamaz. Sorumluluktan kurtulabilmek için, borçlunun, sorumluluğun bağlandığı olgu ile borcun ifa edilmemesi arasında uygun illiyet bağının bulunmadığını ispat etmesi gerekir.

Borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple borcun ifa edilmemesinin borç ilişkisi üzerindeki etkileri, ifanın halen mümkün olup olmadığına göre değişir. Sözleşmeyle kararlaştırılan edimin, ifa davası, cebrî icra gibi hukukî yollarla elde edilmesi ihtimalinin sürekli olarak ortadan kalktığının kabulünü gerektiren durumlarda, ifanın imkânsız hale geldiğini söylemek mümkündür. Borcun ifası, sözleşmenin kurulmasından sonra imkânsız hale geldiğinde, borçlu, aynen ifa yükümünden kurtulur. Aynen ifa talebinin hakkın kötüye kullanılması yasağı tarafından engellendiği beklenemezlik hallerinde, sonuçları bakımından imkânsızlığa eş tutulması gereken bir durum ortaya çıkar. Aynen ifa yükümünün sona ermesi sonucunu doğuran imkânsızlık, objektif veya subjektif nitelikte olabileceği gibi, maddî veya hukukî sebeplerden de kaynaklanabilir. Çeşit borçlarında ise kural olarak imkânsızlık söz konusu olmamakla birlikte, sınırlı çeşit borçlarında, mutlak kesin

vadeli işlemlerde, hukukî imkânsızlık ve edim hasarının somutlaşmayla alacaklıya geçmesi hallerinde, çeşit borcunun da ifasının imkânsızlığı gündeme gelebilir.

Borcun ifası, borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsız hale geldiği takdirde, borçlu aynen ifa yükümünden tazminat ödemeksizin kurtulur. Burada borç ilişkisi değil, dar anlamda borç, yani birincil (ifa) ve ikincil (tazminat) edim yükümleri sona erer. Borçlu, bu durumda, kural olarak, karşı edime ilişkin talep hakkını kaybettiği gibi, karşı taraftan aldıklarını da iade etmelidir. İstisnâ bazı hallerde ise kendi edimini yerine getirmemesine ve bunun için tazminat ödememesine rağmen, karşı edimi talep etme hakkına sahip olmaya devam eder. Kısmî imkânsızlık halinde, borçlu, edimin ifası imkânsız hale gelen kısmına ilişkin sorumluluktan kurtulur. Buna karşılık karşı edimde de, imkânsız hale gelen kısmın, edimin tümünün değerine oranı kadar indirim yapılır. Borçlunun ediminin ifası halen mümkün olan kısmı ve karşı edimin söz konusu indirimden sonra kalan kısmı için ise tarafların sorumlulukları devam eder.

İfayı imkânsız hale getirmeyen, geçici bir engel nedeniyle borcun ifa edilmediği hallerde ise, borçlu, borcu aynen ifa etmekle yükümlü olmaya devam eder. Ancak engel var olduğu sürece, alacaklı borcun aynen ifasını talep edemez. Böylece aynen ifa yükümü ertelenmiş olur ancak bu, muacceliyetin de ertelendiği anlamına gelmez. Bu nedenle, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen geçici engeller söz konusu olduğunda, engel var olduğu müddetçe aynen ifayı ve sonrasında ifanın gecikmesinden doğan zararının tazmini talep edemeyen alacaklı, şartlarını yerine getirmiş olmak kaydıyla, sözleşmeden dönebilir.

Viyana Satım Hukukuna göre, borçlunun borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için, borcun, kendisinin kontrolü dışında olan, öngörülemez ve kaçınılamaz bir engel nedeniyle ifa edilmemiş olması gerekir. Borcun belirtilen özellikleri taşıyan bir engel nedeniyle ifa edilmemiş olması, yalnızca tazminat yükümünün doğmasını engeller. Buna karşılık alacaklı borcun ifa edilmemesinden doğan diğer haklara sahip olmaya devam eder.

Sözleşmelerde, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle borcun ifa edilmemesi ve bunun sonuçları, büyük bir çoğunlukla, mücbir sebep kayıtlarıyla düzenlenir. Bu kayıtların en çok rastlanılan türü, belirli olayların zikredilerek, bunlar ve benzeri olayların mücbir sebep sayılacağını öngören kayıtlardır. Söz konusu kayıtlarda genellikle, mücbir sebep sayılan olayların borcun ifasını engellemesi halinde, ifa zamanının belli bir süre erteleneceği; engelin bu süre içinde ortadan kalkmaması halinde taraflardan birinin veya her ikisinin sözleşmeden dönebileceği düzenlenir.

Mücbir sebep kayıtları, çoğunlukla genel işlem şartları içerisinde yer alır. Genel işlem şartı içeren tüketici sözleşmelerinde yer alan mücbir sebep kayıtları, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesi anlamında haksız kayıt teşkil ettikleri ölçüde geçersizdir. Bu çerçevede, belli bir olayın, mücbir sebep kaydında öngörülen sonucu doğurmasının, borçlunun, kanuna göre kendi sorumluluk alanından kaynaklanan riskleri, genel işlem şartlarını kullanarak, ölçsüz biçimde tüketiciye yüklemesi anlamına geldiği hallerde, mücbir sebep kaydının TKHK 6 anlamında haksız kayıt niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Aynı şekilde, genel işlem şartları içerisinde yer alan mücbir sebep kaydında öngörülen ertelemenin süresinin yeterince açık bir şekilde belirtilmemiş olması ve

sorumluluktan kurtuluş sebebinin ortaya çıkması üzerine, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin makul sayılamayacak derecede uzun süre askıda bırakılması da, kaydın TKHK 6 anlamında haksızlığına yol açar. Keza, mücbir sebep kaydında borçluya tanınan sözleşmeden dönme hakkının, borçluya, haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden kurtulma imkânı sağlanması anlamına geldiği hallerde de TKHK 6 uyarınca bir haksız kaydın varlığını kabul etmek gerekir.

Tüketici sözleşmesi niteliğinde olmayan sözleşmelerde de, genel işlem şartları içerisinde yer alan ve Borçlar Kanununun 19. maddesi anlamında kamu düzenine veya ahlâka aykırılığa yol açan mücbir sebep kayıtları geçersiz sayılır.

Borcun ifasını engelleyen bir olayın mücbir sebep kaydının kapsamı içerisinde olup olmadığı, her somut sözleşme ilişkisi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede belirleyici olan unsur tarafların anlaşmalarıdır.

Borçlunun, üçüncü kişilerin hakimiyet alanlarında gerçekleşen mücbir sebeplere dayanarak sorumluluktan kurtulması ancak sözleşmenin bu yönde açık bir hüküm içermesi halinde mümkündür. Borçlunun tedarikçisinin sözleşme konusu şeyi teslim etmemesinin mücbir sebep sayıldığı kayıtlar ise ancak belli şartların varlığı halinde ileri sürülebilir.

Edimin bir konsorsiyum tarafından taahhüt edildiği hallerde, ticarî işlerde teselsül karinesi uyarınca, bir mücbir sebebin borçlulardan biri açısından gerçekleşmesi, diğer borçluları ifa edilmeyen kısma ilişkin sorumluluktan kurtarmaz. Teselsül karinesinin sözleşmeyle bertaraf edilmiş olması halinde ise, diğer borçluların sorumluluktan kurtulması mümkündür.

Birden çok alacaklıya aynı türden malı teslim etmeyi taahhüt etmiş olan borçlu, her bir sözleşmede mevcut mücbir sebep kaydında yer alan olaylardan biri nedeniyle, alacaklıların tümünü tatmin etmeye yetecek miktarda mal temin edemediğinde, bazı alacaklılara borcu ifa edip, diğerlerine karşı mücbir sebep kaydını ileri sürebilir. Bu durumda borçlunun borcu ifa edeceği alacaklıları belirlemede izlediği yöntemin ve gözettiği kriterlerin dürüstlük kuralının gereklerine uygun olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu konuda belli bir yöntemi peşinen dürüstlük kuralına uygun veya aykırı saymak yerine, o yöntemin tercih edilmiş olması, somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilmelidir.

BİBLİYOGRAFYA*

- Aeppli, V.** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Das Erlöschen der Obligationen, Teilband V 1h Erste Lieferung, Art. 114–126 OR, Zürich 1991.
- Akıntürk, T.** : Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- Ambrose, C.** : *Force Majeure in International Contracts- The English Law Perspective*, Business Law International (2003), s. 234 vd.
- Aral, F.** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara 2007.
- Arnold, A.** : *Die vorübergehende Unmöglichkeit nach der Schuldrechtsreform*, JZ (2002/18), s. 866 vd.
- Atamer, Y.** : *Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bir Bakış*, Milletlerarası Satım Hukuku (ed.: Yeşim Atamer), İstanbul 2008, s. 221 vd. (CISG).
- Atamer, Y.** : *Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar*, Prof. Dr.Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 291 vd. (Armağan).
- Atamer, Y.** : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999 (Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi).
- Backhaus, R.** : *The Limits of the Duty to Perform in the Principles of European Contract Law*, EJCL Vol. 8.1 (March 2004), <<http://www.ejcl.org/>>.
- Bar, C.v./ Zimmermann R.** : Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, München 2002.
- Bär, R.** : Das Fixgeschäft, Zürich 1956.

* Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan göndermelerde kullanılan kısaltmalar, eserin künyesinden sonra parantez içerisinde gösterilmiştir.

- Barth, H.R.** : Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Zürich 1958.
- Beitzke, G.** : *Höhere Gewalt Klauseln*, DB (1967), Nr. 41, s. 1751 vd.
- Beuthien, V.** : Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, Tübingen 1969.
- Bianca, C. M./
Bonell, M. J.** : Commentary on the International Sales Law, Milan 1987 (Bianca/Bonell/Yazar adı).
- Bittner, C./Löwisch, M./
Otto, H.:** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255- 304 (Leistungsstörungenrecht I) Berlin 2004. (Yazar adı, StauK)
- Blaurock, U.** : *Culpa- Haftung und nachträgliche Unmöglichkeit*, Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht, Kolloquium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Ernst von Caemmerer, Tübingen 1983, s. 51 vd.
- Böckstiegel, K. H.** : *Vertragsklauseln über nicht zu vertretende Risiken im internationalen Wirtschaftsverkehr*, RIW (1984/1), s. 1 vd.
- Brunner, C.** : UN- Kaufrecht- CISG, Bern 2004.
- Bucher, E.** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil 2. Auflage, Zürich 1988 (AT).
- Bucher, E.** : *Notizen zu Art. 185 OR* (Gefahrtragung durch den Käufer), ZSR (1970), s. 281 vd. (Notizen).
- Buz, V.** : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- Canaris, C.-W.** : Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München 1971
- Canaris, C.-W.** : *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*, JZ 2001/10, s. 499 vd. (JZ 2001).
- Canaris, C. -W.** : *Die einstweilige Unmöglichkeit der Leistung*, Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, s. 143 vd. (FS Huber).

- Canaris, C.-W.** : *Die Einstandspflicht des Gattungsschuldners und Übernahme eines Beschaffungsrisikos nach § 276 BGB, Norm und Wirkung – Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht aus Heutiger und historischer Perspektive –Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, s. 179 vd (FS Wiegand).*
- Canaris, C.-W.** : *Grundlagen und Rechtsfolgen der Haftung für anfängliche Unmöglichkeit nach § 311a Abs.2 BGB, Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, München 2005, s. 11 vd (FS Heldrich).*
- Caytas, I.** : *Der Unerfüllbare Vertrag, Anfängliche und Nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe im Recht der Schweiz, Deutschlands, Österreichs, Frankreichs, Italiens, Englands, der Vereinigten Staaten, im Völkerrecht und im internationalen Handelsrecht, Wilmington 1984.*
- Dural, M.** : *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.*
- Emmerich, V.** : *Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005.*
- Eren, F.** : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008. (Borçlar Hukuku)*
- Eren, F.** : *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975 (Sorumluluk).*
- Erzurumluoğlu, E.** : *Türk- İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970.*
- Fehre, A.** : *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, Berlin 2005.*
- Finn, M.** : *Erfüllungspflicht und Leistungshindernis, Berlin 2007.*
- Fischer, N.** : *Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht, Berlin 2001.*
- Flambouras, D.** : *The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis, Pace International Law Review (Fall 2001), s. 261 vd.*

- Gauch, P. /Schluep, W./ Schmidt, J./Rey, H.** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I-II, 8. Aufl., Zürich 2003.
- Gauch, P.** : *Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie)*, Recht 1989/4, s. 122 vd.
- Genschel, H.** : Die Verdrängung der Juden aus der Wirtschaft im Dritten Reich, Göttingen 1966.
- Gesang, J.** : Force- majeure und ähnliche Entlastungsgründe im Rahmen der Lieferungsverträge von Gattungsware, Königstein/Ts. 1980.
- Girsberger, A.** : Dingliche Surrogation, Aarau 1955.
- Gözübüyük, A. P.** : Hukukî Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1957.
- Gutknecht, C.Z.** : Die Gewähr:Risikoverantwortlichkeit, Bern 2007.
- Hartmann, S.** : Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Zürich 2005.
- Havutçu, A.** : Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003.
- Honsell, H./Vogt, N.P./ Wiegand, W. (Hrsg.)** : Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Aufl, Basel- Genf- München 2007. (Yazar adı, BasK)
- Hopt, K. J./ Merkt, H. (Hrsg.)** : Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 9, Handelsgesetzbuch, 33. Aufl., München 2008. (Yazar adı, BeckHGB)
- Huber, U.** : Leistungsstörungen, Band I- II, Tübingen 1999.
- Jenkins, S.H** : *Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles- A Comparative Assessment*, Tulane Law Review, 1998, .s. 2015 vd.
- Joost, D./Strohn, L. (Hrsg)** : Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, Band 2, §§ 343- 475h, Transportrecht, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. München 2009. (Yazar adı, HGB)

- Katsivela, M.** : *Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses?*, Uniform Law Review, 2007-1, s.111 vd.
- Kälin, O.** : *Entlastung und Exkulpation nach Art. 97 Abs. 1 OR*, AJP 2007, s. 1339 vd. (Exkulpation)
- Kälin, O.** : *Unmöglichkeit der Leistung nach Art. 119 OR und clausula rebus sic stantibus*, Recht, 2004/ 6, s. 248 vd. (Unmöglichkeit)
- Keil, A.** : Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN- Kaufrecht im Vergleich mit dem deutschen und US- amerikanischen Recht Frankfurt 1993.
- Kılıçoğlu, A. M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, Ankara 2007.
- Kocayusufpaşaoğlu, N.** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm- Borçlar Hukukuna Giriş- Hukukî İşlem- Sözleşme, İstanbul 2008.
- Koller, A.** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil. 2. Aufl., Bern 2006.
- Koller, I./ Roth, W.H./ Morck, W.** : Handelsgesetzbuch Kommentar, 6. Aufl. München 2007. (Yazar adı, HGBK)
- Kramer, E. A.** : Grundkurs Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Basel 2009.
- Krüger, W. (Red.)** : Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 5. Aufl. München 2007. (Yazar adı, MüK)
- Lando, O.** : *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?*, AJCL Vol. 40 (1992), s. 573 vd.
- Lörtscher, T.** : Vertragliche Haftungsbeschränkungen im schweizerischen Kaufrecht, Zürich 1977.
- Magnus, U.** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Wiener UN- Kaufrecht (CISG), Berlin 2005. (Yazar adı, StauK CISG)
- Maile-Zinser, T.** : Auswirkungen der Unmöglichkeit auf den Erfüllungsanspruch, Berlin 2006.
- Maskow, D.** : *Hardship and Force Majeure*, AJCL, Vol. 40, 1992, s. 657 vd.

- Meder, S.** : *Höhere Gewalt als Entlastungsgrund- ein Beispiel für die Konvergenz zweier Haftungsprinzipien*, JZ 1994/10, s. 485 vd.
- Merz, H.** : *Die Revision der Verträge durch den Richter*, ZSR 61 (1942) s. 353 vd.
- Merz, H.** : SPR, Bd. 6, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Teilbd. 1, Einleitung §§ 1-3, Entstehung, allgemeine Charakterisierung, Die Obligation §§ 4-20, Basel- Frankfurt am Main, 1984
- Mitzkait, A.** : *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung*, Tübingen 2008.
- Mönchmeyer, M.** : *Die Auswirkungen leistungshindernder und leistungshindernder Umstände auf Lieferverträge*, Frankfurt am Main 2007.
- Mugdan, B. (Hrsg)** : *Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, II. Band, Recht der Schuldverhältnisse*, Berlin 1899.
- Müller- Chen, M.** : *Folgen der Vertragsverletzung*, Zürich 1999.
- Oğuzman, M.K.: / Öz, T.** : *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, İstanbul 2005.
- Oliveira, N.P.** : *The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a Portuguese Lawyer*, (EJCL) Vol. 11.4, (December 2007), <http://www.ejcl.org/114/art114-2.pdf>.
- Peel, E.** : *Treitel on the Law Of Contract*, 12th Edition, London 2007.
- Pellegrino, M.** : *Subjektive oder objektive Vertragshaftung? Ein rechtsvergleichender Blick auf die Rolle des Verschuldens im Vertragsrecht*, ZEuP (1997), s. 42 vd.
- Riesenhuber, K.** : *Damages for Non-Performance and the Fault Principle*, ERCL (2008/2), s. 119 vd.
- Säcker, F. J/
Rixecker, R. (Hrsg.)** : *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 Schuldrecht Besonderer Teil*, 5. Aufl., München 2008. (Yazar adı, MüKCISG)
- Schlechtriem, P./
Schwenzer, I.** : *Kommentar zum Einheitlichen UN- Kaufrecht*, 5. Aufl., München 2008.

- Schlechtriem, P.** : *Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP* (1993/2), s. 228 vd.
- Schlechtriem, P.** : Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Tübingen 2003. (AT)
- Schmidt, K. (Hrsg.)** : Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, §§ 343-372, 2. Aufl. München 2009. (Yazar adı, MÜKHGB)
- Schmitthoff, C.M.** : Schmitthoff's Export Trade, The Law and Practice of International Trade, London 1990.
- Schwenzer, I.** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. Bern 2006.
- Seliçi, Ö.** : *Kesin Vadeli İşlemler*, MHAD (1968), S. 3, s. 97 vd.
- Serozan, R.** : İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, İstanbul 2006. (İfa)
- Serozan, R.** : *Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s. 201 vd. (Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi).
- Sulzer, S.** : Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich-Basel- Genf 2002.
- Sutschet, H.** : Verschuldenshaftung und Garantiehaftung im gegenseitigen Vertrag, Tübingen 2006.
- Tandoğan, H.** : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Tekil, F.** : Deniz Hukuku, İstanbul 2001.
- Tekinay, S.S. /Akman, S. /Burcuoğlu, H. /Altö, A.** : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Treitel, G.** : Frustration and Force Majeure, Second Edition, London 2004.
- Weber, H. R.** : Berner Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. VI/1, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilbd.: Die Folgen der Nichterfüllung, Bern 2000.
- Wiegand, W.** : *Leistungsstörungen, Teil 1: Die Nichterfüllung*, Recht (1983/I), s.7 vd. (Recht, 1983/I)
- Wiegand, W.** : Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, s. 712 vd. (Rückabwicklung).

- Wieland, C.** : *Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Erfüllung von Lieferungsverträgen, Kriegsklauseln*, ZSR 36 (1917), s. 456 vd.
- Wollschläger, C.** : Die Entstehung der Unmöglichkeitslehre, Köln -Wien 1970.
- Zimmermann, R.** : The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition, New York 1996.
- Zimmermann, R.** : *Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations*, <http://w3.uniroma1.it/idc /centro/publications /48zimmermann. pdf>.
- Zweigert, K./Kötz, H.** : Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996.

ÖZET

Borçlu, yüklendiği edimi sözleşmenin gerektirdiği şekilde yerine getirmek, bunu yapmadığı takdirde ise alacaklının bu nedenle uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak bazı hallerde, borçlu, edimi hiç veya zamanında yerine getirmediği gibi, alacaklının uğradığı zararları tazmin yükümü de doğmaz.

Borçlunun tazminat yükümünün doğru olmayacağı, onun borcun ifa edilmemesinden sorumlu olup olmadığına bağlıdır. Kusura bağlı sorumluluk prensibinin benimsendiği Türk Hukukunda, borçlunun, borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulabilmesi için, kural olarak borcun ifa edilmemesine kusuruyla yol açmış olması gerekir. Bu nedenle, borçlunun tazminat yükümünden kurtulabilmesi için, borcun ifa edilmemesi açısından kendisine atfedilebilecek bir kusurun bulunmadığını ispat etmesi gerekir. Öte yandan bazı hallerde sorumluluk kusurdan bağımsızlaştırılarak, başka bazı olgulara bağlanmıştır. Bu hallerde borçlu, sorumluluğun bağlandığı olgudan farklı bir olgunun borcun ifa edilmemesine sebep olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.

Türk Hukukunda, borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple borcun ifa edilmemesinin borç ilişkisi üzerindeki etkileri, ifanın halen mümkün olup olmadığına göre değişir. Borcun ifası, borçlunun sorumlu olmadığı bir sebeple imkânsız hale geldiği takdirde, borçlu aynen ifa yükümünden tazminat ödemeksizin kurtulur. Buna karşılık, kural olarak, karşı edime ilişkin talep hakkını kaybettiği gibi, karşı taraftan aldıklarını da iade etmelidir. İstisnaî bazı hallerde ise kendi edimini yerine

getirmemesine ve bunun için tazminat ödememesine rağmen, karşı edimi talep etme hakkına sahip olmaya devam eder. İfayı imkânsız hale getirmeyen, geçici bir engel nedeniyle borcun ifa edilmediği hallerde ise, borçlu, borcu aynen ifa etmekle yükümlü olmaya devam eder. Ancak engel var olduğu sürece alacaklı borcun aynen ifasını talep edemez. Böylece aynen ifa yükümü ertelenmiş olur. Geçici engelden borçlunun sorumlu olmadığı hallerde, borçlu borcu gecikmeyle ifa etmesine rağmen, alacaklının bu nedenle uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü değildir.

Viyana Satım Hukukuna göre ise, borçlunun borcun ifa edilmemesinden doğan sorumluluktan kurtulabilmesi için, borcun, kendisinin kontrolü dışında olan, öngörülemez ve kaçınılamaz bir engel nedeniyle ifa edilmemiş olması gerekir. Borcun belirtilen özellikleri taşıyan bir engel nedeniyle ifa edilmemiş olması, yalnızca tazminat yükümünün doğmasını engeller. Buna karşılık alacaklı borcun ifa edilmemesinden doğan diğer haklara sahip olmaya devam eder.

Sözleşmelerde, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle borcun ifa edilmemesi ve bunun sonuçları, büyük bir çoğunlukla, mücbir sebep kayıtlarıyla düzenlenir. Bu kayıtların en çok rastlanılan türü, belli bazı olayları zikredip, bunlar ve benzeri olayların mücbir sebep sayılacağını belirten kayıtlardır. Söz konusu kayıtlarda genellikle, mücbir sebep sayılan olayların borcun ifasını engellemesi halinde, ifa zamanının belli bir süre erteleneceği; engelin bu süre içinde ortadan kalkmaması halinde taraflardan birinin veya her ikisinin sözleşmeden dönebileceği düzenlenir.

Mücbir sebep kayıtları, çoğunlukla genel işlem şartları içerisinde yer alır. Genel işlem şartı içeren tüketici sözleşmelerinde yer alan mücbir sebep kayıtları,

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesi anlamında haksız kayıt teşkil ettikleri ölçüde geçersizdir. Tüketici sözleşmesi niteliğinde olmayan sözleşmelerde de, genel işlem şartları içerisinde yer alan ve Borçlar Kanununun 19. maddesi anlamında kamu düzenine veya ahlâka aykırılığa yol açan mücbir sebep kayıtları geçersiz sayılır.

Borcun ifasını engelleyen bir olayın mücbir sebep kaydının kapsamı içerisinde olup olmadığı, her somut sözleşme ilişkisi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede belirleyici olan unsur tarafların anlaşmalarıdır.

ABSTRACT

When the obligor does not perform his obligations under the contract, he is considered as liable for damages. However, in certain circumstances even when the obligor does not perform his duties fully or on time, he is not liable for such damages.

Obligor's liability for damages depends on whether he is responsible for non-performance. Under Turkish Law, where the fault principle is accepted, the obligor has to give rise to non-performance with his fault in order to be considered as responsible for non-performance. Hence, the obligor has to prove his faultlessness not to pay damages. On the other hand, in some circumstances responsibility is freed from fault and is linked to other facts. In such circumstances, the obligor can be free of responsibility as long as he proves that non-performance has resulted from a fact other than the responsibility is linked to.

Under Turkish Law effects of non-performance where the obligor is not responsible depend on whether the performance is still possible: When the performance becomes impossible due to an event for which the obligor is not responsible, the obligor is held liable neither for damages nor for specific performance. In such a case, as a principle, the obligor loses his claim on counter performance and is held liable for restitution. Under some exceptional cases, the obligor can claim counter performance although he neither performs his part of the contract nor is held liable to pay for damages.

In cases where performance is not possible due to a temporary impediment that does not arise from the sphere of responsibility of the obligor, although the obligor shall still be obliged for specific performance, the creditor can not claim for such a performance as long as the impediment exists. Here, even though there exists a delay in the performance of the obligor, he is not liable for damages incurred by the creditor.

Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), the obligor is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment which is beyond his control, unforeseeable and unavoidable. In such cases the creditor retains all other remedies available to him under the Convention, except his claim to damages.

In practice, non-performance and its legal effects are generally provided under force majeure clauses of contracts. Most of these clauses set forth some particular events and provide that such events and similar ones shall be considered as force majeure. Such clauses usually provide for suspension of time of performance where the events (which are considered as force majeure) cause non-performance and where impediment still exists for the rescission of the contract by any party or both parties.

In most cases force majeure clauses are provided under general terms and conditions of the contracts. As long as the force majeure clauses are considered as unfair terms within the meaning of Article 6 of the Turkish Law on Protection of Consumers, such clauses provided as one of the general terms are considered as void. In contracts other than consumer contracts, the force majeure clauses which are

provided as one of the general terms and are contrary to public order and morality within the meaning of Article 19 of the Turkish Code of Obligations are considered as void.

Whether a circumstance that causes non-performance is within a force majeure clause should be dealt separately. In such a determination, the distinctive factor should be the agreement of the parties.