

TÜRK-İSVİÇRE ve ALMAN BORÇLAR HUKUKUNDA İMKÂNSIZLIĞIN DÜZENLENİŞİ

*The Regulation of “Impossibility” in Turkish-Swiss and German
Obligation Law*

Dr. Seçkin TOPUZ*
Dr. Ferhat CANBOLAT**

I.GENEL OLARAK, II. İMKÂNSIZLIK KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ, A-İmkânsızlık Kavramı, B-İmkânsızlık Türleri, 1-Objektif İmkânsızlık-Sübjektif İmkânsızlık, 2-Başlangıçtaki İmkânsızlık -Sonraki İmkânsızlık, 3-Sürekli İmkânsızlık - Geçici İmkânsızlık, 4-Tam İmkânsızlık - Kısmi İmkânsızlık, 5-Borçlunun Sorumlu Olduğu İmkânsızlık - Borçlunun Sorumlu Olmadığı İmkânsızlık, III. TÜRK-İSVİÇRE BORÇLAR KANUNUNDA İMKÂNSIZLIĞIN DÜZENLENİŞİ, A-Genel Olarak, B-Başlangıçtaki İmkânsızlık, C-Sonraki İmkânsızlık, 1-Borçlunun Sorumlu Olduğu Sonraki İmkânsızlık, 2-Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, IV. ALMAN MEDENİ KANUNUNDA İMKÂNSIZLIĞIN DÜZENLENİŞİ, A-Genel Olarak, B-İmkânsızlığa İlişkin Düzenleme, 1-Gerçek İmkânsızlık, 2-Fiili İmkânsızlık, 3-Şahsi Nedenlerden Dolayı Edimin Beklenilmezliği, B-İmkânsızlığın Hukuki Sonuçlarına İlişkin Düzenlemeler, 1-Karşı Edim Yükümlülüğünden Kurtulma, 2-Sözleşmeden Dönme, 3-İfa Yerine Tazminat, a-Başlangıçtaki imkânsızlık nedeni ile tazminat, b-Sonraki imkânsızlık nedeni ile tazminat, V.TÜRK BORÇLAR KANUNU TAŞARISINDA İMKÂNSIZLIĞIN DÜZENLENİŞİ, VI. DEĞERLENDİRME, VII. SONUÇ

* Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

** Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Araştırma Görevlisi.

ÖZET

İmkânsızlık müessesesi, borçlar hukuku bakımından büyük önem taşımaktadır. Makalenin amacı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın kanunlaşma sürecine girdiği şu günlerde imkânsızlık kurumunu, Türk-İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanunu bakımından karşılaştırmalı olarak incelemektir.

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda imkânsızlık, başlangıçtaki imkânsızlık ve sonraki imkânsızlık şeklinde ikili bir ayırımla düzenlenmiştir. Başlangıçtaki imkânsızlık, butlan yaptırımına tabi tutulmuştur. Sonraki imkânsızlık ise, borçlunun sorumlu olduğu ve sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık şeklinde ikili bir ayırımla düzenlenmiştir.

Alman Medeni Kanunu'nda imkânsızlık müessesesi, 2002 yılında yürürlüğü giren Reform Kanunu ile birlikte tek bir maddede düzenlenmiştir. § 275 BGB hükmü, dört fıkradan oluşmaktadır. İlk üç fıkrada imkânsızlık halleri düzenlenmektedir. Birinci fıkrada “gerçek imkânsızlık”, ikinci fıkrada “fiili imkânsızlık” ve üçüncü fıkrada “şahsi nedenlerden dolayı beklenilmezlik” hükmüne bağlanmaktadır. Dördüncü fıkrada ise, imkânsızlığın sonuçları düzenlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: İmkânsızlık, Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu, Alman Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı

ABSTRACT

Impossibility is of great importance in obligation law. The main purpose of this article, is, to analyze “impossibility” in comparison with Turkish-Swiss and German Obligation Act as the Draft Turkish Obligation Act is about to be enacted nowadays.

Impossibility is subject to a classification in Turkish and Swiss obligation law, namely “original impossibility” and “supervening impossibility”. Original impossibility is subject to nullity. Supervening impossibility, on the other hand, has been classified according to its consequences as impossibility which obligator is deemed responsible or not.

Impossibility in German law was enacted in an article on Reform Act, which came into force in 2002. Article § 275 BGB is composed of four paragraphs. The first three paragraphs regulate impossibility. First paragraph involves physical impossibility, while second paragraph deals with practical impossibility and third paragraph envisages the state of being unexpected due to personal reasons. The last paragraph is about the effects of impossibility.

Keywords: Impossibility, Turkish Obligation Law, Swiss Obligation Law, German Civil Code, Draft Turkish Obligation Law

I. GENEL OLARAK

Roma hukukundan günümüze kadar birçok hukuk sisteminde kanuni düzenlemelere konu olan imkânsızlık müessesesi, borçlar hukuku bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira imkânsızlık, bir sözleşmenin geçerli olup olmadığı veya sözleşme ilişkisinden doğan bir borcun sona erip ermediği ile doğrudan ilgilidir. Roma hukukunda “impossibilium nulla obligatio” (imkânsızlık borç doğurmaz) şeklinde ifade edilen imkânsızlığın günümüz hukuk sistemlerinde düzenlenmesi farklı esaslara dayanmaktadır. Nitekim Türk-İsviçre Borçlar Kanunu bakımından imkânsızlığın düzenlenişi ile Alman Medeni Kanunu’nda imkânsızlığın düzenlenişi farklı şekildedir. Özellikle 1 Ocak 2002 de yürürlüğe giren Borçlar Hukukunu Modernleştirme Kanunu (Reform Kanunu- Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) ile birlikte imkânsızlık müessesesi bakımından Alman Medeni Kanunu’nda esaslı değişiklikler getirilmiştir. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’nın kanunlaşma sürecine girdiği şu günlerde Alman Medeni Kanunu’nda getirilen değişiklikler ışığında imkânsızlık kurumunun karşılaştırmalı olarak incelenmesi Tasarı bakımından son derece yararlı olacaktır.

Türk-İsviçre Borçlar Kanunu ve Alman Medeni Kanun’un sisteminin daha iyi anlaşılmasını sağlamak amacıyla, öncelikle imkânsızlık kavramı açıklanmakta ve imkânsızlık türleri incelenmektedir. Daha sonra sırayla Türk-İsviçre Borçlar Kanunu’nda, Alman Medeni Kanunu’nda ve Borçlar Kanunu Tasarısı’nda imkânsızlığın düzenlenişi incelenmektedir. Çalışma, değerlendirme ve sonuç bölümü ile sona ermektedir.

II. İMKÂNSIZLIK KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

A-İmkânsızlık Kavramı

İmkânsızlık, birçok hukuk sisteminde düzenlenmiş olmasına rağmen, imkânsızlığın kanuni bir tanımı bulunmamaktadır. İmkânsızlık konusunda doktrinde çeşitli tanımlar vardır. Doktrinde bir görüş¹ imkânsızlığı, edimin, içeriği değişmeksizin borçlunun etkinliği ile aynen gerçekleştirilmesinin sürekli mümkün olmaması şeklinde tanımlar. Doktrinindeki bir başka görüş²

¹ Bkz. **Serozan** Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, C.III, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006, s.163.

² **Barth** Hans Rudolf, Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, Diss., Zürich 1958, s.26; **Von Büren** Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner, Zürich 1964, s.386; **Gauch** Peter, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968, s.119; **Eren** Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006, s.295; **Tekinay** Selahattin Sulhi/ **Akman** Sermet/ **Burcuoğlu** Haluk/ **Altıp** Atilla, Borçlar Hukuku Genel

ise imkânsızlığı, borçlanılan edimin ya bastan itibaren geçerli olarak dogmasını ya da sonradan borçlu veya diğer herhangi bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen, fiili veya hukuki engeller şeklinde tanımlamaktadır.

B-İmkânsızlık Türleri

İmkânsızlık, edimin ifasının herkes tarafından mümkün olup olmamasına göre, objektif-sübjektif imkânsızlık; imkânsızlığın ortaya çıkma zamanına göre, başlangıçtaki-sonraki imkânsızlık; imkânsızlığın devamlılığına göre, sürekli-geçici imkânsızlık; imkânsızlığın hukuki işleme etkisine göre, tam-kısmi imkânsızlık; borçlunun sorumluluğuna göre, borçlunun sorumlu olduğu-borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık olmak üzere çeşitli türlere ayrılabilir³.

1-Objektif İmkânsızlık-Sübjektif İmkânsızlık

Objektif-sübjektif imkânsızlık ayırımı kanunda yapılmadığı gibi, doktrinde de bu kavramlara ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Bu konuda doktrindeki bir görüş⁴, “edimin sadece borçlu için mi, yoksa herkes

Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s.903 vd.; **İnan** Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984, s.503. Ayrıca sözlük anlamı için bkz. **Köbler** Gerhard, Juristisches Wörterbuch, 12. Auflage, München 2003, s.415.

³ İmkânsızlığın türleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Brox** Hans / **Walker** Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 30. Auflage, München 2004, s.205 vd.; **Dural** Mustafa, İmkânsızlık Kavramı ve Türleri, Batider, C.VII, S.1, s.11 vd.

⁴ **Larenz** Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, s.98; **Bucher** Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, s.247 ve özellikle s.416; **Gauch** Peter/ **Schluemp** Walter R./ **Jäggi** Peter, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne außervertragliches Hauptpflichtrecht, Bd. I-II, 6. A., Zürich 1995, N.3135 ve N.3159; **Brox**/ **Walker**, s.205; **Fikentscher** Wolfgang, Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin/New York 1997, s.219; **Esser** Josef/ **Schmidt** Eike, Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg 2000, § 22/ II; **Keller** Max/ **Schöbi** Christian, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel und Frankfurt a. M. 1988, s.246; **Oser** Hugo/ **Schönenberger** Wilhelm, Zürcher Kommentar, Bd. V, Das Obligationenrecht, Art. 1-183, 2.A. Zürich 1929, Art.20, N.8; **Schwenzer** Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, N.63.08; **Ehmann** Horst/ **Kley** Britta, Unmöglichkeitstheorie, JuS 1998, 481-491, s.485; **İnan** Ali Naim, Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen schweizerischen und türkischen Recht, Diss., Freiburg 1956, s.23-24; **Koller** Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bd. I, Bern 1996, N.854; **Eren**, s.295 ve özellikle s.997; ; **Oğuzman** Kemal / **Öz** M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, s.295; **Tunçomağ** Kenan, Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s.179 vd.; **Erzurumluoğlu** Erzan, Türk - İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970, s.11; **Feyzioğlu** N. Feyzi, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1976, s.173; **Dural** Mustafa, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s.80.

için mi imkânsız olduğunu” ölçü olarak kabul etmektedir. Buna göre edim, borçlu tarafından yerine getirilememesine rağmen diğer kişiler tarafından yerine getirilebiliyorsa, sübjektif imkânsızlık (*subjektive Unmöglichkeit*) bulunmaktadır. Buna karşılık edim, borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından yerine getirilemiyorsa, objektif imkânsızlık (*objektive Unmöglichkeit*) söz konusudur⁵.

Doktrindeki diğer bir görüş⁶ ise, bu konuda “imkânsızlığın kaynağını” ölçü almaktadır. Buna göre imkânsızlık borçlunun kişisel durumundan doğmuşsa, sübjektif imkânsızlık; edimin konusuyla ilgili ise, objektif imkânsızlık vardır. Bu görüş bakımından şahsa sıkı sıkıya bağlı edimler özellik arz etmektedir. Bu tür borç ilişkilerinde edim, yalnız borçlunun şahsi yetenek ve becerileri ile yerine getirilebildiğinden meydana gelen imkânsızlık objektif nitelik taşıyacaktır⁷. Örneğin, tanınmış bir ressamın yapmayı taahhüt ettiği bir edimin, ressamın kaza sonucunda kolunu kaybetmesi nedeniyle ifa edilemediği durumlarda objektif imkânsızlık söz konusu olacaktır.

Kanaatimizce doktrindeki birinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Böylece, sübjektif imkânsızlık durumunda, objektif imkânsızlıktan farklı olarak, edimin borçlu tarafından değil ama bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilmesi imkânının bulunduğu kabul edilmelidir. Ancak edim, her hangi bir üçüncü kişi tarafından değil, edim sonucuna ulaşabilen bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilir olmalıdır. Bunun pratik bakımdan önemi, borçlunun tasarruf yetkisinin eksik olduğu durumlarda görülür. Örneğin, borçlu kendisine ait olmayan bir malı satmıştır. Bunun gibi de aynı saat diliminde çalışılması gereken iki adet iş sözleşmesi yapılmıştır. Burada teorik olarak dahi borçlunun edim yükümlülüğünü artık yerine getirememesi durumu vardır⁸.

⁵ Bu görüş uyarınca ölmüş bir atın satılması veya yanmış bir evin satılması ya da mülkiyeti zaten alacaklıya ait olan bir şeyin satımının taahhüt edilmesi objektif imkânsızlığı oluşturur. Buna karşılık, borçlunun, başkasına ait bir malın mülkiyetini devretmeyi taahhüt etmesi durumunda mülkiyeti devir borcu, tasarruf yetkisinin bulunmamasından dolayı sübjektif imkânsızlığı meydana getirir.

⁶ Barth, s.36 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.908.

⁷ Bkz. Gauch/Schlupe/Jäggi, N.636; Eren, s.296; Başpınar, s.120; İnan, Borçlar, s.141 ve s.504; Dural, İmkânsızlık, s.83.

⁸ Bkz. Wagner Gerhard, Ansprüche auf Unmögliches?, Die Rechtsfolgen anfänglichen Unvermögens, JZ 1998, s.484; Canaris Claus-Wilhelm, Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, Vortrag auf der Zivilrechtslehretagung am 31.3.2001 in Berlin, JZ 2001, s.499; Koller Ingo/ Roth Herbert/ Zimmermann Reinhard, Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, München 2002, s.50 vd.; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Aufl., München 2003 (MünchKomm/ Ernst), § 275 BGB, N.51 vd.; Kittner Michael, Schuldrecht, Rechtliche Grundlagen - Wirtschaftliche Zusammenhänge, 3.Aufl., München 2003, N.687 vd.; Kompaktkommentar, Das neue Schuldrecht, Kompaktkommentar, Neuwied 2003, (Kompaktkomm/ Willingmann/ Hirse), § 275

2-Başlangıçtaki İmkânsızlık -Sonraki İmkânsızlık

Başlangıçtaki imkânsızlık - sonraki imkânsızlık, imkânsızlığın ortaya çıkma zamanına göre yapılan bir ayırımdır. Başlangıçtaki imkânsızlık (*anfängliche Unmöglichkeit*), sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu anda edimin ifasının mümkün olmamasıdır⁹. Borçlunun edimi, sözleşme kurulurken zaten imkânsızsa ya da ifa anında mümkün olamayacağı açık olarak belliyse, yani sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç kurulduğu sırada borçlanılan edimin ifası mümkün değilse, başlangıçtaki imkânsızlık söz konusu olur.

BGB, N.10; **Staudinger** Julius von, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §241 vd., §§241-243, 13. Aufl., Berlin 1995, (**StaudingersKomm/ Löwisch**), § 275 BGB, N.55 vd.; **Erman** Walter, (**Westerman**), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bd. I, 11. Aufl., Münster/Köln 2004, § 275 BGB, N.3, 15; **Emmerich** Volker, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Auflage, München, 2005, § 3. N.31 s.28; **Fehre** Andrea, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung: Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Hamburg, Univ., Diss., Berlin 2005, s.23; **Fischer** Michael, Der Ausschluss der Leistungspflicht im Falle der Unmöglichkeit im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (§ 275 BGB RegE), DB 2001, s.1923 vd.; **Palandt** Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl., München 2005, (**Palandt/ Heinrichs**), § 275 BGB, N.23 vd.; **Hütte** Felix/ **Helbron** Marlena, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bremen 2005, N.378; **Schwarze** Roland, Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungsrecht, Jura 2002, s.76; **Henssler** Martin/ **Westphalen** Friedrich Graf von, : Praxis der Schuldrechtsreform. 2. Auflage, Recklinghausen 2003, § 275 BGB, N.13; **Handkommentar**, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2005 (**Handkommentar/ Schulze**, § 275 BGB, N.15.

⁹ **Kramer** Ernst A., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilbd., Unterteilbd. 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19 - 22 OR, Bern 1991, N.246; **Weber** Rolf H., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilbd.: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 - 109, Bern 2000, Art. 97, N.107; **Barth**, s.32; **Enneccerus** Ludwig/ **Lehmann** Heinrich, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958, § 29 II 2; **Koller**, N.852; **Fikentscher**, s.219; **İnan**, Unmöglichkeit, s.27-28; **Tunçomağ**, s.470; **Erzurumluoğlu**, s.10; **İnan**, Borçlar, s.141; **Altaş** Hüseyin, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK. m.117), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1991, s.18-19; **Dural**, Batider, s.25; **Başpınar** Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, s.118; **von Tuhr** Andreas/**Peter** Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, s.263; **Brox/ Walker**, s.207-208; **Gauch/Schluep/Jäggi**, N.633; **Bucher**, s.247; **Ehmann/Kley**, s.486; **Larenz**, s.99; **Oser/Schönenberger**, Art.20, N.3-4. Doktrinde bir görüş, BGB'nin eski sistemi bakımından başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayırımında ölçü olarak "edimin ifa anının" esas alınması gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. **Erman** Walter/ (**Battes**), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bd. I, 10. Aufl., Köln 2000, § 306, N.6.

Sonraki imkânsızlık (*nachträgliche Unmöglichkeit*) ise, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya çıkan bir engelin, edimin ifasına sürekli ve kesin olarak önlemesidir¹⁰.

3-Sürekli İmkânsızlık - Geçici İmkânsızlık

Borçlanılan edimin zaman yönünden nihai olarak ifa edilemez halde bulunması veya ifa edilemez hale gelmesi, sürekli imkânsızlığı (*dauerende Unmöglichkeit*) ifade eder¹¹. Sürekli imkânsızlığı doğuran nedenin zaman içinde ortadan kalkması mümkün değildir¹². Buna karşın borçlanılan edimin ifası zaman yönünden geçici bir engel nedeniyle imkânsız hale gelirse, geçici imkânsızlık (*vorübergehende Unmöglichkeit*) söz konusu olur¹³. Yani borcun ifasını engelleyen imkânsızlık, sürekli olmayıp ifadan önce ortadan kalktığı zaman, edimin ifası mümkün oluyorsa, geçici imkânsızlık vardır. Geçici imkânsızlığı doğuran engel ortadan kalktığı zaman, sözleşmenin ifası mümkün hale gelir¹⁴.

¹⁰ **Becker** Hermann, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, VI. Band, 1.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183, 2. Aufl., Bern 1941, Art. 97, N.11; **Bucher**, s.334; **Gauch/Schluép/Jäggi**, N.3126; **Brox/ Walker**, s.208; **Oser/Schönenberger**, Art.20, N.3-4 ve Art.119, N.8; **Ehmann/Kley**, s.486; **İnan**, Unmöglichkeit, s.28; **Dural**, Batider, s.25; **Erzurumluoğlu**, s.10; **Kılıçoğlu** Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası Ankara 2006, s.482-483; **Tandoğan** Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.395; **Eren**, s.996; **Tunçomağ**, s.787; **Esener** Turhan, Borçlar Hukuku, I, Ankara 1969, s.207; **Başpınar**, s.115.

¹¹ **Aeppli** Viktor, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Teilbd. V 1h: Das Erlöschen der Obligationen, Erste Lieferung: Art. 114-126 OR, 3. Aufl., Zürich 1991, Art. 119, N.44; **Von Tuhr** Andreas/ **Escher** Arnold, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, s.96; **Gauch**, s.120; **Becker**, Art. 97, N.21; **Weber**, Art. 97, N.139; **Gauch/Schluép/Jäggi**, N.3152; **Koller**, N.858; **Barth**, s.40; **Brox/ Walker**, s.210; **İnan**, Unmöglichkeit, s.35; **Dural**, Batider, s.45; **Tandoğan**, s.398; **Esener**, s.207; **Tunçomağ**, s.787; **Başpınar**, s.122; **Altaş**, s.22.

¹² **Barth**, s.40; **Altaş**, s.22.

¹³ **Guhl** Theo/ **Koller** Alfred/ **Schnyder** Anton K./ **Druey** Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000, § 31 N.8; **Becker**, Art. 97, N.21; **Bucher**, s.420; **Von Tuhr/Escher**, s.96; **Weber**, Art. 97, N.131 ve 139; **Erman/Battes**, § 275, N.6; **Barth**, s.40-41; **Brox/ Walker**, s.209; **Gauch/Schluép/Jäggi**, N.3152 ve 3305; **Tandoğan**, s.398; **Eren**, s.998; **Tunçomağ**, s.471(795); **İnan**, Unmöglichkeit, s.35; **Dural**, Batider, s.45; **Altaş**, s.23.

¹⁴ **Erman/Battes**, § 306, N.5; **Barth**, s.41; **İnan**, Unmöglichkeit, s.35; **Dural**, İmkânsızlık, s.83; **Altaş**, s.23. Geçici imkânsızlık ve sürekli imkânsızlık arasındaki farklılıklar konusunda bkz. **Corrado** Rampini, Die nachträgliche Leistungerschwerung, Universität St. Gallen, Diss. 2002, s.25 vd.

4-Tam İmkânsızlık - Kısmi İmkânsızlık

Borçlanılan edimin tamamı ifa edilemiyorsa, tam imkânsızlık (*vollständige Unmöglichkeit*); bir kısmı ifa edilemiyorsa, kısmi imkânsızlık (*teilweise Unmöglichkeit*) söz konusu olur¹⁵.

Kısmi imkânsızlıktan söz edebilmek için borcun konusunu oluşturan edimin bölünebilir olması gerekir. Bölünebilir edim, edimin konusunu teşkil eden şeyin, niteliğinde bir değişiklik veya ekonomik değerinde esaslı bir azalma olmaksızın parçalara bölünebilen edimdir¹⁶. Bir edimin bölünebilirliği, tarafların iradelerine, sözleşmenin yorumuna, borçlanılan edimin niteliğine veya ticari hayatın kurallarına göre belirlenir¹⁷.

5-Borçlunun Sorumlu Olduğu İmkânsızlık - Borçlunun Sorumlu Olmadığı İmkânsızlık

Doktrinde bir görüş¹⁸ imkânsızlığı, kusurlu ve kusursuz imkânsızlık şeklinde ikiye ayırır. Buna göre, borçlunun sorumlu olup olmaması, onun kusurlu olup olmamasına bağlıdır. Borçlu kusurlu ise, imkânsızlık sonucunda sözleşme ortadan kalkmaz, tazminat yükümlülüğüne dönüşür. Buna karşılık, borçlu kusursuzsa, borç sona erer ve tazminat ödeme de söz konusu olmaz. Bu durumda borçlu, sadece mücbir sebep veya olağanüstü durumların bulunması halinde sorumluluktan kurtulabilecektir.

Doktrinde bir başka görüş¹⁹ ise, kusurlu ve kusursuz imkânsızlık ayırımını eleştirmekte ve imkânsızlığın, borçlunun kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, genel olarak borçlunun bu imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulmayacağına göre tasnif edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Buna göre borçlu, imkânsızlığa kendi kusuru ile neden olmuşsa, mutlaka sorumludur. Ancak borçlunun imkânsızlıktan sorumluluğu her zaman kusurlu olmasını gerektirmez. Borçlu bazı durumlarda kusurlu olmasa bile imkânsızlıktan sorumlu olur. Bu tür sorumluluk halleri arasında, yardımcı kişilerin fiilleri nedeniyle ifanın imkânsızlaşmasından sorumluluk(BK. m.100); temerrüt halinde iken umulmayan halden doğan imkânsızlıktan sorumluluk(BK. m.102); para borçları bakımından temerrüde

¹⁵ Barth, s.44; Becker, Art. 119, N.3; Koller, N.880; Eren, s.999; İnan, Unmöglichkeit, s.33-34; Dural, Batider, s.37 vd.; Oğuzman/Öz, s.304; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.910; Altaş, s.32.

¹⁶ Becker, Art. 70, N.2; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.11-12; Eren, s.101; Dural, İmkânsızlık, s.93; Tunçomağ, s.66; Altaş, s.32; Gümüş M. Alper, Kısmi İfa, MÜHFD, Fahiman Tekil Armağanı, İstanbul 2003, s.607.

¹⁷ Eren, s.101; Bucher, s.242; Dural, İmkânsızlık, s.91; Altaş, s.32; Gümüş, s.606.

¹⁸ Brox/ Walker, s.209; Lorenz, s.93; Oser/Schönenberger, Art.119, N.8; Von Tuhr/Escher, s.131; Bucher, s.425; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.904 ve özellikle s.998; İnan, Unmöglichkeit, s.37-38.

¹⁹ Dural, Batider, s.53; Eren, s.1251; Oğuzman/Öz, s.301.

düşülmekte kusurlu olunmasa bile temerrüt faizinden sorumluluk(BK. m.103) ve cins borçlarından²⁰ dolayı sorumluluk sayılabilir²¹.

III. TÜRK-İSVİÇRE BORÇLAR KANUNUNDA İMKÂNSIZLIĞIN DÜZENLENİŞİ

A-Genel Olarak

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda imkânsızlığa ilişkin üç temel hüküm bulunmaktadır. Bunlardan ilki başlangıçtaki imkânsızlığı düzenleyen BK. m.20 (OR. Art.20) hükmüdür²². Diğer hükümler ise, sonraki imkânsızlığa ilişkin olarak borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığı düzenleyen BK. m.96 (OR. Art.97) ve borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığı düzenleyen BK. m.117 (OR. Art.119)'de hükümleridir.

B-Başlangıçtaki İmkânsızlık (BK. m.20/ OR. Art. 20)

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda imkânsızlığa ilişkin ilk düzenleme, sözleşmenin içeriğini sakatlayan sebepler arasında sayılan BK. m.20/1 (OR. Art.20/1) hükmüdür. Bu hüküm, tarafların sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleyebilme hakkına getirilmiş bir sınırlamadır²³. “Butlan” başlığını taşıyan madde, “Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır” şeklindedir²⁴.

Başlangıçtaki imkânsızlık, BK. m.20/1(OR. Art.20/1)'de sözleşmenin içeriğini sakatlayan sebepler arasında sayılmış ve butlan müeyyidesine tabi kılınmıştır. İmkânsızlığın söz konusu olduğu durumlarda borcun konusunu oluşturan edim, yerine getirilemez niteliktedir veya mümkün olmayan bir şeyi konu alan bir sözleşme bulunmaktadır²⁵.

BK. m.20/1(OR. Art.20/1)'de butlan müeyyidesine bağlanan başlangıçtaki imkânsızlıktan söz edebilmek için bazı unsurların gerçekleşmesi gerekir²⁶. İlk olarak edim, başlangıçtan itibaren imkânsız olmalıdır. Bunun için de sözleşmenin yapıldığı anda edim, yerine getirilemez

²⁰ Cinsin yok olmayacağı kuralından hareketle borçlu, hiçbir kusuru olmadan borçlandığı edim yok olsa bile bunları başkasından temin ederek ifa etmek zorundadır.

²¹ Eren, s.1251; Dural, İmkânsızlık, s.110 vd. Ayrıca bkz. Bucher, s.422 vd.

²² Bkz. Gauch/Schlupe/Jäggi, N.681; Bucher, s.247; Oser/Schönenberger, Art.20, N.3-4; Von Tuhr/Peter, s.263-264; Eren, s.297-298; Dural, İmkânsızlık, s.7.

²³ Barth, s.16; Von Tuhr/Peter, s.247 vd.; Bucher, s.238 vd. ve özellikle s.247; Eren, s.285 vd.; Başpınar, s.14.

²⁴ İsviçre Borçlar Kanunu'nda da benzer düzenleme yer almaktadır. Bkz. OR. Art.20/1 “Konusu imkânsız veya hukuka aykırı olan veya ahlaka aykırı olan sözleşme batıldır”.

²⁵ Kramer, Art. 19-20 N.246 ve N.248; Von Tuhr/Peter, s.262-263; Weber, Art.97, N.107 ve N.134; Gauch/Schlupe/Jäggi, N.632; Barth, s.32; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.403 vd.; Başpınar, s.110-111. Ayrıca bkz. BGE 95 II 554; BGE 96 II 21.

²⁶ Unsurlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, s.115 vd.; İnan, Borçlar, s.141-142.

nitelikte olmalıdır²⁷. İmkânsızlık, sözleşmenin kuruluşundan önce meydana gelebileceği gibi sonradan da ortaya çıkabilir. Ancak borçlunun borcunu ifa etmesini engelleyen sebep, en geç sözleşmenin kurulduğu anda gerçekleşmiş olmalıdır²⁸.

Başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle BK. m.20/1(OR. Art.20/1)'deki yaptırımın uygulanabilmesi için ikinci olarak edimin objektif anlamda imkânsız olması gerekir²⁹. Objektif anlamda imkânsızlıktan söz edebilmek için edimin, borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından yerine getirilememesi gerekir. Edimin, borçlu dışındaki üçüncü kişiler tarafından ifa edilmesinin mümkün olduğu durumlarda sübjektif imkânsızlık söz konusu olur. Bu tür bir imkânsızlık, edimin yerine getirilmesini sürekli ve kesin olarak engellemediği için BK. m.20/1(OR. Art.20/1)'deki yaptırıma tabi olmayacaktır. Zira bu tür durumlarda, borçlunun şahsından kaynaklanan ve edimin ifasına engel olan hususların ortadan kalkması ve edimin ifası mümkün olabilir³⁰. Ancak şahsa sıkı sıkıya bağlı bir edimin imkânsızlaşması durumunda sübjektif değil, objektif imkânsızlık söz konusu olur. Zira bu tür borç ilişkilerinde edim, yalnız borçlunun şahsi yetenek ve becerileri ile yerine getirilebilmektedir³¹.

Başlangıçtaki imkânsızlıktan söz edilebilmesi için üçüncü olarak imkânsızlığın sürekli nitelikte olması gerekir. Borç konusu edim, zaman yönünden kesin olarak yerine getirilemez nitelikte ise, sürekli imkânsızlık söz konusudur. Ancak sürekli imkânsızlığın bulunması halinde BK. m.20/1(OR. Art.20/1)'deki butlan yaptırımını uygulanabilir. Buna karşılık geçici imkânsızlığın bulunması durumunda butlan yaptırımını uygulanamaz. Zira edimin ifası geçici olarak yerine getirilemez nitelikte ise gerçek anlamda imkânsızlıktan söz edilemez³².

Başlangıçtaki imkânsızlık bakımından diğer bir unsur olarak imkânsızlığın, ifaya engel olması gerekir. İmkânsızlığa neden olan ifa engeli, borçlanılan edimin hiçbir şekilde ve hiç kimse tarafından yerine getirilememesine neden olmalıdır³³. Bir başka unsur olarak da imkânsızlık sebebiyle ifa edilemez hale gelen edimin yerine, başka bir değer geçmemiş

²⁷ Gauch/Schluep/Jäggi, N.633; Bucher, s.247; Oser/Schönenberger, Art.20, N.3 vd.; Von Tuhr/Escher, s.96; Eren, s.295; Dural, İmkânsızlık, s.79; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.404; Oğuzman/Öz, s.78; İnan, Borçlar, s.141; Tunçomağ, s.267; Reisoğlu Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul 2006, s.116.

²⁸ Bucher, s.247; Oser/Schönenberger, Art.20, N.3; Koller, N.877; Başpınar, s.115.

²⁹ Gauch/Schluep/Jäggi, N.634; Koller, N.854; Oğuzman/Öz, s.75; Dural, İmkânsızlık, s.81; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.404; Eren, s.295; İnan, Borçlar, s.141-142; Reisoğlu, s.117; Başpınar, s.119.

³⁰ Dural, İmkânsızlık, s.80; Başpınar, s.120-121.

³¹ Gauch/Schluep/Jäggi, N.636; Eren, s.296; Başpınar, s.120.

³² Oser/Schönenberger, Art.20, N.3 vd.; Von Tuhr/Escher, s.96; Dural, İmkânsızlık, s.100; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.909; Eren, s.295.

³³ Tunçomağ, s.795; Dural, İmkânsızlık, s.123; Altaş, s.44.

olması gerekir. Borçlu, kural olarak borçlandığı edimi ifa ederek borçtan kurtulur. Borçlunun borçlandığı edimden başka bir şeyi ifa ederek borçtan kurtulması, seçimlik borçlarda söz konusu olabilir. Seçimlik borçlarda, edimlerden birinin imkânsız hale gelmesi durumunda, ifa edilemez edimin yerine diğer edim geçer ve borcun konusunu bu edim oluşturur. Bu nedenle imkânsızlığın söz konusu olabilmesi için imkânsızlık sebebiyle ifa edilemez hale gelen edimin yerine başka bir değer geçmemiş olması gerekir³⁴.

İmkânsızlığı doğuran sebep, fiili olabileceği gibi hukuki de olabilir³⁵. Örneğin bir eşyanın yanması veya kırılması, bir yapının yıkılması şeklinde fiili imkânsızlık veya devletin hüküm ve tasarrufu altındaki bir orman arazisinin satışında olduğu gibi hukuki imkânsızlık gerçekleşebilir.

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin tek düzenleme niteliği taşıyan BK. m.20/1(OR. Art.20/1) hükmüne göre, edimin ifasının başlangıçta objektif olarak imkânsız olması, kural olarak butlan sonucunu doğurur³⁶. Butlanla sakat bir sözleşme, hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı gibi, sonradan herhangi bir işlemle de geçerli hale getirilemez. Konusu başlangıçta imkânsız olan sözleşme, kesin olarak geçersizdir. Butlan sonucunun doğması için taraflardan birinin kusurlu olup olmaması önem taşımaz³⁷. Ancak, sözleşmenin başlangıçtaki objektif imkânsızlık nedeniyle geçersiz olmasında tarafların kusurunun bulunup bulunmaması sorumluluk bakımından önem taşır. Sözleşmenin her iki tarafı da imkânsızlığın meydana gelmesinde kusurlu değilse herhangi bir sorumluluk ortaya çıkmaz. Bu durumda sözleşmeye butlan müeyyidesi uygulanır ve tarafların kusuru da bulunmadığından tazminat yükümlülüğü doğmaz. Butlan müeyyidesinin uygulandığı durumda tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından karşı edimin yerine getirilmesi yükümlülüğü ortadan kalkar. Şayet karşı taraf edimini daha önceden yerine getirmiş ise, bunun iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde isteyebilir³⁸.

Başlangıçtaki objektif imkânsızlığın ortaya çıkmasında borçlunun kusuru var ise, yani borçlu, sözleşmenin konusunun imkânsız olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa karşı tarafın uğramış olduğu zararları tazmin yükümlülüğü doğacaktır³⁹. Dolayısıyla kusurun varlığına rağmen butlan müeyyidesi uygulanacak, ancak tazminat yükümlülüğü doğacaktır. Borçlunun tazminat yükümlülüğü konusunda Türk ve İsviçre Borçlar

³⁴ Eren, s.927-928; Dural, İmkânsızlık, s.147; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.405 ve özellikle s.911; Oğuzman/Öz, s.219; Başpınar, s.118-119.

³⁵ Gauch/Schluep/Jäggi, N.634; Bucher, s.247; Von Tuhr/Peter, s.262; Eren, s.297; Reisoğlu, s.117; Oğuzman/Öz, s.75; Başpınar, s.112.

³⁶ Kılıçoğlu, s.68; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.403; Reisoğlu, s.116-117.

³⁷ Bucher, s.249.

³⁸ Bucher, s.249-250.

³⁹ Başpınar, s.177; Altunkaya Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s.238.

Kanunu'nda herhangi bir düzenleme yoktur. Doktrinde borçlunun bu sorumluluğunun, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan (culpa in contrahendo) bir sorumluluk olduğu kabul edilmektedir⁴⁰. Buna göre borçlu, alacaklının sözleşmeye duymuş olduğu güvenin boşa çıkmasından doğan menfi zararını tazmin etmek zorundadır⁴¹.

Edimin ifası, başlangıçta imkânsız olmakla birlikte bu imkânsızlık sübjektif nitelikte ise, BK. m.20/1(OR. Art.20/1)'deki butlan yaptırımı bu durumda uygulama alanı bulmaz. Başlangıçtaki sübjektif imkânsızlığın bulunduğu durumlarda sözleşmenin geçerli olduğu, sözleşmenin karşı tarafının edimin ifasını talep hakkının bulunduğu, borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda alacaklının zararının karşılanmasını isteyebileceği doktrinde kabul etmektedir. Buna göre borçlu kusurlu ise, BK. m.96 (OR. Art.97) vd. hükümleri çerçevesinde ifa imkânsızlığı nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararı tazmin borcu altına girer. Borçlu kusursuz ise, BK. m.117 (OR. Art.119) hükmü uyarınca borçtan kurtulur⁴². Ancak bu noktada şahsa sıkı sıkıya bağlı bir edimin imkânsızlaşması durumunda sübjektif değil, objektif imkânsızlık bulunacağı gözden uzak tutulmamalıdır⁴³.

Bazı durumlarda başlangıçtaki objektif imkânsızlığın varlığına rağmen sözleşmenin tümü bakımından butlan müeyyidesinin uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle sözleşmenin bir kısmı geçersiz kabul edilerek, diğer kalan kısım ayakta tutulabilir. Bu düşünceden hareketle BK. m.20/2 (OR. Art.20/2) hükmünde kısmi butlan müeyyidesi düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmenin şartlarından bir kısmının sakat olması durumunda sözleşmenin tamamı geçersiz olmayıp, sadece bu kısım batıl kabul edilir. Ancak batıl olan bu kısım olmaksızın sözleşmenin yapılamayacağı kabul ediliyorsa sözleşme tamamen batıl kabul edilir. Kısmi butlanın varlığının kabulü için, sözleşme içeriğinin bir kısmının sakat olması; sözleşmenin, içeriği itibariyle kısımlara bölünebilmesi; tarafların butlan anlaşması yapmamış olması ve tarafların farazi iradelerinin sözleşmenin korunması yönünde olması gerekir⁴⁴.

C-Sonraki İmkânsızlık

Sonraki imkânsızlık konusunda Borçlar Kanunu'nda genel nitelikte iki hüküm bulunmaktadır. Bunlar borca aykırılığa ilişkin BK. m.96 (OR.

⁴⁰ Serozan, İfa Engelleri, §14 N.17; Başpınar, s.178. Sözleşme öncesi görüşmelerden doğan (culpa in contrahendo) sorumluluk konusunda bkz. Eren, s.1088; Von Tuhr/Peter, s.192 vd.; Bucher, s.279.

⁴¹ Bkz. Bucher, s.281; Von Tuhr/Peter, s.264; Eren, s.298 ve s.1089-1090; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s.903 ve özellikle s.977; Oğuzman/Öz, s.79; Başpınar, s.178-179.

⁴² Tuhr/Peter, s.263; Altunkaya, s.257.

⁴³ Gauch/Schluep/Jäggi, N.636; Eren, s.296; Başpınar, s.120.

⁴⁴ Kısmi butlanın şartları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, s.52 vd; Hürlimann Roland, Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR., Diss. Freiburg 1984.

Art.97) hükmü ile borç ilişkisini sona erdiren nedenler arasında sayılan BK. m.117 (OR. Art.119) hükmüdür.

1-Borçlunun Sorumlu Olduğu Sonraki İmkânsızlık(BK. m.96/ OR. Art. 97)

Sonraki imkânsızlık konusunda kanunda herhangi bir tanım bulunmamaktadır⁴⁵. Sonraki imkânsızlık, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra ortaya çıkan bir engelin, edimin ifasına sürekli ve kesin olarak önlemesidir⁴⁶. Buna göre sözleşme, geçerli bir şekilde kurulmaktadır. Bu durumda imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra, fakat ifadan önce gerçekleşmektedir. Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda sonraki imkânsızlık konusundaki asıl düzenleme BK. m.117 (OR. Art.119) hükmüdür. Bu maddede borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık hali düzenlenmektedir. Buna karşılık borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık konusunda Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda özel bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda doktrinde, borca aykırılığa ilişkin genel bir düzenleme niteliği taşıyan BK. m.96 (OR. Art.97) hükmüne başvurulabileceği kabul edilmektedir⁴⁷.

Türk ve İsviçre hukuku bakımından sonraki objektif imkânsızlığın bulunduğu durumlarda, edimin imkânsızlaşmasına yol açan sebepler borçluya yükletilebildiği takdirde borçlu, BK. m.96 (OR. Art.97) hükmü uyarınca sonraki imkânsızlıktan sorumlu olur⁴⁸. Borçlunun sorumluluğunun kabulü için kusurun varlığı şart değildir. Zira borçlunun kusurunun bulunmadığı bazı durumlarda da sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu durumların başında; yardımcı kişilerin fiilleri nedeniyle ifanın imkânsızlaşmasından doğan sorumluluk(BK. m.100); temerrüt halinde iken umulmayan halden doğan imkânsızlıktan sorumluluk(BK. m.102); para borçları bakımından temerrüde düşülmekte kusurlu olunmasa bile temerrüt faizinden sorumluluk(BK. m.103) ve cinsin yok olmayacağı kuralından hareketle cins borçlarından dolayı sorumluluk gelir⁴⁹.

⁴⁵ **Aeppli**, Art. 119, N.40; **Barth**, s.21.

⁴⁶ **Bucher**, s.334 ve s.418; **Becker**, Art. 97, N.11; **Oser/Schönenberger**, Art.119, N.8; **Aeppli**, Art. 119, N.17; **Eren**, s.996; **İnan**, Unmöglichkeit, s.28; **Erzurumluoğlu**, s.12-13; **Dural**, İmkânsızlık, s.75; **Altaş**, s.19.

⁴⁷ Bkz. **Honsell Heinrich/ Vogt Nedim Peter/ Wiegand Wolfgang**, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 2. Aufl., Basel und Frankfurt a. M. 1996, Art.97, N.8; **Gauch/Schluemp/Jäggi**, N.3140; **Bucher**, s.418-419; **Kılıçoğlu**, s.483; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s.904; **Reisoğlu**, s.301; **Erzurumluoğlu**, s.12-13; **Altaş**, s.19-20.

⁴⁸ **Kılıçoğlu**, s.483-484; **Corrado**, s.19; **Gauch/Schluemp/Jäggi**, N.2776; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s.904; **Reisoğlu**, s.301; **Altaş**, s.19-20; **Altunkaya**, s.48-49.

⁴⁹ **Bucher**, s.421; **Eren**, s.1251; **Dural**, İmkânsızlık, s.109 vd.

2-Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık(BK. m.117/ OR. Art. 119)

BK. m.117 (OR. Art.119) hükmünde borçlanılan edimin imkânsızlaşmasına yol açan sebepler, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkmış ve borçluya yükletilemiyorsa borç ilişkisi sona erer ve borçlu, imkânsızlıktan sorumlu olmaz. “İfanın mümkün olmaması” başlığını taşıyan madde, “Borçluya isnat olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sakit olur.

Karşılıklı taahhütleri havi akitlerde bu suretle beri olan borçlu haksız iktisaplara müteallik hükümlere tevfikan almış olduğu şeyleri iadeye mecbur ve kendisine henüz tediye edilmemiş bulunan şeyi istemek hakkından mahrum olur. Kanun veya akit ile borcun ifasından evvel bile vukua gelen zararın, alacaklıya tahmil edilmiş olduğu haller bundan müstesnadır” şeklindedir⁵⁰.

BK. m.117, OR. Art.119’den farklı olarak iki fıkra şeklinde kaleme alınmıştır. Buna göre maddenin ilk fıkrasında borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın unsurları, ikinci fıkranın ilk cümlesinde, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın hüküm ve sonuçları ve ikinci cümlede ise getirilen kuralın istisnaları hükme bağlanmıştır. Buna karşılık OR. Art.119’un ilk fıkrasında borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın unsurları, ikinci fıkrada, borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın hüküm ve sonuçları ve ikinci fıkrada ise getirilen kuralın istisnaları hükme bağlanmıştır.

BK. m.117 (OR. Art.119) hükmü uyarınca borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlıktan söz edebilmek için bazı unsurların gerçekleşmesi gerekir⁵¹. İlk olarak edimin ifası imkânsız olmalı ve bu imkânsızlık objektif anlamda bir imkânsızlığı içermelidir⁵².

⁵⁰ İsviçre Borçlar Kanunu’nda da benzer düzenleme yer almaktadır. Bkz. OR. Art.119 “Borçluya yüklenemeyen nedenlerden dolayı edimin imkânsız hale gelmesi durumunda alacak sona erer.

İki taraflı sözleşmelerde bu şekilde borçtan kurtulan borçlu, kendisine sunulmuş olan karşı edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iadede sorumlu olur ve henüz ifa edilmeyen edimleri istemek hakkını kaybeder.

Kanun hükümleri veya sözleşmenin içeriğine göre ifanın yapılmasından önce meydana gelen tehlikenin(zararın) alacaklıya yüklenebildiği durumlar hariçtir”.

⁵¹ Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığın unsurları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Aeppli**, Art. 119, N.22; **Barth**, s.79; **Gauch/Schluemp/Jäggi**, N.3273 vd.; **Bucher**, s.418 vd.; **Keller/ Schöbi**, s.245; **Eren**, s.1249 vd.; **Kılıçoğlu**, s.629 vd.; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s.998 vd.; **İnan**, Borçlar, s.504; **Altaş**, s.41 vd.

⁵² Zira sonraki sübjektif imkânsızlığın bulunduğu durumlarda imkânsızlığa, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanır. Bkz. **Gauch/Schluemp/Jäggi**, N.3140; **Aeppli**, Art. 119, N.49; **Eren**, s.998.

BK. m.117 (OR. Art.119) hükmünün uygulanabilmesi için edimin, sonradan imkânsızlaşmış olması⁵³, imkânsızlığın sürekli nitelikte olması gerekir⁵⁴. Ayrıca imkânsızlık, ifaya engel olmalı ve imkânsızlık nedeniyle ifa edilemez hale gelen edimin yerine başka bir değer geçmemiş olması gerekir. İfadan beklenen amaç, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatin gerçekleştirilmesidir. Meydana gelen olay nedeniyle bu amacın gerçekleşmesi mümkün değilse, edim imkânsızlaşmıştır⁵⁵.

BK. m.117 (OR. Art.119) hükmüne göre borçluya yükletilemeyen haller nedeniyle borçlanılan edim, imkânsızlaşmış olmalı ve ifa edilemez hale gelen bu edimin yerine başka bir değer geçmemiş, olmalıdır⁵⁶.

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve borçlanılan edimin imkânsızlaşmasına yol açan sebeplerin, borçluya yükletilememesi gerekir. Borç konusu edimin, umulmayan hal, mücbir sebep, karşı tarafın veya üçüncü kişinin kusuru nedeniyle imkânsızlaşmasında olduğu gibi bazı olayların gerçekleşmesi durumunda edimin imkânsızlaşmasına yol açan sebep, borçluya yükletilemeyecektir⁵⁷. Bu çerçevede borçlu, imkânsızlıktan sorumlu olmadığını, özellikle de borcun ifa edilmemesinde herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat etmesi de gerekir⁵⁸.

İmkânsızlığa neden olan olaylar, tabii, hukuki, beşeri veya maddi sebeplere dayanabilir. Borç konusu edimin deprem, yangın veya sel nedeniyle tamamen yok olması durumunda imkânsızlık nedeni tabiidir. Bir malın alınıp satılmasının, ihraç veya ithal edilmesinin bir kanun hükmü ile yasaklanmasında olduğu gibi borçlanılan edimin, bir hukuk kuralının koymuş olduğu yasak nedeniyle ifa edilememesi durumunda imkânsızlık nedeni hukukidir. Savaş, isyan, genel grev gibi insani olaylardan dolayı edimin ifasının mümkün olmaması durumunda imkânsızlık nedeni beşeridir. Buna karşılık edim konusu şeyin, sözleşmenin yapılmasından sonra inşa edilen bir barajın altında kalması durumunda imkânsızlık nedeni maddi sebeplere dayanır⁵⁹.

⁵³ Bkz. **Gauch/Schluep/Jäggi**, N.3126; **Wiegand**, Art.97, N.8; **Keller/ Schöbi**, s.245; **Kılıçoğlu**, s.630.

⁵⁴ Bkz. **Aepli**, Art. 119, N.44; **Gauch**, s.120; **Gauch/Schluep/Jäggi**, N.3152; **Barth**, s.40; **Wiegand**, Art.97, N.16; **Becker**, Art. 97, N.21; **Weber**, Art. 97, N.139; **Keller/ Schöbi**, s.245; **Von Tuhr/Escher**, s.96.

⁵⁵ **Dural**, İmkânsızlık, s.123, **Eren**, s.1249-1250; **Altaş**, s.44-45.

⁵⁶ **Giger** Marcel, Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Diss. St. Gallen 1992, s.110 vd.; **Oser/Schönenberger**, Art.119, N.24; **Corrado**, s.19; **Gauch/Schluep/Jäggi**, N.3307 vd.; **Aepli**, Art. 119, N.150-151; **Becker**, Art. 119, N.8; **Keller/ Schöbi**, s.253; **Wiegand**, Art.119, N.14; **Reisoğlu**, s.353.

⁵⁷ **Eren**, s.1251-1252; **Kılıçoğlu**, s.630; **Altaş**, s.52 vd.

⁵⁸ **İnan**, Borçlar, s.505; **Eren**, s.1252; **Altaş**, s.58 vd.; **Reisoğlu**, s.353-354.

⁵⁹ **Eren**, s.1249; **Kılıçoğlu**, s.629; **Altaş**, s.51.

BK. m.117 (OR. Art.119) hükmüne göre yukarıda sayılan unsurların gerçekleşmesi durumunda borç ilişkisi sona erer ve borçlu, imkânsızlıktan sorumlu olmaz. Sonraki imkânsızlığın tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından hukuki sonuçları, BK. m.117/2 (OR. Art.119/2) hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık nedeniyle borcu sona eren taraf, kendisine henüz ifa edilmemiş olan karşı edimi isteme hakkından mahrum olduğu gibi edim kendisine ifa edilmişse bunu, sebepsiz zenginleşme hükümlerine (BK. m.61 vd./ OR. Art.62 vd.) göre karşı tarafa iade etmek zorundadır⁶⁰. Zira bu durumda karşı edimi kazanmanın hukuki sebebi ortadan kalkmıştır. BK. m.117/2 son cümle ve OR. Art.119/3'de bu kuralın istisnası öngörülmüştür. Buna göre, imkânsızlık nedeniyle kendi edimini ifa etmekten kurtulan borçlunun istisnai olarak, karşı edim henüz ifa edilmemişse, bunun ifasını talep etme; edim daha önce ifa edilmişse, bunu alıkoyma hakkı vardır⁶¹. Bu istisnai durum kanundan veya sözleşmeden kaynaklanabilir. Bu konudaki en önemli düzenleme, satım sözleşmesinde satılan şeyin yarar ve hasarın, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren alıcıya ait olacağını düzenleyen BK. m.183 (OR. Art.185) hükmüdür⁶².

IV. ALMAN MEDENİ KANUNUNDA İMKÂNSIZLIĞIN DÜZENLENİŞİ

A-Genel Olarak

Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) imkânsızlık müessesesi tek bir maddede (§ 275 BGB) düzenlenmiştir. Aralarındaki farklılıklar ortadan kaldırılarak bütün imkânsızlık hallerinin bu şekilde tek bir maddede düzenlenmesi Alman hukukunda 2002 yılında yürürlüğü giren Borçlar Hukukunu Modernleştirme Kanunu (Reform Kanunu)⁶³ ile birlikte gerçekleşmiştir. Reform Kanunu öncesinde Alman Medeni Kanunu'nda da Türk-İsviçre Borçlar Kanunu sistemine benzer şekilde başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrı maddelerde yer almaktaydı. Buna göre başlangıçtaki imkânsızlık, eski § 306 BGB' de düzenlenmişti⁶⁴. Buna göre, imkânsız bir edime dayanarak kurulan bir sözleşme, butlan yaptırımına tabi olmaktadır. Buna karşılık sonraki imkânsızlık ise, eski § 275 BGB' de düzenlenmişti. Bu maddeye göre, borç ilişkisinin kurulmasından sonra

⁶⁰ İnan, Borçlar, s.505; Eren, s.1253; Altaş, s.75. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade yükümlülüğü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch/Schlupe/Jaggi, N.1471 vd.; Bucher, s.656 vd.; Eren, s.819 vd.; İnan, Borçlar, s.349 vd.

⁶¹ Dural, İmkânsızlık, s.165-166; Eren, s.1254; İnan, Borçlar, s.505-506; Altaş, s.78 vd.

⁶² BK. m.183 (OR. Art.185) hükmüne göre halin icabından veya özel hallerden doğan istisnalar dışında satılan şeyin yarar ve hasarı, sözleşmenin kurulması anından itibaren alıcıya geçer. Satım sözleşmesinde satıcının borçlanmış olduğu edimin imkânsızlaşmasına rağmen alıcı, satım parasını ödemek zorundadır. Bkz.

⁶³ Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Yürürlüğü girişi tarihi: 01.01.2002.

⁶⁴ Eski § 306 BGB "Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig".

gerçekleşen ve borçlunun da sorumluluğunu gerektirmeyen olaylar sonucunda edimin imkânsız hale gelmesi durumunda borçlunun edime ilişkin yükümlülüğü sona erer.

01.01.2002 yılında yürürlüğü giren Reform Kanunu ile bütün imkânsızlık halleri § 275 BGB' de düzenlenmiş bulunmakla birlikte, imkânsızlığın doğurduğu hukuki sonuçlar § 275 Abs. IV BGB' nin atfı ile diğer maddelerde düzenlenmiş bulunmaktadır. § 275 BGB hükmü, aynı anda hem alacaklının borç ilişkisi gereğince aynen ifayı talep etme yetkisinin sınırını; hem borçlunun birincil edim yükümlülüğünün sınırını ve aynı zamanda da ahde vefa ilkesinin sınırını göstermekte olup, borç ilişkisinin ne zaman sona erdiğine ilişkin değildir.

B-İmkânsızlığa İlişkin Düzenleme (§ 275 BGB)

İmkânsızlığa ilişkin tek hükmü oluşturan § 275 BGB, dört fıkradan oluşmaktadır. İlk üç fıkrada imkânsızlık halleri düzenlenmiştir. Maddenin birinci fıkrasında “gerçek imkânsızlık” düzenlenirken, ikinci fıkrasında “fiili imkânsızlık”, üçüncü fıkrasında ise şahsi nedenlerden dolayı beklenilmezlik hükme bağlanmaktadır. Son fıkra ise, imkânsızlığın sonuçları ile ilgili olarak diğer maddelere atıfta bulunmaktadır. Bu başlık altında imkânsızlık hallerini, daha sonra ise imkânsızlığın hukuki sonuçlarını inceleyeceğiz.

1-Gerçek İmkânsızlık (§ 275 Abs. I BGB)

§ 275 Abs. I BGB' de teknik anlamda imkânsızlık hali düzenlenmektedir⁶⁵. Bu hükme göre; borçlanılan edim (Leistung), borçlu için veya herkes için imkânsız hale gelmiş ise, edime ilişkin talep hakkı ortadan kalkar.

§ 275 Abs. I BGB düzenlemesi, eski hukuktaki gerçek veya fiziki imkânsızlık (echte/wirkliche, physische Unmöglichkeit) olarak nitelendirilen durumları karşılamaktadır. Buradaki anlamda imkânsızlığın bulunduğu bir durumda edim, teorik olarak dahi yerine getirilemez niteliktedir⁶⁶. Objektif imkânsızlık ve eski hukukta acizlik (Unvermöge) olarak ifade edilen

⁶⁵ § 275 Abs.I BGB: “Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.”

⁶⁶ **Dauner-Lieb** Barbara / **Heidel** Thomas / **Lepa** Manfred / **Ring** Gerhard, Das neue Schuldrecht, Heidelberg 2002, s.6; **Haas** Lothar/ **Medicus** Dieter/ **Rolland** Walter/ **Schäfer** Carsten/ **Wendtland** Holger, Das neue Schuldrecht, München 2002, § 3, N.33 vd.; **MünchKomm/ Ernst**, § 275 BGB, N.32 vd.; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.6; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.7 vd.; **Erman/ Westerman**, § 275, N.3 vd.; **Schellhammer** Kurt, Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 4, Auflage, Heidelberg 2005, N.1660; **Klausch** Sebastian, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungsrechts nach der Schuldrechtsmodernisierung, Frankfurt 2004, s.84; **Fehre**, s.22; **Emmerich**, § 3. N.21 s.24; **Palandt/ Heinrichs**, § 275 BGB, N.3 vd.; **Hütte/ Helbron**, N.364 vd.; **HandKommentar/ Schulze**, § 275 BGB, N.1 vd., 5 vd.

sübjektif imkânsızlık durumları; başlangıçtaki⁶⁷ ve sonraki imkânsızlık durumları; borçlunun sorumlu tutulduğu ve tutulmadığı imkânsızlık durumları; söz konusu düzenleme kapsamındadır⁶⁸.

§ 275 Abs. I BGB anlamında imkânsızlık, borçlanılan edimin bozulması veya ekonomik bakımdan tümüyle başka bir hale gelecek şekilde zarar görmüş olması gibi tabi nedenlerden kaynaklanabilir. Bu tür durumlara satım konusu malın yanması, satılan atın ölmesi veya satılan sütün bozulmuş olması örnek olarak verilebilir. Bunun gibi de sübjektif imkânsızlığa ilişkin olarak da borçlunun edimi yerine getirmesine engel teşkil eden bir hastalığının veya yaşlılığının söz konusu olması örnek olarak verilebilir⁶⁹. İmkânsızlık, ithal edilecek malın ithalatının yasaklanması veya edim konusu hakkında borçlunun tasarruf yetkisinin bulunmaması gibi hukuki nedenlerden kaynaklanabilir. Ayrıca imkânsızlık, zamana ilişkin nedenlerden de kaynaklanabilir. Örneğin, edimin ifa edileceği zaman dilimi, tarafların yaptıkları sözleşmede borçlanılan edim sonucunun ayrılmaz bir parçası haline getirilmiş ve ayrıca ifa zamanı, sözleşmenin amacı ve tarafların menfaatleri düşünüldüğünde daha sonradan ifa edilecek edim hiçbir yarar sağlamayacak kadar önemliyse, bu durumda zamanında ifa edilmeyen edim bakımından gerçek imkânsızlık söz konusu olur. Böylece kesin vadeli işlemlerin vadesinde ifa edilmemiş olması çoğu zaman bu şekilde gerçek imkânsızlığa neden olur⁷⁰.

⁶⁷ Eski § 275 BGB hükmünden farklı olarak yeni metinde “unmöglich wird” yerine “unmöglich ist” ifadesi kullanılmıştır. Böylece kanun koyucu, başlangıçtaki imkânsızlığı da bu hükmün kapsamına almayı amaçlamıştır.

⁶⁸ BT-Drucks 14/6040, s.128 vd.; **Canaris**, JZ 2001, s.499 vd.; **Eidenmüller** Horst, Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, Jura 2001, 831; **Haas/Medicus**, § 3, N.34 vd.; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.4; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.7 vd., 55 vd.; **Erman/ Westerman**, § 275, N.3; **HandKommentar/ Schulze**, § 275 BGB, N.6; **Palandt/ Heinrichs**, § 275 BGB, N.4 vd.; **Emmerich**, § 3. N.32 s.28; **Henssler/ Westphalen/ Dedek**, § 275 BGB, N.3; **Hütte/ Helbron**, N.367.

⁶⁹ Bu konuda yargı kararları için bkz. OLG Oldenburg 04.06.1975, NJW 1975, 1788= JuS 1976, 50 N.2; BGH 11.07.1953, BGHZ 10, 187 (189)= NJW 1953, 1465.

⁷⁰ İmkânsızlığın tabiat kanunlarından, hukuki nedenlerden veya zamana ilişkin nedenlerden kaynaklanabileceği konusunda bkz. BT-Drucks 14/6040, s.128/130; **Dauner-Lieb** Barbara/ **Heidel** Thomas/ **Lepa** Manfred/ **Ring** Gerhard, Anwalt kommentar Schuldrecht, Bonn 2002.(**AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb**), § 275 BGB, N.6, 10; **Henssler/ Westphalen/ Dedek**, § 275 BGB, N.1; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.6 vd.; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.7 vd., 9, 31; **Erman/ Westerman**, § 275, N.5 vd.; **Fehre**, s.22; **Hütte/ Helbron**, N.370; **Emmerich**, § 3. N.19 s.23; **HandKommentar/ Schulze**, § 275 BGB, N.12.

§ 275 Abs. I BGB hükmü gereğince gerçek imkânsızlık durumunda borçlunun “birincil edim yükümlülüğü” kendiliğinden (ipso iure) sona erer⁷¹. Bu nedenle bu fıkra hükmü, teknik anlamda “itiraz”ın konusudur.

Maddede kullanılan “edim” (Leistung) kavramı, Alman hukukunda edim fiili (Leistungshandlung) değil, edim sonucu (Leistungserfolg) olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, edim fiili gerçekleştirilebiliyor olsa bile, edim sonucunun artık gerçekleşmediği durumlar, gerçek imkânsızlık olarak kabul edilecektir⁷². Bu anlamda olmak üzere, Alman hukukunda gerçek imkânsızlık kapsamında iki önemli olay grubu sayılmaktadır. Bunlardan ilki, “amaca ulaşılması, (Zweckerreichung)”; diğeri ise, “amacın çökmesidir (Zweckfortfall- Zweckverfehlung)”⁷³.

Amaca ulaşılmasında maddi edim alacaklısının edimin ifasından beklediği asıl amacı (yani, sözleşmede kararlaştırılan edim sonucu) maddi edim borçlusunun herhangi bir davranışı olmaksızın gerçekleşmiştir. Bundan böyle, edim fiili, maddi edim alacaklısı için artık anlamsız hale gelirken, edim sonucunun gerçekleşmesi imkânsız hale gelmektedir⁷⁴. Amaca ulaşılması nedeniyle imkânsızlığın gerçekleşmesine şu olaylar örnek olarak verilebilir. Bir hastanın, çağırılan doktor gelmeden önce iyileşmesi halinde; bir seti yıkmakla görevlendirilen işçinin, yıkma işine başlamadan önce setin bir fırtınaya bağlı olarak yıkılması durumunda; garajın önünü kapatan bir aracın çekilmesi için çağırılan çekicinin gelmesinden önce, araç sahibi tarafından aracın kaldırılmasında maddi edim borçlusu tarafından yerine getirilmesi gereken edim sonucu, onun her hangi bir müdahalesi olmaksızın başka bir şekilde gerçekleştiği için, edim sonucunu gerçekleştirmek artık imkânsız hale gelmiştir. Aynı şekilde denizin sahile yakın bir yerinde kuma saplanan geminin saplandığı yerden çıkarılması amacıyla çağırılan romerkörün gelmesinden kısa bir süre önce, beklenmedik bir şekilde denizdeki su seviyesinin yükselmesine bağlı olarak geminin saplandığı

⁷¹ Eidenmüller, s.831; MünchKomm/ Ernst, § 275 BGB, N.67 vd.; Kittner, N.685; KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse, § 275 BGB, N.2, 11 vd.; Schellhammer, N.1657; StaudingersKomm/ Löwisch, § 275 BGB, N.67; Emmerich, § 3, N.32 s.28; Hütte/ Helbron, N.379; Palandt/ Heinrichs, § 275 BGB, N.31 vd.; HandKommentar/ Schulze, § 275 BGB, N.5, 24 vd.

⁷² KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse, § 275 BGB, N.7; Bamberger Georg/ Roth Herbert, Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I §§ 1-610, München 2003 (Bamberger/ Roth/ Grüneberg), § 275 BGB, N.24; Hütte/ Helbron, N.369.

⁷³ Bkz. MünchKomm/ Ernst, § 275 BGB, N.151 vd.; StaudingersKomm/ Löwisch, § 275 BGB, N.20 vd.; Hütte/ Helbron, N.381vd.; Palandt/ Heinrichs, § 275 BGB, N.18vd.; HandKommentar/ Schulze, § 275 BGB, N.10.

⁷⁴ Bkz. Ehmman/Kley, s.489; Soergel H., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht I, §§ 241-432, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/ Köln 1990, § 275 BGB, N.33; MünchKomm/ Ernst, § 275 BGB, N.160 vd.; Palandt/ Heinrichs, § 275 BGB, N.18; Fehre, s.73; Hütte/ Helbron, N.382; AnwKomm-BGB/Krebs, § 313 BGB, N.14; Bamberger/ Roth/ Grüneberg, § 275 BGB, N.24; HandKommentar/ Schulze, § 275 BGB, N.10.

yerden kurtulması durumunda da amaca ulaşılması nedeni ile edim sonucunun gerçekleştirilmesi imkânsız hale gelir.

Amacın çökmesinde ise, şartların öngörülemez şekilde değişmesi sonucunda, her iki tarafa da yüklenemeyen nedenlerden dolayı maddi edim alacaklısının asıl amacına ulaşması (yani sözleşmede kararlaştırılan edim sonucunu elde etmesi), imkânsız hale gelmiştir⁷⁵. Amaca çökmesi nedeniyle imkânsızlığın gerçekleşmesine de şu olaylar örnek olarak verilebilir. Hastanın, çağrılan doktor gelmeden hemen önce ölmesi veya bir geminin sahile yakın bir yerde değil de okyanusun ortasında her hangi bir nedenden dolayı kalması halinde, gemiyi tamir etmek veya çekmek amacıyla çağrılan romerkörün gelmesinden kısa bir süre önce, geminin tümüyle batması durumlarında maddi edim alacaklısının tatmin edilme imkânı artık kalmadığı için amacın çökmesi söz konusudur. Amacın çökmesi nedeniyle de edim sonucunun gerçekleştirilmesi imkânsız hale gelmiştir.

2-Fiili İmkânsızlık (§ 275 Abs. II BGB)

§ 275 Abs. II BGB’ de borçlunun ediminin gerçekte teorik bakımdan imkânsız olmamakla birlikte, alacaklının ifaya ilişkin menfaatinin dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi halinde, edimin yerine getirilmesini borçludan beklemenin makul olmadığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim § 275 Abs. II BGB hükmü şu şekildedir⁷⁶: “Borç ilişkisinin içeriği ve dürüstlük kuralı dikkate alındığında, borçlunun edimini yerine getirmesinin, alacaklının edim menfaatine büyük bir orantısızlık teşkil eden masrafları (Aufwand) gerektirmesi halinde borçlu, edimin ifasından kaçınabilir. Borçludan beklenilmesi gereken çabaların (Anstrengungen) belirlenmesinde aynı zamanda borçlunun ifa engelinden sorumlu olup olmadığı da dikkate alınır”.

§275 Abs. II BGB hükmü, gerekçesinde de ifade edildiği üzere, fiili veya pratik imkânsızlık (faktische oder praktische Unmöglichkeit) olarak anılan olay gruplarıyla sınırlıdır. Bu olay gruplarında edim sonucunun yerine getirilmesi borçlu için veya herkes için imkânsız değildir. Yani edimin ifası en azından teorik bakımdan hala mümkündür. Ancak borçlu, öyle önemli ve temelde de aşılabilir zorluklarla karşılaşmıştır ki, borçlu bakımından edimin yerine getirilmesi için gerekli olan masraflar, alacaklının edim menfaatlerine

⁷⁵ Bkz. **Soergel/ Wiedemann**, § 275 BGB, N.34; **MünchKomm/ Ernst**, § 275 BGB, N.152 vd.; **Palandt/ Heinrichs**, § 275 BGB, N.19; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.20 vd.; **Hütte/ Helbron**, N.382 vd; **AnwKomm-BGB/Krebs**, § 313 BGB, N.14; **Bamberger/ Roth/ Grüneberg**, § 275 BGB, N.24; **Palandt/ Heinrichs**, § 275 BGB, N.19; **HandKommentar/ Schulze**, § 275 BGB, N.10.

⁷⁶ § 275 Abs.II BGB: “Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat”.

büyük bir orantısızlık oluşturacak şekilde artmıştır. Artık böyle bir durumda, borçlunun edimin aynen ifası için yapması gereken masraflar anlamsız (irasyonel) hale gelmiştir. Öyle ki artık hiçbir makul (vernünftiger) kimse, özel bir neden olmaksızın bu şartlar altında edimin yerine getirilmesini düşünmeyecektir⁷⁷.

§275 Abs. II BGB anlamında fiili imkânsızlığa ilişkin klasik örnek “Yüzük Olayı”dır. Bu olayda, satılan yüzük gemiyle taşıma sırasında düşüp denizin dibine batmıştır⁷⁸. Bu olayda kuşkusuz ki edimin ifası teorik bakımdan hala imkan dâhilindedir; çünkü gelişmiş teknoloji sayesinde günümüzde okyanusların derinlerine kadar ulaşılabilir. Bugün için artık gerekli olan masraflar karşılanmak kaydıyla sırf deniz dibinde araştırmalar yapan ve batıkları ortaya çıkaran müteahhitler bulunmaktadır. Bununla birlikte borçlu, böyle bir müteahhitte anlaşarak yüzüğün piyasa değerinin örneğin otuz katı fazla bir masraf yapmak suretiyle çıkarsa dahi, böyle bir durumda alacaklının yüzüğe ilişkin edim menfaati, yüzüğün manevi değeri bir tarafa bırakılacak olursa, hala yüzüğün piyasa değerine eşit veya yaklaşık olmaya devam edecektir. Dolayısıyla, alacaklının edim menfaati ile borçlunun ediminin değeri arasında esas itibariyle bir dengesizlik söz konusu olmayacaktır. Aksine, alacaklının edim menfaatinin (yani yüzüğün piyasa değerinin) borçlunun ifa masraflarına (yüzüğü çıkarması için yapacağı yüzüğün 30 katı masrafa) büyük bir orantısızlık oluşturması söz konusudur. Bu nedenle, Yüzük Olayı’nda fiili imkânsızlık söz konusudur⁷⁹.

Yüzük olayında olduğu gibi şu örnek olaylarda da fiili imkânsızlık söz konusudur. Satıcı, alıcıya başkasına ait olan bir malı (parça borcu) satmayı taahhüt etmekte, ancak malik, orantısız derecede yüksek masraflar altında satışa razı olmaktadır. Benzer şekilde, satılan mal (parça borcu) çalınmış veya kaybolmuştur ve böylelikle borçlunun (satıcının) yeniden malı elde etmesi için gerekli olan masraflar alacaklının (alıcının) edim menfaatine

⁷⁷ BT-Drucks 14/6040, s.128/130; Bkz. **Wagner**, s.484; **Canaris**, JZ 2001, s.501 vd.; **Koller/Roth/ Zimmermann**, s.50; **Hey** Felix Christopher, Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung, Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag, München 2002, s.40 vd.; **Canaris Claus-Wilhelm**: Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts, Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Karlsruhe 2003, s.11; **Kittner**, N.690; **StaudingersKomm/Löwisch**, § 275 BGB, N.70 vd.; **Palandt/Heinrichs**, § 275 BGB, N.22; **KompaktKomm/Willingmann/Hirse**, § 275 BGB, N.13; **Erman/Westerman**, § 275, N.21 vd.; **Fehre**, s.23; **Klausch**, s.85; **Emmerich**, § 3. N.46 s.34; **Hütte/Helbron**, N.394 vd.; **HandKommentar/Schulze**, § 275 BGB, N.18; Ayrıca bkz. BGH 08.06.1983, NJW 1983, 2873-2874.

⁷⁸ Bu olay, kanunun gerekçesinde de anılmaktadır, bkz. BT-Drucks 14/6040, s.129.

⁷⁹ Bkz. **Canaris**, Karlsruhe Form 2002, s.14,15; **Fehre**, s.46; **Rösler** Hannes, Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage, JuS 12/2004, s.1060.

büyük orantısızlık teşkil edecek kadar katlanılmaz derecede yükselmiş olabilir⁸⁰.

§ 275 Abs. II BGB hükmü, § 275 Abs. I BGB hükmünden farklı olarak borçluya, def'i ileri sürmek suretiyle edimin ifasından kaçınma hakkı tanımaktadır. Borçlunun bu def'i hakkını kullanabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir.

§ 275 Abs. II BGB hükmüne göre def'i hakkının kullanabilmesi için, öncelikli olarak borçlunun ifa masraflarının, alacaklının edim menfaatine büyük bir orantısızlık oluşturması gerekir⁸¹. Örneğin, bir terzi, iş sahibine 2.000 € bedel karşılığında bir elbise yapmayı taahhüt etmiştir. Elbisenin maddi masrafları terzinin takdirine göre 800 € ya karşılık gelmektedir. Ancak, söz konusu materyallerin teslimat masraflarındaki artış sonucunda terzinin maddi masrafları 1200 €'ya ulaşmıştır. Öte yandan söz konusu materyalleri aldıktan sonra, onun dikiş makinesinde tamir edilemez bir arıza ortaya çıkmıştır. Yeni makinenin tekrar tesis edilmesinin masrafı ise, 1800 € dur. Bunun yanında emeklilik kesintileri de bulunmaktadır. Tüm bunların dışında şahsi emeği de düşünüldüğünde artık kararlaştırılan ücret, terzi için hiçbir anlam ifade etmeyen bir orana ulaşmıştır. Elbisenin bir başka terzi de yapılmasının masrafları ise 1200 € ya karşılık gelmektedir. Bu durumda masraflar sadece 1800 € nispetinde artırılsaydı terzi edimin ifasıyla yükümlü olmaya devam edebilirdi. Gerçi, yeni makinenin tamirat masrafları da materyalin artan masrafları arasında sayılırsa, toplam masraf 3.000 € ya ulaşmaktadır. Dolayısıyla, daha önce hesaplanılan masraflarla nispet edildiğinde ortada bir orantısızlık vardır⁸².

Borçlunun "ifa masrafları", ekonomik değeri olan masrafları, yani, hem para şeklindeki masrafları hem de faaliyet ve benzeri nitelikteki şahsi çabaları kapsamaktadır⁸³. Madde metnine dikkat edilirse, orantısızlık oluşturan masraflar, sözleşme yapıldığı zaman başlangıçta öngörülen masraflarla değil (yani nispi ölçüye göre değil), alacaklının edim menfaati ile (yani mutlak ölçüye göre) nispet edilmektedir⁸⁴. Kuşkusuz böyle bir

⁸⁰ Örnekler için bkz. **Canaris**, Karlsruher Forum 2002, s.11; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.13; **Emmerich**, § 3. N.46 s.35; **Hütte/ Helbron**, N.394. § 275 Abs.II BGB hükmüne benzer nitelikteki düzenlemeler BGB'nin özel kısmında satım sözleşmesine ilişkin olarak § 439 Abs.3 BGB ve eser sözleşmesine ilişkin olarak da § 635 Abs.3 BGB maddelerinde mevcuttur.

⁸¹ **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.13 vd.; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.76 vd.; **Erman/ Westerman**, § 275, N.24 vd.; **Hütte/ Helbron**, N.395; **HandKommentar/ Schulze**, § 275 BGB, N.21.

⁸² Bkz. **Fehre**, s.41.

⁸³ BT-Drucks 14/6040, s.130; **Canaris**, JZ 2001, s.502; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.17; **Fehre**, s.40; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.81; **HandKommentar/ Schulze**, § 275 BGB, N.21.

⁸⁴ **Haas/ Medicus**, § 3, N.44; **Huber Peler/ Faust Florian**: Schuldrechtsmodernisierung, München 2002, § 2, s.40; **Koller/ Roth/ Zimmermann**, s.51; **KompaktKomm/**

durumda, alacaklının edim menfaatinden neyin anlaşılması gerektiğinin açıklanması gereklidir.

Doktrinde kabul edildiği üzere, alacaklının edim menfaati, alacaklının, edimin aynen ifa edilmesindeki menfaatidir. Bunun ölçüsü, esas itibariyle, edim yerine geçen zararın tazmini nispetindedir⁸⁵. Cins borçlarında alacaklının edim menfaati, alacaklının söz konusu cinsi piyasadan tedarik etmek için ödemesi gerekli olan objektif piyasa değerine göre takdir edilebilir. Yukarıdaki örnekte, iş sahibi söz konusu elbiseyi bir başka terziye yaptırsaydı bu durumda 2.200 € ödemesi gerekecekti. Böylelikle alacaklının edim menfaati 2.200 € dur⁸⁶. Parça borçlarında ise, somut belirli bir mal borçlanılmış olduğu için, alacaklının söz konusu malı piyasadan her zaman tedarik etme imkânı olmayabilir. Böyle bir durumda alacaklının edim menfaati, malın piyasa fiyatı belli olduğu müddetçe, malın piyasa değeri esas alınmak suretiyle belirlenebilir⁸⁷. Örneğin satılan bir arsaya alıcı bir üçüncü kişiye (alacaklı) satmak üzere anlaşılan satıcının (borçlunun) önceki satıcının fiyat yükseltmesi karşısında ifadan kaçınmak istemesi durumunda alacaklının edim menfaati, benzer bir arsanın piyasadaki satış fiyatıdır⁸⁸. Alacaklının edim menfaati belirlenirken bundan başka, alacaklının manevi (ideelle) yararları varsa bunlar da dikkate alınmalıdır⁸⁹. Ayrıca, alacaklının

Willingmann/ Hirse, § 275 BGB, N.16; **Hütte/ Helbron**, N.396 vd.; Mutlak ölçüye göre, karar anında sadece borçlunun yerine getirmesi gereken masraflar ile alacaklının edim menfaatinin birbirinden farklı olması dikkate alınır. Buna karşın, şartlardaki değişiklik dikkate alınmaz. Nispi ölçüye göre ise, sadece şartlardaki değişiklik ölçüt olarak esas alınır. Burada, borçlunun masrafları ile alacaklının edim menfaati arasındaki ilişkinin, bir tarafa yük getirip getirmediği kontrol edilir. Ancak ve sadece böyle bir durumda bir orantısızlık kabul edilir. Bu, şu anlama gelmektedir. Somut olayda satıcı (borçlu), kendisi için özel ve elverişli bir sözleşme yaparsa, bu değişiklik mutlak ölçüye göre hiçbir orantısızlık oluşturmasa da nispi ölçüye göre, büyük bir orantısızlık oluşturabilir. Örneğin, satıcı alıcıya 500 € karşılığında bir vazoyu satarsa, borçlu vazoyu 100 € karşılığında edinebilecek iken, şartların değişmesi nedeniyle 300 € ya edinmesi durumunda, nispi düşünüş şekline göre bir orantısızlık ortaya çıkmıştır. Çünkü borçlunun ifa masrafları artmaktadır. Ancak, satıcı fiyat artışı ve buna bağlı olarak da maliyet artışı gerçekleşmiş olmasına rağmen hala 200 € luk bir kazanç sağlayabilmektedir. Bu nedenle § 275 Abs.II BGB hükmüne göre edim yükümlülüğünden kurtulabilmesi de haklı olarak görülemez. Nispi ölçüye göre ortaya çıkan orantısızlıklar ise, -diğer şartların da olması kaydıyla- belki İşlem Temeli Öğretisi'nin konusu olabilir. Bkz. **Fehre**, s.44.

⁸⁵ **AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb**, § 275 BGB, N.15; **Jauernig** Othmar, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., München 2004, § 275 BGB, N.25; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.16; **MünchKomm/ Ernst**, § 275 BGB, N.79; **Fehre**, s.42; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.77; **Erman/ Westerman**, § 275, N.25.

⁸⁶ Bkz. **Fehre**, s.42.

⁸⁷ Bkz. **AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb**, § 275 BGB, N.15; **Huber/ Faust**, § 2, s.32; **Koller/ Roth/ Zimmermann**, s.51; **Fehre**, s.42.

⁸⁸ Bkz. **Canaris**, JZ 2001, s.503.

⁸⁹ **AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb**, § 275 BGB, N.15; **Koller/ Roth/ Zimmermann**, s.51; **MünchKomm/ Ernst**, § 275 BGB, N.80; **Jauernig/ Vollkommer**, § 275 BGB, N.25;

ekonomik nitelikteki diğer menfaatleri de somut olaya göre dikkate alınabilir⁹⁰.

§ 275 Abs. II BGB hükmüne göre, fiili imkânsızlık nedeniyle borçlunun, def'i hakkını kullanmak suretiyle edimin ifasından kaçınabilmesi için, yapacağı ifa masrafları ile alacaklının edim menfaati arasındaki orantısızlığın belli bir ölçüye ulaşmış olması gerekir. Bu ölçü yine madde metninde "büyük bir orantısızlık" (in einem groben Missverhältnis) kavramı ile ifade edilmektedir. "Büyük orantısızlık" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda ise, farklı görüşler vardır. Bu konuda *Faust*, somut bir ölçü vermek suretiyle, borçlunun ifa masraflarının alacaklının edim menfaatinin % 110 ve üzerinde olması durumunda, bu anlamda büyük bir orantısızlık olduğu görüşündedir⁹¹. Buna karşın böyle bir oran vermenin keyfilik olduğu doktrinde bazı yazarlarca ifade edilmektedir⁹². Alman Federal Mahkemesi ise, her hangi bir ölçüye işaret etmeksizin somut olaya göre bir değerlendirme yapmaktadır. Örneğin ağır yük kamyonunun aylık 10.830 DM üzerinden kiralanması olayında, kamyonun yaptığı arıza nedeniyle 150.000 DM tamirat masraflarına yol açması durumunda, kiralyan borçlunun eski hale getirme için gerekli olan masraflarının alacaklı olan kiracının edim menfaatine bu anlamda büyük bir orantısızlık oluşturduğu ve bu nedenle de edimin ifasının borçludan beklenilemeyeceğine karar vermiştir⁹³.

§ 275 Abs. II BGB hükmünde "büyük bir orantısızlıkla" bağlantılı olarak ayrıca, borç ilişkisinin içeriğine", "dürüstlük ilkesine" ve "borçlunun ifa engelinden sorumlu olup olmadığına" atıfta bulunmaktadır⁹⁴.

"Borç ilişkisinin içeriği" ifadesiyle neyin kastedildiğine ilişkin olarak § 275 Abs. II BGB hükmünde her hangi bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde kabul edildiği üzere, bu konuda öncelikli olarak borçlunun sorumluluğunu düzenleyen § 276 Abs. I S.1 BGB hükmü belirleyicidir. Çünkü söz konusu maddede, borç ilişkisinin içeriğine ilişkin olarak özellikle garanti veya tedarik rizikosunun üstlenilmesine işaret edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere, borçlu, bir malın tedarikindeki rizikoları biliyorsa veya bu rizikolar sözleşmenin yapıldığı sırada açık seçik ortada ise ya da

KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse, § 275 BGB, N.16; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.77; **Erman/ Westerman**, § 275, N.25.

⁹⁰ Örneğin borçlu tarafından kendisine satılması taahhüt edilen malı o da bir başkasına satmayı taahhüt etmiş ise, bu durumda buradan elde edeceği kar da alacaklının edim menfaati içerisinde kabul edilmelidir. Bkz. **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.77.

⁹¹ Bkz. **Huber/ Faust**, § 2, N.67 vd.; Aynı yönde bkz. **Erman/ Westerman**, § 275, N.27.

⁹² Bkz. **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.84.

⁹³ Bkz. BGH 26.09.1990, NJW-RR 1991, 204.

⁹⁴ **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.14; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.84 vd.; **Fehre**, s.47; **HandKommentar/ Schulze**, § 275 BGB, N.21 vd.; **Hütte/ Helbron**, N.396.

edimin ifası için gerekli olan masraflar, borçlu tarafından üstlenilen rizikonun kapsamında ise, normal kişiler için mantık dışı (unvernünftig) olarak görülse bile, buna ilişkin tüm muhtemel masrafların rizikosu üstlenilmiş demektir. Örneğin, borçlu, denize düşen yüzüğün çıkarılmasını borçlanmış ise, bununla bağlantılı sözleşme rizikolarını da dikkate almış demektir. Bu nedenle tedarik rizikolarının üstlenildiği durumlarda büyük orantısızlık sadece istisnai durumlarda kabul edilebilir⁹⁵. Ancak bu konuda “borcun türü” de önemli rol oynar. Örneğin bir parça borcunun tedarik edilmesinin kararlaştırılmış olması durumunda, borçludan beklenen masraflar, konusunu cins borcu oluşturan bir malın tedarik edilmesine ilişkin olarak borçludan beklenen masraflarla aynı değildir. Konusu parça borcu olan bir malın tedarikinin gerekli olması durumunda, bunun piyasadan her zaman kolay bir şekilde tedarik edilme imkânı olmayabilir. Buna karşın cins borçlarında, “cins borcu yok olmaz” ilkesi gereğince, borçlunun edim yükümlülüğünden kurtulması, aksine bir düzenleme olmadığı sürece son derece istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Örneğin, cins malın tedarikine ilişkin bir satım sözleşmesi yapıldıktan sonra söz konusu malın yurt içindeki stoklarının kalmaması nedeniyle yurt dışından tedarik edilmek zorunda kalınması halinde bu tür bir istisnailik söz konusudur⁹⁶.

§ 275 Abs.II BGB hükmüne göre, büyük bir orantısızlığın mevcut olup olmadığı konusunda ölçü olarak alınan unsurlardan bir diğeri ise “dürüstlük ilkesi”dir. Doktrinde ifade edildiği üzere, bu ilkenin dikkate alınması, orantısızlığın katlanılmaz bir boyuta ulaşması anlamındadır. Öyle ki, edimin söz konusu şartlar altında ifası mantıklı olan hiçbir kimse tarafından özel bir durum söz konusu olmadığı sürece düşünülmecek nitelikte ise ve aynı zamanda alacaklının aynen ifa talebi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise, büyük bir orantısızlık olduğu kabul edilecektir⁹⁷. Ancak, “genel

⁹⁵ **AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb**, § 275 BGB, N.15; **MünchKomm/ Ernst**, § 275 BGB, N.87 vd.; **Fehre**, s.47; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.15; **Hütte/ Helbron**, N.397.

⁹⁶ **Canaris**, JZ 2001, s.502; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.15; **HandKommentar/ Schulze**, § 275 BGB, N.21; **Emmerich**, § 28, N.27 s.440; **Hütte/ Helbron**, N.397.

⁹⁷ BT-Drucks 14/6040, s.129 vd.; **AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb**, § 275 BGB, N.14; **Hey**, s.42; **Canaris**, Karlsruhe Forum 2002, s.13; **MünchKomm/ Ernst**, § 275 BGB, N.70.; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.14; **Erman/ Westerman**, § 275, N.25, 26, 27; **Emmerich**, § 3. N.61 s.40; **Hütte/ Helbron**, N.398; Löwisch'e göre, burada özellikle güvenin korunması düşüncesi etkili olmuştur. Öyle ki, borçlu alacaklıya artan ifa masraflarına karşın borçlandığı edimi ifa edeceğini kabul etmiş ise, bu durumda dürüstlük ilkesi bakımından ifası beklenebilen bir edim söz konusudur. Bkz. **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.85; Bu konuda Canaris, borçlu bakımından borcun ifasının dürüstlük ilkesine göre tümüyle katlanılmaz bir ölçüye ulaşması gerektiğini kabul etmekle birlikte, (bkz. **Canaris**, JZ 2001, s.502); ifadan kaçınma hakkının dürüstlük ilkesi kapsamında hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırılmasını haklı olarak eleştirmektedir. Çünkü § 275 Abs.II ve aynı zamanda da 275 Abs.III BGB hükümleri,

kayıtlara” ilişkin tüm durumlarda olduğu gibi, burada da somut bir ölçü verilmenin zorluğu ortadadır⁹⁸.

§ 275 Abs. II BGB hükmüne göre, orantısızlığın büyük olup olmadığı konusunda belirleyici olan başka bir unsur ise, söz konusu fıkranın son cümlesinde ifade edilmektedir. Buna göre, borçludan beklenen çabaların belirlenmesinde § 276 BGB vd. hükümlerine göre borçlunun ifa engelinden sorumlu olup olmadığı, yani, ifa engelinin gerçekleşmesinde kasıt veya ihmalinin bulunup bulunmadığı da dikkate alınmalıdır. Sorumluluk kriteri, tarafların korunmaya değer olup olmadığını belirlemesini sağlar. Burada sadece ifa engeline sorumlu olup olmadığı değil, aynı zamanda da hangi ölçüye kadar sorumluluğun beklenilebileceği, yani sorumluluğun ölçüsü dikkate alınır⁹⁹. Buna göre, borçlu ifa engelinin, yani sözleşme rizikosunun, gerçekleşmesinde kusurlu ise, örneğin kasıtlı veya hatalı bir şekilde ifa engelinin gerçekleşmesine neden olmuş ise, ifa engelinin gerçekleşmesinde kusuru bulunmayan borçluya nispet edildiğinde, söz konusu malın piyasa fiyatına göre kendisinden çok daha fazla çaba göstermesi beklenilir¹⁰⁰. Tersî durum da geçerlidir. Yani, ifa engelinin gerçekleşmesinde alacaklının kusurunun olması durumunda veya borçlunun kusurunun alacaklının kusurundan daha az olması durumunda, § 275 Abs. II BGB hükmüne göre borçludan beklenen ifa çabalarının oranı daha da azalır¹⁰¹.

definin konusudur; ancak, hakkın kötüye kullanılması yasağı, itirazın konusudur. Bkz. **Canaris**, JZ 2001, s.504.

⁹⁸ **MünchKomm/ Ernst**, § 275 BGB, N.88; **Fehre**, s.47.

⁹⁹ **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.15; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.88; **Erman/ Westerman**, § 275, N.26; **Emmerich**, § 3. N.60 s.40; **Hütte/ Helbron**, N.399.

¹⁰⁰ BT-Drucks 14/6040, s.131; **Canaris**, JZ 2001, s.503; **AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb**, § 275 BGB, N.16; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.15; **Palandt/ Heinrichs**, § 275 BGB, N.28; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.88; **Erman/ Westerman**, § 275, N.26; **HandKommentar/ Schulze**, § 275 BGB, N.22; **Hütte/ Helbron**, N.399; Bu anlamda olmak üzere, borçlunun kendisinin ifa engelinin gerçekleşmesinde kasıtlı bir şekilde kusurlu olduğu, yani malın daha önce satılmış olduğunu bildiği halde tekrar bir üçüncü kişiye sattığı, bir parça borcunu piyasa fiyatının % 3300 katı üzerinden yeniden tedarik etmekle karşı karşıya kalması halinde, bu anlamda büyük bir orantısızlıktan söz edilir. (BGH 02.10.1987, NJW 1988, 699, (700). Buna karşın borçlunun ihmali nedeniyle ifa engelinin gerçekleşmiş olması durumunda, söz konusu malın yeniden tedarik edilmek zorunda kalınması halinde malın piyasa fiyatının % 180 üzerinde tedarik edilmek zorunda kalınması durumunda, bu anlamda büyük bir orantısızlık yoktur. (BGH 04.07.1996, NJW 1996, 3269, 3270). Borçlunun hafif ihmalinin olması durumunda ise, malın piyasa fiyatının % 260 üzerinde tedarik edilmesi, yine büyük bir orantısızlık oluşturur (OLG Hamburg 13.02.2001, NJW-RR 2001, 1390).

¹⁰¹ BT-Drucks 14/6040, s.131; **Canaris**, JZ 2001, s.503; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.15; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.88; **Erman/ Westerman**, § 275, N.26; **Hütte/ Helbron**, N.399. Borçlunun ifa engelinden sorumlu olmaması halinde, borçlunun ifa masrafları alacaklının edim menfaatine % 140 oranında bir orantısızlık oluşturuyorsa, büyük bir orantısızlıktan bahsedilir (BGH, 26.09.1990, NJW-RR 1991, 204).

Yukarıda sayılan tüm bu şartların gerçekleşmesi durumunda borçlu bir defi hakkına sahip olup, edimin ifasından kaçınabilir (§ 275 Abs. II BGB). Borçlunun birincil edim yükümlülüğü bu şekilde sona ererken, karşı edimin kaderi § 326 BGB hükmüne göre tayin edilir. Borçlunun sorumlu olmadığı bir ifa engeli gerçekleşmiş ise, bu durumda alacaklı, ikincil edim yükümlülüğüne (tazminat) ilişkin talep hakkını da kaybeder (§ 326 Abs. II Son Cümle BGB). Buna karşın borçlu da karşı edime ilişkin talep hakkını kaybeder (§ 326 I S. 1 BGB). Böyle bir durumda, borçlu, yine de edimin ifasından kaçınabiliyorsa, alacaklının zararını tazmin etmek zorunda kalabilir (§ 275 IV, 311a II veya 283 BGB). Tüm bunlardan başka, borçlu, edimin ifası için gerekli olan orantısız masraflara rağmen, edimin ifası teorik bakımdan hala mümkün olduğu için, kararlaştırılan daha yüksek karşı edimi elde edebilmek veya nam salmak amacıyla yükümlülüklerini yerine getirmeyi de deneyebilir¹⁰².

Ekonomik imkânsızlığın (wirtschaftliche Unmöglichkeit)¹⁰³ bulunduğu durumlar, hem, hâkim görüş hem mahkeme uygulamasında ve hem de § 313 BGB hükmünün gerekçesinde, fiili imkânsızlık (§ 275 Abs. II BGB) kapsamında değil, işlem temelini çökmesini düzenleyen § 313 BGB hükmü kapsamında kabul edilmektedir¹⁰⁴. Ekonomik imkânsızlığın bulunduğu durumlarda, şartlardaki değişmeye rağmen edimin ifası borçlu bakımından tümüyle anlamsız hale gelmemiş olacağından, “sözleşmenin uyarlanması”

¹⁰² BT-Drucks 14/6040, s.128/130; **Canaris**, JZ 2001, s.501 vd.; **Hey**, s.43; **Ehmann Horst/Sutschet** Holger, Modernisiertes Schuldrecht, Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, München 2002, s.184; **Schwarze**, s.78; **Huber/ Faust**, s.26; **Rösler**, JuS 12/2004, s.1060; **Emmerich**, § 3. N.44 vd. s.34, N.50, s.36.

¹⁰³ Alman hukuku doktrininde ekonomik imkânsızlık (wirtschaftliche Unmöglichkeit) durumları için, sonraki ifa güçlüğü (nachträgliche Leistungsschwerung) ve aşırı ifa güçlüğü (überobligationsmäßige/ außergewöhnliche Schwierigkeit der Leistung/ übermäßige Beschaffungsschwierigkeit) kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. **Enneccerus/Lehmann**, § 46 I 2; **Kegel** Gerhard, Empfiehlt es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? Sonderdruck aus Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Band I: Gutachten, Tübingen 1953, s.151; **Larenz**, s.319; **Emmerich**, § 3. N.47vd. s.35; **AnwKomm-BGB/Krebs**, § 313 BGB, N.15; **Fikentscher** Wolfgang/ **Heinemann** Andreas, Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006, Nr.229. 237 vd.

¹⁰⁴ Bkz. BT-Drucks 14/6040, s.128-130, 176; Bu anlamda İmparatorluk Mahkemesi'nin istikrarlı içtihadı olarak: RG 03.02.1922, RGZ 103, 328 (332) (Vigognespinnerei); ayrıca: RG 06.01.1923, RGZ 106, 7, (9), (Grundstückskauf); 168, 65 (73); Aynı yöndeki Alman Federal Mahkemesinin içtihatları: BGH 16.01.1953, MDR 1953, 282 (283), (Bohrhämmer); BGH 01.12.1993, NJW 1994, 515 (516); Ancak İmparatorluk Mahkemesi daha önceki kararlarında [Bkz. RG 21.09.1920 RGZ 100 129 vd., (Mietvertrag/ Dampflieferungsvertrag/ Clausula); RG.22.10.1920, RGZ 100, 134 vd.; RG. 10.12.1920, RGZ 101, 79 vd., (Adler-Limousine).

suretiyle, makul bir borçlu tarafından da ifasına çabalanılabilecek bir edim söz konusudur.¹⁰⁵

Fiili veya pratik imkânsızlık olarak da anılan durumlar (§ 275 Abs. II BGB) ile gerçek imkânsızlık (§ 275 Abs. I BGB) arasındaki sınırı teorik bakımdan basit bir şekilde ortaya konulabilir. Fiili veya pratik imkânsızlığı oluşturan durumlar, gerçek imkânsızlığın sınırını oluşturur¹⁰⁶. Edimin gerçek imkânsızlığı halinde, yukarıda ifade edildiği üzere, en azından borçlu bakımından teorik olarak dahi edimin yerine getirilmesi imkânı kalmamıştır. Borçlu, edim yükümlülüğünden kendiliğinden kurtulur. Bu nedenle, gerçek imkânsızlık, itirazın konusudur. Fiili imkânsızlık durumunda, yani edimin beklenilmezliğinde ise, yine yukarıda da ifade edildiği üzere, edimin ifası mümkündür; ancak, ifa engelinin aşılması için orantısız masrafları gerektirmesi nedeniyle, burada, gerçek imkânsızlığın aksine, imkânsızlıktan değil, ifa edilemezlikten (Unerbringlichkeit) bahsedilir. Ayrıca borçlu, birincil edim yükümlülüğünden, gerçek imkânsızlıkta olduğunun aksine, kendiliğinden değil, § 275 Abs. II BGB hükmündeki şartların tamam olması halinde ifadan kaçınmaya ilişkin bir def'i hakkını ileri sürmek suretiyle kurtulur. Böylelikle borçluya, karşı edimi elde etme imkânı sağlanmış olmaktadır.¹⁰⁷

3-Şahsi Nedenlerden Dolayı Edimin Beklenilmezliği (§ 275 Abs. III BGB)

§ 275 Abs. III BGB hükmü, bizzat borçlu tarafından yerine getirilmesi gereken edimlere ilişkin bir düzenlemedir. Nitekim § 275 Abs. III BGB hükmü şu şekildedir¹⁰⁸: “Borçlu, borcunu şahsen yerine getirmek zorunda, ancak gerçekleşen bir ifa engeli sonrasında alacaklının edim menfaati ile karşılaştırıldığında borçludan şahsi edimini ifa etmesi beklenemiyorsa, edimin ifasından kaçınabilir.

¹⁰⁵ Eidenmüller, s.832; Hey, s.42; Medicus Dieter, Bürgerliches Recht, 20. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2004, N.158; StaudingersKomm/ Löwisch, § 275 BGB, N.97; Palandt/ Heinrichs, § 275 BGB, N.21; Angermeir Kathrin, Geschäftsgrundlagenstörungen im deutschen und französischen Recht, München, Univ, Diss., Heidelberg 2004, s.189; Bamberger/ Roth/ Grüneberg,, § 275 BGB, N.17; AnwKomm-BGB/Krebs, § 313 BGB, N.15.

¹⁰⁶ BT-Drucks 14/6040, s.129; Canaris, Karlsruhe Form 2002, s.11 ve s.13; Erman/Westerman, § 275, N.23; HandKommentar/ Schulze, § 275 BGB, N.20; Emmerich, § 3. N.46 s.35.

¹⁰⁷ Canaris, JZ 2001, s.504; Rösler, JuS 12/2004, s.1060; KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse, § 275 BGB, N.2; StaudingersKomm/ Löwisch, § 275 BGB, N.73; Erman/Westerman, § 275, N.21, 33 vd.; Emmerich, § 3. N.46 s.34.

¹⁰⁸ § 275 Abs.III BGB: “Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann”.

Edimin şahsi nedenlerden dolayı beklenilmezliği, vicdani nedenlerden kaynaklanan imkânsızlık olarak da anılmaktadır. Bu tür bir imkânsızlık daha ziyade, hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmesi gibi edimin şahsen ifasına ilişkin sözleşmelerin konusunu oluşturmaktadır. Örneğin, bir şarkıcının çocuğunun aniden hastalığa yakalanması karşısında, söz konusu durumun devamı müddetince sahneye çıkmaktan kaçınması durumunda, edimin şahsi nedenlerden dolayı beklenilmezliği söz konusudur. Aynı şekilde koyu Katolik bir eczacının, ilaçlarını satma konusunda anlaşmış olduğu bir ecza deposunun satması için bıraktığı doğum kontrol ilaçlarını dini gerekçeler göstererek satmaktan kaçınması durumunda¹⁰⁹ veya askerlik hizmeti gelen ve bu nedenle askerliğini yerine getirmek zorunda olan Türk vatandaşı bir işçinin, askerlik hizmetini yerine getirmemesi durumunda anavatanında cezai yaptırımla karşılaşmak zorunda olması nedeniyle işinden ayrılarak anavatanına askerlik hizmetini yapmaya gitmesi¹¹⁰ durumlarında edimin şahsi nedenlerden dolayı beklenilmezliği söz konusudur¹¹¹.

§ 275 Abs. III BGB hükmü bakımından edimin şahsen ifası, subjektif imkânsızlığın aksine, borçlu bakımdan teorik olarak mümkündür; ancak, edimin ifası borçludan beklenilememektedir¹¹².

§ 275 Abs. II BGB hükmündeki beklenilmezlik, § 275 Abs. II BGB anlamındaki fiili imkânsızlığı oluşturmamaktadır. Gerçekte, doktrinde ifade edildiği üzere, § 275 Abs. II BGB hükmündeki fiili imkânsızlık durumları “basit beklenilmezlik” olarak nitelendirilirken, § 275 Abs. III BGB hükmündeki beklenilmezlik durumları şahsi beklenilmezlik olarak adlandırılmaktadır¹¹³. Ancak burada dikkatten kaçırılmaması gereken önemli bir nokta vardır. § 275 Abs. III anlamında şahsi beklenilmezlik durumlarında, § 275 Abs. II BGB hükmünün aksine, borçlunun ifa masrafları ile alacaklının edim menfaati arasında her hangi bir mukayese yapılması ve buna bağlı olarak edimin beklenilmezliğine karar verilmesi söz

¹⁰⁹ Bkz. LAG 25.04.1952, Rheinland-Pfalz Sa 125/1951.

¹¹⁰ Bkz. BAG 22.12.1982, NJW 1983, 2782, (2784).

¹¹¹; Buna benzer çok sayıda örnek kanunun gerekçesinde anılmaktadır. Bkz. BT-Drucks 14/6040, s.130; Bu örnekler doktrinde de sık sık tekrarlanmaktadır. Bkz. **Canaris**, JZ 2001, s.501; **Eidenmüller**, s.831; **Hey**, s.43; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.13, 19; **Kittner**, N.691; **MünchKomm/ Ernst**, § 275 BGB, N.112; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.89 vd.; **Erman/ Westerman**, § 275, N.30; **Emmerich**, § 3. N.75 vd. s.46 vd.; **Bamberger/ Roth/ Grüneberg**, § 275 BGB, N.42; **Palandt/ Heinrichs**, § 275 BGB, N.30; **HandKommentar/ Schulze**, § 275 BGB, N.23; **Hütte/ Helbron**, N.401. § 275 Abs.III BGB hükmünün kanunlaşmasından önce söz konusu durumlar §242 BGB hükmü temelinde İşlem Temeli Öğretisi'ne ilişkin olay grupları arasında anılmaktaydı. Önceki hukuki durum için bkz. **Soergel/ Wiedemann**, § 275 BGB, N.49.

¹¹² **Canaris**, JZ 2001, s.501; **Hey**, s.43; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.92; **Erman/ Westerman**, Vor §§ 275-292 BGB N.21; **Hütte/ Helbron**, N.401; BAG 08.12.1982, DB 1983, 395-396.

¹¹³ **Hütte/ Helbron**, N.400.

konusu değildir¹¹⁴. Ayrıca, her ne kadar § 275 Abs. III BGB hükmünde alacaklının edim menfaatine vurgu yapılmış olsa da -doktrinde ifade edildiği üzere-alacaklının edim menfaati § 275 Abs. II BGB hükmündeki ölçüde belirleyici bir unsur değildir. Bunun yerine, gerçekleşen ifa engelinin esas itibarıyla tek başına soyut bir sınıra ulaşması durumunda, borçlu, birincil edim yükümlülüğünden kurtulmaktadır¹¹⁵.

Ayrıca, § 275 Abs. II BGB hükmünde borçludan beklenen çabaların değerlendirilmesinde borçlunun sorumlu olduğu masraflar, orantısızlığının büyük olup olmadığı konusunda belirleyici bir öneme sahipken, burada (§ 275 Abs. II BGB hükmünde) bu anlamda bir sorumluluk dikkate alınmaz¹¹⁶. Örneğin, sahne alacak şarkıcının kızının hastalanmasında şarkıcının bizatihi ihmali olsa bile, şarkıcı yine de def'i ileri sürmek suretiyle edim yükümlülüğünden kurtulabilir.

Şahsi nedenlerden dolayı beklenilmezlik, işlem temelinin çökmesini düzenleyen § 313 BGB hükmünün kapsamı dışındadır. Çünkü şahsi beklenilmezlik durumlarında edimler arasındaki değer ilişkisinin bozulup bozulmadığı tümüyle değerlendirme dışıdır. İşlem temelinin çökmesi durumlarında ise, sözleşmeye müdahale edilmesi konusunda, şartların değişmesine bağlı olarak edimler arasındaki başlangıçtaki değer ilişkisinin sonradan bozulması belirleyicidir. Dolayısıyla borçlu bakımından bir değerlendirme yapılmaktadır. Ayrıca, ifa engeli şahsi edim borçlusu tarafından bilinse veya öngörülse bile ya da ifa engelinin gerçekleşmesinde şahsi edim borçlusunun kastı veya ihmali olsa bile, ifa engelinin gerçekleşmesi durumunda, şahsi edim borçlusu, § 275 Abs. III BGB hükmüne göre edim yükümlülüğünden kurtulma hakkına sahiptir. Çünkü § 275 III BGB hükmü, tıpkı § 275 II BGB hükmü gibi, edim yükümlülüğünün sınırına ilişkindir. Buna karşın, sözleşme rizikosunun bilindiği veya öngörüldüğü durumlar ya da sözleşme rizikosunun gerçekleşmesinde ihmalin veya kastın olduğu durumlar, işlem temelinin çökmesini düzenleyen § 313 BGB hükmünün kapsamı dışındadır¹¹⁷.

B-İmkânsızlığın Hukuki Sonuçlarına İlişkin Düzenlemeler(§ 275 Abs. IV BGB)

Alman hukukunda iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gerçek imkânsızlık, fiili imkânsızlık veya şahsi nedenlerden dolayı beklenilmezlik

¹¹⁴ MünchKomm/ Ernst, § 275 BGB, N.107; Angermeir, s.190; Erman/ Westerman, § 275, N.30; Hütte/ Helbron, N.402.

¹¹⁵ Erman/ Westerman, § 275, N.31; Angermeir, s.190; Emmerich, § 3. N.79 s.47; Hütte/ Helbron, N.402.

¹¹⁶ Bkz. AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb, § 275 BGB, N.20; Erman/ Westerman, § 275, N.31; HandKommentar/ Schulze, § 275 BGB, N.23.

¹¹⁷ Eidenmüller, s.831; Hey, s.43 vd.; Lorenz Karl/ Wolf Manfred, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004, § 38, N.51; Angermeir, s.191; Erman/ Hochloch, § 313, N.35; AnwKomm-BGB/Krebs, § 313 BGB, N.19; Fikentscher, N.243.

durumlarında alacaklının karşı edimi yerine getirme yükümlülüğünden kurtulup kurtulamayacağı, § 275 Abs. IV BGB hükmünün yaptığı atf gereğince, § 326 BGB hükmüne tabidir. Buna göre, borçlunun ifa engelinden sorumlu olmaması durumunda, alacaklı da kural olarak karşı edim yükümlülüğünden kurtulur. Yani karşı edim hasarını alacaklı değil borçlu taşır. Buna karşılık borçlunun, ifa engelinden sorumlu olması durumunda ise, alacaklının olası zararı tazmin talepleri, yine 275 Abs. IV BGB hükmünün yaptığı atf gereğince, sonraki ifa engelleri bakımından § 280 Abs. 1, 3 BGB ve § 283-285 BGB hükümlerinde; başlangıçtaki ifa engelleri bakımından ise, § 311 a Abs. 2 BGB hükümlerinde düzenlenmektedir¹¹⁸.

1-Karşı Edim Yükümlülüğünden Kurtulma (§ 326 BGB)

Alman hukukunda § 275 Abs. I-II-III BGB hükümlerinde düzenlenen imkânsızlık hallerinden birinin gerçekleşmesi durumunda, alacaklının karşı edimi yerine getirme yükümlülüğünden kurtulup kurtulamayacağı konusunda, § 275 Abs. IV BGB hükmünün yaptığı atf gereğince, § 326 BGB hükmü uygulama alanı bulacaktır. § 326 BGB hükmü imkânsızlığın bütün hallerini içine alacak şekilde düzenlenmiştir. Borçlu, § 275 BGB hükmü uyarınca kendiliğinden (Abs. I) veya def'i (Abs. II-III) ileri sürmek suretiyle asli edimini yerine getirmekten kurtulduğu takdirde, buna bağlı olarak § 326 Abs. I BGB hükmü gereğince karşı edimi talep etme hakkını kaybedecektir¹¹⁹. Buna göre, borçlunun ifa engelinden sorumlu olmaması durumunda, alacaklı da kural olarak karşı edim yükümlülüğünden kurtulur. Yani karşı edim hasarını alacaklı değil borçlu taşır. Alacaklı, karşı edimi daha önceden yerine getirmişse, § 326 Abs. IV BGB hükmüne göre sözleşmeden dönmeye ilişkin §§ 346-348 BGB hükümleri çerçevesinde borçludan edimin iadesi talebinde bulunabilecektir¹²⁰.

¹¹⁸ Bkz. **Canaris**, Karlsruhe Forum 2002, s.10 vd.; **Soergel/ Wiedemann**, § 275 BGB, N.33; **Ehmann/Kley**, s.481 vd.; **Wagner**, s.482 vd.; **Fischer**, s.1923 vd.; **Canaris**, JZ 2001, 499 vd.; **Zimmer** Daniel, Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, s.1 vd.; **Haas/ Medicus**, § 3, N.32; **Mattheus** Daniela, Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts, JuS 2002, s. 209 vd.; **Schwarze**, s.73 vd.; **Canaris**, Karlsruhe Forum 2002, s.5 vd.; **Koller/ Roth/ Zimmermann**, s.45 vd.; **AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb**, § 275 BGB, N.1 vd.; **Kittner**, N.656 vd. **Henssler/ Westphalen/ Dedek**, § 275 BGB, N.1 vd.; **KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse**, § 275 BGB, N.1 vd. ve özellikle 11 vd.; **MünchKomm/ Ernst**, § 275 BGB, N.1 vd.; **StaudingersKomm/ Löwisch**, § 275 BGB, N.1 vd.; **Erman/ Westerman**, Vor §§ 275-292, N.4 vd.; **Klausch**, s.51 vd.; **Fehre**, s.20 vd.; **Hütte/ Helbron**, N.363 vd.; **AnwKomm-BGB/Krebs**, § 313 BGB, N.13 vd.; **Palandt/ Heinrichs**, § 275 BGB, N.1vd.; **Schellhammer**, N.1655 vd.; **Bamberger/ Roth/ Grüneberg**, § 275 BGB, N.1 vd.; **Emmerich**, § 3. N.14 vd. s.22 vd; **HandKommentar/ Schulze**, § 275 BGB, N.1 vd.

¹¹⁹ İfanın ancak kısmi gerçekleştiği durumlarda, yani kısmi imkânsızlık söz konusu ise, § 326 Abs.I BGB hükmündeki yollama gereğince § 441 Abs.III BGB uygulama alanı bulur ve karşı edim, ayıplı mal satımında olduğu gibi indirim tabi tutulur.

¹²⁰ **MünchKomm/ Ernst**, § 326 BGB, N.99; **Brox/ Walker**, s.214.

§ 326 Abs. II BGB hükmüne göre, alacaklının tek başına veya ağırlıklı olarak sorumlu olduğu veyahut da imkânsızlığın, alacaklının temerrüt halinde bulunduğu zaman diliminde borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir nedenden kaynaklandığı durumlarda borçlunun, karşı edimi talep hakkı devam eder¹²¹. Böylece alacaklı temerrütünde karşı edim hasarı, alacaklıya geçmektedir. Maddenin devamından da anlaşılacağı üzere, borçlunun, karşı edimi talep hakkına sahip olduğu durumlarda, asli edimini yerine getirmekten kurtulmasından dolayı tasarruf ettiği şeyler veya işgücü ve emeğini farklı işler için kullanması nedeniyle oluşan kazançları veya kazanmaktan kötü niyetle kaçındıkları hesaba katılarak alacaklının ifa etmek zorunda olduğu karşı ediminden indirilecektir. Belirtilen bu değerlerin indirilmesi alacaklının herhangi bir talebine gerek kalmaksızın kendiliğinden gerçekleşecektir¹²².

2-Sözleşmeden Dönme (§ 326 Abs. V BGB)

§ 326 Abs. V BGB hükmüne göre, borçlunun § 275 Abs. I-II-III BGB hükümleri uyarınca imkânsızlık nedeni ile edimini yerine getirmekten kurtulduğu durumlarda, herhangi bir süre (mehil) vermeye gerek olmaksızın alacaklı, § 323 BGB uyarınca sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır¹²³. § 326 BGB hükmünün diğer fıkraları da dikkate alındığında § 326 Abs. V BGB' nin uygulama alanının çok sınırlı olduğu görülecektir.

Sözleşmeden dönmeye ilişkin § 326 Abs. V BGB hükmünün uygulama alanı bulacağı durumlardan ilki, satım sözleşmesinin konusunu oluşturan edimin, ayıplı ve bu ayıbın giderilemez nitelikte olmasıdır. Bu tür bir ayıbın bulunduğu durumlarda, alacaklının kendi edimini ifa etmekten kurtulabilmesi ve daha önce yerine getirdiği edimlerin iadesini isteyebilmesi için sözleşmeden dönme hakkını kullanması gerekir. Aksi takdirde borçlu, karşı edimi talep hakkını § 326 Abs. I BGB hükmüne göre kullanabileceği gibi alacaklının daha önce yerine getirdiği edimleri geri istemesi, talep hakkı yitirilen edimlerin iadesini düzenleyen § 326 Abs. IV BGB hükmü nedeniyle mümkün olamayacaktır¹²⁴.

Sözleşmeden dönmeye ilişkin § 326 Abs. V BGB hükmü, bir de kısmi imkânsızlık durumlarında uygulanabilir. Zira kısmi imkânsızlık söz konusu ise, § 326 Abs. I BGB hükmündeki yollama gereğince § 441 Abs. III BGB uygulama alanı bulur ve karşı edim, ayıplı mal satımında olduğu gibi indirime tabi tutulur ve varlığını sürdürmeye devam eder. Alacaklının yerine getirmek zorunda olduğu kendi ediminden tamamen kurtulabilmesi ve aynı zamanda daha önce yerine getirdiği edimlerin iadesini isteyebilmesi için

¹²¹ Palandt/ Heinrichs, § 326 BGB, N.9; Brox/ Walker, s.216-217; MünchKomm/ Ernst, § 326 BGB, N.78; Canaris, JZ 2001, s.511.

¹²² MünchKomm/ Ernst, § 326 BGB, N.84; Brox/ Walker, s.217.

¹²³ Brox/ Walker, s.231; AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb, § 326 BGB, N.18.

¹²⁴ Haas/ Medicus, § 3, N.76; Brox/ Walker, s.231-232.

sözleşmeden dönmesi gerekir¹²⁵. Kısmi imkânsızlığın bulunduğu durumlarda, yerine getirdiği edimlerin iadesini § 326 Abs. IV BGB uyarınca istemesi mümkün olmayacaktır. Zira § 326 Abs. IV BGB hükmü, borçlunun talep hakkını kaybettiği karşı edimlerin iadesi amacına yöneliktir. Oysaki kısmi imkânsızlığın bulunduğu durumlarda karşı edim, indirim tabi tutulmak suretiyle varlığını sürdürmektedir.

3-İfa Yerine Tazminat

Borçlunun, ifa engelinden sorumlu olması durumunda, alacaklının olası zararını tazmine ilişkin talepleri, 275 Abs. IV BGB hükmündeki atf gereğince, başlangıçtaki ifa engelleri bakımından, § 311 a Abs. 2 BGB hükümlerine sonraki ifa engelleri bakımından ise, § 280 Abs. 1, 3 BGB ve § 283 BGB hükümlerine tabi olacaktır¹²⁶.

a-Başlangıçtaki imkânsızlık nedeni ile tazminat (§ 311a Abs. II BGB)

Alman Medeni Kanunu'nun önceki düzenlemesinde başlangıçtaki imkânsızlık, bir butlan sebebi idi(eski § 306 BGB). Buna göre, başlangıçtaki objektif imkânsızlık halinde sözleşme geçersiz olmakta ve bu geçersizliği bilen veya bilmesi gereken taraf, diğer tarafın sözleşmeye güvenmesinden kaynaklanan menfi zararlarını karşılamak zorundaydı. Buna karşılık Alman Medeni Kanunu'nda kabul edilen yeni sistemde sözleşmenin kurulmasından önce meydana gelmiş olan bir imkânsızlık durumundan dolayı sözleşme, butlan yaptırımına tabi olmayacaktır. Borçlunun 275 Abs. I-II-III BGB hükmü nedeniyle asli edimini yerine getirmek zorunda olmaması, bu sonuçta herhangi bir değişiklik meydana getirmeyecektir. Bu şekilde sözleşmenin geçerli kabul edilmesi ve ayakta tutulması, özellikle asli edimin yerine geçen tazminat talepleri gibi ikincil nitelikteki yükümlülükler ve yan borçlar bakımından önem kazanmaktadır¹²⁷.

§ 311a Abs. II BGB hükmüne göre başlangıçtaki imkânsızlığın bulunduğu durumlarda alacaklı, tazminat talebinde bulunabilecektir. Bu tazminat talebi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle taraflar arasında geçerli bir sözleşme ilişkisinin bulunması gerekir. İkinci olarak

¹²⁵ Brox/ Walker, s.232.

¹²⁶ Bkz. Koller/ Roth/ Zimmermann, s.45 vd.; AnwKomm-BGB/Dauner-Lieb, § 275 BGB, N.1 vd.; Henssler/ Westphalen/ Dedek, § 275 BGB, N.1 vd.; KompaktKomm/ Willingmann/ Hirse, § 275 BGB, N.11 vd.; MünchKomm/ Ernst, § 275 BGB, N.1 vd.; StaudingersKomm/ Löwisch, § 275 BGB, N.1 vd.; Erman/ Westerman, Vor §§ 275-292, N.4 vd.; Klausch, s.51 vd.; Fehre, s.20 vd.; Hütte/ Helbron, N.363 vd.; AnwKomm-BGB/Krebs, § 313 BGB, N.13 vd.; Palandt/ Heinrichs, § 275 BGB, N.1vd.; Schellhammer, N.1655 vd.; Bamberger/ Roth/ Grüneberg, § 275 BGB, N.1 vd.; Emmerich, § 3. N.14 vd. s.22 vd.; HandKommentar/ Schulze, § 275 BGB, N.1 vd.

¹²⁷ Haas/ Medicus, § 3, N.66; Brox/ Walker, s.208; Koller/ Roth/ Zimmermann, s.45; Canaris, JZ 2001, s.506; Palandt/ Heinrichs, § 311a BGB, N.5.

başlangıçtaki bir imkânsızlığın bulunması ve bunun yanı sıra borçlunun, 275 Abs. I-II-III BGB hükmü nedeniyle asli edimini yerine getirmek zorunda olmaması gerekir. Son olarak da borçlunun, sözleşmenin kurulduğu sıradaki imkânsızlığı doğuran olayı bilmesi veya bilmemesinden dolayı sorumlu tutulabilmesi gerekir¹²⁸. Burada ispat yükü borçluya düşmektedir. Buna göre borçlu, imkânsızlığı doğuran söz konusu olayı bilmediğini veya bilmemesinden dolayı sorumlu olmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir¹²⁹.

§ 311a Abs. II BGB hükmüne dayanan tazminat sorumluluğu, culpa in contrahendo ilkesinin, yani sözleşme öncesi uyarma, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün ihlaline dayanmaktadır¹³⁰.

b-Sonraki imkânsızlık nedeni ile tazminat (§ 280-285 BGB)

Borçlunun § 275 BGB hükmü uyarınca kendiliğinden (Abs. I) veya def'i (Abs. II-III) ileri sürmek suretiyle asli edimini yerine getirmekten kurtulduğu takdirde ikincil nitelikteki hukuki sonuçlar ortaya çıkar. Bu hukuki sonuçların neler olacağı § 275 Abs. IV BGB hükmünün yaptığı atfı gereğince § 280 Abs. 1, 3 BGB ve § 283-285 BGB hükümlerinde; düzenlenmektedir.

§ 283 BGB hükmü uyarınca ifa yerine istenebilecek tazminat talebi, alacaklının müspet zararını karşılamaktadır. Burada herhangi bir süre verilmesine (mehile) gerek yoktur. Zira § 283 BGB hükmünde, ifa yerine istenebilecek tazminatlarda süre verilmesini düzenleyen § 281 Abs. 1/ 1 BGB hükmüne atfı yapılmamıştır¹³¹. Sonraki imkânsızlık halleri bakımından ifa yerine istenebilecek tazminatlar bakımından, § 283 BGB hükmünün atfı uyarınca § 280-281 BGB uygulama alanı bulacaktır. § 280 BGB düzenlemesi, BK. m.96 ve OR. Art.97'de olduğu gibi borç yükümlülüklerinin ihlalinde istenebilecek tazminat talepleri bakımından temel nitelikte bir düzenlemedir.

Alacaklı, ifadan vazgeçerek § 283 BGB hükmü ve onun atfı uyarınca § 280-281 BGB hükümlerine dayanarak müspet zararının karşılanması yerine, borçlunun davranışları sonucunda boşa çıkan masraflarının tazmin edilmesini isteyebilir (§ 284 BGB). Alacaklının, § 284 BGB hükmüne dayanarak tazminat talebinde bulunabilmesi için, bu masrafları ifanın gerçekleşeceğine güvenerek ve hakkaniyete uygun bir şekilde yapmış olmalıdır¹³². Bunun yanı sıra yapılan masrafların amacına ulaşmaması ile

¹²⁸ Bkz. **Palandt/ Heinrichs**, § 311a BGB, N.9 vd.; **Brox/ Walker**, s.226-227.

¹²⁹ **Canaris**, JZ 2001, s.506; **Palandt/ Heinrichs**, § 311a BGB, N.14.

¹³⁰ **Palandt/ Heinrichs**, § 311a BGB, N.13; **Canaris**, JZ 2001, s.519-520; **Serozan** Rona, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Bilimsel Yenilikler), İÜHFM. 2000, C.LVIII, S.1-2, s.238.

¹³¹ **Haas/ Medicus**, § 3, N.57.

¹³² Bkz. **MünchKomm/ Ernst**, § 284 BGB, N.6; **Serozan**, Makale, s.236-237.

borçlunun imkânsızlığa neden olan davranışları arasında illiyet bağının bulunması ve borçlunun meydana gelen imkânsızlıktan dolayı sorumluluğunun bulunması gerekir¹³³.

Borçlunun, § 275 BGB hükmü uyarınca imkânsızlık nedeniyle kendiliğinden (Abs. I) veya def'i (Abs. II-III) ileri sürmek suretiyle asli edimini yerine getirmekten kurtulduğu durumlarda, üçüncü kişilerden elde ettiği tazminat veya tazminat talebi yerine geçen kaim değerleri¹³⁴ alacaklının kendisine devredilmesini isteyebileceği § 285 BGB' de hükme bağlanmıştır. § 285 BGB hükmü tazminat değil, denkleştirme hükmüdür. Bu nedenle de alacaklı, kaim değerlerin kendisine devredilmesini istemesi, ayrıca tazminat talebinde bulunmasına engel olmayacaktır. Ancak talep edilecek tazminat miktarı, elde edilecek kaim değerlere göre belirlenecektir. § 285 BGB hükmü uyarınca kaim değerlerin talep edilmesi diğer tazminat taleplerinden farklı olarak imkânsızlıktan dolayı borçlunun sorumlu olmasını gerektirmez¹³⁵.

V.TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISINDA İMKÂNSIZLIĞIN DÜZENLENİŞİ

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda imkânsızlık, yürürlükteki kanunun hükümlerine paralel bir şekilde başlangıçtaki imkânsızlık ve sonraki imkânsızlık olmak üzere ikili bir ayırımla düzenlenmiştir.

Başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin BK. m.20 hükmüne karşılık gelen Tasarı m.27 mevcut kanun hükmüne paralel şekilde yeniden kaleme alınmıştır. Tasarı m.27'de sözleşmenin içeriğini sakatlayan sebepler sayılmış ve başlangıçtaki imkânsızlıkta bunlar arasında kabul edilerek konusu imkânsız olan sözleşmeler, kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmuştur¹³⁶. Buna göre edimin ifasının başlangıçta objektif olarak imkânsız olması, butlan sonucunu doğurur.

Sonraki imkânsızlığı düzenleyen hükümler bakımından da esaslı bir değişiklik söz konusu değildir. Borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığı düzenleyen BK. m.96 hükmüne karşılık gelen Tasarı. m.111'de, maddenin gerekçesinde de ifade edildiği üzere “düzeltme ve arılaştırma

¹³³ MünchKomm/ Ernst, § 284 BGB, N.19.

¹³⁴ Almanca “Surrogat” olarak ifade edilen kaim değerlerin(stellvertretendes commodum) arasında sigorta tazminatı, üçüncü kişiye karşı tazminat alacağı, işlemsel devir bedeli(commodum ex negotiatione) sayılmaktadır. Bkz. Palandt/ Heinrichs, § 285 BGB, N.8; Brox/ Walker, s.213; Serozan, Makale, s.238.

¹³⁵ Palandt/ Heinrichs, § 285 BGB, N.9; Brox/ Walker, s.213-214; Serozan, Makale, s.241.

¹³⁶ Tasarı m.27/I şu şekildedir; “Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”.

dışında” maddede bir hüküm değişikliği getirilmemiştir¹³⁷. Buna göre sonraki objektif imkânsızlığın bulunduğu durumlarda, edimin imkânsızlaşmasına yol açan sebepler borçluya yükletilebildiği takdirde borçlu, sonraki imkânsızlıktan sorumlu olur.

Borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığı düzenleyen BK. m.117 hükmüne karşılık gelen Tasarı m.135’ de aynı şekilde ilk iki fıkrada mevcut kanun hükmüne paralel şekilde yeniden düzenlenmiştir¹³⁸. Yeni sayılabilecek üçüncü fıkra hükmünde ise ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmeyen ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almayan borçlunun, bundan doğan zararları ödemekle yükümlü tutulacağı hükme bağlanmıştır.

Tasarı m.136’ da ise mevcut kanunda bulunmayan bir düzenlemeye yer verilmiş ve kısmi imkânsızlık hükme bağlanmıştır^{139,140}. Buna göre borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık bakımından kısmi imkânsızlığın bulunduğu durumlarda borçlu, sadece imkânsızlaşan kısım bakımından sorumluluktan kurtulacak, diğer kısım bakımından sorumluluğu devam edecektir. Ancak, edimin yerine getirilmesine ilişkin kısmî imkânsızlığı taraflar önceden öngörülebilseydi, böyle bir sözleşmeyi yapmayacakları sonucuna varılabiliyorsa, bu durumda kısmi imkânsızlığı doğuran durum, borcun tamamını sona erdirir. Hükümün ikinci fıkrasında ise, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından kısmi imkânsızlık düzenlenmiştir. Buna göre tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birinin borcu, kısmen imkânsızlaşır ve diğer taraf ifanın kısmen

¹³⁷ **Tasarı m.111** şu şekildedir; “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusuru yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”.

¹³⁸ **Tasarı m.135** şu şekildedir; “Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşarsa, borç sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde imkânsızlık sebebiyle borçtan kurtulan borçlu, karşı taraftan almış olduğu edimi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri vermekle yükümlü olup, henüz kendisine ifa edilmemiş olan edimi isteme hakkını kaybeder. Kanun veya sözleşmeyle borcun ifasından önce doğan hasarın alacaklıya yükletilmiş olduğu durumlar, bu hükmün dışındadır.

Borçlu ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmez ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almazsa, bundan doğan zararları gidermekle yükümlüdür”.

¹³⁹ Kısmi imkânsızlığın bulunması durumuna ilişkin doktrinde kabul edilen çözüm tarzı konusunda bkz. **Barth**, s.48-49; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.910.

¹⁴⁰ **Tasarı m.136** şu şekildedir; “Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle kısmen imkânsızlaşarsa borçlu, borcunun sadece imkânsızlaşan kısmından kurtulur. Ancak, bu kısmî ifa imkânsızlığı önceden öngörülseydi taraflarca böyle bir sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, borcun tamamı sona erer.

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, bir tarafın borcu kısmen imkânsızlaşır ve alacaklı kısmî ifaya razı olursa, karşı edim de o oranda ifa edilir. Alacaklının böyle bir ifaya razı olmaması veya karşı edimin bölünemeyen nitelikte olması durumunda, tam imkânsızlık hükümleri uygulanır”.

yapılmasına razı olursa, kendi edimini de o oranda ifa edecektir. Buna karşılık sözleşmenin diğer tarafının, ifanın kısmen yapılmasına razı olmaması veya kendi ediminin bölünemeyen nitelikte olması durumunda tam imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Böylece borçlu, imkânsızlığın meydana gelmesinden sorumlu tutulabiliyorsa Tasarı m.111 uygulanacak; buna karşılık imkânsızlığın meydana gelmesinden sorumlu tutulamıyorsa Tasarı m.135 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

VI. DEĞERLENDİRME

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda imkânsızlık, başlangıçtaki imkânsızlık ve sonraki imkânsızlık şeklinde ikili bir ayırımla düzenlenmiştir. İmkânsızlığa ilişkin ilk düzenleme başlangıçtaki imkânsızlığı düzenleyen BK. m.20 (OR. Art.20) hükmüdür. Bu madde hükümlerine göre, sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç sözleşmenin kurulduğu anda edimin ifasının mümkün olmaması durumunda sözleşmenin butlanla sakattır. Butlanla sakat bir sözleşme, hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı gibi, sonradan herhangi bir işlemle de geçerli hale getirilemez. Böylece konusu başlangıçta imkânsız olan bir sözleşme, kesin olarak geçersizdir.

Türk ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda imkânsızlığa ilişkin diğer düzenlemeler, sonraki imkânsızlığa ilişkindir. Sonraki imkânsızlık, ikili bir ayırımla düzenlenmiştir. Buna göre borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığa ilişkin BK. m.96 (OR. Art.97) ve borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlığa ilişkin BK. m.117 (OR. Art.119) hükümleri bulunmaktadır. BK. m.96 (OR. Art.97) hükmüne göre borçlanılan edim, borçlunun kusurlu davranışıyla ifa edilemez hale gelirse, borçlu tazminat ödemekle yükümlü olur. BK. m.117 (OR. Art.119) hükmüne göre ise, borçlanılan edim, borçluya yüklenemeyen bir nedenle ifa edilemez hale gelirse borçlu borcundan kurtulur.

Alman Medeni Kanunu'nda imkânsızlık müessesesi, 01.01.2002 yılında yürürlüğü giren Reform Kanunu ile birlikte tek bir maddede (§ 275 BGB) düzenlenmiştir. Reform Kanunu öncesi Alman Medeni Kanunu'nda da Türk-İsviçre Borçlar Kanunu sistemine benzer şekilde başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrı maddelerde yer almaktaydı. Başlangıçtaki imkânsızlık, eski § 306 BGB' de, sonraki imkânsızlık ise, eski § 275 BGB' de düzenlenmişti.

Reform Kanunu sonrasında imkânsızlığa ilişkin tek hükmü oluşturan § 275 BGB, dört fıkradan oluşmakta; ilk üç fıkroda imkânsızlık halleri dördüncü fıkroda ise, imkânsızlığın sonuçları düzenlenmektedir. Maddenin birinci fıkrasında “gerçek imkânsızlık” düzenlenmekte ve borçlanılan edimin, borçlu için veya herkes için imkânsız hale gelmesi durumunda, edime ilişkin talep hakkının ortadan kalkacağı hükme bağlanmaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında “fiili imkânsızlık” düzenlenmekte ve borçlunun edimi teorik bakımdan imkânsız olmamakla birlikte, alacaklının ifaya ilişkin menfaatinin dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi halinde, edimin

yerine getirilmesini borçludan beklemenin makul olmadığı sonucuna varılırsa borçlunun, edimin ifasından kaçınabileceği hükme bağlanmaktadır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise şahsi nedenlerden dolayı beklenilmezlik hükme bağlanmaktadır. Buna göre borçlu, borcunu şahsen yerine getirmek zorunda, ancak gerçekleşen bir ifa engeli sonrasında alacaklının edim menfaati ile karşılaştırıldığında borçludan şahsi edimini ifa etmesi beklenemiyorsa, borçlunun edimin ifasından kaçınabileceği sonucuna varılmaktadır.

§ 275 Abs. I BGB hükmü gereğince, gerçek imkânsızlık durumunda borçlunun “birincil edim yükümlülüğü” kendiliğinden (ipso iure) sona ereceğinden bu fıkra hükmü, teknik anlamda “itiraz”ın konusunu oluşturmaktadır. § 275 Abs. II-III BGB hükümleri ise, edim borçlusuna def’i ileri sürmek suretiyle edimin ifasından kaçınma hakkı tanımaktadır.

Alman hukukunda iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde gerçek imkânsızlık, fiili imkânsızlık veya şahsi nedenlerden dolayı beklenilmezlik durumlarında alacaklının karşı edimi yerine getirme yükümlülüğünden kurtulup kurtulamayacağı, § 275 Abs. IV BGB hükmünün yaptığı atıf gereğince, § 326 BGB hükmüne tabidir. Buna göre, borçlunun ifa engelinden sorumlu olmaması durumunda, alacaklı da kural olarak karşı edim yükümlülüğünden kurtulur. Öyle ki, karşı edim hasarını alacaklı değil borçlu taşır. Ayrıca § 326 Abs. V BGB hükmüne göre, borçlunun § 275 Abs. I-II-III BGB hükümleri uyarınca imkânsızlık nedeni ile edimini yerine getirmekten kurtulduğu durumlarda, herhangi bir süre (mehil) vermeye gerek olmaksızın alacaklı, § 323 BGB uyarınca sözleşmeden dönme hakkına da sahip olacaktır. Buna karşılık borçlunun, ifa engelinden sorumlu olması durumunda ise, alacaklının olası zararı tazmin talepleri, yine 275 Abs. IV BGB hükmünün yaptığı atıf gereğince, sonraki ifa engelleri bakımından § 280-285 BGB hükümlerinde; başlangıçtaki ifa engelleri bakımından ise, § 311 a Abs. 2 BGB hükümlerine tabi olacaktır.

Reform Kanunu ile birlikte tüm imkânsızlık türleri tek bir maddede (§ 275 BGB) düzenlenmiştir. Böylece başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ile objektif-sübjektif imkânsızlık ayırımlarına son verildi. Kanun koyucu, başlangıçtaki imkânsızlığı da madde kapsamına almakla, sözleşmeyi, batıl addetmek yerine ayakta tutmayı ve hukuki sonuçlarını da bu çerçevede düzenlemeyi uygun bulmuştur. Bunun sonucunda Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukuku bakımından başlangıçtaki bir imkânsızlık halinin bulunduğu durumlarda, sözleşme butlanla sakat kabul edilmeyecektir. Sözleşme geçerliliğini sürdürmektedir, ancak edim, imkânsızlık nedeniyle yerine getirilememektedir. Bu durumda alacaklının edime ilişkin talep hakkı, ortadan kalkacaktır. Borçlunun imkansızlığın meydana gelmesinde kusurunun bulunması durumunda alacaklı 311a Abs. II BGB hükmüne dayanarak tazminat talebinde bulunabilecektir. § 311a Abs. II BGB hükmü, culpa in contrahendo ilkesinin, yani sözleşme öncesi

uyarma, aydınlatma ve bilgi verme yükümlülüğünün ihlaline dayanmaktadır. Böylece Türk-İsviçre hukukunda doktrinde kabul edilen çözüm tarzı, Alman hukuku bakımından § 311a Abs. II BGB hükmü ile kanuni düzenlemeye kavuşmaktadır.

Alman hukuku bakımından imkânsızlığın olağan sonucu, birincil edim yükümlülüğünün ortadan kalkmasıdır. Bu sonuç, imkânsızlığın, objektif veya sübjektif nitelikte olmasına, borçlunun sorumluluğunu gerektirip gerektirmemesine ve gerçekleşme anına bağlı olmaksızın ortaya çıkmaktadır. § 275 Abs. I-II-III BGB hükümlerinde düzenlenen imkânsızlık hallerinden birinin gerçekleşmesi durumunda, borçlunun, kendiliğinden (Abs. I) veya def'i (Abs. II-III) ileri sürmek suretiyle birincil edim yükümlülüğünden kurtulması halinde, alacaklı da § 326 Abs. I BGB hükmü gereğince karşı edim yükümlülüğünden kurtulur. Ayrıca imkânsızlığın meydana gelmesinde kusuru bulunan borçlunun tazminat sorumluluğu bulunmaktadır (§ 280 Abs. 1, 3 BGB ve § 283-285 BGB ile § 311 a Abs. 2 BGB). Bununla birlikte imkânsızlığa ilişkin olarak Reform Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerden biri de borçlunun, üçüncü kişilerden elde ettiği tazminat veya tazminat talebi gibi kaim değerleri(surrogat) alacaklının kendisine devredilmesini isteyebileceğini düzenleyen § 285 BGB hükmüdür.

Türk hukuku bakımından Borçlar Kanunu Tasarısı incelendiğinde imkânsızlığa ilişkin getirilen düzenlemelerde mevcut kanununun sistematüğının korunduğı görölmektedir. Dolayısıyla imkânsızlığın düzenlenmesi bakımından, Türk-İsviçre hukukundaki mevcut düzenlemelerde olduğı gibi başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayırımı devam etmektedir. Tasarıda mevcut kanundan farklı olarak getirilen iki yeni düzenleme bulunmaktadır. Bunlar, ifanın imkânsızlaştığını alacaklıya gecikmeksizin bildirmeyen ve zararın artmaması için gerekli önlemleri almayan borçlunun, bundan doğan zararları ödemekle yükümlü tutulacağına ilişkin Tasarı m.135/3 hükmü ile kısmi imkânsızlık ve hukuki sonuçlarını düzenleyen Tasarı m.136 hükmüdür.

VII. SONUÇ

İmkânsızlık, gerek hukuki gerek fiili; gerek başlangıçta, gerekse sonradan olsun, son tahlilde ya vardır ya da yoktur. Bu nedenle Türk-İsviçre hukukunda imkânsızlığın, başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık şeklinde iki ayrı maddede düzenlenmiş olması suni bir ayırımdır ve ayrı hukuki sonuçlara tabi kılınmış olması da isabetli değildir. Bu nedenle Tasarı'da imkânsızlığa ilişkin maddenin tek bir hüküm altında ve borcu sona erdiren nedenler arasında düzenlenmesi isabetli olur. Bu durumda başlangıçtaki imkânsızlık, sözleşmenin içeriğini sakatlayan sebepler arasından çıkarılmalıdır. Bunun yerine başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayırımı ortadan kaldırılarak, tıpkı Alman hukukunda olduğı gibi borçlunun imkânsızlıktan sorumlu tutulup tutulamamasına göre bir düzenleme

yapılmalıdır. Bu anlamda olmak üzere imkânsızlıktan borçlunun sorumlu tutulması durumunda tazminat sorumluluğu öngörölmeli, imkânsızlıktan borçlunun sorumlu tutulamadığı durumlarda borç, sona ermelidir.

BİBLİYOGRAFYA

- Aeppli** Viktor :Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Teilbd. V 1h: Das Erlöschen der Obligationen, Erste Lieferung: Art. 114-126 OR, 3. Aufl., Zürich 1991.
- Altaş** Hüseyin :Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK. m.117), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1991.
- Altunkaya** Mehmet :Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.
- Angermeir** Kathrin :Geschäftsgrundlagenstörungen im deutschen und französischen Recht, München, Univ, Diss., Heidelberg 2004.
- Bamberger** Georg/ **Roth** Herbert :Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I §§ 1-610, München 2003 (Bamberger/ Roth/ Yazar adı).
- Barth** Hans Rudolf :Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Unter dem Gesamtaspekt des Schadenersatzes infolge Vertragsverletzung, Diss., Zürich 1958.
- Başpınar** Veysel :Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- Becker** Hermann : Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, VI. Band, 1.Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183, 2. Aufl., Bern 1941.
- Brox** Hans / **Walker** Wolf-Dietrich : Allgemeines Schuldrecht, 30. Auflage, München 2004.
- Bucher** Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988.
- Canaris** Claus-Wilhelm : Die Neuregelung des Leistungsstörungs- und des Kaufrechts, Egon Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Karlsruhe 2003, s. 5 vd., (Karlsruhe Form 2002).
- Canaris** Claus-Wilhelm : Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, Vortrag auf der Zivilrechtslehrertagung am 31.3.2001 in Berlin, JZ 2001, s. 499-524, (JZ 2001).
- Corrado** Rampini : Die nachträgliche Leistungerschwerung, Universität St. Gallen, Diss. 2002.
- Dauner-Lieb** Barbara/ **Heidel** Thomas/ **Lepa** Manfred/ **Ring** Gerhard :Anwalt kommentar Schuldrecht, Bonn 2002 (AnwKomm-BGB/ Yazar adı).
- Dauner-Lieb** Barbara/ **Heidel** Thomas/ **Lepa** Manfred/ **Ring** Gerhard : Das neue Schuldrecht, Heidelberg 2002.

- Dural** Mustafa : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.(İmkânsızlık)
- Dural** Mustafa : İmkânsızlık Kavramı ve Türleri, Batider, C.VII, S.1, s.11 vd.(Batider)
- Ehmann** Horst /**Kley** Britta : Unmöglichkeitenslehre, JuS 1998, 481-491.
- Ehmann** Horst/ **Sutschet** Holger : Modernisiertes Schuldrecht, Lehrbuch der Grundsätze des neuen Rechts und seiner Besonderheiten, München 2002.
- Eidenmüller** Horst : Der Spinnerei-Fall: Die Lehre von der Geschäftsgrundlage nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und im Lichte der Schuldrechtsmodernisierung, Jura 2001, 824 vd.
- Emmerich** Volker : Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Auflage, München, 2005.
- Enneccerus** Ludwig/ **Lehmann** Heinrich : Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958.
- Eren** Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul 2006.
- Erman** Walter : Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bd. I, 11. Aufl., Münster/Köln 2004 (Erman/Yazar adı).
- Erzurumluoğlu** Erzan : Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970.
- Esener** Turhan : Borçlar Hukuku, I, Ankara 1969, s.207.
- Esser** Josef/ **Schmidt** Eike : Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, Heidelberg 2000.
- Fehre** Andrea : Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung: Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, Hamburg, Univ., Diss., Berlin 2005.
- Feyzioğlu** N. Feyzi : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1976.
- Fikentscher** Wolfgang : Schuldrecht, 9. Auflage, Berlin/New York 1997.
- Fikentscher** Wolfgang/ **Heinemann** Andreas : Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin 2006.
- Fischer** Michael : Der Ausschluss der Leistungspflicht im Falle der Unmöglichkeit im Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes (§ 275 BGB RegE), DB 2001, s.1923 vd.

- Gauch** Peter : System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968.
- Gauch** Peter/ **Schlupe** Walter R./ **Jäggi** Peter : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne außervertragliches Hauptpflichtrecht, Bd. I-II, 6. A., Zürich 1995.
- Giger** Marcel : Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Diss. St. Gallen 1992.
- Guhl** Theo/ **Koller** Alfred/ **Schnyder** Anton K./ **Druey** Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000.
- Gümüş** M. Alper : Kısmi İfa, MÜHFD, Fahiman Tekil Armağanı, İstanbul 2003, s.603-631.
- Haas** Lothar/ **Medicus** Dieter/ **Rolland** Walter/ **Schäfer** Carsten/ **Wendtland** Holger : Das neue Schuldrecht, München 2002 (Haas/ Yazar adı).
- Handkommentar** : Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2005 (Handkommentar/ Yazar adı).
- Henssler** Martin/ **Westphalen** Friedrich Graf von : Praxis der Schuldrechtsreform. 2. Auflage, Recklinghausen 2003, (Henssler/ Westphalen/ Yazar adı).
- Hey** Felix Christopher : Die Kodifizierung der Grundsätze über die Geschäftsgrundlage durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, Kontinuität im Wandel der Rechtsordnung, Beiträge für Claus-Wilhelm Canaris zum 65. Geburtstag, München 2002.
- Honsell** Heinrich/ **Vogt** Nedim Peter/ **Wiegand** Wolfgang, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, 2. Aufl., Basel und Frankfurt a. M. 1996.
- Huber** Peler/ **Faust** Florian : Schuldrechtsmodernisierung, München 2002.
- Hürlimann** Roland : Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR., Diss. Freiburg 1984.
- Hütte** Felix/ **Helbron** Marlina : Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bremen 2005.
- İnan** Ali Naim : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1984.
- İnan** Ali Naim : Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen schweizerischen und türkischen Recht, Diss., Freiburg 1956.
- Jauernig** Othmar : Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl., München 2004 (JauernigKomm/ Yazar adı).

- Kegel** Gerhard : Empfiehlt es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? Sonderdruck aus Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Band I: Gutachten, Tübingen 1953, s. 135 vd.
- Keller** Max/ **Schöbi** Christian : Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel und Frankfurt a. M. 1988.
- Kılıçoğlu** Ahmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası Ankara 2006.
- Kittner** Michael : Schuldrecht, Rechtliche Grundlagen - Wirtschaftliche Zusammenhänge, 2.Aufl., München 2002.
- Klausch** Sebastian : Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nach der Schuldrechtsmodernisierung, Frankfurt 2004.
- Koller** Alfred : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Bd. I, Bern 1996.
- Koller** Ingo/**Roth** Herbert/**Zimmermann** Reinhard : Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2002, München 2002.
- Kompaktkommentar** : Das neue Schuldrecht, Kompaktkommentar, Neuwied 2003 (Kompaktkomm/ Yazar adı).
- Köbler** Gerhard : Juristisches Wörterbuch, 12. Auflage, München 2003.
- Kramer** Ernst A., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilbd., Unterteilbd. 1a: Inhalt des Vertrages, Kommentar zu Art. 19 - 22 OR, Bern 1991.
- Larenz** Karl : Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987.
- Larenz** Karl/ **Wolf** Manfred : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.
- Mattheus** Daniela : Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 - Die Neuordnung des allgemeinen Leistungsstörungenrechts, JuS 2002, s. 209 vd.
- Medicus** Dieter: Bürgerliches Recht, 20. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 2004.
- Münchener Kommentar** : Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 4. Aufl., München 2003 (MünchKomm/ Yazar adı).

- Oğuzman Kemal / Öz M.Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000.
- Oser Hugo/ Schönenberger Wilhelm** : Zürcher Kommentar, Bd. V, Das Obligationenrecht, Art. 1-183, 2.A. Zürich 1929.
- Palandt Otto** : Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl., München 2005 (Palandt/ Yazar adı).
- Rösler Hannes** : Grundfälle zur Störung der Geschäftsgrundlage, JuS 12/2004, s. 1058 vd.; JuS 2/2005, s. 120 vd.
- Schellhammer Kurt** : Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Heidelberg 2005.
- Schwarze Roland** : Unmöglichkeit, Unvermögen und ähnliche Leistungshindernisse im neuen Leistungsstörungenrecht, Jura 2002, s.73 vd.
- Schwenzer Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000.
- Serozan Rona** : Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa, İfa Engelleri, C.III, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006. (Serozan, İfa Engelleri)
- Serozan Rona** : Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku, (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Bilimsel Yenilikler), İÜHFİM. 2000, C.LVIII, S.1-2, s.231-248 (Serozan, Makale).
- Soergel H.** : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht I, §§ 241-432, 12. Auflage, Stuttgart/Berlin/ Köln 1990 (Soergel/ Yazar adı).
- Staudinger Julius von** : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §241 vd., §§241-243, 13. Aufl., Berlin 1995 (StaudingersKomm/ Yazar adı).
- Tandoğan Haluk** : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Tekinay Selahattin Sulhi/ Akman Sermet/ Burcuoğlu Haluk/ Altop Atilla** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Tunçomağ Kenan** : Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.
- Von Büren Bruno** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner, Zürich 1964.
- Von Tuhr Andreas/ Escher Arnold** : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.

Von Tuhr Andreas/**Peter** Hans : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979.

Wagner Gerhard : Ansprüche auf Unmögliches?, Die Rechtsfolgen anfänglichen Unvermögens, JZ 1998,482 vd.

Weber Rolf H., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilbd.: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 - 109, Bern 2000.

Zimmer Daniel:Das neue Recht der Leistungsstörungen, NJW 2002, s. 1 vd.