

**Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi**

2013/1

**Milletlerarası Mal Satımına İlişkin
Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG)
Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde
Değerlendirilmesi Sempozyumu
Özel Sayısı**

Hakemli Dergi

Galatasaray Üniversitesi Yayın No : 77
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayın No : 56

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Bilimsel Hakemli Dergidir.

Bu esere ilişkin olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan haklar saklıdır. Burada yer alan makalelerde ileri sürülen görüşler yazarlarına aittir. Yayın Kurulu, makalelerde ileri sürülen görüşlerden dolayı herhangi bir sorumluluk üstlenmemektedir.

YAYIN KURULU

Doç. Dr. S. Anlam ALTAY (Başkan)

Yard. Doç. Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN

Araş. Gör. Dr. Özen ÜLGEN

Yard. Doç. Dr. Mehmet KARLI

Araş. Gör. Fatma Gül KARAGÖZ

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısı 2015 yılının Şubat ayında yayımlanmıştır.

ISSN : 1303-6556

Dizgi/Mizanpaj : Beta Basım A.Ş.

Baskı - Cilt : Yazın Basın Yayın Matbaacılık Trz. Tic. Ltd. Şti.
(Sertifika No: 12028)

İkitelli Çevre Sanayi Sitesi 8. Blok No: 38-40-42-44

Başakşehir/İSTANBUL 0212 565 01 22 - 0212 565 02 55

Kapak Tasarımı : Gülgonca ÇARPIK

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.

Narlıbahçe Sokak Damga Binası No: 11 (Sertifika No. 16136)

Cağaloğlu - İSTANBUL

Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77

Fax: (0-212) 511 36 50

www.betayayincilik.com

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Çırağan Caddesi, No. 36, Ortaköy 34357 İSTANBUL

e-posta: dergisus@gmail.com

DANIşMA KURULU:

Prof. Dr. Cemal Bali AKAL (Bilgi Üniversitesi)

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN (İstanbul Üniversitesi)

Prof. Dr. Korkut KANADOĞLU (Özyeğin Üniversitesi)

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ (Kültür Üniversitesi)

Prof. Dr. Oktay UYGUN (Maltepe Üniversitesi)

BU SAYIDA YER ALAN YAZILARIN HAKEMLERİ:

Prof. Dr. Faruk ACAR

Prof. Dr. Atilla ALTOP

Prof. Dr. Baki İlkay ENGİN

Prof. Dr. H. Ercüment ERDEM

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ

İçindekiler

Prof. Dr. Rona SEROZAN	IX
Hukukun ve Hukuk Öğreniminin Önemi	
Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL	1
Sunuş	
Prof. Dr. M. Turgut ÖZ	3
Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)	
Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL	19
Viyana Konvansiyonu'nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı	
Doç. Dr. Hüseyin Murat DEVELİOĞLU	53
CISG'nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı	
Prof. Dr. Ziya AKINCI	73
Viyana Konvansiyonu'nun Tahkimde Uygulanması	
Doç. Dr. Tolga AYOĞLU	87
Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu'nda Boşlukların Doldurulması	
Yard. Doç. Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN	111
Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması	
Prof. Dr. Yeşim M. ATAMER	137
Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalınan Kâr Talebi ile İlişkisi	

Yard. Doç. Dr. Pelin İŞINTAN	161
Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı	
Yard. Doç. Dr. Sabah ALTAY	183
6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçiş	
Yard. Doç. Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN	225
Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları	
Prof. Dr. H. Ercüment ERDEM.....	259
Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku İle Karşılaştırılması	
Yrd. Doç. Dr. Ahu AYANOĞLU MORALI	289
Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi	
Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun	
	313
Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Resmî Metni	
	315

Hukukun ve Hukuk Öğreniminin Önemi*

Prof. Dr. Rona SEROZAN**

Hukukçuluğun önemi

Hukukçuluğun yaşamımızdaki önemi gittikçe artmakta. Hukuksuz ve dolayısıyla hukukçusuz yaşamıyor artık. Bu da hukuk öğreniminin önemini artırıyor.

Gerçi insanlık tarihinde hukuk kuralı olmaksızın yaşanmış dönemler olmuştur. Yüz binlerce yıllık insanlık tarihinde devletin ve hukukun on bin yıllık görece kısa bir geçmişi vardır. Günümüzde bile, devletin ve hukukun zorlayıcı kuralları olmaksızın, tıpkı huzurlu ailelerde olduğu gibi, dayanışmaya ve paylaşmaya dayanarak sürtüşmesiz yaşayan küçük ölçekli toplumlara rastlanır.

Demek ki çoğu kitapta yer alan bir Latince özdeyişte (ubi societas ibi ius) anıldığı ve sanıldığı gibi, “nerede toplum olmuşsa, orada hukuk da olmuş” değildir aslında.

Gelgelelim, “homo homini lupus” özdeyişinde de dile geldiği gibi, insanların birbirlerinin kurdu olduğu ve herkesin birbirinin kuyusunu kazdığı, maddi çıkar ve iktidar uğruna insan yaşamının, sağlığının ve erincinin gözden çıkarıldığı bugünün sözüm ona “uygar dünyasında” artık hukuk kuralı olmaksızın yaşanmaz olmuştur.

Hemen hemen her toplumsal ve siyasal ilişki, her kamusal hatta özel alan kurallaştırmakta, hukukileştirilmektedir. Bu “legalizasyon sürecinde” kurallar ve içtihatlar ağı gün geçtikçe yayılmakta, her yanımızı sarmaktadır.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi 2013-2014 öğretim yılı açılış dersi olarak sunulmuştur.

** İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E. Öğretim Üyesi.

Hani neredeyse, kadın erkek ilişkilerinin nasıl kurulacağı, kaç çocuğa hangi tıbbi yoldan sahip olunacağı, nelerin okunabilip seyredilebileceği, hangi konuların yazılıp konuşulabileceği, hangi giysilerin giyilebileceği, nelerin nerelerde ne zaman içilebileceği bile hukuk kurallarına bağlandı, bağlanacak!

Öte yandan, hukukun yaşamamızdaki önemini artıran önemli bir ideolojik etmen göz ardı edilmemeli. Bu önemli etmen tarihin akışı içinde gelişen “adalet duygusunu tatmin” gereksinimidir. Ailede, oyunda, okulda, işyerinde haksızlığa uğradığımızda, hak ettiğimiz puan verilmediğinde, haksız ceza yediğimizde, bize verilen söz tutulmadığında, durup dururken kavga çıkarıldığında gösterdiğimiz tepki, gönlümüzde kopan ve kesilmek bilmeyen isyan fırtınası azımsanacak gibi midir?

Adalet ideolojisinin yaşamımızdaki bu ağırlığı şu özdeyişte ne denli çarpıcı biçimde dile gelir: “Fiat iustitia pereat mundus”! Bir arabesk şarkı bestesine ad olabilecek çevirisi şöyledir bu özdeyişin: Batsın bu dünya; yeter ki hak yerini bulsun; adalet gerçekleşsin!

Ünlü bilge Kant, tehlike karşısında bir adayı boşaltmaya karar veren insanların gemiye binip adadan ayrılmadan önce ivedilikle yerine getirmeleri gereken ödevin borçluların borçlarını kapatmak ve suçlulara cezalarını çekertirmek olduğunu yazar. Hak yerini bulmadan ayrılmamalıdır gemi adadan. Yaşamda en üstün değer adalettir; “hukukun gerçekleşmesidir” anlamına gelir bu saptama. İşte bu adalet arayışı da hukuku gündemde hep sıcak tutar.

Hukuk öğreniminin olumlu özellikleri

Hukuk öğreniminin önemi yalnız hukukçuluğun öneminden kaynaklanmaz. Şöyle ki bu öğrenim öğrencisine sadece önemli bir kültür ve meslek kazandırmakla kalmaz; aynı zamanda başka öğrenim dallarının kazandıramayacağı bir dizi haslet de kazandırır.

Sımsıcak insancılık bu hasletlerin başında gelir.

Ne de olsa hukukçu nesnelerle, formüllerle, rakamlarla değil, insanlarla, onların kişisel sorunlarıyla haşır neşir olur; onların tüm acılarını ve sıkıntılarını paylaşır.

Sonuçta, iyi bir hukukçu aynı zamanda iyi bir insan olur. Hukukun gücüne karşı güçsüzü koruma işlevini içselleştiren hukukçunun yüreği engin, gönlü zengin olur.

Öte yandan, hukukçu insanları uzlaştırmak, barıştırmak ve haklarına kavuşturabilmek için, insana yakınlaşmak, onunla içli dışlı olmak, onun sorunlarını ve sırlarını paylaşmak zorundadır. Hukukçulara da aynen hekimler gibi sır saklama yükümünün yüklenmesi boşuna mıdır?

Hukuk öğreniminin kişiye kazandırdığı salt haslet insana yakınlık, insanıcılık, insan severlik değildir. Bu öğrenim aynı zamanda kişiye anlayış, esneklik ve kıvraklık hasletlerini de kazandırır.

Hukukçu, işte bu anlayış zenginliğiyle, esnekliğiyle ve kıvraklığıyla ki arabuluculuk yapar, uyuşmazlıkları bastırır, insanları barıştırır ve huzuru sağlar.

İstatistikler, besbelli bu anlayış ve esneklik hasletleri sayesinde, en huzurlu ve uzun süreli evlilikleri hukukçuların kurduklarını kanıtlar.

Dahası var: Hukuk öğrenimi öğrencisine mantıksal düşünme, sağlıklı ve tutarlı akıl yürütme yeteneğini kazandırır. Bu öğrenimde yaşam ilişkilerini kavrama, çıkarsamalar ve genellemeler yapma, olguları birleştirme ve ayırıştırma, onları soyutlama becerileri adamakıllı gelişir.

Unutulmasın ki hukuk öğrencisinin başlıca akıl yürütme araçları tümden gelim, tüme varım, soyutlama ve kıyaslama (örnekseme) teknikleridir. Bu teknikler ise insan zekasının en üst düzeyde mantıksal araçlarıdır. Hukukçuya “kavram matematikçisi” ya da “kural satranççısı” denmesi boşuna değildir.

İyi bir hukukçu bu hasletler sayesinde yaşamın her alanında disiplinli düşünür, tutarlı akıl yürütür, her konuyu, her problemi saydamlastırır; soğukkanlı değerlendirmeler yapar, sağlıklı yargılar üretir; yalnız hukuk sorunlarını değil, tüm yaşam sorunlarını başarıyla çözümler.

Hukuk öğreniminin genelde gözden kaçan bir başka avantajı da şudur: İleride, hukuk biliminin özellikleri bağlamında değinileceği gibi, hukukta tartışılmaz doğrular yoktur da tartışılabilir tutarlılıklar ve tutarsızlıklar ile haklılıklar ve haksızlıklar vardır.

Hukukçunun uğraş konusu en uzun günün 21 Haziran, en kısa günün de 21 Aralık olduğu ya da suyun yüz derecede kaynayacağı olgusu değildir. Onun ilgi odağı, bir yaptırımın somut olayda haklı ve yerinde olup olmadığıdır.

Bu özellik de hukukçunun hazır bilgi kalıplarını aktarmakla yetinmeyip, kişisel görüş oluşturma zorunluluğunu ve onun beraberinde sağlam bir kişiliği getirir.

Hukuk biliminin özellikleri

Gerçi hukuk kurallarıyla ve onların uygulanmasıyla uğraşan hukuk bilimi klasik doğa bilimleri ve sosyal bilimler gibi deskriptif (betimleyici), ampirik (deneyci) ve pozitif (olgucu) değildir; sınanabilir olgularla, kanıtlanabilir vargılarla, doğrulanabilir bilgilerle, insan eliyle değiştirilemez kesin yasalarla uğraşmaz.

Hukuk bilimi preskriptiftir (kuralcıdır); normatiftir (olması gerekeni ele alır), dogmatiktir (deney dışı değer yargılarını esas alır). Hukuk biliminde nedensellik (causalite) yerine ereksellik (finalite) geçerlidir. Hukuk bilimi kurgulara, önermelere, varsayımlara dayanır; yerindeliği (amaca uygunluğu) tartışılır ve insan eliyle her an değiştirilebilir kurallarla ve bunların içerdikleri adalet değeri ile uğraşır.

İşte bu nedenledir ki kiminin haksız ve isabetsiz bulunduğunu bir başkası pekala haklı ve yerinde bulabilir. Hukukta gerçek veya asılsız vargı ve yargı olmaz; olsa olsa, doğru ve tutarlı ya da yanlış ve tutarsız vargı, isabetli ve adaletli ya da isabetsiz ve adaletsiz yargı olur. Öte yandan, hukuki yasalara aykırılığın sonucu da doğa yasalarına aykırılığın sonucu gibi zorunlu olarak doğmaz.

Tüm bu olgular hukuk öğretiminin bilimselliğinden kuşku duyulmasına, hukuka bilimden çok sanat (“*ius est ars boni et aequi*” özdeyişinde de dile getirildiği gibi, hakkaniyeti ve adaleti gerçekleştirme sanatı) gözüyle bakılmasına yol açabilir.

Oysa bu kuşku yersizdir. Hukuk bilimcisi de tüm bilimciler gibi sorgulayıcıdır, eleştiricidir. Onun akıl yürütmesi öznel değil, nesnel, dayanaksız değil, kanıtlı, kandırıcı değil, inandırıcı olur. Hukukçunun stili bir sanatçının ve edebiyatçının stiline benzemez. Hukukçu bir sanatçı ve edebiyatçı gibi artistik ve fantastik imgelerle iş görmez; masal yazmaz; fantezi yapmaz. O, mantıksal kavramlarla ve önermelerle iş görür. Hukukçu akıl yürütmenin en üst düzeyinde tümünden gelim, tüme varım, soyutlama ve kıyaslama mantığını çalıştırarak gerekçeli yargılar üretir.

Yargılara damgasını vuran adalet gibi değer yargıları da her ne kadar halk ağzında adalet “duygusuna” indirgenirse de, aslında, akla, evrensel insan haklarına, genel geçer demokrasi ve eşitlik ölçütlerine ve genel görüş birliğine (konsensüse) dayanan “zeka ürünü” yargılardır. Onlar hiç de öznel duygulara, sevgilere, inançlara, rasgele kararlara dayanmazlar.

Hukukçunun değer yargıları gelişigüzel gökyüzünde aranmaz; bunlar bilinçli olarak yeryüzünde aranır; bilgiyle ve bilgelikle, tarih bilimi ve toplum-bilim yardımıyla saptanır; sözün özü, yasada, yargıda ve yazında ama aynı zamanda “yaşamda” bulunur.

“Matematik zekası bulunmayan toplumda adalet olmaz” diyen düşünürün anlatmaya çalıştığı da budur işte. Bilinçten ve zekadan yoksun kişide adalet bilinci de gelişmiş olmaz.

Aynı değerlendirme hukukçunun zihinsel etkinliğinde asla vazgeçemeyeceği “siyasal ve sosyal tercihler” için de geçerlidir. Menfaat çatışmalarında benimsenen politik tercihler de metafizik saplantılara dayandırılmaz; sosyal bilimin verilerine dayandırılır.

Kısacası: Hukukçunun uğraş alanı ve konusu klasik bilimlerin ölçütlerine uymasa bile, onun çalışma yöntemi, onun bilgi edinme ve bilgi üretme etkinliği bilimselliğin ölçütlerine yüzde yüz uyar. Hukukçu bilimsel araştırma yöntemiyle, analitik, sentetik, sistematik ve diyalektik akıl yürütmesiyle, örnekseme, soyutlama, genelleme, ayırıştırma, tümünden gelim ve tüme varım mantıksal teknikleriyle sapına kadar bilimsel bir etkinlikte bulunur.

Hukuk öğreniminin talihsiz özellikleri

Hukuk öğrenimi olumlu özelliklerinin yanında birtakım olumsuz özellikleri de bünyesinde barındırır.

Birincisi şudur: Öğrenci hukuk öğrenimine ayak uydurmakta güçlük çeker. Bunun nedeni bellidir: Matematik, fizik, kimya, mühendislik, tarih, edebiyat, hatta tıp alanında yürütülen yüksek öğrenimin orta öğrenimde bir temeli, bir birikimi vardır. Öğrenci bu alanlardaki yüksek öğretime kolay ısınıp ayak uydurur. O ne de olsa bu konulara az çok aşinadır. Oysa hukuk öğrencisi için durum böyle değildir. Hukuk öğreniminin orta öğrenimde atılmış herhangi bir temeli yoktur. Orta öğretimdeki vatandaşlık bilgisi dersleri hukuk öğrenimi için doğru dürüst temel oluşturabilecek bir birikim sağlamaz. Bu yüzden öğrenci hukuk öğreniminin başında hiç aşına olmadığı hukuki kavramlar ve hukuki problemler karşısında duraksar.

Hukuk öğreniminin talihsiz bir özelliği de şudur: Hukuk bilimi normatif ve dogmatik bir bilim olarak, baştan aşağı kuramsal düşüncelerle, kurgularla, önermelerle, varsayımlarla örülüdür. Bu yüzden hukuk öğretimi kolaylıkla somut yaşam gerçeğinden kopabilir. Düşünce ve düşte yaratılan sanal dünyada, soyut kuralların, kavramların ve kuramların tozu dumanında sosyal yaşam gerçeği ve somut birey gözden kaçır. Öğrencinin bakışı bulanır.

Bu saptamayı örneklendirelim: Hukukçunun dilinde alışveriş yapılmaz da “illi veya mücerret bir kazandırıcı işlem kurulur”. Kazaya uğrayana yardım edilmez de “vekaletsiz iş görülür”. Kitap korsanlığı hukukçunun dilinde “gerçek olmayan vekaletsiz iş görme”dir! Yumruk atılmaz da “haksız fiilde” bulunulur. Marketin girişinde kaygan zeminde düşüp hastanelik olunmaz da “culpa in contrahendo”ya maruz kalınır.

Asıl sakıncalı olansa şudur: Hukukçu, bu soyut kavramlar ve sanal kurgular dünyasında, yaşına başına, gücüne güçsüzlüğüne bakmaksızın, herkesi, hiç ayırım gözetmeksizin, haklara ehil ve eşit kişi sayar. Bu arada sayısız koşullanmanın kıskacındaki bireyi de özerk iradeli sayar. Dayatmalarla kuşatılmış bir yaşamda sözleşmelerin bu özerk iradeyle serbestçe kurulduğunu varsayar. Bu arada suçların da aynı özerk iradeyle işlendiğini kabul eder. Öte yandan, tüm eşyaları da aynı hukuki potada toplar; atom enerjisi üstündeki mülkiyetle güvercin üstündeki mülkiyeti, top tüfek üstündeki mülkiyetle kalem üstündeki mülkiyeti de özdeşleştirir; aynı hukuki rejime bağlar. Tıpkı mücevher çalanla baklava çalanı aynı kurala bağlayışı gibi.

Sonuçta, yüksek bir kuleye çıkıp yukarıdan aşağıya bakan hukuk öğrencisi, gözüne takılan bulanık hukukçu gözlüğüyle, hani neredeyse, altında öğrenci arkadaşlarını, kuşları, kedileri, bitkileri, otomobilleri değil de, soyut hak öznelerini ve nesnelerini, hukuksal maskelerini takmış hak ve fiil ehliyeti sahiplerini, gerçek ve tüzel kişileri, potansiyel suçluları, taşınmaz ve taşınır eşyaları ve onların bütünüleyici parçalarını görmeye başlar. Sakıncalı yabancılaşma budur işte!

Sonra, hukukun ve öğretiminin, toplumda dirlik ve düzeni, statükoyu koruma işlevinden kaynaklanan talihsiz bir tutuculuk özelliği de vardır. Hukukçu genelde değişime direnir; değişime ayak uydurmakta da zorluk çeker. En tutucu meslek sahiplerinin hukukçular olduğu savı yabana atılacak gibi değildir; düşündürücüdür.

Bütün bu olumsuzluklara bir de hukuk öğreniminin ülkemize özgü talih-siz özelliklerini eklemelidir:

Ülkemizde ne acı ki hala geçerli hukuk tanımazlık tüm öğretilenlerin inandırıcılığını gölgeler. Hukuk tanımazlıklar ve bunların çoğu zaman yapının yanına kâr kalması, hukuka ve öğretilenlere karşı inancı sarsar. Kişinin yaşama geçeceğine inanmadığı bilgileri inandırıcı biçimde okutması ve okuması, bunları içine sindirmesi çok zor olur.

Özgürlüklerin ruhsata, toplantı ve gösteri yürüyüşünün izine, sanatın san-

süre, bilimin icazete bağlandığı, orantısız polis gücünün, cezalandırma işlevli tutuklamaların, keyfi göz altılarının, gizli dinlemelerin, Internet hafiyeliğinin, kısacası, insan hakkı ihlallerinin hüküm sürdüğü bir ortamda hukukçuluk ne zevkli olur ne de kolay olur! “Dünya Demokrasi ve Hukuk Devleti Sıralamasında alt sıralarda yer alan bir ülkede hukukçuluk kadar hukuk öğrenciliği de çok ağır, eziyetli bir işçiliğe dönüşür.

Başka bir talihsiz özellik de şudur: Yaşadığımız hızlı değişim sürecinde Anayasaların ve yasaların sıkça değişmesi, öğretilenlerin ve yazılanların kalıcılığını ortadan kaldırmaktadır. Öyle ki yüzyılların birikimi binlerce yaprak kağıt bir anda kağıt sepetini ve odun sobasını boylayabilmektedir.

Hukuk öğretiminde yaygın “klasik takrir” yani monoton bir monolog çerçevesinde kürsüden ders anlatma usulü de, çağdaş öğrenimde esas alınan özelliklerin, sorgulayıcılık, araştırmacılık, eleştiricilik ve tartışmacılık yeteneklerinin ve problem çözme tekniğinin gelişmesini adamakıllı zorlaştırır.

Hukuk öğretiminde ağdalı bir dilin kullanılması, öğretilenle maddi yaşam gerçeği ve aynı zamanda adalet değeri arasındaki yabancılaşmayı büsbütün derinleştirmektedir.

Olumsuzlukları aşmanın yolu yordamı: İdeal öğrenci profili

Bu olumsuzlukları aşmaya kararlı hukuk öğrencisine şunlar öğütlenebilir:

Ürettiğiniz hukuksal çözümün, vardığınız hukuksal yargının hukukun adalet, yerindelik (amaca uygunluk) ve hukuki güvenlik temel değerlerinin üçüne de uygun olup olmadığını her zaman sıkıca denetleyin. Tüm hukuku taşıyan bu asal sacayağını her zaman yargılarınızın denek taşı yapın.

Adalet düşüncesine hümanist ve sosyal boyutu mutlaka ekleyin; sözün özü beyninizin yanına yüreğinizi de katın! Unutmayın ki hukuk en başta korunmayı gereksinen güçsüzler içindir.

Belirli bir uyuşmazlıkta hangi çıkar çatışmasını kimden ve hangi değerden yana çözdüğünüzü ve yargınızın ekonomik ve sosyal “pratik sonuçlarını” iyi düşünün! Gözü kapalı, duyarsız bir kural ve kavram hukukçusu olmayın! Unutmayın ki salt hukuk için hukuk olmaz; hukuk salt insan içindir.

Aynı yaklaşımla, yasa kurallarının ve yargı kararlarının hangi çıkarları kimlerden yana çözdüğünü iyi düşünün. Eğer karşılaştığınız politik tercihi isabetli bulmuyorsanız, onu yasama ve yargı platformunda değiştirmek için yoğun çaba harcayın.

Her kime yönelik olursa olsun, haksızlıklarla mücadelede ve hukuk devleti ilkelerini korumada neme gerekçiliğin ve çekingenliğin kısılcısından kurtulmaya çalışın.

İçinde yaşadığınız topluma, onun özel sorunlarına ve sıkıntılarına yabancılaşmayın; güncel siyasal gelişmeleri ve yurttta yaşanan hukuk ihlallerini yakından izleyin. Hukuk öğrencisi siyasetle ilgilenmeyip uğraşmayacak da kim ilgilenip uğraşacaktır? Demokratik Cumhuriyetin gençlere emanet edilmesi siyasetin gençlere emanet edilmesinden başka ne anlam taşır ki? Hukukçunun ve bu arada hukuk öğrencisinin siyasetle ilgilenmemesinin gerektiği egemenlerin büyük yalanıdır.

“Meslek ahmaklığı” tuzağına düşmemek ve bilinçli, vizyonlu bir hukukçu olabilmek için, yalnız hukuk yayınlarını değil, genel kültür yayınlarını da izleyin. Geniş vizyonlu bir hukukçu, sosyolojisiz, psikolojisiz, ekonomisiz, tarihsiz yapamaz.

Öte yandan, edebiyat ve güzel sanatlar da hukuk öğreniminin ayrılmaz, bütünleyici parçalarıdır. Aile kavgalarını, miras kavgalarını, ölüm cezasını, özgürlük savaşımını, çocuğa ve kadına karşı şiddeti, cinsel tacizleri, yersiz yurtsuz kalmayı ve işgücü sömürsünü romanlarda, öykülerde, şiirlerde, filmlerde, tiyatro eserlerinde, tablolarla ve bestelerde duyumsamayan, o büyük acıları ve heyecanları paylaşmayan, o dramatik ilişkiler konusundaki insancıl duyguları geliştiremeyen kişi “iyi insan” ve dolayısıyla “iyi hukukçu” olamaz.

**Milletlerarası Mal Satımına İlişkin
Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG)
Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde
Değerlendirilmesi Sempozyumu
Tebliğleri**

Sunuş

Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL

Taşınır malların uluslararası satımının yeknesak bir düzenlemeye kavuşturulması amacıyla, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan ve 11 Nisan 1980 tarihinde kabul edilen, Uluslararası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Viyana Konvansiyonu, Türkiye Cumhuriyeti açısından 1 Ağustos 2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

Konvansiyon'un Türk Hukukunun bir parçası haline gelmesi ile birlikte, Konvansiyon'un uygulama alanının belirlenmesi, diğer bir deyişle Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan satım sözleşmesine ilişkin hükümler ile Konvansiyon hükümlerinin karşılıklı uygulama alanının belirlenmesi önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer yandan, Konvansiyon'un maddi hükümlerinin incelenerek özellikle Türk Hukuku açısından getirdiği farklılıkların vurgulanması, hem akademik açıdan hem de uygulamada yer alan kişiler açısından önem taşımaktadır.

Bu düşüncelerle Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi olarak, bir yandan Konvansiyon'un uygulama alanının belirlenmesi, diğer yandan Konvansiyon'da yer alan satım sözleşmesine ilişkin maddi hükümlerin incelenmesi amacıyla bir panel düzenlemeye karar verdik. Panelde, Fakültemizin Milletlerarası Özel Hukuk, Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku Anabilim Dalında yer alan hocalarımız ve meslektaşlarımız yanında, Bilgi Üniversitesi ve Marmara Üniversitesi'nden de konusunda uzman hocalarımız sunum yaptılar. Elinizdeki kitap, 11 Mayıs 2013 tarihinde, İstanbul Barosu'nun katkılarıyla düzenlenen bu panelde sunulan tebliğlerden oluşmaktadır.

Kitabın akademik camia ve uygulamada görev alanlar açısından yararlı olmasını diliyoruz.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)

Prof. Dr. M. Turgut ÖZ*

1) GENEL OLARAK

“Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması” (United Nations Convention On Contracts for the International Sale of Goods), yaygın adlandırmasıyla “Uluslar arası Satımlara İlişkin Viyana Konvansiyonu”, uluslararası kısaltmasıyla “CISG” Türkiye tarafından 7.7.2010 tarihinde imzalandı ve aynı anlaşmanın m. 99/2 hükmüne göre imzalanmasından 12 ay sonra, yani 1 Ağustos 2011 tarihinde, yürürlüğe girdi. 1980 yılında 11 ülkenin imzalaması ile başlayan uygulama, 2013 yılı itibariyle 80 ülkeye ulaştı. Birleşik Krallık (UK) hariç, bugün Dünya ekonomisinde üst düzeyde rol oynayan ülkelerin hemen tümü tarafından imzalanan bu anlaşma ile, uluslararası taşınır satışlarına uygulanacak hukuk, katılan ülkeler bakımından yeknesak bir uygulamayı amaçlamıştır.

Bu sempozyumda değerli katılımcılar tarafından hazırlanan tebliğlerde sözkonusu Antlaşmanın kapsamı, uygulama alanı, içeriği, getirdiği sistem ve değişik hükümleri ayrı ayrı ele alınacaktır. Ben sadece giriş niteliğinde olmak üzere genel bir değerlendirme yapacak ve Borçlar Kanunumuzun düzenlemesi ile Antlaşmanın benzeyen ve ayrılan yönlerini özetleyen bir liste sunmaya çalışacağım.

Antlaşmanın 1.8.2011 Tarihinde yürürlüğe girmesi ile, CISG hükümleri aynı zamanda iç hukukumuzun bir parçası hâline geldi. Böylece, Antlaşma hükümleri, milletlerarası özel hukuk mevzuatımız uyarınca uygulanacak bir

* Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

yabancı hukuk değil, kendi yasamız olarak uygulanacaktır. Bu noktada ilk değinilmesi gereken sorun, taşınır satımı sözleşmeleri bakımından, artık hukukumuzda iki başlı bir düzenlemenin söz konusu olmasıdır. Zira, Antlaşmaya katılan bazı ülkelerden farklı olarak, Türk Hukukunda satım sözleşmesini düzenleyen Borçlar Kanunu hükümlerinde Antlaşma düzenlemesi doğrultusunda bir değişiklik, bir reform yapılmamıştır. Aslında yeni borçlar kanunumuz olan 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun (TBK) kabul tarihine (11.1.2011) bakılırsa, Antlaşmanın getirdiği sistemin borçlar kanunu değişikliği sırasında gözönüne alınması ve bu iki düzenleme arasında paralellik sağlanması, en azından teorik olarak, mümkündür. Ne var ki, kanımca özellikle şu sebeplerle, bu uyumlaştırma gerçekleşmemiştir:

İlk olarak, Antlaşma onaylandığı tarihe kadar maalesef Türk Hukuk Öğretisinde gerekli ilgiyi görmemiş, Sayın Yeşim Atamer’in “CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları” adlı 2005 tarihli eseri dışında, özet bilgi veren veya dolaylı değinmeler içeren bazı makaleler hariç, ayrıntılı ve bilimsel derinliğe sahip bir çalışma ortaya konulmamıştır. Antlaşma üzerinde çalışmanın popülerlik ve yaygınlık kazanmaya başladığı yıllarda (2011, 2012, vd.) ise, esasen hem Antlaşma imzalanmış hem de TBK tasarısı üzerinde yıllarca süren çalışmalar sona ermiş ve Meclise havale edilmiş durumdaydı. Maalesef kötü bir alışkanlığımız olan, önceden çalışıp hazırlanmaksızın bir işe girişip, çıkan sorunlarla sonradan uğraşma, burada da söz konusu olmuştur.

İkinci olarak, CISG sistemi bizim de ait olduğunuz Kıta Avrupası Hukuk sistemi ile Common Law hukuk sisteminin özelliklerini birleştirmeye çalışan farklı bir yapıya sahip olduğundan, Borçlar Kanunumuzun buna uydurulması bazı temel kavram ve kurumlarla bunlara dayanan sistematüğını esaslı şekilde değiştirmeyi gerektirmektedir. Üstelik bu değişiklik, birazdan açıklanacağı üzere, TBK’nun özel kısmındaki satım sözleşmesi hükümleri ile sınırlı kalmayıp, pek çok genel hükmün değiştirilmesini de gerektirecekti. Sempozyumda ayrıntılı şekilde ele alınacağı aşağıda ise sadece değineceğim üzere, TBK’nun özellikle borca aykırılık sınıflandırmasını ve kusura dayanan sorumluluk ilkesini değiştirecek bu ölçüde bir reform, öğreti ve uygulamada yaratacağı uyum sağlama zorlukları da gözetilerek, uygun görülmemiştir.

Nihayet, TBK hazırlama komisyonunun çalışmalara başlarken yaptığı bir değerlendirme sonucunda, komisyonun görevinin, köklü bir borçlar hukuku reformu yapmak değil, Eski BK’nın eskiliği sebebiyle gerek dil gerekse düzenleme olarak yetersiz kaldığı zamanımız ihtiyaçlarına uydurulması, tabi-

ri caizse eksiki ve gediğinin kapatılmaya çalışılması olduğu benimsenmiştir. Eski bir üyesi olarak, kanımca komisyonun hem oluşumu, hem imkânları hem de çalışma tarzı bakımından, bu gerçekçi bir tespit olmuştur.

Ne var ki, yukarıdaki sebeplerle Türk Satım Hukuku bakımından doğan iki başlılık, uygulamacılara zorluk yaratacaktır. Örneğin aynı hakim, önüne gelen davada TBK hükümlerine tabi satım sözleşmelerine başka, CISG hükümlerine tabi satım sözleşmelerine başka kurallar uygulamak zorunda olacaktır. Başta hakimler olmak üzere uygulamacılar, hem yeni Borçlar Kanunumuz olan TBK hükümlerini hem de CISG hükümlerini, özellikle aralarındaki düzenleme farklılıklarını, iyi bilmek zorunda olacaklardır. Tabi bundan önce, hangi sözleşmelere hangi mevzuatın uygulanacağını da iyi ayırt etmeleri gerekecektir. Uygulamamızın içinde bulunduğu şartları düşününce, özellikle daha TBK ile getirilen yeniliklerin henüz ne ölçüde öğrenilip hazmedildiği kuşku iken, CISG düzenlemesini doğru uygulayacak bir düzeye ne zaman gelebileceğimiz hususunda iyimser olmak güç görünüyor. Umarım bu sempozyum gibi kolektif çalışmalar ve konuya ilişkin monografilerin, makalelerin ve sair eserlerin artması gibi bireysel çabalar bu sürece yardımcı olur.

CISG ile TBK sistemini karşılaştırırken ilk dikkat edilmesi gereken husus, bu Antlaşmanın TBK’nun taşınır sözleşmesine ilişkin özel hükümlerine (m. 209-236), hatta satış sözleşmesine ilişkin hükümlerine (m. 207-281), karşılık gelmekten ibaret bir düzenleme olmayıp; sözleşmelerin kurulması ve geçerlilik şartlarından borçların ifası ve ifa edilmemesine kadar TBK’nın Genel Hükümlerindeki pek çok düzenlemeye de karşılık geldiğidir. Bu bakımdan, CISG, sadece özel borç ilişkileri anlamında taşınır satımı sözleşmesine özgü hükümler topluluğu değil, âdetâ, “uluslararası taşınır satımı için hazırlanmış bir kısa borçlar kanunu”dur.

Antlaşmanın önemli bir özelliği de, 1.maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlendiği üzere, satım sözleşmesinin taraflarının vatandaşlığının değil sadece işyerlerinin CISG tarafı ülkeler olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarına göre hukukuna atıf yapılan ülkenin bu Antlaşmaya taraf olmasıdır. Bu şartların gerçekleşmesi hâlinde, iki tarafı da Türk olan gerçek veya tüzel kişilerin arasındaki taşınır mal satımı sözleşmelerine de TBK değil CISG hükümleri uygulanacaktır (elbette 2.maddede sayılan istisnalar hariç). Ayrıca bu sözleşmelerin ticari satış olması da şart değildir (gerçi m. 2/a hükmündeki sınırlamalar karşısında, uygulamanın büyük çoğunluğunu ticarî satışlar oluşturacaktır).

2) TÜRK BORÇLAR KANUNU DÜZENLEMESİNE PARALEL HÜKÜMLERİ

CISG Düzenlemesi hakkında kuşbakışı bilgi verirken, önce öğreti ve uygulamamızda yadırganmayacak ve tanıdık olan noktaları belirtelim. Böylece, önce işin kolayını görüp sonradan zor kısımlara geçmiş oluruz:

- Hukukumuzda irade beyanlarının yorumlanmasında temel ilke olan “Güven Torisi” (vertrauenprinzip = Confidence Theory) Antlaşmada da benimsenmiştir. m. 8/2 Uyarınca, muhatabın gerçek kastı anlaması (m. 8/1) gerekmiyorsa, taraflardan birinin beyanları veya diğer davranışları karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.

- Borçlar Kanunumuzdaki gibi Antlaşmada da, taşınır satımı sözleşmeleri hiçbir geçerlilik şekline bağlanmamıştır. Her türlü delille ispatı da mümkündür (m. 11).

- Sözleşmenin kurulmasında öneri(icap) ve kabulün içermesi gereken unsurlar ve taşıması gereken özellikler (m. 14); öneriyi (icapı) geri alma beyanının muhataba öneriden önce veya öneriyle aynı anda varmasıyla geri alınabilmesi (m. 15/2); susmanın kural olarak kabul sayılmaması (m. 18/1); süreli ve süresiz önerilerin bağlayıcılık süresi (m. 18/2); gecikmiş kabulün doğuracağı sonuçlar (m. 21/1,2), hemen hemen tamamen Borçlar Kanunundaki gibidir.

- Tatil günlerinin sürelere etkisi Antlaşmada (m. 20/2) aynı TBK (m. 93) gibidir. Süre içinde kalanları süreyi etkilemez, sürenin son gününe gelenleri süreyi ilk işgününe uzatır.

- Borca aykırılıkta “aynen ifa” imkânı Antlaşmada ulusal hukuklara bırakıldığından (m. 28), TBK uyarınca aynen ifa istenebilen veya istenemeyen haller burada da aynı olacaktır.

- Antlaşmada satıcının asli adim borçları TBK’daki gibi “mülkiyet devri” (TBK’da= zilyetlik devri) ve “malların teslimi,” olarak belirtilmiştir (m. 30). Ancak bunlara, “mallara ilişkin belgeleri vermek” de eklenmiştir.

- Antlaşmada malların sözleşmeye uygun olup olmadığının belirlenmesine ilişkin m. 35 hükmündeki ölçütler, TBK’na tabi sözleşmelerde ayıbın varlığına ilişkin ölçütlere uygundur. Burada da önce tarafların kararlaştırdıkları özelliklerin, bu yok ise bu tür malların tahsis edildikleri kullanım amacının, şayet satıcının alıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenerek açıkça

veya zımnen bildirdiği özel kullanım amacı varsa bu amacın esas alınacağı düzenlenmiştir.

- Antlaşmada sözleşmeye uygun olmayan malın teslimi hâlinde alıcıya koşulların izin verdiği ölçüde kısa zaman içinde bu malı muayene etmek veya ettirme yükümü (m. 38) ile, muayene sonucu saptaması gereken uygunsuzluğu makul süre içinde satıcıya bildirme yükümü (m. 39) yüklenmiştir. Gene, satıcının bildiği ve alıcıya açıklamadığı uygunsuzluklarda alıcının muayene ve bildirim yükümünün kalkacağı düzenlenmiştir (m. 40). Bu düzenlemeler TBK'nun ayıba karşı tekeffül sistemindeki muayene ve bildirim rejimiyle (m. 223, 225) büyük ölçüde uyumludur (Ancak TBK'da satıcının sadece ayıba kasten saklaması değil tüm ağır kusur hallerinde bu yükümler kaldırılmıştır).

- Keza, muayene ve bildirim yükümü bulunan durumlarda malların alıcıya verilmesinden itibaren iki yıl içinde bu yükümün yerine getirilmemesi hâlinde alıcının haklarının düşeceğini düzenleyen Antlaşmanın 39/2 hükmü; TBK'nun ayıba karşı tekeffül zamanaşımını taşıyıcılar için teslimden itibaren iki yıl olarak düzenleyen hükmü (m. 231) ile paraleldir (Ancak Antlaşmada bu süre zamanaşımı değil hakdüşürücü süre olarak düzenlenmiştir).

- Antlaşmanın, satılan mal üzerinde üçüncü kişilerin hak ve talepleri bulunması hâlinde satıcının sorumluluğunu düzenleyen 41. ve 42. Maddeleri düzenlemesi, TBK'nun zabta karşı tekeffül hükümlerini (m. 214-218) büyük ölçüde karşılamaktadır (Ancak Antlaşmanın 42. maddesinde fikrî ve sınâî haklara dayanan zabtta satıcının sorumluluğunun hafifletilmesi dikkat çekicidir).

- Malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda Antlaşmada alıcıya tanınan seçimlik haklar (sözleşmeyi sona erdirmeye, malı uygun olanıyla değiştirme, onarım isteme, bedel indirimi = m. 46,49,50), TBK uyarınca ayıba karşı tekeffül hükümlerinde alıcıya tanınan seçimlik haklarla (m. 227) büyük ölçüde çakışmaktadır. (ancak Antlaşmadaki malın değiştirilmesi imkânının TBK'ndaki misliyle değiştirme imkânına göre daha geniş olduğu –örneğin sadece misli mallarla sınırlı olmadığı- kabul edilmektedir. Buna karşılık Antlaşmada mal ikamesi, uygunsuzluğun esaslı olması ve satıcıya makul sürede talepte bulunulması şartlarına bağlanmıştır). Antlaşmada bedel indirimi seçeneğinde uygulanacak hesaplama metodunun (m. 50) TBK uyarınca yapılacak bedel indiriminde kabul gören “nispi metot”la çakıştığı görülmektedir. Gene, Antlaşmada da (m. 45/1,b/2), TBK'ndaki gibi (m. 227/2), alıcı seçimlik haklarının yanında genel tazminat hükümlerine başvurma hakkında da sahiptir.

- Antlaşmada “esaslı borca aykırılık” hallerinde tanınan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı (m. 26: genel; m. 49: alıcının sözleşmeyi sona erdirmesi; m. 64: satıcının sözleşmeyi sona erdirmesi) TBK’nun ancak özel şartlarda alıcıya tanınan sözleşmeden dönme hakkına benzetilmektedir. Ancak, ayrıntıda sona erdirmeye hakkını kullanmanın şartları ve sonucu, TBK’nın dönme düzenlemesinden bazı bakımlardan ayrılmaktadır.

- Antlaşmada (m. 66,69) da TBK m. 208 ile uyumlu olarak, hasar prensip itibariyle malın teslimi anında alıcıya geçmektedir.

- Antlaşmada taraflardan birinin ifa kabiliyeti yetersizleşirse diğerinin ifadan kaçınma hakkı düzenlenmiştir (m. 71). Bu TBK m. 98 hükmündeki ifa güçsüzlüğü düzenlemesine paraleldir.

- Gene Antlaşmada (m. 71/b) da TBK m. 97’deki gibi ödemezlik defi düzenlenmiştir.

- Antlaşmada süre vermenin yarasız olacağını ortaya koyan borçluya karşı derhal sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmıştır (m. 73/2). Bu da TBK m. 124/1 ile uyumludur.

- Antlaşmada borca aykırılık tazminatının kâr mahrumiyetini de kapsayacağı açıkça belirtilmiştir (m. 74). TBK uyarınca da böyledir.

- Antlaşmanın 75. ve 76. Maddelerinde, ifa yerine tazminat istenen durumlarda, aynen TBK m. 213/2,3 (alıcı için) ve m. 236/2,3 (satıcı için) hükümlerindeki gibi, somut (müşahhas) ve soyut (mücerret) tazminat hesaplama metotları düzenlenmiştir.

- Antlaşmada sözleşmenin ihlaline dayanan tarafa makul olan bütün önlemleri alarak zararı azaltma yükümü yüklenmiş ve aksi takdirde bu oranda tazminat indirimi yapılacağı düzenlenmiştir (m. 77). TBK bakımından da (m. 114/2 yollamasıyla m. 52/1 uyarınca) durum böyledir.

- Antlaşmada da temerrüt faizi düzenlenmiş (m. 78) fakat oranı belirtilmemiştir. Burada boşluğun TBK m. 120 yollamasıyla 3095 Sayılı Kanun hükümlerine göre belirleneceği kabul edilirse, bir farklılık oluşmayacaktır. Ancak bu husus tartışmalıdır.

- İfa yardımcısından dolayı sorumluluk Antlaşmada (m. 79/2) da özel bir kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Ancak TBK m. 116 hükmünden farklı olarak, aşağıda belirteceğimiz bazı kurtuluş imkânları getirildiği görülmektedir.

3) TÜRK BORÇLAR KANUNU DÜZENLEMESİNDEN FARKLI HÜKÜMLERİ

CISG Düzenlemesinin TBK düzenlemesine göre önemlisinden nüans niteliğindeki kadar pek çok farklılığı varsa da; uygulamada en fazla önem taşıyacağına inandığım başlıca farklar şunlardır:

- Antlaşma hükümleri (m. 3), imal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeleri, sipariş eden taraf imalat ve üretim için gerekli malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmedikçe, satım sözleşmesi sayarak kapsamına almaktadır. Oysa bu tür sözleşmelerin bir kısmı TBK m. 207,209 hükümlerine göre satım sözleşmesi değil, TBK m. 470 vd. hükümlerine tabi eser (istisna) sözleşmesi sayılabilecektir. Zira öğretide genellikle kabul edildiğine göre, sipariş verenin özel taleplerine göre imal edilecek mal taahhüdü, malzemeyi imalatçı sağlasa da, satım değil eser sözleşmesine vücut verir. Antlaşmanın m. 3/2 hükmünde mal temin eden tarafın ediminin ağırlıklı olarak işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelerin kapsam dışına çıkarılması, bazı eser sözleşmelerini elerse de, bu sözleşme tipini tamamen dışlamaz. Zira işgücü ve hizmet sağlanmasının ağırlıklı olmadığı eser sözleşmeleri de vardır.

- Antlaşmada (m. 23 yollamasıyla m. 18/2) sözleşme kabul beyanının varması anında hüküm doğurmaya başlar. TBK m. 11/ hükmündeki gibi kabulün ulaşması üzerine gönderildiği andan itibaren (geçmişe etkili) hüküm doğurma düzenlenmemiştir..

- Antlaşmada sözleşmenin geçersizlik sebeplerine ilişkin düzenleme yoktur. TBK’nda (m. 27 ve diğer) belirtilen kesin hükümsüzlük halleri ve sonuçları, ancak CISG m. 7/2 hükmüne göre, Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere dayandırılabilmesi halinde, şayet bu mümkün değilse, milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuk Türk Hukuku ise veya uygulanması gereken başka hukukta bu geçersizlik aynı şekilde düzenlenmişse, söz konusu olacaktır. Şu kadar ki, özellikle Antlaşmanın 68. Maddesinin ikinci cümlesi, “..satım sözleşmesinin kurulma anında malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya ve hasar rizikosunu satıcı taşır” hükmünü getirdiğinden; Antlaşmada TBK’dan farklı olarak, “başlangıçtaki objektif imkânsızlık” hallerinde sözleşmenin hükümsüz olmayacağı, gene de geçerli sayılıp, satıcının bu imkânsızlıktan sözleşme çerçevesinde sorumlu olacağı, kabul edilmektedir. Diğer hükümsüzlük halleri bakımından ise Antlaşmanın 7/2 hükmü çerçevesinde hemen daima TBK ile aynı sonuçlara varılacaktır.

- Antlaşmada TBK'nun borç ihlallerine ilişkin “ifa imkânsızlığı” “borçlu temerrüdü”, “kötü ifa” sınıflandırılması yapılmamış ve borca aykırılığın sonuçları bu ayırmalara göre düzenlenmemiştir. Antlaşmanın ihlal türlerine ilişkin yaptığı ayırım bu ihlalin “esaslı” (fundamental) olup olmadığına göredir. Bazı haklar (örneğin, ikame mal teslimi isteme: m. 46/2, sözleşmeyi sona erdirmeye: m. 49/1,b, m. 64/1,a ve m. 73/1 ile bazı hak kayıplarından muaf olma: m. 70) kural olarak ancak esaslı ihlal hallerinde kullanılabilecektir. Antlaşmanın 25. maddesi esaslı ihlalin bir tanımını vermiştir. Bu tanım Borçlar Kanununun “ağır kusur – hafif kusur” ayırımındaki ağır kusur tanımına benzememektedir. Esaslı ihlal prensip olarak borçlunun değil alacaklının durumuna göre belirlenmekte, “onu sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakan ihlal” olarak tanımlanmaktadır. Şu kadar ki, “ihlâlde bulunan böyle bir sonucu öngörmemiş ise ve aynı konumdaki (aynı koşullar altındaki) makul bir kişi de öngöremeyecek ise”, ihlal esaslı sayılmayacaktır. Makul kişinin durumunu esas alan koşul, Borçlar Kanununun kusur unsurunun objektifleştirilmiş halini (örnek davranış ilkesini) hatırlatmaktadır. Fakat daha zayıf bir durumdur. Belirtelim ki bu öngörülebilirliğin sözleşme yapıldığı sırada mevcut olmamakla birlikte, daha sonra fakat ihlalinden önce öngörülebilir olduğu durumlarda ne olacağı belirsizdir. Bu da CISG düzenlemesinin sorunlu bir yanıdır (Antlaşmanın tazminata ilişkin 74. Maddesindeki miktar sınırlandırmasında açıkça sözleşmenin kurulduğu sıradaki öngörülemezlik esas alındığından, bu isabetsizlik daha da açıktır). Antlaşmada alacaklının başvurabileceği hukuk yolları herhangi bir borç ihlali çeşidine göre tanınmamışsa da (zaten borç ihlalleri TBK gibi tasnif edilmemiştir); bazıları nitelikleri gereği ancak bazı ihlal türlerinde sözkonusu olurlar (onarım talebinin ve ikame mal verilmesinin ancak uygun olmayan malla ifa da sözkonusu olması gibi).

- Antlaşmada sorumluluk için kural olarak kusurun varlığına dair bir düzenleme yoktur. Borçlar Kanunu sistemimizin tersine, kural kusursuz sorumluluk gibi görünmektedir (Bu Common Law sisteminden gelme bir özelliktir). Prensip itibarıyla borçlunun TBK m. 112'deki gibi kusursuzluğunu ispatlayarak (kusur karinesini çürüterek) sorumluluktan kurtulma imkânı yoktur. Bununla birlikte, 79. maddede borçlu için sorumluluktan kurtulma imkânı düzenlenmiştir. Buna göre: “Taraflardan birinin yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde sorumlu olmaz.” Aslında bu

madde kullanılan kelimelerin sözlük anlamına göre ve geniş yorumlandığında, borçluya kusur karinesini yıkarak kurtuluş imkânı getiren TBK m. 112 düzenlemesinden pek farkı kalmaz. Ne var ki bu maddedeki “denetimi dışında” (beyond his control) ifadesi, öğretide ve uygulamada uluslararası kabul gören CISG yorumuna göre, dar ve özel anlamda yorumlanmakta, borçlunun şahsı ve kişisel alanı dışındaki beklenmedik ve önlenemez sebeplerle sınırlandırılmaktadır (örneğin, satıcının hastalığının veya bütün önlemleri almasına rağmen gerçekleşen hırsızlığın, sorumluluktan kurtuluş sebebi olamayacağı; fakat öngörülmeleyen tabiat şartları veya dış müdahaleler sebebiyle ulaşımın mümkün olmaması veya satılanın telef olmasının sorumsuzluk sebebi olabileceği kabul edilmektedir). Bu şekilde, CISG sistemi gene de bazı kurtuluş imkânları olan bir kusursuz sorumluluk sistemi olarak kalmaktadır.

- Borçlu Antlaşmanın m. 79/1 hükmündeki hususları ispat ederek sorumluluktan kurtulsa dahî, bu ifa engelini ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşıyacaktır (m. 79/4). TBK hükümlerinde ise, borçlunun sorumlu olmadığı ifa engelini bildirme ve aksi takdirde bundan doğacak alacaklı zararını tazmin yükümü, sadece kusursuz ifa imkânsızlığı bakımından düzenlenmiştir (m. 136)

- Antlaşmada “malların satımı” kenar başlıklı III. Kısımına (m. 25-88= en geniş kısım) ilişkin her türlü beyanların, uygun şekilde yapılmaları şartıyla, iletimdeki gecikme, hata veya ulaşamamaya rağmen, hukuki sonuç doğuracakları düzenlenmiştir (m. 27). Bu hüküm, sözleşmenin kurulmasına ilişkin beyanlar (II:Kısım) hariç hemen hemen tüm beyanları kapsamaktadır. TBK sisteminde böyle bir sonuç sözkonusu değildir. TBK bakımından sadece, münhasıran beyanda bulunanı korumak için getirilen beyan hükümlerine mahsus olarak ve yalnızca geç ulaşma bakımından, beyanda bulunanın belirlenen süreyi kaçırdığı için hakkını kaybetmeyeceği, öğretide ileri sürülmektedir.

- Antlaşmada satıcı için kural olarak ifa yeri, tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretileceğini bilmeleri durumunda, bu yerdir (m. 31/b). Bunun dışındaki durumlarda –özel olarak belli yere gönderme taahhüdü (m. 31/a) de yoksa- sözleşmenin kurulduğu sırada satıcının işyerinin bulunduğu yer ifa yeridir. (m. 31/c). Bu düzenleme, aksi kararlaştırılmadıkça ifa yerini sözleşme

kurulduğu sırada malın bulunduğu yer olarak belirleyen TBK hükmünden (m. 89/1,b.2) farklıdır.

- Belirli vade bulunmayan durumlarda TBK (m. 90) uyarınca borç derhal muaccel olurken (=derhal ifa yükümü doğarken), Antlaşmada satıcının malı “makul bir süre içinde” teslimle borçlu olduğu düzenlemiştir (m. 33/c).

- Antlaşmada satıcının vadeden önce (erken) ifada bulunduğu durumlarda alıcı için makul olmayan zahmet ve masrafa yol açmadıkça satıcıya eksik ifayı tamamlama, uygun olmayan malı başka malla değiştirme hakkı tanınmıştır (m. 37). TBK’da erken ifaya bağlanan böyle bir sonuç yoktur. Buna karşılık TBK herhangi bir ayıplı ifada satıcıya derhal malın ayıpsız mislini vererek alıcının seçimli haklarını önleme imkânı tanımıştır (m. 227/3).

- Antlaşmada alıcıya satıcının vadeden önce (erken) ifa teklifini reddetme hakkı tanınmıştır (m. 52/1). Bu hüküm, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça ve işin özelliği ya da durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, alacaklıya borçlunun erken ifa teklifini kabul zorunluluğu getiren TBK hükmüne (m. 96) terstir.

- Antlaşmada malların tesliminden itibaren, ayıp gizli olsa bile, ayıbı bildirim yükümüne 2 yıllık hak düşürücü süre getirilmiştir (m. 39/2). Bunun istisnası satıcının bildiği ve alıcıya açıklamadığı ayıpların (=hilenin) varlığıdır. Bu düzenleme daha önce belirttiğim gibi ayıba karşı tekeffül zamanaşımını 2 yıl olarak düzenleyen TBK m. 231 hükmüne benziyorsa da; hak düşürücü süre ile zamanaşımı arasındaki farklar bir yana; TBK m. 225 uyarınca satıcının hilesi olmasa bile ağır kusuru (örneğin ağır ihmali) bulunması halinde ayıbı ihbar yükü tamamen kalkmakta ve TBK m. 231/2 uyarınca zamanaşımı da TBK m. 146’daki 10 yıla çıkmaktadır.

- Antlaşmaya göre alıcının ayıp bildirim süresini kaçırmada makul özrü (reasonable excuse) varsa, diğer seçenekler düşmekle birlikte, bedel indirimi veya yoksun kaldığı kâr dışındaki zararının tazminini istemesi mümkündür (m. 44). TBK’na göre ise, ayıbı bildirim yükümünü ihlal eden alıcı ancak genel hükümlere göre tazminat isteyebilir (m. 227/2). (Kaldı ki, öğreti ve uygulamada baskın görüş bu olmakla birlikte, genel hükümlere göre tazminat talebi için de ayıbı bildirim şartının yerine gelmesi gerektiğini ileri sürenler vardır).

- Antlaşmaya göre satıcının borcunu ihlalinde alıcın makul uzunlukta ek bir süre tanınması, “tanıyabilir” ifadesiyle takdirine bırakılmıştır (m. 47). Bunun sebebi, CISG’da “ifa imkânsızlığı - borçlu temerrüdü” ayırımı yapıl-

maksızın, yaptırımların düzenlenmesidir. İfa imkânsızlığında ek süre vermek elbette anlamsız olacağından, hemen daima esaslı ihlal sayılacak bu durumda alıcı -işin niteliği gereği bedel indirimi, onarım, ikame mal isteyemeyip- sözleşmeyi sona erdirerek tazminat isteyebilecektir (m. 49/1,a). Şayet ifa mümkün olup satıcı borçlu temerrüdüne düşmüşse, alıcı kural olarak ancak böyle bir ek süre verip, süre sonunda ifa hâlâ gerçekleşmemişse esaslı sayılacak bu ihlal sebebiyle, sözleşmeyi sona erdirip tazminat isteyebilecektir. Fakat sadece bu süre için gecikme tazminatı isteyebilecektir (m. 47/2). TBK ise borçlunun (burada satıcının) sorumlu olduğu ifa imkânsızlığında alacaklının (burada alıcının) hiçbir beyanına hatta imkânsızlığı öğrenmesine gerek olmaksızın ifa yerine tazminat borcunun geçtiğini kabul etmektedir (m. 112). Gene TBK uyarınca borçlu temerrüdünde, alıcının ifadan vazgeçmeden veya sözleşmeden dönmeden önce satıcıya uygun ek süre vermesi kural olarak mecburi olup bazı istisnaları olduğu gibi (TBK m. 106,107); ticari satışlarda hiçbir ek süre vermeksizin ifa yerine tazminat isteme imkânı vardır (m. 212/2).

- Antlaşmada taraflara tanınan seçimlik haklar arasında sözleşmeden dönme ve ifadan vazgeçip tazminat isteme ayrımı yoktur. Bunlar yerine geçmek üzere, “sözleşmeyi sona erdirmeye = sözleşmenin ortadan kalktığını bildirme” (to declare the contract avoided) hakkı düzenlenmiştir (m. 49, 64, 72, 81). Şartları gerçekleşen bu hakkın kullanılması ile karşılıklı borçların sona erdiği, daha önce alınan şeylerin iade edileceği (m. 81) ve hakkı kullananın başka bir maddede (m. 74,75) genel olarak düzenlenen tazminatı talep etme imkânına sahip olduğu belirtilmiştir. Burada TBK sitemindeki gibi olumlu zarar –olumsuz zarar ayrımı da yoktur. Talep edilen zararlar tamamen olumlu zarar (sözleşmeye uygun ifa menfaati) kapsamındadır.

- Antlaşmada alıcıya, gecikmiş teslim gerçekleştikten sonra da teslimin yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı tanınmıştır (m. 49/2-a). TBK sisteminde borçlu ne kadar uzun süre temerrütte kalmış ve bundan dolayı alacaklı ne kadar ağır bir zarara uğramış olursa olsun, ifadan (satıcı bakımından: teslimden) sonra artık bu gerekçeyle sözleşmeden dönülemez veya ifa yerine tazminat istenemez.

- Antlaşmada kural olarak alıcının bedel borcunu satıcının işyerinde ödeyeceği, ancak ödemenin malların veya belgelerin verilmesi karşılığında yapılması gerekiyorsa bunları verme yerinde ödeyeceği, düzenlenmiştir (m. 57/1). Oysa TBK sisteminde para borçları aksi kararlaştırılmadıkça alacaklının yerleşimyerinde ödenir (m. 89/1).

- Antlaşmaya göre, kural olarak alıcı mal teslim edilse de bedeli malları

muayene olanağına sahip olmadan önce ödemekle yükümlü değildir (m. 58/3). TBK sisteminde alıcı aksi kararlaştırılmamışsa bedeli malları teslim anında ödemek zorundadır, ödemeyi muayene imkânına kavuşma anına erteleyemez.

- Antlaşmaya göre, sözleşmenin ifa tarihinden önce taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği anlaşılırsa diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir (m. 72/1). Önce teminat isteme şartı ancak süre elveriyorsa ve diğer taraf sözleşmeyi ihlal edeceğini beyan etmemişse vardır (m. 72/2,3). TBK sisteminde, genel hükümlerde olsun satış sözleşmesi hükümlerinde olsun, borçlunun borcunu ihlal edeceğinin vadeden önce anlaşılması hâli için hüküm yoktur. Antlaşmanın özel düzenleme getirerek çözdüğü bu durum için, TBK bakımından öğretide çeşitli görüşler farklı çözümler üretmeye çalışmıştır.

- Antlaşmada ard arda teslimi kararlaştırılan mallarda sadece belli parti malın tesliminde borca aykırılık bulunması halleri için özel hükümler getirilmiştir. (m. 73/1,2,3) Burada özellikle sözleşmenin sona erdirilmesinin de bazen kısmî ve ileriye etkili olacağı düzenlenmiştir. TBK sisteminde ise bu tür kısmî ihlale dair genel bir hüküm bulunmadığı gibi esasen ard arda teslimli satışlara ilişkin düzenleme de mevcut değildir. Sadece, birden çok mal satışında bunların bazısının ayıplı çıkmasına ilişkin bir hüküm (m. 230) vardır ki, bu belirttiğimiz CISG hükümlerini karşılamamaktadır.

- Antlaşmada sözleşmeye aykırılık sebebiyle istenecek tazminat belirlenirken, bir sınır tayin edilmiştir. Buna göre, söz konusu tazminat, “ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz” (m. 74). Bu hükümdeki sınırlandırmanın, TBK sisteminde tazmine konu zararın çerçevesinin belirlenmesinde kullanılan “uygun nedensellik (illiyet) bağı” unsurunun yerine geçtiği anlaşılmaktadır. Hatta Antlaşmada getirilen bu ölçütün, uygun nedensellik bağına ilişkin farklı teorilerinden “Önceden Sübjektif Öngörülebilirlik (tahmin) Teorisi”nin tanımından ibaret olduğu söylenebilir. Diğer teoriler, “Önceden Objektif Öngörülebilirlik Teorisi” ve “Sonradan Objektif Öngörülebilirlik Teorisi”dir. İsviçre – Türk öğreti ve uygulamasında kabul gören teori Sonradan Objektif Öngörülebilirlik Teorisi olduğundan, CISG düzenlemesinin TBK uygulamasından farklı bir nedensellik teorisini kabul ettiği söylenebilir.

- Antlaşmada da ifa yardımcısından dolayı sorumluluk kabul edilmekle birlikte, ifa yardımcısı kullanana şu kurtuluş imkânı getirilmiştir: Borca aykırılık gerek borçlunu gerekse ifa yardımcısının (ikisinin birden) denetimleri

dışında kalan bir engelden kaynaklanmış ve bu engel sözleşmenin kurulması sırasında hesaba katamayacakları veya sonuçlarını aşmalarının beklenemeyeceği bir engel ise, borçlu ifa yardımcısının ihlalinin sorumlu olmayacaktır (m. 79/2,a,b). TBK (m. 116) ise ifa yardımcısından dolayı çok daha sert bir kusursuz sorumluluk getirmekte ve –kanunda belirtilmediği halde öğretide kabul edildiği üzere- ancak borçlu borcu bizzat ifa etseydi aynı ihlâl kaçınılmaz olarak doğacak ve o bundan sorumlu tutulamayacaksa, kusursuz sorumluluktan kurtulabilmektedir.

- Antlaşmanın, bir hukuki sonucun doğumunu taraflardan birinin belli bir hususu bilmesine bağlamak istediği hemen her durumda (örneğin: m. 8/1; 35/3; 40), TBK ve diğer yasal düzenlemelerimizde rastlamadığımız ilginç bir formülü tekrar ettiği görülmektedir: “...bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması”. Buradaki “bilmemesinin mümkün olmaması” (..could not have been unaware) ifadesi, bizim mevzuatımızın benzer bazı durumlarda kullandığı “bilmesi gerekme” kavramından farklıdır. Bilmesi gerekme, dürüstlük kuralına göre içinde bulunduğu durum bakımından kendisinden beklenebilen dikkat ve özeni gösterse fark edebileceği bir hususu fark etmeyen kişinin durumudur. Bu kişinin gerçeği bilmemesi pekâlâ mümkündür. Fakat yasa koyucu onu bu özen eksikliğinin yaptırımı olarak “gerçeği bilen” biri gibi kabul etmektedir. Oysa ki Antlaşmanın “bilmemesi mümkün olmayan” kişinin durumu böyle değildir. İfadenin kesinliğine göre, o her türlü özensizlik ve dikkatsizlikle davranmış olsa bile Antlaşmanın sonuç bağladığı olguyu bilecek durumda (bilmemesi imkânsız) demektir. Bize yabancı bu ifadenin tek anlamı, karşı taraf, bu kişinin gerçeği o zamandan bildiğini doğrudan onun kendi beyanları ve fiilleri ile ispatlayamasa da, onun içinde bulunduğu durum ve şartlarda gerçeği fark etmemesinin düşünölemeyeceğini ispatlamasının da yeterli olduğudur. Örneğin, sözleşmeye ilişkin bilmesi gereken bir hususun ulusal medyada ve tüm yayın organlarında yer aldığı bir ülkedeki kişinin, inziva halinde yaşamaması veya komada olmaması şartıyla, durumu böyledir.

4) YORUM VE BOŞLUK DOLDURMA SORUNLARI

Antlaşmanın uygulanmasında gözönüne alınacak hususlar sadece TBK sistemine uyan veya uymayan hükümlerden ibaret değildir. Antlaşmada herhangi bir hüküm bulunmayan durumlarda TBK’nda açık bir hüküm varsa bu uygulanacak mıdır? Gene, Antlaşmanın bir hükmünde yorum sorunu çıktığında, Hakim TBK uygulamasındaki kabul gören yorumu otomatikman Antlaşmaya da uygulayacak mıdır?

Bu sorunlara değinmeden önce belirtelim ki, Antlaşmada somut bir hususa ilişkin hüküm bulunmaması her zaman doldurulması gereken bir boşluk anlamına gelmez. Bazen CISG düzenlemesi TBK'daki bir sonucu benimsemediği için hüküm koymamış olabilir. Örneğin, hâkim Antlaşmanın boşluğunu dolduruyorum diye, TBK uyarınca (m. 114/2 yollamasıyla m. 52/2) hafif kusurlu olanın ekonomik durumunu dikkate alarak tazminatı indirememelidir. Zira tazminatın çerçevesini belirleyen CISG hükümlerinin (m. 74-77) bu indirim yeri vermemesi, böyle bir indirimi kabul etmediği anlamına gelir.

Keza, Antlaşmanın açıkça atıfta bulunduğu hükümlerin varlığı halinde de hakimin takdiriyle doldurulacak bir boşluk yoktur. Örneğin CISG m. 28 hükmünün aynen ifa talebinin mümkün olup olmadığı hususunda mahkemenin kendi hukukuna yollama yapması karşısında, Türk Hâkimi aynen ifa mümkün oldukça buna karar verebilecektir.

Bu derecede açık olmayan hususlarda ise, hâkim Antlaşmadaki boşluğu doğrudan (otomatikman) TBK hükmüyle veya TBK uygulamasında kabul gören teorilerle doldurmayıp, CISG m. 7 hükümlerinin gösterdiği yolla dolduracaktır. Bu düzenlemeye göre, “bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir”. Böylece, örneğin, Antlaşmada zamanaşımı hükmü bulunmaması karşısında, sözleşmeye MÖHUK uyarınca Türk Hukuku uygulanacaksa, TBK'ndaki zamanaşımı hükümleri geçerli olacaktır (m. 146-161, m. 231).

Ancak bazen, TBK'nda düzenlenen bir hususun Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere uygun olup olmadığının tartışma götürdüğü durumlarda, TBK hükmünün Antlaşmada boşluk doldurma gerekçesiyle uygulanıp uygulanmayacağı da tartışmalı olacaktır. Örneğin, Antlaşmada düzenlenmeyen hususlardan, “genel işlem şartlarının sınırlandırılması” (TBK m. 20-25), “sorumsuzluk kayıtlarının borçlunun ağır kusuru halinde geçersiz sayılacağı” (TBK m. 115/1, m. 220), “aşırı ifa güçlüğünde uyarılama talebi ve uyarılama mümkün olmazsa sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı” (TBK m. 138), “bedel borcunda temerrütte temerrüt faizi oranı ve sınırlandırması” (TBK m. 120 ve 3095 Sayılı Kanun Hükümleri), “sözleşmenin sona ermesinde iade bakımından sebepsiz zenginleşme hükümleri” (TBK m. 77-82), boşluk doldurma gerekçesiyle CISG çerçevesinde de uygulanıp uygulanmayacakları tartışılacak hükümler arasında sayılabilir.

Bu tartışmalı noktalarda karara varırken, CISG m. 7/1'deki “Bu antlaş-

manın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulamasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.” hükmü de yol gösterici olabilir.

CISG m. 7/1 ve m. 7/2 hükümlerinin birlikte gözetilmesi, sadece boşluk doldurmak için değil, Antlaşmada mevcut hükümlerin yorumu ve birden fazla yorum sonucu arasında tercih yapmakta da yol gösterici olacaktır. Bu hükümlerden yararlanma, Türk hakiminin uluslararası CISG uygulaması ve öğretisi hakkında yeterli bilgi sahibi olmasını gerektirmektedir. Amaç, Antlaşmaya katılan ülkeler bakımından ortak ve yeknesak bir satım hukuku yaratmak olduğundan, yorum ve boşluk doldurmada bu bilgiler önemlidir.

Ne var ki bizim gibi CISG sistemini kendi borçlar kanunlarına ve satım- la ilgili diğer mevzuatına uyarlamamış ülkeler bakımından uygulama zor ve sorunlu olacaktır. Satım hukukumuzdaki iki başlılık sebebiyle, hâkim CISG uygulamasında uluslararası yeknesaklığı gözeterek kararlar verdikçe TBK uygulamasından ayrılacak; öte yandan, TBK hükümlerine ve uygulamasına uygun yorumlar yaptıkça, ulusal yeknesaklığa hizmet etmekle birlikte, uluslararası yeknesaklığa ters düşebilecektir.

Viyana Konvansiyonu’nun Milletlerarası Özel Hukuk Bakımından Uygulama Alanı

Prof. Dr. Hatice ÖZDEMİR KOCASAKAL*

GİRİŞ

Uluslararası ticarete ilişkin sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde sadece kanunlar ihtilafı yöntemi ile yetinmenin tacirler açısından belirsizlik ve güvensizlik ortamı oluşturacağı açıktır. Zira uyuşmazlıkla bağlantılı hukuk sistemlerinden birinin iç hukukunda yer alan sözleşmelere ilişkin maddi kurallar ile uyuşmazlığın çözümlenmesini öngören kanunlar ihtilafı sistemi, uygulanacak kuralların ve dolayısıyla davanın sonucunun, davanın açıldığı ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarına bağlı olarak değişmesine ve böylece davacının kendisi açısından uygun sonuçlar verecek bir ülke mahkemesinde dava açmak istemesine (*forum shopping*) yol açmaktadır.

Bu sakıncaların bertaraf edilebilmesi ve uluslararası ticarete öngörülebilirliğin ve güvenin sağlanabilmesi için, iç hukuk düzenlemelerinden bağımsız olarak geliştirilmiş, yeknesak maddi kurallara ihtiyaç bulunmaktadır. Satım sözleşmeleri açısından bu ihtiyacı gidermek üzere, 1930’larda, UNIDROIT¹ bünyesinde çalışmalar başlatılmış, İkinci Dünya Savaşı ile kesintiye uğrayan

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ *L’Institut international pour l’unification du droit privé* (Özel Hukukun Birleştirilmesi İçin Uluslararası Enstitü). Özel hukukun ve özellikle ticaret hukukunun modernleştirilmesi ve devletlerin bu konulardaki düzenlemelerinin uyumlu hale getirilmesi için çalışmalar yapmak ve bu amaçla, prensipler, kurallar gibi yeknesak hukuk araçları hazırlamak amacıyla devletler arası bir örgüt olarak 1926 yılında kurulmuş olan Enstitü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.unidroit.org/>.

bu çalışmalar, 1964 yılında La Haye’de, iki Konvansiyon’un² kabul edilmesi ile sonuçlanmıştır³.

Daha çok Batı Avrupa hukuk sistemlerinin etkisi altında hazırlandığı gerekçesiyle eleştirilen bu Konvansiyonlara katılımın çok fazla olmaması üzerine Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL), mümkün olduğu kadar farklı hukuk sistemlerine ve ekonomik ve sosyal yapılara sahip devletlerin katılımını sağlayacak bir Konvansiyon üzerinde çalışmalara başlamış, uzun süren bu çalışmalar sonunda, 11 Nisan 1980 tarihinde, Uluslararası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler (Viyana) Konvansiyonu kabul edilmiştir⁴.

Konvansiyon’un dibacesinde, “ ..*farklı sosyal, ekonomik ve hukuki sistemleri dikkate alacak şekilde uluslararası mal satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak kuralların yeknesak bir şekilde belirlenmesi, uluslararası ticaretin yasal engellerinin ortadan kaldırılmasına ve uluslararası ticaretin gelişmesine katkıda bulunacaktır...*” ifadelerine yer verilmiştir. Gerçekten de Konvansiyon, ülkelerarası mal ticareti ile ilgili yeknesak maddi kurallardan oluşan bir bütün oluşturmak suretiyle, milli hukuk sistemleri arasındaki farklılıklardan kaynaklanabilecek engellerin ortadan kaldırılması ve böylece *belirliliğin (certainty) ve öngörülebilirliğin (predictability)* sağlanması⁵; kanunlar ihtilafı kurallarına başvurma gerekliliğinin azaltılması, davacının kendi lehine hükümler içeren ülkede dava açmasının (*forum shopping*) engellenmesi ve uluslararası nitelikli işlemlerin niteliğine uygun modern bir satım hukuku tesis edilmesi gibi temel amaçlar gütmektedir⁶.

2 UNIDROIT tarafından hazırlanan ve 1 Temmuz 1964’de kabul edilen bu Konvansiyonların ilki, Uluslararası Mal Satımları Hakkında Yeknesak Kanun Tespitine (*Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods- Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels*), ikincisi ise, Uluslararası Mal Satım Sözleşmelerinin Kuruluşu Hakkında Yeknesak Kanun Tespitine (*Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods- Convention portant loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels*) ilişkindir. Konvansiyonların metinleri için bkz. <http://www.unidroit.org/>. Konvansiyonlar hakkında ayrıca bkz. TİRYAKİOĞLU, “Uygulanacak Hukuk”, s. 97-101.

3 *Note explicative du secretariat de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, paragraf 2 (<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf>, erişim: 05.01.2014).

4 *Note explicative du secretariat de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, paragraf 3. Viyana Konvansiyonu’nun hazırlık süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BALKAR, s. 93-96.

5 FERRARI, s. 43, 45; ZEYTİN, s. 26.

6 NEUMAYER / MING, s. 38.

Konvansiyona, Kasım 2013 itibariyle, dünya ticaretinin dörtte üçüne hâkim olan⁷, çok farklı hukuk sistemlerine⁸ ait seksen devletin taraf olması⁹, dibacesinde belirlenen hedeflere büyük ölçüde ulaşıldığını göstermektedir¹⁰.

Türkiye Cumhuriyeti, Konvansiyonu biraz geç de olsa onaylamış ve yürürlüğe girmesi için gereken işlemleri gerçekleştirmiştir. 2 Nisan 2009’da kabul edilen 5870 Sayılı Kanun ile Türkiye Cumhuriyeti’nin Konvansiyona katılması uygun bulunmuş¹¹; 2010/47 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile de katıldığımız beyan edilmiştir¹². Konvansiyon, “...onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe..” gireceğinden (m. 99/f.2), Türkiye Cumhuriyeti açısından yürürlük tarihi 1 Ağustos 2011’dir¹³.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmünde olduğundan (Anayasa m. 90/f.5), bu tarihten itibaren Türk Borçlar Kanunu’nda (m. 207- m. 236) ve Türk Ticaret Kanunu’nda yer alan (m. 23) iç satım sözleşmesine ilişkin hükümler yanında uluslararası nitelik taşıyan satım sözleşmelerine uygulanmak üzere Viyana Konvansiyonu ile tespit edilmiş ve Türk mevzuatı açısından kanun niteliğine bürünmüş bir hukuki düzenlememiz bulunmaktadır. Konvansiyon, uluslararası nitelik taşıyan satım sözleşmelerine uygulanacak hükümleri belirlemektedir. Diğer yandan, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) da, yabancılık unsuru içeren özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuku belirlemekte (m. 1) ve Kanun’un 24. maddesinde satım sözleşmeleri-

7 MISTELIS, s. 10.

8 Avustralya, Yeni Zelanda, Singapur, ABD gibi *common law* ülkeleri, Fransa, Almanya, İtalya, İspanya, İsviçre, Yunanistan gibi *civil law* ülkeleri, Kanada gibi karma sisteme ait ülkeler, Çin, Rusya Federasyonu, Küba, Bulgaristan gibi eski sosyalist sisteme ait ülkeler, Mısır, Irak, Suriye gibi İslam Hukukunun etkisi altında olan ülkeler Konvansiyon’u onaylamışlardır (MISTELIS, s. 8).

9 Taraf devletlerin listesi için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (erişim: 13.11.2013).

10 MISTELIS, s. 8.

11 *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun* (RG. 14.04.2009-27200).

12 RG. 07.04.2010-27545.

13 Ülkemizin dış ticaret ilişkisi içinde olduğu Fransa, Almanya, İtalya, ABD, Rusya Federasyonu, Çin gibi ülkelerin Konvansiyon’a taraf olduğu dikkate alındığında, bu tarihten itibaren, Türkiye’de işyeri bulunan gerçek veya tüzel kişilerin taraf olduğu uluslararası satım sözleşmelerinin büyük ölçüde Konvansiyon kapsamına gireceğini söylemek mümkündür (CASTEL-LANI, s. 3; ZEYTİN, s. 32).

ne uygulanacak hukukun tespitine ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları yer almaktadır. Bu durum, Viyana Konvansiyonu'nun mevzuatımızda yer alan diğer tüm bu düzenlemelerle olan ilişkisinin ve hangi durumlarda Konvansiyon'un hangi durumlarda diğer yasal düzenlemelerin uygulanması gerektiğinin tespiti zorunlu kılmaktadır.

Bu amaçla hazırlanan çalışmamızda, Viyana Konvansiyonu'nun uygulama alanı, sadece 1. maddesinde yer alan ve Konvansiyon'un uluslararası uygulama alanını belirleyen hükümler çerçevesinde incelenecek, uygulama alanına ilişkin diğer hükümler çalışmamızın kapsamı dışında kalacaktır.

I- KONVANSİYON' UN UYGULANABİLMESİ İÇİN GEREKEN KOŞULLAR

Konvansiyon'un uygulama alanı, m. 1/f.1 hükmünde şu şekilde belirlenmiştir:

“ *Bu Konvansiyon, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satım sözleşmelerine,*

a- *Bu devletler âkit devletler ise veya*

b- *Milletlerarası özel hukuk kuralları âkit bir devletin hukukunun uygulanmasına yol açıyorsa uygulanır.*”

Görüldüğü gibi, bir satım sözleşmesine Konvansiyon'un uygulanabilmesi için her şeyden önce, tarafların işyerlerinin farklı âkit devletlerde bulunması, yani sözleşmenin uluslararası nitelik taşıması; ikinci olarak, Konvansiyon'un yürürlükte olduğu hukuk sistemleri ile bağlantıyı sağlayacak maddede belirtilen unsurlardan birinin bulunması gerekmektedir. Bu bağlantı, ya tarafların işyerlerinin bulunduğu devletlerin Konvansiyon'a taraf olması veya *lex fori* nin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukukun âkit bir devletin hukuku olması ile sağlanabilir.

Aşağıda bu koşullar sırası ile incelenecektir.

A- SATIM SÖZLEŞMESİ ULUSLARARASI NİTELİK TAŞIMALI

Viyana Konvansiyonu, isminden de anlaşılacağı gibi, sadece uluslararası nitelik taşıyan mal satım sözleşmelerine uygulanacak hükümleri belirlemektedir. Bu nedenle, satım sözleşmesinin uluslararası boyut taşımadığı, iç satım ilişkisinin söz konusu olduğu durumlarda Konvansiyon uygulanmaz¹⁴.

14 TOKER, s. 32. Konvansiyon'un, uluslararası nitelik taşımayan satım sözleşmelerine, taraf

Konvansiyon, satım sözleşmesinin ne zaman uluslararası nitelik taşıdığını kendisi belirlemiştir. Buna göre, *tarafların işyerleri farklı devletlerde ise* Konvansiyon kapsamına giren, uluslararası bir satım sözleşmesi vardır (m. 1, f.1). Diğer yandan Konvansiyon'un uygulanabilmesi için, bu durumun, yani tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunduğu hususunun taraflarca bilinebilir olması da gerekmektedir (m. 1/f.2).

Aşağıda bu iki koşul ayrıntılı olarak incelenecektir.

1- Tarafların İşyerlerinin Farklı Devletlerde Olması

Konvansiyon, satım sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin farklı devletlerde bulunmasını, sözleşmenin uluslararası nitelik taşıması için yeterli görmektedir¹⁵. Sözleşmenin uluslararası niteliğinin tespitinde, dolayısıyla Konvansiyon'un uygulama alanının belirlenmesinde tarafların vatandaşlığı önem taşımaz (m. 1/f. 3). Bu nedenle, taraflar aynı devlet vatandaşı olsalar dahi, işyerleri farklı devletlerde ise Konvansiyon yine de uygulama alanı bulur¹⁶. Örneğin, işyeri Almanya'da olan Türk vatandaşı ile işyeri Türkiye'de bulunan diğer bir Türk vatandaşı arasındaki satım sözleşmesi, Konvansiyon açısından uluslararası nitelik taşır. Diğer yandan, Konvansiyon'un uygulanabilmesi için tarafların, âkit devlet vatandaşı olmaları da gerekli değildir¹⁷.

Sözleşme konusu malların üretim yeri veya alıcıya teslim edileceği yer¹⁸ veya alıcının para borcunu ifa edeceği yer de Konvansiyon'un uygulama alanının belirlenmesinde dikkate alınmaz. Bu nedenle bu yerlerin tamamı aynı ülkede olsa, dolayısıyla ülkelerarası para veya mal transferi olmasa dahi, sadece işyerlerinin farklı devletlerde bulunması Konvansiyon'un uygulanması açısından yeterli olacaktır¹⁹.

iradelerinin bu yönde olması durumunda, sözleşme hükmü olarak uygulanabileceği hakkında bkz. aşağıda, "II. Konvansiyon'un Sözleşme Hükmü Olarak (Incorporation Yoluyla) Uygulanması" başlığı altında yapılan açıklamalar.

- 15 FERRARI, s.60; SCHLECHTRIEM, "*Uniform Sales Law*", s.6; BELL, s. 244; BALKAR, s. 99.
- 16 TOKER, s. 55; SCHLECHTRIEM, "*Uniform Sales Law*", s.6.
- 17 MISTELIS, s. 13; TOKER, s. 55.
- 18 Konvansiyon'un uygulama alanının belirlenmesinde teslim yeri esas alınsa ve malların teslim edileceği yerin farklı bir ülkede olması halinde Konvansiyon'un uygulanacağı kabul edilse idi, incotermlerin E,C, F grubu gibi yükleme satışı olan durumlarda yabancılık unsurunun bulunmadığı, dolayısıyla Konvansiyon'un uygulanmayacağı sonucunu ulaşmak gerekecekti (AYOĞLU, s. 180, dipnot 534).
- 19 FERRARI, s.61, dipnot 67; NEUMAYER/MING, s. 40- 41; SCHLECHTRIEM, "*Uniform*

Yine bu hüküm gereğince, sözleşmenin taraflarının işyerleri aynı devlette ise, sözleşme başka unsurları ile uluslararası nitelik taşısa (örneğin, sözleşmeden doğan edimlerin ifası farklı ülkelerde gerçekleşecek olsa) da, Konvansiyon'un uygulanması mümkün değildir²⁰. Konvansiyon'un uygulama alanına girmeyen böyle bir sözleşme, hâkimin hukukuna göre yabancılık unsuru taşıyor ise²¹, hâkim, kendi kanunlar ihtilafı kurallarına başvurarak uygulanması gereken hukuku araştıracaktır²².

Sözleşmenin uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığının, sözleşmenin kuruluş (*conclusion of the contract*) anı esas alınarak belirlenmesi gerekir²³. Dolayısıyla, sözleşmenin kuruluşu sırasında tarafların işyerleri farklı devletlerde ise, sonradan taraflardan birinin işyerini diğerinin bulunduğu ülkeye taşıması, Konvansiyon'un uygulanmasına engel olmayacaktır. Benzer şekilde, sözleşmenin kuruluş anında tarafların işyerleri aynı ülkede ise, daha sonraki bir tarihte taraflardan birinin işyerini farklı bir ülkeye taşıması Konvansiyon'un uygulanmasına yol açmayacaktır.

Konvansiyon işyeri kavramını tanımlamamıştır. Doktrinde bu kavrama ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde, “süreklilik ve düzenlilik” unsurları üzerinde durulmakta ve alıcı veya satıcının ticari faaliyetini *sürekli ve düzenli* bir şekilde yerine getirmek amacıyla kullandığı yerlerin Konvansiyon anla-

Sales Law”, s. 6; TOKER, s. 33-34; ZEYTİN, s.42; ATAMER, “*Satıcının Yükümlülükleri*”, s. 48; ATAMER, “*Uluslararası Uygulama Alanı*”, s. 551-568, s. 557; ERDEM, “*Viyana Satım Sözleşmesi*”, s. 42.

20 FERRARI, s. 61; TİRYAKİOĞLU, “*Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları*”, s. 194; TOKER, s. 34; ZEYTİN, s. 42; ERDEM, “*Viyana Satım Sözleşmesi*”, s. 35-105, s. 43; “*Précis de jurisprudence de la CNUDCI*”, paragraf 14 ; YALÇINTAŞ, s. 5; TARMAN, s. 177.

21 Konvansiyon m. 1/1,b uyarınca kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması için gerekli olan yabancılık unsuru ile Konvansiyon'un uygulanmasının ön koşulu olan alıcı ile satıcının işyerlerinin farklı devletlerde olması koşulunun birbiri ile örtüşmeyebileceği hakkında bkz. WITZ, “*Les premières applications*”, s.31. Nitekim Türk Hukuku açısından da, sözleşmenin yabancılık unsurunun tespitinde sadece tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması dikkate alınmadığından; bunun yanında edimlerin ifa yeri, tarafların vatandaşlığı, sözleşmenin kurulduğu veya sözleşme konusu malın bulunduğu yer gibi kriterler de sözleşmeye yabancılık unsuru verebileceğinden, işyerleri aynı ülkede olan taraflar arasındaki satım sözleşmesinin bu kriterler çerçevesinde yabancılık unsuru içermesi ve MÖHUK m. 24'ün uygulanması mümkündür.

22 Bu hukuk, âkit bir devletin hukuku olsa dahi, Konvansiyon'un m. 1/f.1,b uyarınca uygulanabilirliği için de işyerlerinin farklı devletlerde bulunması zorunlu olduğundan, Konvansiyon'un uygulanması söz konusu olmayacaktır.

23 FERRARI, s.60; TOKER, s. 35; NEUMAYER/MING, s. 40; SCHLECHTRIEM, “*Uniform Sales Law*”, s.6; ATAMER, “*Satıcının Yükümlülükleri*”, s.49; ATAMER, “*Uluslararası Uygulama Alanı*”, s.558.

mında işyeri olarak kabul edileceği; *geçici* olarak kullanılan yerlerin işyeri olarak kabul edilemeyeceği²⁴; ancak bu yerin mutlaka idare merkezi veya hukuki açıdan bağımsız bir yer olmasına da gerek bulunmadığı, bu bağlamda, bir şirketin şubelerinin de Konvansiyon anlamında işyeri olarak kabul edileceği belirtilmektedir²⁵.

Taraflardan birinin *birden fazla işyerinin* bulunması halinde, Konvansiyon'un uygulama alanının ve sözleşmenin uluslararası niteliğinin belirlenmesinde, sözleşmenin kuruluşu sırasında veya öncesinde taraflarca bilinen koşullar dikkate alındığında, sözleşme ve onun ifası ile en yakın bağlantılara sahip olan işyeri esas alınır (Konvansiyon m. 10/a). Örneğin satıcının alıcı ile aynı ülkede bulunan işyeri de olmasına rağmen, sözleşmenin kurulması veya ifası, farklı bir ülkede bulunan işyeri aracılığıyla gerçekleştirilecek ise işyerlerinin farklı ülkelerde bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Sözleşmenin kuruluşunun ve edimlerin ifasının iki farklı ülkedeki işyerleri aracılığıyla gerçekleştirildiği durumlarda, bunlardan hangisine üstünlük/öncelik tanınması gerektiğinin tespiti önemlidir. Bu konuda, mümkün olduğu kadar Viyana Konvansiyonu'nun uygulanmasını sağlamaya yönelik yorum yapılması gerektiği, dolayısıyla bu yerlerden hangisi, alıcının işyerinden farklı bir ülkede ise onun esas alınması gerektiği yönünde görüşler bulunduğu gibi²⁶, hangi işyeri aracılığıyla sözleşme kurulmuşsa onun esas alınması gerektiğini kabul eden görüşler de mevcuttur²⁷.

Bir Belçika Mahkemesi tarafından karara bağlanan bir uyuşmazlıkta, alıcının Belçika'da ve ABD'de işyerleri bulunmakta idi. Mahkeme, faturanın alıcının Belçika'daki işyerine gönderilmesini ve sözleşmenin bu ülkede kullanılan dilde yazılmış olmasını dikkate alarak Belçika'daki işyerini esas almıştır²⁸.

Kanaatimizce her halükarda sözleşmenin kuruluşunda rol oynayan işyerini esas almak yerine, somut olaya ilişkin tüm veriler çerçevesinde, en sıkı

24 BELL, s. 245; TARMAN, s. 177; ERDEM, “Viyana Satım Sözleşmesi”, s.43. Uygulamada da sürekli ve sabit bir şekilde ticari faaliyetlerin yürütüldüğü yerlerin işyeri olarak kabul edileceği, *irtibat bürolarının* işyeri olarak kabul edilemeyeceği yönünde kararlar için bkz. “*Précis de jurisprudence de la CNUDCP*”, paragraf 13.

25 NEUMAYER/MING, s. 41; ATAMER, “Satıcının Yükümlülükleri”, s. 49; ATAMER, “Uluslararası Uygulama Alanı”, s. 557. Doktrinde yapılan tanımlar için bkz. TOKER, s.36-37.

26 TOKER, s.40.

27 HEUZE, s.97.

28 “*Précis de jurisprudence de la CNUDCP*”, paragraf 2, dipnot 4.

bağlantılı işyeri hangisi ise onu esas alarak sözleşmenin uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığını belirlemek daha uygun olacaktır.

2- Bu Durumun Anlaşılabilir Olması

Tarafların işyerleri farklı devletlerde olsa dahi, bu husus, sözleşmeden veya sözleşmenin kuruluşu sırasında veya sözleşme öncesi müzakere döneminde tarafların birbirlerine verdikleri bilgilerden anlaşılmıyorsa, Konvansiyon uygulanmaz (m. 1/f.2). Burada sadece, tarafların karşı tarafın işyerinin farklı bir ülkede olduğunu *bilmiyor olması* yeterli olmayıp, koşulların gerektirdiği dikkat ve özen gösterilmesine rağmen bu hususun *anlaşılamayacak olması* gerekmektedir²⁹.

Konvansiyon'un uygulanabilmesi için tarafların, en geç sözleşmenin kuruluşu aşamasında, aralarındaki sözleşmenin uluslararası bir satım sözleşmesi olduğunun farkında olmalarını³⁰ gerekli kılan bu maddenin amacı, böyle bir bilinçle hareket etmeyen, dolayısıyla Konvansiyon hükümlerinin uygulanacağına dair hiçbir öngörülerini bulunmayan tarafların, sözleşmelerinin Konvansiyon yerine iç hukuk hükümlerine tâbi olacağına dair güvenlerinin korunmasıdır³¹.

Bu durumda, *lex forin*in kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması için böyle bir bilincin varlığı aranmıyorsa³², hâkim, bu kuralların yetkili kıldığı hukuka göre uyuşmazlığı çözümleyecektir³³.

29 NEUMAYER/MING, s.50; ATAMER, “*Satıcının Yükümlülükleri*”, s.50; BALKAR, s. 100.

30 NEUMAYER/MING, s.49.

31 TOKER, s. 53; ZEYTİN, s. 44- 45; NEUMAYER/MING, s.50; ATAMER, “*Satıcının Yükümlülükleri*”, s.49; ATAMER, “*Uluslararası Uygulama Alanı*”, s. 558; “*Précis de jurisprudence de la CNUDCI*”, paragraf 15 ; BALKAR, s. 100, dipnot 374.

32 Türk Hukukunda, ne MÖHUK m. 1, ne de m. 24’de böyle bir koşul yer almaktadır. Doktrinde de, bir sözleşmenin yabancılık unsuru içermesi için, tarafların bu unsurun varlığı konusunda bilince sahip olmaları gerektiğine dair bir görüş bulunmamaktadır. Bu nedenle, tarafların işyerleri ayrı devletlerde olmasına rağmen, her iki taraf da işyerlerinin aynı devlette (örneğin Türkiye’de) olduğu bilinci ile hareket etmiş olsa dahi, hâkimin objektif olarak yabancılık unsurunu tespit etmesi yeterli olacak ve uyuşmazlık MÖHUK m. 24 uyarınca belirlenen hukuk sisteminin kurallarına göre çözümlenecektir.

33 TOKER, s. 53. Doktrinde, bu hukukun âkit bir devletin hukuku olması halinde, Konvansiyon’un, aşağıda inceleyeceğimiz m. 1/1.1.b uyarınca da uygulanmaması gerektiği kabul edilmektedir (FERRARI, s. 63). Kanaatimizce de, böyle bir ihtimalde, Konvansiyon’un uygulanması için gerekli olan önkoşulun yani sözleşmenin uluslararası niteliğinin varlığı açısından bir sorun bulunduğundan, diğer koşulun incelenmesine gerek kalmadan Konvansiyon’un uygulanmayacağı sonucuna ulaşmak gerekmektedir.

Bu maddenin uygulanmasına yol açan en iyi örnek olarak, sözleşmenin aynı ülkede işyeri olan taraflar arasında müzakere edilmesi ve kurulması, ancak taraflardan birinin, işyeri farklı bir devlette bulunan başka bir kişi adına hareket etmesi ve bu hususu karşı tarafa açıklamamış olması durumu verilmektedir³⁴.

Böyle bir ihtimalde, sözleşmenin uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığı, sözleşmenin tarafının kim olduğuna göre değişecektir. Eğer temsilci sözleşmenin tarafı olarak kabul edilirse, sözleşme, aynı ülkede işyeri bulunan taraflar arasında kurulduğundan uluslararası nitelik taşımayacak ve Viyana Konvansiyonu uygulanmayacak; temsil olunan sözleşmenin tarafı olursa, sözleşme işyeri farklı ülkelerde olan taraflar arasında kurulduğundan prensip olarak Viyana Konvansiyonu uygulanacak, ancak, Konvansiyon m. 1/f. 2'deki istisnai durum söz konusu olduğundan yine Konvansiyon'un uygulanması söz konusu olmayacaktır.

Gerek doktrinde gerekse uygulamada, sözleşmenin tarafının kim olduğunun *lex forin*in kanunlar ihtilafı kurallarına uyarınca yetkili olan hukuka göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir³⁵. Buna göre, Türk mahkemesi, sözleşmenin tarafının kim olduğunu, MÖHUK m. 30/f.2 uyarınca tespit edeceği hukuka göre belirleyecektir. Söz konusu hüküm şu şekildedir:

“...Temsilcinin bir fiilinin, temsil olunanı üçüncü kişiye karşı taahhüt altına sokabilmesi için aranan şartlara temsilcinin işyeri hukuku uygulanır. Temsilcinin işyeri bulunmadığı veya üçüncü kişi tarafından bilinemediği veya yetkinin işyeri dışında kullanıldığı durumlarda temsil yetkisi, yetkinin fiilen kullanıldığı ülke hukukuna tâbidir...”

Madde uyarınca, temsilcinin işyerinin bulunduğu (veya yetkinin fiilen kullanıldığı) ülke hukukunun aradığı koşullar mevcut ise, temsilcinin yapmış olduğu işlemde doğan haklar ve yükümlülükler temsil olunana ait olur. Bu hukukun Türk Hukuku olduğu ihtimalde, temsilcinin, temsil olunan adına hareket etme iradesinin bulunması ve ismini açıkça belirtmese de, işlemi başkası adına ve hesabına yaptığını karşı tarafa bildirmesi halinde yapılan işlemde kaynaklanan hak ve yükümlülükler temsil olunana ait olur³⁶. Böyle bir du-

34 FERRARI, s. 63; HEUZE, s. 96-97; NEUMAYER/MING, s.50; ATAMER, “Uluslararası Uygulama Alanı”, s.558.

35 FERRARI, s.63-64, s. 81; ZEYTİN, s. 42; “*Précis de jurisprudence de la CNUDCI*”, paragraf 15.

36 OĞUZMAN - ÖZ, s. 167- 168.

rumda sözleşmenin tarafı temsilci değil temsil olunan taraf olduğundan, onun işyerinin farklı bir devlette olması halinde kural olarak Konvansiyon uygulanacak (m. 1/f.1); ancak sözleşmenin karşı tarafı temsil olunanın işyerinin farklı bir devlette olduğunu bilmiyor ve bilmesi gerekmiyorsa m. 1/f.2 uyarınca Konvansiyon uygulanmayacaktır.

Tarafların işyerlerinin farklı devletlerde olması halinde kural olarak Konvansiyon uygulanacağından, Konvansiyon'un uygulanmaması gerektiğini ileri süren tarafın bunun gerekçelerini ortaya koyması³⁷; bunun için de karşı tarafın, işyerinin bulunduğu ülke hakkında kendisine bilgi vermediğini³⁸, sözleşmenin müzakeresi sürecinden de bu bilgiyi edinmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi gerekmektedir.

B- KONVANSİYON'UN YÜRÜRLÜKTE OLDUĞU DEVLETLER İLE BAĞLANTIYI SAĞLAYACAK UNSURLAR BULUNMALI

Konvansiyon m. 1/f. 1 hükmüne göre, sadece tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunması onun uygulanmasını sağlamak için yeterli değildir. Bunun yanında sözleşmenin, Konvansiyon'un yürürlükte olduğu devletler ile bağlantısını sağlayacak iki unsurdan birinin varlığı da gerekmektedir: Tarafların işyerlerinin bulunduğu devletlerin Konvansiyona taraf devletler olması veya kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukukun Konvansiyona taraf bir devletin hukuku olması.

1- Tarafların İşyerlerinin Bulunduğu Devletlerin Konvansiyon'a Taraf Olması

Konvansiyon'un yürürlükte olduğu devletlerin hukuk sistemleri ile bağlantıyı sağlayacak ilk ihtimal, tarafların işyerlerinin bulunduğu devletlerin Konvansiyon'a taraf olmasıdır. Buna göre, tarafların işyerlerinin bulunduğu devletlerin ikisi de Konvansiyon'a taraf ise (m. 1/f.1,a), Konvansiyon hükümleri uygulama alanı bulur.

Bu koşul, Konvansiyon'un uygulanabileceğinin tarafların öngörüsü içinde kalmasını sağlamak için kabul edilmiştir. Gerçekten de, tarafların işyerlerinin farklı devletlerde bulunduğu tüm satım sözleşmelerine, bu devletler Konvansiyona taraf olmasalar dahi Konvansiyon'un uygulanacağı kabul edilse idi, tarafların (işyerlerinin bulunduğu devlette yürürlükte olmadığı için)

37 TOKER, s. 54; ATAMER, "Satıcının Yükümlülükleri", s.50.

38 HEUZE, s.97; ZEYTİN, s. 44; "Précis de jurisprudence de la CNUDCI", paragraf 15.

uygulanabileceği konusunda en küçük bir öngörüye dahi sahip olmayacakları bir metin sözleşmeye uygulanmak durumunda kalacaktır³⁹.

Konvansiyon'un bu hükmü, sadece Konvansiyon'a taraf devletlerin hâkimlerini bağladığından, uyuşmazlığın âkit olmayan bir devlet mahkemesinde çözümlenmek istenmesi halinde, bu hükümle bağlı olmayan hâkim, Konvansiyon'u uygulamayacak⁴⁰, onun yerine kendi kanunlar ihtilafı kurallarının gösterdiği hukuku uygulayacaktır⁴¹.

Tarafların işyerlerinin âkit devletlerde bulunması ve uyuşmazlığın âkit bir devlet mahkemesinde görülmesi halinde, mahkeme, herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına başvurmadan⁴² Konvansiyon hükümleri çerçevesinde uyuşmazlığı çözümleyecektir⁴³. Bu şekilde Konvansiyon'un, m. 1/f. 1, a uyarınca, *lex forin*in kanunlar ihtilafı kurallarına gerek kalmaksızın uygulanması, doktrinde, *doğrudan* (*direct/immediate*) veya *otonom* (*autonomous*) uygulanma olarak ifade edilmektedir⁴⁴. Bu uygulamada, *lex forin*in kanunlar ihtilafı

39 Nitekim Viyana Konvansiyonu'ndan önce uluslararası mal satım sözleşmeleri hakkında uygulanacak hükümleri belirleyen 1964 La Haye Konvansiyonu'nun uygulanabilmesi için, sadece tarafların işyerlerinin farklı devletlerde olması yeterli görülmekte idi (Bu konuda bkz. TİRYAKİOĞLU, “*Uygulanacak Hukuk*”, s. 98-100). Doktrinde, bu durumun, tarafların her ikisinin de işyerinin bulunduğu devletlerin Konvansiyona taraf olmaması halinde, sözleşmenin, tarafların bilmedikleri ve onların hukuk sistemlerine tamamen yabancı bir metne tâbi olmasına yol açabileceği; Viyana Konvansiyonu'nda, tarafların işyerlerinin bulunduğu devletlerin âkit olması aranmak suretiyle bu olumsuzluğun kısmen giderildiği ifade edilmektedir (SCHLECHTRIEM, “*Requirements of Application*”, s. 782).

40 TİRYAKİOĞLU, “*Uygulanacak Hukuk*”, s. 107; TİRYAKİOĞLU, “*Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları*”, s.195.

41 TOKER, s.42; KADNER GRAZIANO, s. 168; TİRYAKİOĞLU, “*Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları*”, s.195. Tabii ki bu hukukun âkit bir devlet hukuku olması halinde (ki özellikle, kanunlar ihtilafı kuralının, alıcı veya satıcının işyeri kriterini kullandığı durumlarda bu ihtimal söz konusu olacaktır) hâkim Konvansiyon m. 1/f.1,b bendi uyarınca, bu hukukun bir parçası olarak Viyana Konvansiyonu'nu uygulayabilecektir (BELL, s. 247; TİRYAKİOĞLU, “*Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları*”, s. 202). Konvansiyon m. 1/f.1,b hükmünün âkit olmayan devlet mahkemeleri tarafından da uygulanabileceği hakkında bkz. aşağıda, “2. Kanunlar İhtilafı Kuralları Âkit Bir Devletin Hukukuna Yetki Vermeli” başlığı altında yapılan açıklamalar.

42 MISTELIS, s. 13, s. 16; FERRARI, s.80; TOKER, s.42; KADNER GRAZIANO, s. 166; WITZ, “*Les premières applications*”, s. 24; TİRYAKİOĞLU, “*Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları*”, s. 198; ZEYTİN, s. 37, s. 38; BELL, s. 247.

43 Konvansiyona taraf çeşitli ülke mahkemelerinin Konvansiyonu herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına başvurmaksızın uyguladığına dair örnekler için bkz. “*Précis de jurisprudence de la CNUDCI*”, paragraf 2, paragraf 16.

44 FERRARI, s. 51 (dipnot 34 ve 35’de atıf yapılan eserler) ve s. 73 (dipnot 130’da atıf yapı-

kurallarının herhangi bir rolü bulunmadığından⁴⁵, bu kurallar Konvansiyona taraf olmayan bir devletin hukukuna yetki tanısa bile, Konvansiyon yine de uygulanacaktır⁴⁶.

Türk Hukuku açısından durumu bir örnek ile açıklamak yerinde olacaktır: İşyeri Türkiye’de bulunan satıcı ile işyeri Fransa’da olan alıcı arasındaki satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın Türk mahkemesine intikal etmesi halinde, her iki ülke de Konvansiyon’a taraf olduğundan, mahkemenin MÖHUK hükümlerine (m. 24) başvurarak uygulanacak hukuku araştırmasına gerek bulunmamakta, doğrudan Konvansiyon hükümlerine göre uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekmektedir. Hatta MÖHUK uyarınca uygulanacak hukuk, âkit olmayan bir devletin hukuku olsa dahi, mahkemenin Konvansiyonu uygulaması gerekmektedir.

Konvansiyon m. 1/f.1.a hükmü, bazı yazarlarca Konvansiyon’un uygulama alanını belirleyen *tek taraflı bir kanunlar ihtilafı kuralı* olarak kabul edilmekte⁴⁷; ancak aksi yönde görüşler, bu kuralın bir kanunlar ihtilafı kuralı olmadığını, sadece Konvansiyon’un uygulanabilmesi için gereken koşulları belirleyen bir kural olduğunu kabul etmektedir⁴⁸.

Kanaatimizce kanunlar ihtilafı kurallarının tanımı çerçevesinde ikinci görüşün daha yerinde olduğunu söylemek mümkündür. Gerçekten de, kanunlar ihtilafı kuralı, birden fazla ülke ile bağlantılı uyuşmazlıklarda bu ülkelerden hangisinin hukukunun uygulanacağını gösterir. İstisnai nitelik taşıyan tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralları ise, sadece hangi hallerde hâkimin hukukunun (*lex fori*) uygulanacağını gösterir. Konvansiyon’un bir hukuk sistemi oluştur-

lan eserler), s. 80; NEUMAYER/MING, s. 42; ATAMER, “*Satıcının Yükümlülükleri*”, s.51; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 285; ZEYTİN, s. 39; “*Précis de jurisprudence de la CNUDCP*”, paragraf 17.

45 Bu ihtimalde, *lex forin*in kanunlar ihtilafı kuralları ancak, Konvansiyon’un uygulama alanı dışında kalan konularda uygulanacak hukuku belirlemek açısından dikkate alınacaktır (SCHLECHTRIEM, “*Requirements of Application*”, s. 784; KADNER GRAZIANO, s. 167; NEUMAYER/MING, s.42; TARMAN, s.178).

46 MISTELIS, s. 24; TOKER, s.44; “*Précis de jurisprudence de la CNUDCP*”, paragraf 18. Bu ihtimalde Konvansiyon’un uygulanması ancak, uyuşmazlığın *âkit olmayan* bir devlet mahkemesinde görülmesi ve bu devletin kanunlar ihtilafı kurallarına göre sözleşmeye uygulanacak hukukun *âkit olmayan* bir devlet hukuku olması durumunda bertaraf edilmiş olacaktır (MISTELIS, s. 24; TOKER, s.45).

47 SCHLECHTRIEM, “*Requirements of Application*”, s. 784; MISTELIS, s. 13, s. 16; BELL, s. 244; YALÇINTAŞ, s. 6.

48 TOKER, s.41, dipnot 111’de atıf yapılan yazarlar; KADNER GRAZIANO, s. 167.

madığını, sadece taraf devletlerin hukuk sistemlerinin parçası haline gelmiş bir hukuki metin olduğunu göz önüne aldığımızda, bu hükmün bir kanunlar ihtilafı kuralı olarak nitelendirilmesinin yerinde olmadığı sonucuna ulaşmak gerekmektedir⁴⁹. Kaldı ki, tek taraflı kanunlar ihtilafı kuralları, *lex fori*ye özgü gerekçelerle sadece onun uygulama alanını belirlemektedir. Oysa Konvansiyon açısından *lex fori*, davanın açıldığı ülkeye göre değişmekte, bu nedenle belirli bir devlete özgü gerekçelerden bahsetmek mümkün olmamakta; Konvansiyon'un yürürlükte olduğu tüm âkit devlet mahkemeleri, m. 1/f.1, a hükmü çerçevesinde Konvansiyon'u uygulama yükümlülüğü altında bulunmaktadır.

Konvansiyon'un m. 1, f.1, a bendi uyarınca uygulanabilmesi için, satım sözleşmesinin, tarafların işyerlerinin bulunduğu devletlerde Konvansiyon'un yürürlüğe girmesinden sonraki bir tarihte kurulmuş olması gerekmektedir (m. 100/f.2). Dolayısıyla işyeri Türkiye'de bulunan taraflar açısından Konvansiyon, diğer tarafın işyerinin bulunduğu ülkede daha önceki bir tarihte yürürlüğe girmiş olmak kaydıyla, 1 Ağustos 2011 tarihinden sonra kurulan satım sözleşmelerine uygulanacaktır. Eğer Konvansiyon, karşı tarafın işyerinin bulunduğu devlette, daha sonraki bir tarihte yürürlüğe girmişse, sözleşmenin bu tarihten sonra kurulmuş olması gerekmektedir.

Diğer yandan, Konvansiyon'un II. Bölümünde yer alan, satım sözleşmesinin kuruluşuna ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, icabın yapıldığı tarihte, tarafların işyerlerinin bulunduğu devletlerin âkit olmaları gerekmektedir (m. 100/f.1). Konvansiyon bu devletlerden hangisinde daha sonra yürürlüğe girmişse, icabın o tarihten sonra yapılmış olması gerekmektedir⁵⁰.

2- Kanunlar İhtilafı Kuralları Âkit Bir Devletin Hukukuna Yetki Vermeli

Taraflardan birinin veya her ikisinin de işyer(ler)inin âkit olmayan devletlerde bulunması halinde, Konvansiyon'un, m. 1/f.1,a uyarınca uygulanması mümkün değildir. Bu durumda, eğer koşulları varsa, m. 1/f.1,b uyarınca Konvansiyon yine de uygulanabilir. Bunun için *lex fori*nin kanunlar ihtilafı kuralları⁵¹ gereğince uygulanacak hukukun, âkit bir devletin hukuku olması gerekmektedir.

⁴⁹ Aynı yönde TİRYAKİOĞLU, “Uygulanacak Hukuk”, s. 107.

⁵⁰ HEUZE, s. 110.

⁵¹ Konvansiyon, herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına yer vermediğinden, Konvansiyonda bahsedilen “kanunlar ihtilafı kuralları”, hâkimin hukukunda (forum) yer alan kurallardır (FER-RARI, s.58; KADNER GRAZIANO, s. 167, dipnot 5).

Buna göre, örneğin, işyeri Türkiye’de bulunan satıcı ile işyeri İngiltere’de bulunan alıcı arasındaki satım sözleşmesine, İngiltere Konvansiyon’a taraf olmadığından, m. 1/f.1, a hükmü çerçevesinde Konvansiyon’un uygulanması mümkün olmayacaktır. Ancak, bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın görüldüğü devletin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuk, Konvansiyon’a taraf devletlerden birinin hukuku ise, Konvansiyon, bu sefer söz konusu m. 1/f.1, b uyarınca uygulama alanı bulacaktır.

Konvansiyon’un bu şekilde uygulanması, *lex forin*in kanunlar ihtilafı kurallarına başvurulmasını gerektirdiğinden⁵², doktrinde *dolaylı* (*indirect*) uygulanma olarak ifade edilmektedir⁵³.

Bir yandan, Konvansiyon’un uygulama alanını genişlettiği için yerinde görülen bu hüküm⁵⁴, diğer yandan, Konvansiyon’un uygulanıp uygulanmamasını *lex forin*in kanunlar ihtilafı kurallarına bağlı kılmak suretiyle *forum shoppinge* yol açacağı yönünde eleştirilere maruz kalmaktadır⁵⁵. Gerçekten de, Konvansiyon’un uygulanması, *lex forin*in kanunlar ihtilafı kuralının âkit bir devletin hukukuna yetki tanımasına bağlı olduğundan, davacı davasını açacağı ülkeyi belirlerken bu hususu da göz önünde bulunduracaktır.

*Lex forin*in sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralları, MÖHUK m. 24/f. 1 hükmünde olduğu gibi, uygulanacak hukuku seçme imkânı tanıyorsa ve taraflar âkit bir devletin hukukunu seçmişlerse, taraflardan birinin veya her ikisinin de işyeri âkit olmayan devlette bulunsa bile, Konvansiyon, seçilen hukukun bir parçası olarak uygulama alanı bulacaktır⁵⁶.

Nitekim Düsseldorf Mahkemesi, 1993 yılında (Almanya Konvansiyon’a

52 MISTELIS, s. 13; SCHLECHTRIEM, “Requirements of Application”, s.784; TİRYAKİOĞLU, “Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları”, s. 198.

53 FERRARI, s. 74; MISTELIS, s. 17-18.

54 HEUZE, s. 104; TİRYAKİOĞLU, “Uygulanacak Hukuk”, s.109; TİRYAKİOĞLU, “Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları”, s. 195; ERDEM, “Viyana Satım Sözleşmesi”, s.46; BELL, s. 247.

55 TİRYAKİOĞLU, “Uygulanacak Hukuk”, s. 110; NEUMAYER/MING, s.44.

56 ATAMER, “Satıcının Yükümlülükleri”, s.62; MISTELIS, s.15, s. 24; FERRARI, s.77; TOKER, s. 50; AYOĞLU, s. 181; bkz. SCHLECHTRIEM, “Requirements of Application”, s. 785.

Doktrinde eleştirilen bir İtalyan mahkeme kararında, İtalyan satıcı ile İsviçreli alıcı arasındaki satım sözleşmesinde yer alan İtalyan hukukunun uygulanacağına dair hükümden hareketle Viyana Konvansiyonu uygulanmamış; gerekçe olarak, Konvansiyon m. 1/ f.1, b hükmünün, uygulanacak hukukun taraflarca seçildiği hallerde uygulanmayacağı belirtilmiştir (WITZ, “Les premières applications”, s. 25-26).

taraf olmasına rağmen Türkiye'nin taraf olmadığı dönem) verdiği bir kararda, Türk satıcı ile Alman alıcı arasındaki sözleşmeye, sözleşmede Alman Hukuku seçildiği için Konvansiyon'u uygulamıştır⁵⁷.

Ancak doktrinde, Konvansiyon'un uygulama alanına girmeyen bir sözleşmede, tarafların âkit bir devletin hukukunu seçmelerini, taraf iradelerinin net bir şekilde ortaya konulmadığı durumlarda (tereddüt halinde) onların Konvansiyon'un değil, seçtikleri hukukun iç hukuk hükümlerinin uygulanmasını istedikleri şeklinde yorumlayan görüşler de bulunmaktadır⁵⁸. Bu yazarlara göre, tarafların iradesi Konvansiyon'un uygulanması yönünde olsa idi, bunu açık bir şekilde ifade edebilirlerdi. Yazarlar, Konvansiyon'un uygulama alanını mümkün olduğu kadar genişletme ve tarafların iradelerini de bu amaç doğrultusunda yorumlama eğilimini benimsememekte ve bu yorumun taraf iradesine aykırı sonuçlara yol açabileceğini, bu iradenin her somut olayda, Konvansiyon m. 8 uyarınca belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedirler⁵⁹.

Hukuk seçimi yapılmayan durumlarda, Konvansiyon'un m. 1/f.1,b uyarınca uygulanabilmesi için, MÖHUK m. 24/f. 4 çerçevesinde uygulanması gereken hukukun âkit bir devlet hukuku olması gerekmektedir. Bu madde, uygulanacak hukuku, en sıkı bağlantı kriterine göre belirlemekte ve bu bağlantının kural olarak karakteristik edim borçlusunun işyeri /mutat meskeni ile sağlanacağını kabul etmektedir. Satım sözleşmelerinde karakteristik edim borçlusu satıcı olduğundan, uygulanacak hukuk, satıcının işyerinin bulunduğu ülke hukuku olacak; bu hukukun Konvansiyon'a taraf bir devletin hukuku olması halinde Konvansiyon bu hukukun bir parçası olarak uygulanacaktır⁶⁰.

Alıcının işyerinin de âkit bir devlette olması halinde Konvansiyon zaten m. 1/f.1,a uyarınca uygulanacağından, b bendi uyarınca Konvansiyon'un uygulanabilmesi için, alıcının işyerinin âkit olmayan bir devletin ülkesinde

57 OLG Düsseldorf, 8 January 1993, <http://cisgw.law.pace.edu/cases/930108gl.html>. Alman mahkemelerinin uygulamalarının bu yönde olduğu hakkında ayrıca bkz. SCHLECHTRIEM, "Uniform Sales Law", s.5; WITZ, "Les premières applications", s.44. Benzer yönde kararlar için bkz. "Précis de jurisprudence de la CNUDCI", paragraf 8, dipnot 22.

58 NEUMAYER/MING, s.90.

59 NEUMAYER/MING, s.91.

60 Konvansiyon'un bu hüküm çerçevesinde âkit olmayan devlet mahkemeleri tarafından uygulanmasına dair örnekler için bkz. "Précis de jurisprudence de la CNUDCI", paragraf 24, dipnot 68. Almanya'nın henüz Konvansiyona taraf olmadığı, ancak İtalya ve Fransa'nın taraf olduğu dönemde, Alman mahkemelerinin, Fransız veya İtalyan Hukukunun sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak ortaya çıktığı durumlarda, bu hukukların parçası olarak Konvansiyon'u uyguladıkları ifade edilmektedir (SCHLECHTRIEM, "Requirements of Application", s.783).

olması gerekmektedir. Dolayısıyla satıcının işyerinin âkit bir devlette, alıcının işyerinin ise âkit olmayan bir devlette bulunduğu durumlarda, Konvansiyon, MÖHUK m. 24/f.4'de yer alan objektif kriter uyarınca uygulama alanı bulabilecek, satıcının işyerinin de âkit olmayan bir devletin ülkesinde olması halinde Konvansiyon uygulanamayacaktır.

Satıcının işyerinin birden fazla olması halinde MÖHUK m. 24/f.4 uyarınca sözleşme ile en yakın bağlantılı işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Viyana Konvansiyonu m. 10 uyarınca Konvansiyon'un uygulama alanını belirlemek için de aynı işyeri esas alındığından bu açıdan bir paralellik söz konusu olacaktır. Bu nedenle, örneğin satıcının biri âkit, diğeri âkit olmayan devlette olmak üzere iki işyeri varsa, Konvansiyon'un uygulama alanını belirlemek için bu işyerlerinden sözleşme ile en sıkı ilişkili olan esas alınacaktır. Bu işyerinin âkit devletteki işyeri olması halinde, eğer alıcının işyeri de diğer bir âkit devlette ise Konvansiyon, m. 1/f.1,a bendi uyarınca uygulanacaktır. Eğer alıcının işyeri âkit olmayan bir devlette ise, Konvansiyon, m. 1/f.1,b uyarınca yine de uygulanacaktır; zira MÖHUK m. 24/f. 4 uyarınca dikkate alınması gereken en sıkı bağlantılı işyeri, Konvansiyon m. 10 uyarınca da belirlenmiş olan, âkit devlette bulunan işyeridir.

Konvansiyon m. 1/f.1, b hükmü, Konvansiyon hükümlerinin, âkit olmayan devletlerin mahkemeleri tarafından da uygulanmasına imkân tanımaktadır⁶¹. Zira âkit olmayan bir devletin kanunlar ihtilafı kuralı, Konvansiyon'u iç hukukuna dâhil etmiş âkit bir devletin hukukuna yetki tanır, Konvansiyon, bu hukukun iç hukuk ilişkileri için konulmuş olan kurallarına nazaran *lex specialis* olarak uygulanacaktır⁶². Gerçekten de, yukarıda örnek verdiğimiz İngiltere'de ve Türkiye'de işyeri bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın, İngiliz mahkemelerinde görülmesi ve İngiliz kanunlar ihtilafı kuralı uyarınca da uygulanacak hukukun Türk Hukuku olması ihtimalinde İngiliz hâkimin, Türk Borçlar Kanunu veya Türk Ticaret Kanunu'ndaki satım sözleşmelerine ilişkin hükümler yerine, uluslararası nitelikli satım sözleşmelerini düzenlediği için, bu hükümlere nazaran özel hüküm (*lex specialis*) niteliği taşıyan Konvansiyon hükümlerini uygulaması gerekecektir.

61 TOKER, s.45; NEUMAYER/MING, s. 43; ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 286, dipnot 412; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 352-353; YALÇINTAŞ, s. 8; ERDEM, "Viyana Satım Sözleşmesi", s.46. Âkit olmayan devlet mahkemelerinin Konvansiyon'un bu hükmü çerçevesinde Konvansiyon hükümlerini uygulamak zorunda olup olmadıkları hakkında doktrinde ileri sürülen farklı görüşler için bkz. KADNER GRAZIANO, s. 168-177.

62 KADNER GRAZIANO, s. 178; NEUMAYER/MING, s.44.

Atıf teorisinin dikkate alınıp alınmayacağı ve alınacaksa atfın hangi derecede kesileceği sorunu *lex fori*ye göre çözümlenir⁶³. Dolayısıyla, eğer *lex fori* atıf teorisini benimsiyorsa, *lex fori*nin kanunlar ihtilafı kurallarının gönderdiği hukukun değil, bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının yetki tanıdığı hukukun Konvansiyona taraf bir devletin hukuku olması gerekecektir⁶⁴. Ancak doktrinde, davanın, âkit bir devletin mahkemesinde açılması ve bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarının âkit bir devletin hukukuna yetki tanınması halinde, atıf teorisi kabul edilse dahi, Konvansiyon'un uygulanmasında yeknesaklığı bozacağı gerekçesiyle, atıf teorisi dikkate alınmadan Konvansiyon'un uygulanması gerektiği; davanın âkit olmayan bir devletin mahkemesinde açılması halinde ise, atıf teorisinin dikkate alınabileceği yönünde değerlendirmeler de bulunmaktadır⁶⁵.

Türk Hukukunda, MÖHUK m. 2/f.3, atıf teorisini sadece şahsın hukuku ve aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda kabul ettiğinden, satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda bu teori uygulama alanı bulamayacaktır. Diğer yandan aynı maddenin 4.fıkrasında hukuk seçimi yapılan hallerde atıf teorisinin uygulanmayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Dolayısıyla, ister taraflar âkit bir devlet hukukunu seçmiş olsunlar, isterse MÖHUK m. 24/f.4'de yer alan objektif kriter uyarınca uygulanması gereken hukuk âkit bir devletin hukuku olsun, Türk hakimi, bu hukukun kanunlar ihtilafı kurallarına başvurmadan Konvansiyon hükümlerini uygulayacaktır.

Konvansiyon'un zaman bakımından uygulanmasında, bu şekilde kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili kılınan hukuk sistemi açısından Konvansiyon'un yürürlüğe girdiği tarih önem taşımakta, bu tarihten sonra kurulan satım sözleşmeleri açısından Konvansiyon'un uygulanması mümkün olmaktadır (m. 100/f.2).

Konvansiyon'un, *lex fori*nin kanunlar ihtilafı kuralları aracılığıyla uygulanmasına imkân tanıyan m. 1/f.1,b hükmü, hazırlık çalışmaları esnasında bazı devletlerin eleştirisine maruz kalmış ve Konvansiyon metninden çıkarılması önerilmiştir. Ancak bu öneriler nihai metinde kabul edilmemiş⁶⁶; bunun üzerine Konvansiyon'un 95. maddesi ile taraf devletlere, bir çekince koymak

63 NEUMAYER/MING, s.45; “*Précis de jurisprudence de la CNUDCI*”, paragraf 20.

64 NEUMAYER/MING, s.45.

65 TİRYAKİOĞLU, “*Uygulanacak Hukuk*”, s. 109-110; TİRYAKİOĞLU, “*Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları*”, s. 196-197.

66 SCHLECHTRIEM, “*Uniform Sales Law*”, s. 5; SCHLECHTRIEM, “*Requirements of Application*”, s. 783; TİRYAKİOĞLU, “*Uygulanacak Hukuk*”, s. 111; TİRYAKİOĞLU, “*Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları*”, s.199; TOKER, s. 65; NEUMAYER/MING, s. 46.

suretiyle bu madde ile bağlı olmayacağını beyan etme imkânı tanınmıştır⁶⁷. Buna göre,

“Her devlet, onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesini tevdi ederken, Konvansiyon’un 1.maddesinin 1.paragrafının b bendi ile bağlı olmayacağını beyan edebilir.”

Konvansiyon’un UNCITRAL tarafından yapılan yorumunda, bu çekinceyi kullanan devletlerin, Konvansiyon’u sadece m. 1/f.1,a bendinde öngörülen ihtimalde uygulayacakları, b bendinde öngörülen ihtimalde, yani kanunlar ihtilafı kurallarının âkit bir devlet hukukuna yetki verdiği durumlarda uygulamayacakları ifade edilmektedir⁶⁸.

Çekincenin kapsamı konusunda doktrinde iki farklı eğilim bulunmaktadır. Çekincenin kapsamını resmi yoruma göre daha dar yorumlayan yazarlara göre, çekincenin öngörülme amacı, bu çekinceyi koyan devlet mahkemelelerine, kanunlar ihtilafı kurallarının sadece kendi hukuklarının uygulanmasını öngördüğü ihtimalde, bu hukukun parçası olarak Konvansiyonu uygulamama konusunda yetki tanınmasıdır⁶⁹. Bu görüşte olan yazarlara göre kanunlar ihtilafı kuralının *lex fori* dışında diğer bir âkit devlet hukukuna yetki tanıdığı durumlarda mahkeme yine Konvansiyonu uygulayacaktır.

Doktrinde, çekincenin kapsamını çok genişleterek yorumlayan ve Konvansiyon m. 1/f.1, b uyarınca tespit edilen hukukun çekince koyan bir dev-

67 Ermenistan, Çin, Çek Cumhuriyeti, Saint Vincent and Grenadines, Singapur, Slovakya, ABD bu çekinceyi kullanmıştır. Almanya ise, be çekinceyi kullanan devletler açısından söz konusu maddeyi uygulamayacağını beyan etmiştir (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, erişim: 13.03.2013).

68 “..La Convention s’applique aux contrats de vente de marchandises conclus entre des parties ayant leur établissement dans des États différents lorsque ces États sont des États contractants, ou lorsque les règles du droit international privé mènent à l’application de la loi d’un État contractant. Quelques États ont fait usage de l’article 95 qui les autorise à déclarer qu’ils appliqueront la Convention dans le premier cas et non dans le deuxième..” Note explicative du secrétariat de la CNUDCI sur la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, s.37, <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/sales/cisg/V1056998-CISG-f.pdf>.

Çekincenin yorumunda çoğunluk görüşünün bu yönde olduğuna dair bkz. ATAMER, “Uluslararası Uygulama Alanı”, s.565. Çekincenin bu şekilde uygulanmasının eleştirisi için bkz. TİRYAKİOĞLU, “Uygulanacak Hukuk”, s.111; TİRYAKİOĞLU, “Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları”, s. 199- 200; ATAMER, “Satıcının Yükümlülükleri”, s.51; KADNER GRAZIANO, s. 170; NEUMAYER/MING, s.46.

69 TİRYAKİOĞLU, “Uygulanacak Hukuk”, s.111; TİRYAKİOĞLU, “Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları”, s. 199-200; ATAMER, “Uluslararası Uygulama Alanı”, s.564.

letin hukuku olması halinde dahi Konvansiyon'un değil, söz konusu hukukta yer alan diğer kuralların uygulanması gerektiğini ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. Bu çerçevede görüş beyan eden NEUMAYER/ MING'e göre, çekince koymayan bir devletin kanunlar ihtilafı kurallarının çekince koyan bir devletin hukukuna yetki tanınması halinde Konvansiyon değil, söz konusu devletin iç hukuk kuralları uygulanmalıdır. Yazarlar, bu görüşlerinin gerekçesi olarak, *lex causae* içinde hangi kuralların uygulanacağına *lex forin* değil bizzat bu hukukun karar vereceğini; Konvansiyon'un, çekinceler dâhil olmak üzere âkit devletlerin hukuk sistemlerinin parçasını oluşturduğunu, çekince koyan devlet mahkemelerinin Konvansiyonu uygulamadığı durumlarda, diğer âkit devlet mahkemelerinin uygulamasının, Konvansiyon'un yeknesak bir şekilde uygulanmasına engel olacağını ileri sürmektedirler⁷⁰. Benzer şekilde SCHLECHTRIEM de, 95.maddedeki çekincenin, Konvansiyon m. 1/f.1,b'de yer alan "âkit devlet" kavramını sınırladığını, kanunlar ihtilafı kuralları, bu çekinceyi koyan bir devletin hukukuna yetki tanıdığı durumlarda, mahkemenin Konvansiyonu değil, çekinceyi koyan devletin iç hukuk kurallarını uygulaması gerektiğini ileri sürmektedir⁷¹. Türk doktrininde de, Konvansiyon m. 1/f.1,b uyarınca uygulanacak hukukun, çekince koymuş bir devletin hukuku olması halinde, Konvansiyon'un değil, yetkili kılınan hukukun Konvansiyon dışında kalan hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır⁷².

Kanaatimizce, Konvansiyon'un 95. maddesi ile öngörülen çekinceyi konuluş amacına uygun olarak, sadece bu çekinceyi kullanmış olan devlet mahkemelerinde açılan davalarda, uygulanacak hukukun âkit bir devlet hukuku olması halinde Konvansiyon yerine söz konusu devletin iç hukuk hükümlerinin uygulanacağı şeklinde yorumlamak daha yerinde olacaktır. Aksi takdirde, çekinceye izin verilmesini, Konvansiyon'un uygulama alanını daralttığı, iç hukukların uygulanabilirliğini artırdığı⁷³, böylece bizzat Konvansiyon'un amacı olan satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacına aykırı sonuçlara yol açtığı⁷⁴ gerekçeleriyle eleştiren görüşlerin haklılık payı daha da artacaktır.

70 NEUMAYER/MING, s.48; ATAMER, "Uluslararası Uygulama Alanı", s. 551-568, s.563'de bahsedilen görüşler.

71 SCHLECHTRIEM, "Uniform Sales Law", s. 5. Aynı yönde bkz. ŞANLI/ESEN/ATAMAN-FİGANMEŞE, s. 286.

72 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 347.

73 BELL, s. 248.

74 ATAMER, "Satıcının Yükümlülükleri", s.53.

Türkiye Cumhuriyeti Konvansiyon'u herhangi bir çekince koymaksızın imzaladığından, Türk mahkemelerinde görülen davalarda bu çekincenin uygulanması ile ilgili bir sorun yaşanmayacaktır. MÖHUK m. 24 uyarınca uygulanması gereken hukukun, bu çekinceyi kullanan bir devletin hukuku olması da kanaatimizce Konvansiyon'un uygulanmasını engellemeyecektir. Bu son ihtimal sadece uyuşmazlığın Alman mahkemelerinde görülmesi durumunda ortaya çıkabilecektir. Zira Almanya, bu çekinceyi kullanan devletler açısından söz konusu maddeyi uygulamayacağını beyan etmiş⁷⁵, Konvansiyon'un uygulanmasına dair Kanun'a da (BGB1 1989 II, p. 586), kanunlar ihtilafı kurallarının çekince koyan bir devletin hukukuna yetki verdiği durumda, m. 1/1,b'nin uygulanmaması gerektiğine dair hüküm koymuştur⁷⁶.

Bu konuda son olarak şu hususu da belirtmek gerekir ki, doktrinde, söz konusu çekincenin âkit olmayan devlet mahkemelerini de bağlayacağı ve bu devletlerin de, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukukun söz konusu çekinceyi koymuş olan bir devletin hukuku olması halinde Konvansiyon'u uygulamayacakları ileri sürülmektedir⁷⁷. Kanaatimizce, m. 95 hükmü uyarınca konulan çekincenin âkit olmayan devletleri de bağladığını kabul etmek, çekincenin amacına aykırı olarak Konvansiyon'un uygulama alanının çok daraltılmasına yol açar. Bu yüzden uyuşmazlığın âkit olmayan bir devlet mahkemesinde görülmesi halinde, kanunlar ihtilafı kuralları bu çekinceyi koymuş olan bir devletin hukukuna yetki tanısa dahi, hâkimin Konvansiyonu uygulayabileceği kabul edilmelidir⁷⁸.

⁷⁵ Beyan metni için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, (erişim: 13.03.2013).

⁷⁶ NEUMAYER/MING, s. 48'den naklen.

⁷⁷ KADNER GRAZIANO, s. 177, s. 181; ERDEM, "Viyana Satım Sözleşmesi", s.48; TARMAN, s. 179; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 347. HEUZE, bu görüşünün gerekçesi olarak, çekincenin, davanın açıldığı ülkeye göre uygulanıp uygulanmamasının *forum shoppinge* yol açacağını; Konvansiyon'un m. 1/b uyarınca uygulanmasının, bu şekilde belirlenen *lex contractus*tan kaynaklanabileceğini, dolayısıyla *lex contractus* Konvansiyon'un sadece m. 1/a uyarınca uygulanacağını beyan etmişse, hâkimin bu sınırlamaya uyması gerektiğini ileri sürmektedir (HEUZE, s.108). Çekincenin kapsamına dair doktrindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TOKER, s. 67-73.

⁷⁸ Aynı yönde, AYOĞLU, s. 183.

C- TARAFLAR KONVANSİYON' UN UYGULANMASINI BERTARAF ETMEMİŞ OLMALI

Konvansiyon'un 6.maddesinde, satım sözleşmesinin taraflarının Konvansiyon'un uygulanmayacağını kararlaştırabilecekleri veya 12.madde saklı kalmak kaydıyla⁷⁹, bazı hükümlerini bertaraf edebilecekleri veya sonuçlarını değiştirebilecekleri kabul edilmiştir. Sözleşmeler hukukuna hâkim olan irade serbestisi ilkesinin bir yansıması olan⁸⁰ ve bizzat Konvansiyon hükümlerinin emredici nitelik taşımadığını gösteren⁸¹ bu hüküm, taraflara, sözleşmelerini ihtiyaçlarına uygun olarak şekillendirme konusunda azami özgürlük sağladığı için yerinde görülmektedir⁸².

Bu hüküm ile taraflara, 1.madde çerçevesinde Konvansiyon'un uygulama alanına giren, dolayısıyla kural olarak Konvansiyon hükümlerine tâbi olması gereken bir sözleşme ilişkisine, bu hükümlerin uygulanmamasını sağlama imkânı tanınmaktadır.

Konvansiyon'un uygulanmayacağına dair anlaşma, sözleşmenin kurulması esnasında veya daha sonradan, hatta yargılama aşamasında dahi yapılabilir⁸³.

⁷⁹ Konvansiyon'un 12. maddesi, 11. madde, 29.madde veya ikinci bölümde yer alan ve satım sözleşmesinin kurulması, değiştirilmesi veya feshi için veya icap, kabul veya her türlü irade açıklaması için yazılı şekil dışında bir şekil şartına izin veren hükümlerin, taraflardan birinin işyerinin 96.maddeye göre çekince koymuş bir devlette olması halinde uygulanmayacağını öngörmektedir. Maddenin ikinci cümlesinde, tarafların bu hükme aykırı hareket edemeyecekleri belirtilmektedir.

Konvansiyon'un 96. maddesindeki çekinceyi kullanan devletler, Arjantin, Ermenistan, Belarus, Şili, Rusya Federasyonu, Macaristan, Litvanya, Paraguay ve Ukrayna'dır (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html). Dolayısıyla, satım sözleşmesinin taraflarından birinin işyerinin bu devletlerden birinde bulunması halinde, Konvansiyon'un, şekil serbestisi öngören m. 11, m. 29 ve ikinci bölümünde yer alan hükümleri uygulanmayacak; onun yerine, bu çekinceyi koyan devletin hukukunda yer alan şekil kuralları uygulanacaktır. Ancak, 12.maddenin uygulanabilmesi için, forum kanunlar ihtilafı kurallarına göre sözleşmenin şekli konusunda uygulanması gereken hukukun bu çekinceyi koyan bir devletin hukuku olması gerekir (FERRARI, s.114-115). Eğer kanunlar ihtilafı kuralları bu çekinceyi koymayan bir devletin hukukuna yetki tanırsa, taraflardan birinin işyeri, çekince koyan bir devlette olsa dahi, o devletin şekil kuralları uygulanmaz.

⁸⁰ FERRARI, s. 107-109; NEUMAYER/MING, s.83-84; TİRYAKİOĞLU, “*Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları*”, s. 202; ATAMER, “*Satıcının Yükümlülükleri*”, s.57; “*Précis de jurisprudence de la CNUDCI*”, paragraf 2.

⁸¹ NOMER, s. 344.

⁸² CASTELLANI, s. 4; ERDEM, “*Maddi Uygulama Alanı*”, s.125.

⁸³ NEUMAYER/MING, s.85.

Konvansiyon'un bertaraf edilmesine yönelik irade, açık veya üstü kapalı olarak ortaya konulabilir⁸⁴; ancak her halükarda bu iradenin tereddütsüz (net) bir şekilde ifade edilmesi gerekir⁸⁵. Tarafların bu yöndeki iradelerinin net bir şekilde ortaya konulmadığı durumlarda, Konvansiyon'un uygulanması lehine yorum yapılmalıdır⁸⁶. Zira Konvansiyon'un uygulanabilmesi için, 1.maddede öngörülen koşulların gerçekleşmesi yeterli olup ayrıca taraf iradelerinin bu yönde olmasına gerek yoktur. Taraf iradesi, uygulama alanına giren bir sözleşmesel ilişkide Konvansiyon'un uygulanmaması yönünde olursa dikkate alınır. Bu nedenle, bu iradenin net bir şekilde ortaya konulmadığı durumlarda Konvansiyon'un uygulanması lehine yorum yapılmalıdır.

Konvansiyon'un üstü kapalı olarak bertaraf edilip edilmediği, daha çok tarafların sözleşmeye belirli bir ülke hukukunun uygulanmasını kararlaştırdıkları ihtimalde tartışılmaktadır. Gerçekten de, acaba tarafların sözleşmelerine uygulanacak hukuku seçmeleri, onların üstü kapalı olarak Konvansiyon hükümlerini bertaraf ettikleri, Konvansiyon yerine seçtikleri hukukun hükümlerinin uygulanmasını istedikleri şeklinde yorumlanabilir mi?

Bu konuda, hukuku seçilen devletin âkit olup olmamasına göre farklı yorumlar ve değerlendirmeler bulunduğundan bu ayırım çerçevesinde konuyu incelemek uygun olacaktır.

84 HEUZE, s. 92; NEUMAYER/MING, s. 84-85; SCHLECHTRIEM, "Uniform Sales Law", s.11; ATAMER, "Saticının Yükümlülükleri", s.60. Konvansiyon'un hazırlık çalışmaları esnasında, bu hükme, Konvansiyon'un uygulanmasının *üstü kapalı* olarak da bertaraf edilebileceğine dair bir ifade konulduğu takdirde, mahkemelerin yetersiz birtakım gerekçelerle bu yönde değerlendirmede bulunabilecekleri düşüncesiyle bu yola başvurulmamış ; ancak bertaraf iradesinin mutlaka *açık* bir şekilde ifade edilmesi gerektiğine dair bir hükme de yer verilmemiştir ("Précis de jurisprudence de la CNUDCI", paragraf 6 ; ATAMER, "Uluslararası Uygulama Alanı", s. 551-568, s.559). Bazı mahkeme ve hakem kararlarında, Konvansiyon metninde bertaraf iradesinin üstü kapalı olarak ifade edilebileceğine dair açık bir hüküm olmadığından, bu iradenin mutlaka açıkça ortaya konulması gerektiği, üstü kapalı irade ile Konvansiyon'un uygulanmasının bertaraf edilemeyeceği kabul edilmiştir ("Précis de jurisprudence de la CNUDCI", paragraf 6, dipnot 14 ve 15'de atıf yapılan kararlar). Ancak bir çok ülke mahkemesi, Konvansiyon'un üstü kapalı irade ile de bertaraf edilebileceğine karar vermiştir ("Précis de jurisprudence de la CNUDCI", paragraf 6, dipnot 11'de atıf yapılan kararlar).

85 WITZ, "Les premières applications", s.44; WITZ, "Convention de Vienne", eserin tartışmalar bölümünde (s. 99-100) yapılan açıklamaları; NEUMAYER/MING, s.85; ATAMER, "Saticının Yükümlülükleri", s.60. Mahkemeler de, bu maddenin uygulanabilmesi için taraf iradelerinin açıkça Konvansiyon'un bertaraf edilmesi yönünde olmasını aramaktadırlar ("Précis de jurisprudence de la CNUDCI", paragraf 1).

86 WITZ, "Convention de Vienne", eserin tartışmalar bölümünde (s. 99-100) yapılan açıklamaları; WITZ, "Les premières applications", s.44; HEUZE, s. 93.

Doktrinde bazı yazarlar, âkit bir devlet hukukunun seçilmesini veya tarafların yargılama sırasında iddia ve savunmalarını bu hukuka dayandırmalarını tek başına Konvansiyon'un bertaraf edildiği şeklinde yorumlamamakta, Konvansiyon ile düzenlenmeyen konularda uygulanacak hukukun tespiti olarak kabul etmektedirler⁸⁷.

Özellikle tarafların her ikisinin de işyerinin âkit devletlerde olduğu ve uygulanacak hukuk olarak bu hukuklardan birini seçtikleri durumlarda, bu seçimin hukuk sisteminin tamamı düşünülerek yapılmış varsayılması, dolayısıyla o devlet açısından yürürlükte olan Konvansiyon'un da uygulanacağını dikkate alınmış olması gerektiği vurgulanmaktadır⁸⁸.

Ancak, bazı görüşler, zaten Konvansiyon'un uygulama alanına giren bir sözleşmede, âkit devletlerden birinin hukukunun seçilmesini, tereddüt halinde, Konvansiyon'un bertaraf edildiği ve seçilen hukukun iç hukuk hükümlerinin uygulanmasının arzu edildiği şeklinde yorumlamaktadır⁸⁹. Bu yazarlara göre, Konvansiyon'un uygulama alanına giren bir uyuşmazlıkta, âkit bir devlet hukukunun seçilmesi yönündeki işlemin gereksiz (anlamsız) olarak görülmemesi için, bu seçimin, Konvansiyon dışındaki hükümleri kapsayacak şekilde yorumlanması gerekir⁹⁰.

Konvansiyon'un uygulama alanına giren bir sözleşmesel ilişkide, tarafların âkit bir devletin hukukunu seçmiş olmalarına farklı anlamlar yüklenmesi, uygulamada da karşılaşılan bir durumdur.

Fransa'da, Yargıtay tarafından 2007 yılında verilen bir karara konu olan

87 MISTELIS, s. 17; NOMER, s. 344; ÇELİKEL/ERDEM, s. 353; WITZ, “*Convention de Vienne*”, s. 7-12 ve aynı eserin 99. sayfasında yer alan, tartışmalar bölümünde yaptığı açıklamalar; TARMAN, s.182.

88 WITZ, “*Convention de Vienne*”, eserin tartışmalar bölümünde (s. 100-101) yapılan açıklamaları; ZEYTİN, s.64; TIRYAKIOĞLU, “*Uygulama Alanı*”, s.115; ATAMER, “*Satıcının Yükümlülükleri*”, s.61; ATAMER, “*Uluslararası Uygulama Alanı*”, s. 551-568, s. 566; SCHLECHTRIEM, “*Requirements of Application*”, s. 784; ÖZSUNAY, s. 955.

89 NEUMAYER/MING, s.89- 90. Yazarlara göre, tarafların iradelerinin Konvansiyon'un bertaraf edilmesi yönünde olup olmadığı, onların iradelerinin m. 8/f.2 uyarınca yorumlanması ile ortaya konulmalıdır. ATAMER de, Konvansiyon'un uygulanıp uygulanmayacağı konusunda geçerli bir irade uyuşmasının olup olmadığının Konvansiyon hükümlerine göre belirlenmesi gerektiğini, bu konuda ulusal hukuklara başvurulamayacağını belirtmektedir (ATAMER, “*Satıcının Yükümlülükleri*”, s.59).

90 ATAMER, “*Satıcının Yükümlülükleri*”, s.61, dipnot 132'de belirtilen yazarlar (Kramer, Ve-kas, Karollus). Bu görüş bazı mahkeme kararlarında da benimsenmiştir (“*Précis de jurisprudence de la CNUDCI*”, paragraf 8, dipnot 18 ve 19'da atıf yapılan kararlar).

uyuşmazlıkta, Almanya’da işyeri olan satıcı ile Fransa’da işyeri olan alıcı arasındaki sözleşmenin genel şartları arasında yer alan, Alman Hukukunun uygulanacağına dair hüküm, Viyana Konvansiyonu’nun bertaraf edildiği şeklinde yorumlanmamış, her iki tarafın da işyerinin bulunduğu devletlerin hukuk sistemlerinin parçası haline gelmiş olan Konvansiyon’un, m. 1/ f.1,a uyarınca uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır⁹¹. Ancak aynı Daire tarafından 1996 yılında verilen bir kararda, taraflar arasındaki sözleşmede Fransız Hukukunun uygulanacağını kararlaştırılmış olması, Konvansiyon’un bertaraf edildiği şeklinde yorumlanmış ve uyuşmazlık Fransız Medeni Kanunu’nda yer alan hükümler çerçevesinde çözümlenmiştir⁹²

Kanaatimizce, her iki tarafın da işyerinin Konvansiyon’a taraf devletlerde bulunduğu, dolayısıyla m. 1/f.1,a uyarınca Konvansiyon’un uygulama alanına giren bir sözleşmede, tarafların, işyerlerinden birinin bulunduğu veya başka bir âkit devlet hukukunu uygulanacak hukuk olarak kararlaştırmaları tek başına Konvansiyon’un bertaraf edildiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Taraflar böyle seçimi farklı gerekçelerle yapmış olabilirler. Örneğin, Konvansiyon m. 4, m. 5 gibi açıkça Konvansiyon’un düzenlemediği belirtilen konularda doğabilecek belirsizlikleri önlemek amacıyla hareket etmiş olabilirler. Diğer yandan, uyuşmazlığın âkit olmayan bir devlet mahkemesine intikal etmesi ihtimali düşünülerek de böyle bir hukuk seçimi yapılmış olabilir. Zira Konvansiyon m. 1/f.1,a hükmü sadece âkit devlet mahkemelerini bağlar. Davanın âkit olmayan bir devlet mahkemesinde açılması halinde ise, Konvansiyon ancak, m. 1/1,b hükmü çerçevesinde, yani *lex forin*in kanunlar ihtilafı kurallarının âkit bir devlet hukukuna yetki vermesi halinde bu hukukun bir parçası olarak uygulanma imkânı bulabilir. İşte taraflar bu anlamda öngörülebilirliği sağlamak amacıyla da, âkit bir devlet hukukunu seçmiş olabilirler. Bu nedenle, zaten Konvansiyon’un uygulama alanına giren bir sözleşmede, âkit bir devlet hukukunun seçilmesini gereksiz bir işlem olarak görmek ve bundan hareketle tarafların üstü kapalı olarak Konvansiyonu bertaraf ettikleri sonucuna ulaşmak yerinde değildir.

Ancak taraflar, âkit devlet hukukunu seçerken, o hukukun “iç satım ilişkileri” için konulmuş kurallarının uygulanmasını istediklerini gösteren ifade-

91 Cour de Cassation Chambre Commerciale, Audience publique du mardi 13 février 2007. Karar için bkz. <http://www.cisg.fr/recherche.html?lang=fr> (erişim: 31.10.2013).

92 Cour de cassation chambre commerciale, Audience publique du 17 décembre 1996, *Société C... culinaire de France contre Société M... Ltd.*, <http://www.cisg.fr/recherche.html?lang=fr> (erişim: 01.10.2013).

lere yer vermişlerse, Konvansiyon'un bertaraf edildiği söylenebilir⁹³. Örneğin, sözleşmede yer alan, “*Sözleşmeden kaynaklanacak uyuşmazlıklar, Fransız Medeni Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümlerine göre çözümlenecektir*” şeklindeki ifade, tarafların Viyana Konvansiyonu'nu bertaraf ettikleri şeklinde yorumlanabilir.

Fransız Yargıtayı tarafından 13.09.2011 tarihinde verilen karara⁹⁴ konu olan uyuşmazlıkta, Fransa'da işyeri olan satıcı ile Kolombiya'da işyeri olan alıcı arasındaki sözleşmede, taraflar arasındaki ilişkilerin ve sözleşmenin Fransız kanunlarına tâbi olacağına dair bir hüküm bulunmakta idi. İstinaf Mahkemesi bu hükmü ve ilk duruşmada tarafların iddia ve savunmalarını Fransız Medeni Kanununa dayandırmalarını dikkate alarak, Konvansiyon'un bertaraf edildiği, Fransız Medeni Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Ancak Yargıtay, Viyana Konvansiyonu'nun da Fransız maddi hukukunun bir parçası olduğunu vurgulayarak Fransız hukukuna yapılan referansın tek başına Konvansiyonu bertaraf etmeyeceğini belirtmiş ve kararı bu açıdan bozmuştur.

Karardan anlaşıldığı kadarıyla, İstinaf Mahkemesi, tarafların Konvansiyonu bertaraf ettikleri sonucuna varırken, sadece onların Fransız hukukunu seçmiş olmalarını değil, iddia ve savunmalarını Fransız Medeni Kanununa dayandırmalarını da dikkate almıştır. Kanaatimizce bu açıdan İstinaf Mahkemesinin kararı daha yerindedir. Zira her ne kadar, salt Fransız Hukukunun seçilmiş olması, Konvansiyon'un bertaraf edildiğini söylemek için yeterli değilse de, tarafların iddia ve savunmalarını iç satım ilişkileri için konulmuş olan Medeni Kanun hükümlerine dayandırması, onların Konvansiyonu bertaraf etmek istedikleri şeklinde yorumlanmaya müsaittir.

Nitekim 2005 yılında verilen bir başka kararda, yerel mahkemenin Viyana Konvansiyonu yerine Fransız maddi hukuk hükümlerine göre karar vermesinin yanlış olduğu gerekçesiyle yapılan temyiz başvurusu reddedilmiştir. Yargıtay, uyuşmazlığın tüm taraflarının, aralarındaki uyuşmazlığın uluslararası nitelik taşıdığının bilincinde olmalarına rağmen, satılan ürün hakkındaki garanti sorumluluğunu tamamen Fransız Medeni Kanunu'nda yer alan hükümler çerçevesinde tartışmış olmalarını, onların, Konvansiyon'un 6.madde-

93 TİRYAKİOĞLU, “*Uygulanacak Hukuk*”, s.115; NOMER, s. 344; “*Précis de jurisprudence de la CNUDCI*”, paragraf 8, dipnot 23’de atıf yapılan kararlar.

94 Cour de Cassation Chambre Commerciale, *Cybernetix contre CD Systems*. Karar için bkz. <http://www.cisg.fr/recherche.html?lang=fr> (erişim: 31.10.2013).

si anlamında, üstü kapalı olarak Viyana Konvansiyonu'nu bertaraf ettikleri şeklinde yorumlamış ve böyle bir durumda hâkimin, Konvansiyon m. 1/1, b uyarınca onun uygulanabilirliğini ayrıca araştırmasına gerek kalmadığına karar vermiştir⁹⁵.

Taraflarca seçilen hukukun, âkit olmayan bir devletin hukuku olması halinde ise genel kabul gören yorum, Konvansiyon'un üstü kapalı olarak bertaraf edildiği yönündedir⁹⁶. Gerçekten de, Konvansiyon'un uygulama alanına giren bir sözleşmede tarafların âkit olmayan bir devletin hukukunu seçmeleri, onların Konvansiyon'u bertaraf etmek istedikleri şeklinde yorumlanmaya elverişli bir davranıştır. Ancak tarafların, Konvansiyon ile düzenlenmeyen konularda uygulanmak üzere böyle bir seçim yaptıklarını varsaymak da mümkündür. Bu yüzden, tarafların iradelerinin bu yönde olduğunu destekleyici başka bazı ipuçlarının da varlığı halinde Konvansiyon'un bertaraf edildiği sonucuna ulaşmak daha doğru bir yaklaşım gibi görünmektedir.

Tarafların açıkça veya üstü kapalı olarak Konvansiyon'u bertaraf ettikleri sonucuna ulaşılması halinde, sözleşme, *lex forin*in kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuka tâbi olacaktır⁹⁷. Bu hukukun, âkit bir devletin hukuku olması halinde, hâkim bu hukukun bir parçası olmasına rağmen, taraflar bertaraf ettikleri için Konvansiyon'u uygulamayacak, o hukukun Konvansiyon dışında kalan hükümleri çerçevesinde uyuşmazlığı çözümleyecektir⁹⁸.

Konvansiyon'un 6.maddesine göre, taraflar, Konvansiyonu tamamen değil sadece bazı hükümleri açısından da bertaraf edebilirler. Bunu sözleşmelerine, Konvansiyon'un belirli kısımlarının veya hükümlerinin uygulanmayacağını öngören hükümlere yer vermek suretiyle açıkça yapabilecekleri gibi;

95 Cour de Cassation Première Chamber Civile, Audience publique du mardi 25 octobre 2005, *Société Herbex Produtos SA contre société Cogemar SA et autres*. Karar için bkz. <http://www.cisg.fr/recherche.html?lang=fr> (erişim: 01.11.2013).

Tarafların iddia ve savunmalarını belirli bir ülkenin iç satım hukukuna dayandırmalarının Konvansiyon'un bertaraf edildiği anlamına gelip gelmeyeceğine dair çeşitli ülke mahkemeleri tarafından verilmiş farklı yönlerdeki kararlar için bkz. "*Précis de jurisprudence de la CNUDCI*", paragraf 10, dipnot 25- 34'de atıf yapılan kararlar.

96 SCHLECHTRIEM, "*Requirements of Application*", s. 784; ZEYTİN, s.64; NEUMAYER/MING, s.86; ATAMER, "*Satıcının Yükümlülükleri*", s.60; ATAMER, "*Uluslararası Uygulama Alanı*", s. 551-568, s. 559, dipnot 47; BELL, s. 255.

97 FERRARI, s.111; HEUZE, s. 93; NEUMAYER/MING, s.93; ATAMER, "*Satıcının Yükümlülükleri*", s.62.

98 FERRARI, s.111; NEUMAYER/MING, s. 84, s. 93; ATAMER, "*Satıcının Yükümlülükleri*", s.62; ATAMER, "*Uluslararası Uygulama Alanı*", s. 551-568, s.560.

Konvansiyonla düzenlenen bir konuda, Konvansiyon hükümleriyle çelişkili hükümlere yer vermek suretiyle⁹⁹ üstü kapalı olarak da yapabilirler.

Böyle bir durumda, tarafların bertaraf ettikleri Konvansiyon hükümleri yerine uygulanacak hükümler *lex contractus* un konuya ilişkin hükümleri olacaktır. Diğer yandan taraflar, sözleşmelerinde Konvansiyon'dan farklı hükümlere yer vermişlerse, bu hükümlerin geçerli olarak hüküm ifade edip etmeyeceği de *lex contractusa* göre belirlenecektir¹⁰⁰. Zira MÖHUK m. 32 hükmü uyarınca, sözleşmenin bir hükmünün geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka (*lex contractus*) tâbidir.

II- KONVANSİYON' UN SÖZLEŞME HÜKMÜ OLARAK (INCORPORATION YOLUYLA) UYGULANMASI

Yukarıda incelediğimiz uygulama alanına ilişkin hükümler ile öngörülen koşullar gerçekleşmemesine rağmen, taraflar aralarındaki sözleşmeye Konvansiyon hükümlerinin uygulanmasını arzu etmiş olabilirler. Örneğin, tarafların işyerleri aynı devlette olduğundan sözleşme, Konvansiyon m. 1/f.1 anlamında uluslararası nitelik taşımayabilir. Benzer şekilde, taraflardan birinin veya her ikisinin de işyerinin bulunduğu devletler âkit olmayabilir (m. 1/f.1,a) ve kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukuk, âkit olmayan bir devletin hukuku olabilir (m. 1/f.1,b). Diğer yandan, taraflar arasındaki sözleşme, Konvansiyon'un 2. maddesinde sayılan, kapsam dışı bırakılan sözleşmelerden birisi olabilir. İşte tüm bu ihtimallerde, irade serbestisi prensibi çerçevesinde taraflar, Konvansiyon hükümlerinin aralarındaki sözleşmesel ilişkiye uygulanmasını kararlaştırmış ve sözleşmelerine bu yönde bir hüküm koymuş olabilirler¹⁰¹.

Sözleşmede yer alan böyle bir hüküm, hukuk seçimi olarak kabul edilemez; zira hukuk seçimi, ancak belirli bir devlete ait hukuk sistemi lehine yapılabilir¹⁰². Viyana Konvansiyonu, MÖHUK m. 24 anlamında *hukuk kavramının*

⁹⁹ HEUZE, s. 92.

¹⁰⁰ FERRARI, s.111-112.

¹⁰¹ Hazırlık çalışmaları esnasında, Konvansiyon'a, uygulanması için gereken ön koşullar bulunmamasına rağmen taraf iradelerinin bu yönde olması halinde Konvansiyon'un uygulanacağına dair bir hüküm konulması önerisi, böyle bir hükme gerek bulunmadığı, zira irade serbestisi ilkesi çerçevesinde tarafların bu şekilde hareket etmelerine engel bir durum bulunmadığı gerekçeleriyle reddedilmiştir ("Précis de jurisprudence de la CNUDCP", paragraf 12).

¹⁰² NOMER, s.307.

dışında kaldığından, sözleşmede yer alan, Konvansiyon'un uygulanacağını öngören hüküm bir hukuk seçimi değildir¹⁰³.

Böyle bir hüküm ile taraflar, Konvansiyon hükümlerini sözleşmelerine dâhil etmiş¹⁰⁴, sözleşmelerinin bir parçası haline getirmiş (*incorporation*) olurlar¹⁰⁵. Bu nedenle, sözleşmelerine koydukları diğer hükümler gibi, Viyana Konvansiyonu hükümlerinin de geçerliliği ve uygulanabilirliği, sözleşmeye uygulanacak hukuk (*lex contractus*) çerçevesinde değerlendirilecektir (MÖ-HUK m. 32/f.1). Dolayısıyla Konvansiyon hükümleri, *lex contractus*un irade serbestisine tanıdığı sınırlar içinde uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁶. Diğer bir deyişle, hâkim, böyle bir ihtimalde, sözleşmeye uygulanması gereken hukuku MÖHUK m. 24 çerçevesinde tespit edecek ve bu hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla Konvansiyon hükümlerini esas alarak uyumsuzluğu çözümleyecektir¹⁰⁷.

SONUÇ

1 Ocak 1988 yılında, on bir devlet (Arjantin, Çin, Mısır, ABD, Fransa, Macaristan, İtalya, Lesoto, Suriye, Yugoslavya, Zambiya) açısından yürürlüğe giren ve 2013 yılı sonu itibariyle 80 devlet açısından yürürlükte olan Viyana Konvansiyonu'na Türkiye Cumhuriyeti'nin gecikmeli de olsa katılması, Türkiye'de işyeri olan tacirlerin taraf olduğu dış satım ilişkilerinde büyük ölçüde yeknesaklığı ve öngörülebilirliği sağlamak açısından oldukça olumlu bir gelişmedir.

Ancak şu hususu da vurgulamak gerekir ki, Konvansiyon, uluslararası satım sözleşmeleri ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek tüm sorunlara cevap veren bir düzenleme olmadığından¹⁰⁸; Konvansiyon ile tespit edilen, satım sözleşmelerine ilişkin uluslararası maddi özel hukuk kuralları, uluslararası özel hukuk uyumsuzluklarının çözümünde kullanılan klasik yöntem olan kanunlar

103 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 354.

104 TİRYAKİOĞLU, “Uygulanacak Hukuk”, s.115; TARMAN, s.183.

105 ÇELİKEL/ ERDEM, s. 354; AYOĞLU, s. 183; ATAMER, “Satıcının Yükümlülükleri”, s.63. Incorporation kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, s. 263-291.

106 SCHLECHTRIEM, “Requirements of Application”, s. 785; HEUZE, s. 115; ATAMER, “Satıcının Yükümlülükleri”, s.63; BALKAR, s. 109.

107 Aynı yönde bkz. ÇELİKEL/ ERDEM, s.354. Taraflarca sözleşme hükmü haline getirilen metinlerin, esasa ilişkin hukukun emredici kurallarına aykırı olamayacağı hakkında bkz. EKŞİ, s. 266- 267.

108 FERRARI, s.89; BALKAR, s. 110-113.

ihtilafı kurallarını tamamen bertaraf etmemekte, boşlukları doldurmak için bu kurallara başvurulması gerekmektedir¹⁰⁹.

Gerçekten de bizatihi Konvansiyon, bazı hususları düzenlemediğini açıkça belirtmiştir. Örneğin, 4.maddeye göre, sözleşmenin veya sözleşmeye konulan hükümlerin geçerli olup olmadığı, sözleşme konusu malın mülkiyetinin alıcıya ne zaman geçeceği Konvansiyon’da düzenlenmemiştir. Yine 5.madde, sözleşme konusu malın yol açtığı bedensel zararlardan veya ölümden kaynaklanan sorumluluk konusunda da Konvansiyon hükümlerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir¹¹⁰. Bu şekilde açıkça Konvansiyon’un uygulama alanı dışında kaldığı belirtilen konularda, hakim kanunlar ihtilafı kurallarının yetki verdiği hukuk sisteminde yer alan kuralları uygulayarak uyuşmazlığı çözümlenecektir.

Diğer yandan Konvansiyon ile düzenlenmesine rağmen hakkında açık bir hüküm konulmamış hususlar bulunabileceği de öngörülmüştür (m. 7/f.2). Bu tür durumlarda ortaya çıkan boşluk, öncelikle Konvansiyon’un esinlendiği genel prensipler çerçevesinde doldurulmaya çalışılacak, bu prensiplerin bulunmaması halinde ise yine *lex forin*in kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukukun ilgili hükümleri çerçevesinde karara bağlanacaktır.

Dolayısıyla Konvansiyon’un uygulama alanına giren durumlarda dahi, Konvansiyon’da yer alan maddi kurallar ile *lex forin*in kanunlar ihtilafı kurallarının yetki verdiği hukuk sisteminde yer alan kurallar birlikte ve işbirliği halinde uygulanacaktır.

Türkiye Cumhuriyeti, Konvansiyon’u herhangi bir çekince kullanmaksızın imzalamış olduğundan, çekinceler dolayısıyla uygulama alanının sınırlandırılmasına ilişkin sorunlar Türk mahkemeleri açısından söz konusu olmayacaktır. Ancak, bazı çekincelerin özelliği gereği, Türk mahkemeleri açısından da, bu çekinceleri kullanan devletlerle bağlantılı olan uyuşmazlıklarda Konvansiyon’un uygulama alanının sınırlandırılması söz konusu olacaktır. Örneğin, sözleşmenin veya sözleşmenin kuruluşuna veya feshine yönelik irade açıklamalarının şekil bakımından geçerliliği konusunda MÖHUK m. 7 uyarınca uygulanması gereken hukukun Konvansiyon m. 96’da öngörülen çekinceyi

109 Uluslararası anlaşmalarla belirlenen maddi özel hukuk kurallarının, kanunlar ihtilafı kurallarına olan ihtiyacı kaldırmadığı, bu iki tip kuralın işbirliği halinde uygulanması gerektiği hakkında bkz. BALKAR BOZKURT, s. 195-196; BALKAR, s. 110-113 ve 120-126.

110 Konvansiyon’da düzenlenmeyen konular hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ATAMER, “*Satıcı- nın Yükümlülükleri*”, s. 101 vd.; BALKAR, s. 105-106.

koyan devletlerden birinin hukuku olması halinde, Konvansiyon'un şekil kuralları değil, bu hukukta yer alan şekil kuralları esas alınacaktır¹¹¹.

Diğer yandan, 92. maddede öngörülen çekince de, Türk mahkemelerinin Konvansiyonu uygulamasını sınırlayabilir. Şöyle ki, bu madde, Konvansiyon ile düzenlenen konularda bölgesel düzeyde yeknesak kurallara sahip olan devletlere (örneğin, Danimarka, Finlandiya, Norveç, İsveç)¹¹² Konvansiyon'un, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin II. veya tarafların hak ve borçlarına ilişkin III. Kısmı ile bağlı olmadığını beyan etme imkânı tanımaktadır¹¹³. Bu çekinceyi Norveç, Konvansiyon'un II.Kısmı için kullanmıştır¹¹⁴. Bu durumda, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklarda Konvansiyon hükümleri değil, MÖHUK m. 24 uyarınca yetkili olan hukuk uygulanacaktır. Diğer yandan, 92. madde, bu çekinceyi koyan devletlerin, çekince koydukları kısım açısından, Konvansiyon'un 1.maddesi anlamında âkit devlet olarak kabul edilemeyeceğini öngörmektedir. Bu nedenle, taraflardan birinin işyerinin Norveç'de, diğerinin diğer bir âkit devlette bulunduğu sözleşmeler açısından, Konvansiyon'un II.Kısmı ile ilgili uyuşmazlıklar (sözleşmenin kuruluşu) bu hükümler çerçevesinde değil, MÖHUK m. 24 uyarınca yetkili olan hukuka göre çözümlenecektir. Eğer bu kurallara göre uygulanması gereken hukuk, bu çekinceyi koymamış bir devletin hukuku ise Konvansiyon'un II.Kısmı, m. 1/1,b hükmü gereği yine de uygulanabilecektir¹¹⁵. Eğer uygulanacak hukuk, bu çekinceyi koymuş bir devletin (Norveç) hukuku ise, Konvansiyon yerine, o devletin iç hukukunda yer alan hükümler uygulama alanı bulur¹¹⁶.

Konvansiyon'un 94. maddesinde öngörülen ve Konvansiyon'un düzenlediği konularda aynı veya çok yakın içerikte yasal düzenlemelere sahip olan iki veya daha fazla devlete, işyerleri bu devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine bu Konvansiyon'un uygulanmayacağını beyan etme yetkisi tanıyan çekince, bölgesel düzeyde yeknesaklığı sağlamaya yönelik çabaların boşa çıkmasını önlemek amacıyla İskandinav ülkelerinin talebi üzerine Konvansiyon'a konulmuştur¹¹⁷. Nitekim Norveç, Danimarka, İsveç, İzlanda,

¹¹¹ Bkz. yukarıda dipnot 79'da yapılan açıklamalar.

¹¹² FERRARI, s. 84.

¹¹³ Konvansiyon'un, uygulama alanına ilişkin hükümleri ve genel hükümleri içeren I. Kısmı ile yürürlüğe ilişkin maddeler içeren II. Kısımına çekince koyma imkanı yoktur.

¹¹⁴ http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (erişim: 13.03.2013).

¹¹⁵ FERRARI, s. 86.

¹¹⁶ FERRARI, s.87; HEUZE, s.105.

¹¹⁷ FERRARI, s.82.

Finlandiya, bu çekinceyi kullanmışlar ve işyerleri bu devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmesine Konvansiyon'un uygulanmayacağını beyan etmişlerdir¹¹⁸. Bu çekince dolayısıyla, işyerleri bu ülkelerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar, bu çekinceyi koyan bir devletin mahkemesine intikal ederse, Konvansiyon değil, forum kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanması gereken hukukun iç hukuk hükümleri uygulanacaktır¹¹⁹. Uyuşmazlığın Türkiye Cumhuriyeti gibi, bu çekinceyi koymayan âkit bir devletin mahkemesinde görülmesi halinde ise, mahkeme söz konusu çekince ile bağlı olmayacak ve m. 1/f.1,a gereğince Konvansiyon hükümlerini uygulayacaktır. Dolayısıyla taraflardan birinin işyerinin İsveç'de, diğerinin Norveç'de bulunduğu ve uyuşmazlığın Türk mahkemesinde görüldüğü ihtimalde, mahkeme Konvansiyon hükümlerini esas alacaktır.

118 Le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède ont déclaré que la Convention ne s'appliquerait pas aux contrats de vente ou à la formation lorsque les parties avaient leur établissement au Danemark, en Finlande, en Islande, en Norvège ou en Suède (http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html, erişim:13.03.2013).

119 FERRARI, s.83.

KAYNAKÇA

- ATAMER Yeşim M.**, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul 2005. (“Satıcının Yükümlülükleri”)
- ATAMER Yeşim**, *Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı*, İstanbul Barosu Dergisi, 1995, C. 69, s. 551-568. (“Uluslararası Uygulama Alanı”)
- AYOĞLU Tolga**, *Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler, Maddi Hükümler ve Ticari Adet-Teamüller Olarak Lex Mercatoria*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- BALKAR Süheyla**, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk ve Maddi Uluslararası Özel Hukuk Kuralları*, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2002. (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)
- BALKAR BOZKURT Süheyla**, *Uluslararası Sözleşmelere Uygulanacak Kuralları Belirleyen Yöntemlere Eleştirel Bakış*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011/1, Prof.Dr. Atâ SAKMAR’a Armağan, s. 141-196.
- BELL Kevin**, *The Sphere of application of The Vienna Convention on contracts for the international sale of goods*, Pace International Law Review, 1996, volume 8, s. 237-258.
- CASTELLANI Luca**, *Türkiye’nin CISG’ a Taraf Olmasına İlişkin Çerçeve*, in, *Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, 2.Tıpkı Bası, İstanbul 2012, Editör Yeşim M. Atamer, (s. 1-5).
- ÇELİKEL Aysel/ERDEM B.Bahadır**, *Milletlerarası Özel Hukuk*, Yenilenmiş 12.Bası, İstanbul 2012.
- EKŞİ Nuray**, *Kanunlar İhtilaflı Alanında Incorporation*, MHB, S.1-2, 1999-2000, Prof.Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, s. 263-291.
- ERDEMERCÜMENT**, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)*, BATİDER, 1992, C. XVI, S.3, s. 35-105. (“Viyana Satım Sözleşmesi”)
- ERDEMERCÜMENT**, *Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı*, in, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri*, Editörler: Şükran ŞİPKA- Ahmet Cemil YILDIRIM, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2012, s. 117-156. (“Maddi Uygulama Alanı”)
- FERRARI Franco, PIL and CISG: Friends or foes?**, in, *Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri*, Editörler: Şükran ŞİPKA- Ahmet Cemil YILDIRIM, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Kasım 2012 (s. 43-116).

HEUZE Vincent, *La vente internationale de marchandises, Droit Uniforme, Paris 2000.*

KADNER GRAZIANO Thomas, *The CISG Before the Courts of Non-contracting States? Take Foreign Sales Law as You Find it*, Yearbook of Private International Law, Volume 13 (2011), .s. 165-182.

MISTELIS Loukas, *CISG' in Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından*, in, *Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, 2.Tıpkı Bası, İstanbul 2012, Editör Yeşim M. Atamer, (s. 7-24).

NEUMAYER Karl H./ MING Catherine, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises- Commentaire*, édité par François Dessemontet, Lausanne 1993, Publication CEDIDAC.

NOMER Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 19.Bası, İstanbul 2011.

OĞUZMAN Kemal- ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Gözden geçirilmiş 6.Bası, İstanbul 2009.

ÖZSUNAY Ergun, *1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları*, İstanbul Barosu Dergisi, 2004, C. 78, s. 906-959.

Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, <http://www.un-citral.org/pdf/french/clout/digest2008/article010.pdf>. ("Précis de jurisprudence de la CNUDCI")

SCHLECHTRIEM Peter, *Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG*, Victoria University of Wellington Law Review, 2005/4, s. 781-794. ("Requirements of Application")

SCHLECHTRIEM Peter, *Uniform Sales Law- The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html>, erişim 07.05.2013. ("Uniform Sales Law")

ŞANLI Cemal/ESEN Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, İstanbul 2013.

TARMAN Zeynep Derya, *Türk Satım Hukukunda Yeni Bir Dönem : Viyana Satım Antlaşması'nın Milletlerarası Satım Sözleşmelerine Etkisi*, in, *İpek Yolu Canlanıyor : Türk-Çin Hukuk Zirvesi*, International Law Conference, 12-14 Haziran 2012, İstanbul, Konferans Bildiri Kitabı, s. 169-187.

TİRYAKİOĞLU Bilgin, *11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hu-*

kuk Kuralları İle İlişkisi, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/301/2825.pdf>. (“Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları”)

TİRYAKİOĞLU Bilgin, *Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*, Ankara 1996. (“Uygulanacak Hukuk”)

TOKER Ali Gümrah, *Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı*, Ankara 2005.

WITZ Claude, *L’application de la Convention de Vienne en France*, in *Les ventes internationales, Journée d’étude en l’honneur du professeur Karl H. Neumayer*, édité par Sebatién Bettschart, 1998, s. 1-23. (“Convention de Vienne”)

WITZ Claude, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale, Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, LGDJ, Paris 1995. (“Les premières applications”)

YALÇINTAŞ Simin, *Viyana Satım Sözleşmesinin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/yalcintas.pdf> (erişim: 07.11.2013)

ZEYTİN Zafer, *Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2011.

CISG’nin Sözleşmelerin Konusu ve Niteliği Bakımından Uygulama Alanı

Doç. Dr. Hüseyin Murat DEVELİOĞLU*

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın (Antlaşma/CISG) 1. Kısmı’nın “*Uygulama Alanı*” başlıklı 1. Bölümü’nde yer alan 2. maddesi satım sözleşmesi tipleri açısından bazı sınırlamalara yer verirken, 3. maddesi, nitelik itibarıyla ne tip sözleşmelerin Antlaşma’nın kapsamına girdiğini düzenlemektedir. Aşağıda öncelikle CISG anlamında satım sözleşmesi kavramına kısaca değinilecek ve mal kavramı açıklanacak, daha sonra 2. madde uyarınca hangi malların satımının CISG kapsamında değerlendirilmeyeceği belirtilecek, son olarak da CISG’nin nitelik olarak hangi sözleşmelere uygulanacağı ele alınacaktır.

I. Satım Sözleşmesi Kavramı

CISG’de satım sözleşmesinin tanımı yapılmamıştır. Antlaşma’da sadece satım sözleşmesinin “*malların teminine*” ilişkin olduğunu belirtmekle yetinilmiştir¹. Öğretide ise, satım sözleşmesi tanımı, Antlaşma’daki, 30. ve 53. maddeler gibi, tarafların karşılıklı edimlerini düzenleyen maddelerden dolayı olarak çıkarılmaktadır². Anılan maddelerden yola çıkarak satım sözleşmesi şu

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Bir işlemin satım sözleşmesi niteliğinde olup olmadığının tespitinde, uluslararası camianın bu sözleşme tipine verdiği anlamın esas alınması gerektiği, bunun Antlaşma’nın 7. maddesi ile öngörülen Antlaşma’nın uluslararası karakterine uygun yorumlanması ve uygulanmasında yeknesaklığın sağlanması ilkesi bakımından uygun olacağı ileri sürülmektedir. Louis F. DEL DUCA/Patrick DEL DUCA, Practice Under the Convention on International Sale of Goods – A Primer for Attorneys and International Traders, Uniform Commercial Code Law Journal, 1995/27, s. 350-351.

2 Walter STOFFEL, Le droit applicable aux contrats de vente internationale de marchandise, Les contrats de vente internationale de marchandises, édité par François Dessemontet, La-

şekilde tanımlanmıştır: “*Taraflardan birinin (satıcı) malları teslim etmek, onlara ilişkin belgeleri vermek ve malların mülkiyetini geçirmek (m. 30), diğer tarafın ise, kararlaştırılan semeni ödemek ve malları teslim almakla yükümlü olduğu (m. 53) sözleşme bir satım sözleşmesidir*”³.”

Hangi satım sözleşmesi tiplerinin Antlaşma kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini tespit etmek için verilen tanımda yer alan “*mal*” kavramı ile ilgili açıklamalara geçmeden önce kısaca belirtilmelidir ki, genel olarak kabul edilen görüş uyarınca, Antlaşma, tarafların karşılıklı yükümlülükleri satım sözleşmesi akdetmek olduğu için “*ön sözleşmelere*” ve “*çerçeve sözleşmelere*”; satın alma opsiyonu öngörülmüş olsa bile malı kullanma menfaatinin mülkiyeti elde etme menfaatine nazaran daha ön planda olması sebebiyle “*finansal kiralama sözleşmelerine*”; mülkiyetin nakli karşılığında bir miktar paranın ödenmesi söz konusu olmadığı için “*trampa sözleşmelerine*” uygulanmaz⁴.

Viyana Satım Antlaşması mal kavramını da tanımlamamaktadır. Sadece Antlaşma’nın 2. maddesinde – aşağıda da açıklayacağımız üzere – hangi

usanne 1991, s. 34; Bettina HEIDERHOFF, CISG’in Uygulama Alanı: Konu Bakımından, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, İstanbul 2008, s. 26; Peter SCHLECHTRIEM/Claude WITZ, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de merchandise, Champ d’application, formation du contrat, Effets de la vente, Droits et obligations des parties, Inexécution et moyens, Paris 2008, s. 26; Yavuz DAYIOĞLU, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011, s. 12.

3 Yeşim ATAMER, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları (CISG), İstanbul 2005, s. 36.

4 ATAMER, CISG, s. 37-38. Trampa için aksi görüşte, bkz. Ali Gümrah TOKER, 11 Nisan 1980 tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyanalı Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005, s. 77. Tarafların hak ve borçlarının açıkça tespit edildiği ön sözleşmelere Antlaşma’nın uygulanacağı yönünde, bkz. SCHLECHTRIEM/WITZ, s. 27

Çerçeve bir dağıtım sözleşmesi kapsamında ayrı ayrı satım sözleşmelerinin akdedildiği durumlarda, genellikle temsilcilik ilişkisinin ağır bastığı dağıtım sözleşmesinin Antlaşma kapsamında mütalaa edilemeyeceği ancak tekil satım sözleşmelerinin Antlaşma’nın uygulama alanına girdiği doktrinde kabul edilmekte (John O. HONNOLD, Uniform Law for the International Sales under the 1980 United Nations Convention, Kluwer Law International, The Hague, 1999, s. 54) ve bu yönde kararlara rastlanmaktadır (bkz. Oberlandesgericht Düsseldorf, 11 Temmuz 1996, 6 U 152/9S).

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960711g1.html>>.

malların satımının Antlaşma'nın uygulama alanı dışında olduğunu belirtilmektedir.

Öncelikle belirtilmelidir ki, Antlaşma sadece taşınır malların satışına ilişkindir⁵. Bu husus açıkça ifade edilmiş olmasa da, Antlaşma'nın malın kalitesi ve muhafazası ile paketlenmesine ilişkin 35. maddesi, ayıplı malın ikamesi ve onarımına ilişkin 46. maddesi, taşımaya ilişkin 67 ila 69. maddeleri, art arda teslimine ilişkin 73. maddesi, muhafazaya ilişkin 85 ila 88. maddelerinde yer alan hükümler taşınmaz satımını düzenlemeye müsait değildir⁶.

Sözleşmenin konusunu oluşturan taşınır mallar parça borcu olarak tayin edildikleri gibi cins borcu şeklinde belirlenmiş de olabilirler. Antlaşma'nın 35. maddesinde yer alan *“aynı türden malların mutat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler”* ifadesinden bu sonuca varmak mümkündür.

Bugün özellikle tartışmaya neden olan bir konu, Antlaşma'nın uygulama alanına girecek malların cisimlenmiş ve somut olup olmaması gerektiği yönündedir. Bu anlamda, yazılımların Antlaşma kapsamında mal niteliğine sahip olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir.

Bir görüşe göre, yazılımlar, bir disk veya sair bir şey üzerinde tescüm etmese de Antlaşma kapsamına dahil olarak addedilmelidir⁷; zira, yazılım da herhangi bir elle tutulur mal gibi alınıp satılmaktadır⁸. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre ise, elle tutulur nitelikte olmayan hiçbir hak Antlaşma kapsamında mal olarak nitelendirilmemelidir⁹. Bununla beraber, aynı görüş uyarınca, eğer sözleşme konusu yazılım diske veya herhangi başka bir şeye kayıtlı ise bu sözleşme Antlaşma kapsamına girecektir¹⁰.

5 2. maddede yer alanlar dışındaki tüm taşınır malların bu Antlaşma'nın konusu içinde mütalâa edilmesi gerektiği, bunun Antlaşma'nın yeknesaklaştırma amacına uygun düşeceği, hangi taşınır malların mal sayılıp sayılmayacağının belirlenmesi hususunun yerel mahkemelerin yorumuna bırakılmaması gerektiği savunulmaktadır. Bradley J. RICHARDS, *Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention*, Iowa Law Review, 1983, Sayı 69, s. 227-228.

6 HONNOLD, s. 52.

7 SCHLECHTRIEM/WITZ, s. 36.

8 Frank DIEDRICH, *Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomus Interpretation: Software Contracts and the CISG*, Pace International Law Review, 1996/2, s. 336; Sarah GREEN/Djakhongir SAIDOV, *Software as Goods*, Journal of Business Law, Mart 2007, s. 176.

9 HONNOLD, s. 52.

10 HONNOLD, s. 55; TOKER, s. 89. Software'in Antlaşma kapsamı dahilinde bir mal olarak nitelendirilebileceğinin kabulü halinde dahi, software temin edilmesinin bir satım sözleşme-

Bunun dışında, amacın *know-how*'ın temini olduğu teknoloji transferlerinde elle tutulur somut bir maldan söz edilemeyeceği için tarafların açıkça Antlaşma'nın uygulanması konusunda mutabık olmalarının uygun olacağı savunulmaktadır¹¹. Aynı şekilde fikrî haklar, patent, lisans veya alacak hakkı gibi hakların, telif hakkının, marka üzerindeki hakların, ortaklık ve ortaklık paylarının satımının Antlaşma'nın kapsamında olmadığı kabul edilir¹².

II. Konu İtibariyle Antlaşma'nın Kapsamına Girmeyen Satım Sözleşmeleri

Antlaşma'nın 2. maddesinde, Antlaşma'nın hangi satım sözleşmelerine uygulanmayacağı belirlenmiştir. Burada, kısaca, bu konuda açıklamalar yapılacaktır.

a. Açık Arttırma Yoluyla Yapılan Satımlar

CISG m. 2'nin (b) bendi uyarınca Antlaşma açık arttırma yoluyla yapılan satış sözleşmelerine uygulanmaz. Antlaşma'nın uygulama alanı bakımından açık arttırmaların istisna olarak belirlenmesinin nedeni, Antlaşma'nın hazırlandığı dönemde açık arttırmaların daha ziyade yerel olarak ve nadiren sınır ötesi olarak gerçekleştirilmeleridir¹³. Ancak doktrinde, artık bu durumun değiştiği ve sınır ötesi elektronik açık arttırmalar bakımından Antlaşma'nın uygulanmasına imkan tanınması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴. Buna karşılık, bir diğer

sinden ziyade hizmet sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı ayrıca değerlendirilmesi gereken bir husustur.

11 Blair CRAWFORD, Drafting Considerations Under The 1980 United Nations Convention on Contracts For The International Sale of Goods, Journal of Law and Commerce, 1988/8, s. 196.

12 HEİDERHOFF, s. 32; ATAMER, CISG, s. 45.

Bir ticarî işletmenin "good will" ve diğer elle tutulur nitelikte olmayan değerleri içermesi ve bunlara nazarın ticarî işletmenin ekipmanının satışının ikincil bir öneme sahip olabilmesi ihtimali sebebiyle Antlaşma'nın ticarî işletmenin devrine uygulanması tartışılabilir. HONNOLD, s. 55.

13 Ülkelerin çoğunda bu konuda emredici düzenlemeler olması ve bu tip satımların karmaşık niteliği de bu sonuca yol açan gerekçeler olarak gösterilmektedir. TOKER, s. 86-87; HEİDERHOFF, s. 26. Ayrıca bkz. Ercüment ERDEM, Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı (Uygulama), Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 18; Ercüment ERDEM, Milletlerarası Mal Satım sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Viyana Satım Sözleşmesi (Viyana), Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 43-44.

14 Peter SCHLECHTRIEM, Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG, Victoria University of Wellington Law Review, 2005/4, s. 787.

görüŖe göre ise, Antlaşma'nın anılan hükmü ile yapılan tercih doğrudur; zira bu tercih satıcının alıcısı önceden bilmemesi gerçeğine dayanmaktadır¹⁵.

b. Cebri İcra Yoluyla Yapılan Satımlar ile Diğer Kanun Gereği Yapılan Satımlar

Yine aynı maddenin (c) bendi uyarınca cebri icra yoluyla yapılan satımlar ile diğer kanun gereği yapılan satımlar Antlaşma'nın uygulama alanına girmez. Zira, cebri icra yolu ile satışlar ise genellikle özel ve emredici düzenlemelere tabi olduğu gibi, alıcının sözleşme şartlarını tartışma ihtimali genellikle bulunmamaktadır¹⁶.

c. Menkul Kıymet, Kambiyo Senedi ve Para Satımları

Bu sayılanlar dışında CISG m. 2'nin (d) bendi uyarınca menkul kıymet ve kambiyo senetlerinin satışı Antlaşma'nın kapsamı dışında tutulmuştur¹⁷. Dolayısıyla hisse senetleri, bono, poliçe, çek gibi kıymetli evrakların satımı – hiçbir malı temsil etmedikleri için – Antlaşma'nın uygulama alanına girmez. Buna mukabil, konişmento veya emtia senedi gibi bir malı temsil eden senetlerin Antlaşma kapsamında olduğu kabul edilmektedir¹⁸. Tedavülü olmayan, tarihsel veya sanatsal değeri olan bir ticarî senedin de, artık taşınır bir mal haline geldiği gerekçesi ile, Antlaşma'nın uygulama alanına girdiği söylenebilir¹⁹.

d. Gemi, Tekne, Hava Yastıklı Taşıt ve Hava Taşıtı Satımları

Anılan maddenin (e) bendi uyarınca gemi, tekne, hava yastıklı taşıt ve hava taşıtı satımına da Antlaşma uygulanmayacaktır. Bu kuralın temelinde bu taşıtların taşınır veya taşınmaz olarak değerlendirilmelerinin, bir sicile kayıt-

¹⁵ HONNOLD, s. 48; Rene A. LICHTSTEINER, Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises: présentation et comparaison avec le droit suisse, Les contrats de vente internationale de marchandises, édité par François Dessemontet, Lausanne 1991, s. 186.

¹⁶ HONNOLD, s. 48; TOKER, s. 88. Diğer bir ifade ile, bu tip satış sözleşmelerinde satıcının serbest iradesi bulunmadığı için, bu sözleşmeler Antlaşma kapsamı dışında bırakılmıştır. Zafer ZEYTİN, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011, s. 55.

¹⁷ HONNOLD'a göre bu durum, Antlaşma'nın elle tutulur/somut (tangible) şeyleri kapsadığı, bu nitelikte olmayan şeyleri ise dışladığını düşüncesiyle açıklanabilir. HONNOLD, s. 49. Diğer bir gerekçe ise, (d) bendinde belirtilen senetlerle ilgili iç hukukta emredici düzenlemeler bulunmasıdır. ERDEM, Uygulama, s. 18, Viyana, s. 44; TOKER, s. 91.

¹⁸ ZEYTİN, s. 53.

¹⁹ TOKER, s. 91-92.

lı olmalarının gerekli olup olmamasının ülkeden ülkeye farklılık göstermesi gerçeği yatmaktadır. Anılan düzenleme su ve hava taşıtlarının boyutlarına, tonajına, motor veya rüzgâr gücüyle hareket ediyor olmasına, iç sularda veya açık denizde kullanılacak olmasına bakılmaksızın, götürü usulü bir yasak getirmiş olması ile eleştirilmiş, bu taşıtların sadece taşımaya yönelik olanlarının Antlaşma kapsamı dışında değerlendirilmesi gerektiği ve rüzgar sörfü²⁰, kano, kürekli-pedalalı kayıklar, sportif/eğlence/araştırma veya benzeri amaçlar için kullanılan planör gibi taşıtlar açısından Antlaşma'nın uygulama alanı bulabileceği ileri sürülmüştür²¹. HONNOLD ise, bu son görüşe karşı çıkmakta ve yeknesak uygulama amacının ağır basması gerekçesi ile Antlaşma'yı hazırlayanların hiçbir istisna öngörmeyen tercihlerinin daha uygun olduğunu savunmaktadır²². Bununla beraber, bir Macaristan Mahkemesi kararında belirtildiği üzere, Antlaşma'nın uçak satışına uygulanmayacağına ilişkin istisna, uçak parçaları satışına ilişkin sözleşmelere genişletilemez²³. Aynı sonuca gemiler açısından da kolaylıkla varılabilir.

e. Elektrik Satımı

CISG m. 2'nin (f) bendi uyarınca elektrik satımı sözleşmeleri de Antlaşma'nın kapsamı dışındadır. Bu istisnanın temel sebebi, elektriğin hukukî niteliği – özellikle de maddî bir mal olup olmadığı – ile ilgili görüş birliğinin olmamasıdır²⁴. Uluslararası elektrik satım sözleşmelerinin son derece ayrıntılı hükümler içermesinin Antlaşma'nın uygulanmasını gereksiz kılması da anılan hükmün gerekçesi olarak ileri sürülmektedir²⁵. Bu hüküm geniş yorum-

20 SCHLECHTRIEM/WITZ, s. 45.

21 ATAMER, CISG, s. 45. Başka bir görüşe göre ise, aracın büyüklüğü ile ilgili bir kıstas getirilmeli ve Antlaşma'daki "gemi" kavramı sadece büyük deniz araçlarına hasredilmelidir. Bu görüş ile ilgili açıklamalar için, bkz. TOKER, s. 94.

22 HONNOLD, s. 50. Aksi takdirde satım konusunun bir ülkede tescile tabiyken diğer ülkede tescile tabi olmaması sebebiyle Antlaşma'nın bir ülkede uygulanırken diğerinde uygulanmaması söz konusu olacaktır.

23 Supreme Court of the Republic of Hungary, 25 Eylül 1992, Hungarian Airlines v. United Technologies Int'l Inc. Pratt & Whitney Commercial Engine Business, Gf.I.31 349/1992/9, <<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=20&step=FullText>>. Bir Yugoslav Mahkemesi kararında da bu husus vurgulanmıştır; ancak, anılan kararda, somut olaydaki sözleşme gemi satışına ilişkin olduğundan Antlaşma'nın uygulanamayacağı sonucuna varılmıştır: Yugoslav Chamber of Commerce, 15 Nisan 1999, T-23/97 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990415sb.html>>.

24 TOKER, s. 95.

25 ERDEM, Uygulama, s. 19, Viyana, s. 45.

lanmaz ve gaz, petrol ve benzer enerji maddelerinin Antlaşma'nın uygulama alanı dışında olduğu kabul edilmez²⁶.

III. Nitelik İtibariyle Antlaşma'nın Kapsamına Girmeyen Satım Sözleşmeleri

CISG'nin 3. maddesinde ülkesel hukuklarda genel kabul gören satım sözleşmesi kavramına iki farklı unsur eklenerek Antlaşma'nın uygulama alanına ilişkin yorum kuralı getirilmiştir. Bu unsurlar 1. fıkrada düzenlenmiş olan, malların “*üretilcek veya imal edilecek*” olması ve 2. fıkrada yer alan “*işgücü veya başka bir hizmetin*” mal teslimi ile beraber gerçekleşmesidir²⁷.

Anılan madde ile alıcının malzeme sağlama ve satıcının iş gücü sağlama yükümlülüklerini içeren satım sözleşmelerinin de Antlaşma'nın kapsamında olduğu kabul edilirken, bu yükümlülüklerin mal temini yükümlülüğünün önüne geçmesi halinde, artık sözleşmenin satım olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Aşağıda bu iki husus, iki ayrı başlık halinde ele alınmaktadır.

²⁶ ATAMER, CISG, s. 45; TOKER, s. 96.

²⁷ Anılan maddenin 1. fıkrası 1964 tarihli Maddi Taşınırın Milletlerarası Satımı Hakkında Yeknesak Antlaşma'nın (“Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods”) 6. maddesi ile aynı tarihli Maddi Taşınırın Milletlerarası Satımı Sözleşmesinin Kurulması Hakkında Yeknesak Antlaşma'nın (“Convention Relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts For the International Sale of Goods”) 1. maddesinin 7. fıkrası ile aynı yönde düzenlemelere yer vermektedir. Ancak, Viyana Satım Antlaşması'nın İngilizce metninde “substantial” ifadesine yer verildiği görülürken, sayılan Antlaşmalar'da “essential and substantial” kelimeleri kullanılmıştır. Bu Antlaşmalar'da Viyana Satım Antlaşması'nın 3. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemeye yer verilmemiştir. 1974 tarihli Maddi Taşınırın Satımında Zamanaşımı Hakkında Antlaşma'nın (“Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods”) 6. maddesinin 2. fıkrasında ise Viyana Satım Antlaşması'nın 3. maddesinin 2. fıkrasına özdeş bir tanıma yer verilmiş ve Viyana Satım Antlaşması'nda olduğu gibi “substantial” sıfatı tercih edilmiştir. Ayrıca Viyana Satım Antlaşması'nın 3. maddesinin 1. fıkrasında yer alan hükme 6. maddenin 1. fıkrasında yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, UNCITRAL tarafından konu ile ilgili hazırlanan metinlerde paralel yönde bir yaklaşım benimsenmiştir. Warren KHOO, Article 3, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffré, Milan 1987, s. 41. Ancak belirtilmelidir ki, Antlaşma'nın Fransızca metninde “un part essentielle” ifadesi tercih edilmiş, Almanca tercümesinde ise “Wesentlich” kelimesi kullanılmıştır. Arrondissementsrechtbank Amsterdam, 15 Mayıs 1996, Box Doccia Megius v. Wilux Int'l BY, H 94.1364, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/960515n1.html>>.

a. Sipariş Edenin Malın Esaslı Bölümünü Temin Etmesi

Satım sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasında bir sınır çekme fonksiyonu olduğu ileri sürülebilecek olan CISG m. 3/f. 1'in incelenmesine geçmeden Türk Hukuku'nda bir sözleşmenin nitelik itibarıyla hem satım, hem de eser sözleşmesine yakınlaştığı halleri ve bu hallerde sözleşmenin nitelendirilmesinde kullanılan temel yorum kıstaslarının kısaca hatırlanmasında fayda vardır:

Öncelikle, eğer sözleşmenin yapıldığı anda sözleşmenin konusunu oluşturan şey mevcut ise sözleşmenin niteliğinin satış sözleşmesi olduğu aşikârdır; eser sözleşmesi söz konusu olmaz. Sözleşme akdedildiğinde sözleşme konusu mevcut değilse eser sözleşmesinin varlığı düşünülürken; üretimin yüklenicinin malzemesi ile seri şekilde gerçekleştirildiği durumlarda sözleşme “*gelecekteki eşyanın satışı*” olarak adlandırılabilir; meğer ki iş sahibi seri üretim esnasında devreye girip talimat verebiliyor olsun. Sözleşmenin yapıldığı anda teslim edilecek olan şey mevcut değilse ve özellikle o şeyi ismarlayan kişinin verdiği malzeme ile imâl edilecek ise eser sözleşmesinin varlığının kolaylıkla kabul edileceği ileri sürülmektedir. Üzerinde en çok durulan kıstaslardan biri uyarınca ismarlanan şeyin imâlinde, malzeme unsuru ağırlıklı ise satım, emek unsuru ağırlıklı ise eser sözleşmesi şeklinde bir nitelendirme yapılması gerekir²⁸; zaten bu sebeple de, satımdan farklı olarak Borçlar Kanunu'nda yüklenicinin malı teslim borcu ile ilgili düzenlemeler yapmakla yetinilmemiş, imâl aşamasıyla ilgili de hükümlere de yer verilmiştir.

CISG m. 3/f. 1 hükmü ise şu şekildedir: “*İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun*”.

Görüldüğü üzere Antlaşma'da satıcının üretim aşamasında harcayacağı emek hiç değerlendirme altına alınmamış, eser sözleşmesi ile satım sözleşmesini ayırmada sadece sipariş verenin sağladığı malzemenin siparişin kendisine oranla ağırlığı değerlendirilmiştir.

Anılan düzenlemede, prensip olarak, imal edilecek veya üretilecek mallara ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi kabul edilmiş ve istisnaî olarak da bunları sipariş eden tarafın sağladığı malzemenin imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünü teşkil etmesi halinde bu tip bir edimi öngören sözleşmenin Antlaşma kapsamında olmadığını belirlemiştir.

²⁸ Anılan kıstaslar için, bkz. Halûk TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, Ankara 1987, s. 42; Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2012, s. 8.

Gerçekten de, malzemenin esaslı bir bölümünün sipariş veren tarafından temin edilmesi halinde, siparişi alan tarafın rolü daha ziyade malzemelerin montajı haline gelmekte, dolayısıyla klasik anlamda bir satım sözleşmesinden söz etmek mümkün olmamaktadır. Antlaşma'yı hazırlayanlar, bu durumda üreticinin yükümlülüğünün daha ziyade iş gücü sağlamak olduğunu ve tipik anlamda bir satıcının Antlaşma'nın 30. maddesi ile tanımlanan yükümlülüklerinden bahsedilemeyeceğini göz önünde bulundurmışlardır²⁹.

Burada üzerinde durulması gereken, sipariş eden tarafın sağladığı malzemenin hangi şartlar altında imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin “*esaslı bir bölümünü*” oluşturacağını tespitidir. Antlaşma bu hususta sessiz kalmıştır³⁰.

Antlaşma Danışma Konseyi (Konsey), “*esaslı bölüm*” kriterinin tespiti “*ekonomik değer*” ölçütünün esas alınması gerektiğini, malzemelerinin değerinin ise sözleşmede aksi belirtilmedikçe alıcının bulunduğu piyasada sözleşmenin akdedildiği tarihteki değer olduğunu ifade etmektedir³¹.

Öğretide de bu hususta çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre³², sipariş veren tarafın temin ettiği malzemenin esaslı olup olmadığı sözleşme konusuna nazaran teşkil ettiği yüzdelik orana göre belirlenir ise de, bu görüş taraftarları arasında da bu oranın ne olması gerektiği konusunda farklı sesler yükselmiştir. Anılan görüş uyarınca, örnek olarak, alıcı tarafından sağlanan şeyin değerinin sözleşme konusu şeyin toplam değerinin % 40'ının üstünde olması halinde sözleşmenin Antlaşma'nın uygulama alanında olmaması gerektiği ileri sürülebilecektir.

Diğer bir görüş uyarınca, bu konuda, her bir olayın özelliğine göre ayrı ayrı sonuca varılması gerekir³³. Kaldı ki, Konsey de, “*ekonomik değer*” ölçütü

29 HONNOLD, s. 57.

30 Bununla beraber genel olarak “*esaslı*” kavramının her olayda farklılık göstereceği kabul edilmektedir. Karl H. NEUMAYER/Catherine MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise*, Commentaire, édité par François DESSEMONTET, s. Lausanne 1993, s. 63; Yeşim ATAMER, *Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı*, İstanbul Barosu Dergisi, 1995, Cilt: 69, n. 10-12, s. 554.

31 CISG Advisory Council, par. 2.9. Tarafların sözleşmelerinde bu konuda bir anlaşmaya varmalarının en doğru çözüm olacağı belirtilmektedir. HONNOLD, s. 57. Karşılaştırmanın sağlanan malzemelerin değerine nazaran yapılması gerektiği yönünde, ayrıca bkz. Vincent HEUZE, *La vente internationale des marchandises*, Droit uniforme, Paris 1992, s. 76.

32 Bu görüşle ilgili açıklamalar için, bkz. HEIDERHOFF, s. 28-29.

33 Bu görüş taraftarları, şu örnekleri vermek suretiyle görüşlerini desteklerler: Kriteri yüzde ola-

kapsamında bu son görüşe katılmaktadır³⁴. Ancak, Konsey’e göre, “*ekonomik değer*” ölçütünün temel alınmasının mümkün veya uygun olmadığı hallerde (örneğin malzemelerin iki tarafın sağladığı değerinin neredeyse eşit olduğu hallerde) malzemenin sözleşme bakımından “*önemli (essential)*” olması ölçütüne başvurulması gerekmektedir³⁵. Taraf devlet mahkemelerinin içtihatlarına bakıldığında da, tek başına “*ekonomik değer*” ölçütüne dayanmayan kararlara rastlanmaktadır:

Örnek olarak, Almanya’da, Münih Mahkemesi’nin bir kararında, malzemelerin “*esaslı kısmının*” siparişi veren tarafından sağlanıp sağlanmadığının tespitinde malzemelerin değeri ve fonksiyonunun dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme İngilizce metinde yer alan “*substantial*” ifadesi karşısında malzemenin parasal değerinin ve Fransızca metinde yer alan “*essentiel-le*” ibaresi dolayısıyla malzemenin niteliği ve tarafların menfaatlerinin dikkate alınabileceğini ifade etmiştir³⁶.

Avusturya’daki bir Mahkeme kararına konu olayda ise, bir Avusturya firması çoğunluğu kendisi tarafından sağlanan malzemeler ile işgücünün daha ucuz olduğu Yugoslavya’da süpürge üretimi yaptırmaktadır. Mahkeme, “*ekonomik değer*” ölçütüne esas olacak şekilde bir oran ortaya koymadan, bu sözleşmenin sağlanan malzemenin işlenmesine dair bir hizmet sözleşmesi olduğuna, dolayısıyla Antlaşma’nın uygulama alanına dahil olmadığına karar vermiştir³⁷.

Bu hususta diğer bir tartışma ise, sipariş veren tarafından sağlanan malzemelerin içeriğinin ne olduğu üzerindedir. Bu açıdan maddenin uygulanmasını gündeme getirecek şekilde sipariş veren tarafından sağlanan malzeme kavramının siparişin kendisini oluşturan “*ham maddeleri*” kapsadığı, ancak paketlenme ve teslimat aşaması için gerekli yardımcı malzemelerin, ham maddelerin

rak belirleyen görüşe nazaran, Fransız bir alıcının İtalyan bir ayakkabıcıya ayakkabı yapmakta kullanılacak deriyi göndermiş olması ve gönderilen derinin değeri malın değerinin % 40’ını teşkil etmesi halinde sözleşme satım sözleşmesi olarak kabul edilecekse de benzer bir örnekte alıcının ayakkabıcıya, ayakkabıya eklemek üzere pırlanta göndermiş olması halinde sözleşmeyi satım sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkün olmayacaktır. Bu örnekler için, bkz. HEIDERHOFF, s. 28 vd.

34 CISG Advisory Council, par. 2.9.

35 CISG Advisory Council, par. 2.6-2.7.

36 Oberlandesgericht München, 3 Aralık 1999, 23 U 4446/99, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991203g1.html>>.

37 Oberster Gerichtshof, 27 Ekim 1994, 8 Ob 509/93, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/941027a3.html>>.

ve malın test edilmesi için kullanılan malzemelerin maddenin aradığı şartların dışında kalacağı savunulurken³⁸, teknoloji, teknik şartname, çizim, formül ve tasarımların sipariş veren tarafından sağlanması halinde nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği sorunu gündeme gelmiştir.

Bir Fransız Mahkemesi, malların alıcının sağladığı dizayna uygun üretilmesi ve yine alıcı tarafından sağlanan kalite kontrol standartlarına uygun denetlenmesi gereği karşısında, Antlaşma'nın uygulanamayacağına, zira üretim için gerekli malzemenin esaslı bölümünün siparişi veren tarafça sağlandığına karar vermiştir³⁹.

Doktrinde ise, bu son karar, teknik belirleme ve çizimlerin malzeme olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiş⁴⁰, Antlaşma'nın böyle bir işlemi kapsamı dışında bırakan hiçbir hükmü bulunmadığı ifade edilmiştir⁴¹. Antlaşma Danışma Kurulu da, nihai ürünün bir cüzü haline gelmeyen malzemenin bu hüküm kapsamında mütalaa edilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁴².

Satıcının sınaî bir tesisat malzemesi teslim etmeyi ve tesisi kurmayı taahhüt etmesi halinde alıcının tesisin kurulacağı araziye göstermesi de bu madde kapsamında değerlendirilmemektedir⁴³.

b. Malın Teslimi Borcu Yanında İş Görme Edimi Öngören Karma Nitelikte Sözleşmeler

Taraflar bazen satılanın teslimi yanında – montaj veya reklam yapılması veya eğitim verilmesi gibi – bir işgücü sağlanmasını veya diğer bir hizmetin verilmesini de öngörmüş olabilirler. Bu durumda – yani karma bir sözleşmenin varlığı halinde – sağlanan işgücünün veya hizmetin, edimin ağırlıklı kısmını oluşturması halinde Antlaşma uygulama alanı bulmaz. Gerçekten de, Antlaşma'nın 3. maddesinin 2. fıkrası şu şekildedir:

³⁸ CISG Advisory Council, par. 2.11.

³⁹ Cour d'appel Chambéry, 28 Mayıs 1993, A.M.D. Electronique v. Rosenberger SIAM S.p.A, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930525f1.html>>

⁴⁰ Ulrich G. SCHROETER, Vienna Sales Convention: Applicability to <Mixed Contracts> and Interaction with the 1968 Brussels Convention, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, 2001/5, 77.

⁴¹ HONNOLD, s. 57.

⁴² CISG Advisory Council, par. 2.14.

⁴³ SCHLECHTRIEM/WITZ, s. 29-30.

“Bu Antlaşma, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere uygulanmaz.”

Antlaşma’nın bu hükmünün, malın sipariş üzerine imal edilmesinin mümkün olmadığı şeklinde anlaşılmaması gerekir⁴⁴; diğer bir ifade ile malın CISG m. 3/f. 1 anlamında imal edilmesi eylemi, aynı maddenin 2. fıkrası anlamında “işgücü” olarak kabul edilmez.

Anılan hüküm bazı soruları akla getirmektedir. Öncelikle, maddenin ilk fıkrasında “*esaslı*” ifadesinin yol açtığı zorluk gibi, “*ağırlıklı olarak*” ifadesi de subjektif bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Ayrıca, sözleşmenin hizmet akdi yükümlülükleri teşkil eden hükümlerinin ihlalinin sonuçları ve Antlaşma kurallarının bu durumda uygulanmasının mümkün olup olmadığı çözümlenmemektedir⁴⁵.

Antlaşma Danışma Kurulu, “*esaslı*” ifadesi bakımından olduğu gibi “*ağırlıklı olarak*” ifadesi açısından da “*ekonomik değer*” ölçütünün esas alınması gerektiğini, bu kapsamda önceden bir oran belirlemenin yanlış olacağını, bunun yerine oranın taraflar arasındaki sözleşmenin ve tarafların niyetinin yorumlanması yoluyla tayin edilmesi gerektiğini savunmuştur⁴⁶.

44 UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Explanatory Note, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>, s. 35, Par. 9.

45 SCHLECHTRIEM, s. 787-788.

46 Anahtar teslim sözleşmeler bakımından da bu yol seçilmelidir. CISG Advisory Council, par. 3.3-3.4-3.5. 1976 yılına ait taslak metne ilişkin açıklamalarda işgücünün ağırlıklı unsur haline geldiği sözleşmelere örnek olarak anahtar teslim sözleşmeler gösterilmiştir. Commentary on the Draft Convention on the International Sale of Goods, <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1976-e/vol7-p96-142-e.pdf>> s. 98.

Bu konuyla ilgili olarak belirtmek gerekir ki, Antlaşma’nın açık lafzına rağmen, doktrindeki “bölünebilirlik teorisi (severability doctrine)” olarak adlandırılan bir teori ileri sürülmüş ve “satım – iş görme karması” sözleşmelerde satıma ilişkin yükümlülüklerin satım sözleşmesi ve iş gücü sağlamaya ilişkin yükümlülüklerin hizmet sözleşmesi olarak kabul edilmesi ve her sözleşmeye o sözleşme ile ilgili hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmuştur. Bu görüş taraftarlarından HONNOLD’a göre, özellikle üye devlet uygulamasının esnek olduğu gözlemlenebiliyorsa, bu devletteki yaklaşımlarına öncelik verilmeli ve sözleşmenin iki yönü arasında önemli bir bağ olması halinde Antlaşmatüm sözleşmeye uygulanmalı, aksi halde iki ayrı sözleşme olduğu varsayıp Antlaşma’nın sadece satım sözleşmesi hükümleri açısından uygulama alanı bulmalıdır (HONNOLD, s. 59.). WINSHIP ise, sınır ötesi faaliyet gösteren firmaların sözleşmenin nitelendirilmesine ilişkin bu olası sorunun farkında olacaklarını ve Antlaşma’nın ilgili işleme uygulanıp uygulanmayacağını açıkça kararlaştırmalarının en uygun çözüm olacağını hatırlattıktan sonra; kamu düzenine ilişkin güçlü kaygıların var olduğu durumlar haricinde, tarafların bu tercihiyle genellikle saygı duyulması gerektiğini savunmak-

Değer karşılaştırması açısından sözleşmenin kurulduğu an dikkate alınır⁴⁷.

Üye devlet mahkemelerinin, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasına ilişkin yükümlülüklerin sözleşmede “*ağırlıklı unsur*” haline gelmesini değerlendiren, öncelikle ekonomik değer ölçütünü dikkate aldıkları, ancak başka değerlendirmeler de yaptıkları görülmektedir.

Örnek olarak, bir Alman Mahkemesi kararında, belirli bir makine parçasının alıcının fabrikasına teslim ve monte edilmesini öngören bir sözleşmede, makinenin değeri ile makinenin montajının değerinin ayrı ayrı hesaplanması mümkün olmadığı gerekçesiyle, sözleşmenin amacı ve uyumsuzluğun nedenini dikkate alarak, makinenin teslimatının sözleşmenin ağırlık unsurunu oluşturduğuna ve dolayısıyla uyumsuzluğun Antlaşma kapsamında çözümlenmesi gerektiğine karar verilmiştir⁴⁸.

Buna karşılık, başka bir Alman Mahkemesi kararında ise, sağlanan hizmetin satıcının malı teslim yükümlülüğüne oranla neredeyse aynı değerde olması durumunda, alıcı tarafın sözleşmeden menfaatinin de dikkate alınabileceği ifade edilmiştir⁴⁹. Somut olayda, İtalyan üreticinin pencere üretimi tesisatının kurulması ve çalışır hale getirilmesine ilişkin yükümlülüklerinin tesisatın teknik açıdan zor ve pahalı bir süreç sonucu üretiminden olan menfaatine oranla önemsiz kaldığına, dolayısıyla Antlaşma’nın uygulanamayacağına karar verilmiştir.

tadır (Peter WINSHIP, An Introduction to the United Nations Sales Convention, Consumer Finance Law Quarterly Report, 1989/43, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship2.html>>.).

Antlaşma Danışma Kurulu’na göre, bir sözleşmenin hem satım hem hizmet sağlama yükümlülüklerini düzenlemesi halinde Antlaşma sözleşmeye bir bütün olarak uygulanacaktır, ancak tarafların iki ayrı sözleşme akdetme niyeti tespit edilirse, Antlaşma sadece satım sözleşmesine uygulanacaktır (CISG Advisory Council, par. 3.1.).

GIANUZZI de, hizmet sözleşmelerinin artık uluslararası arenada da daha sık karşımıza çıkması gerçeği karşısında, Antlaşma’nın 7. maddesinin 2. fıkrasına dayanarak Antlaşma’nın hizmet sözleşmelerine de uygulanabileceğini savunmuştur. Anılan Yazar’a göre, gerek 2. madde gerek 3. madde hizmet sözleşmelerinin Antlaşma kapsamı dışında olduğunu açıkça söylememektedir (Karen GIANUZZI, The Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Temporarily Out Of ‘Service’, Law and Policy in International Business, 1996-1997/28, s. 1007.).

47 SCHLECHTRIEM/WITZ, s. 30.

48 Landgericht Mainz, 2. Kammer für Handelssachen, 26 Kasım 1998, 12 HK O 70/97 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981126g1.html>>.

49 Oberlandesgericht München, 3 Aralık 1999, 23 U 4446/99, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991203g1.html>>.

Bununla beraber, Doktrinde bu yönde kararların eleştirildiği ve tarafların amacı ve işlemin genel hedefi dikkate alınabilirse de, ayırt edici temel kriterin malın değeri ile hizmetin değerinin karşılaştırılması olacağının belirtildiği görülmektedir⁵⁰.

CISG m. 3/f. 2'nin uygulaması ile ilgili bir diğer tartışma konusu ise yazılım temin etme yükümlülüğü içeren sözleşmeler bakımından ortaya çıkmıştır.

Bir görüşe göre yazılım teminine ilişkin sözleşmeler her zaman hizmet sözleşmesi niteliğindedir; zira yazılımın üretimi edimi, her zaman teslimine nazaran ağırlıklı olacaktır⁵¹.

Bir diğer görüşe göre ise, 3. maddenin 2. fıkrası bakımından bir ayırımı gidilmesi gerekmektedir ve kişiye özel yapılan yazılımlar bakımından hizmet unsuru ön plana çıksa da, standardize yazılım temininde satım unsurunun öne çıktığı ve bu tip işlemlerin Antlaşma kapsamında olduğu kabul edilmelidir⁵².

Almanya'da, Münih Mahkemesinin bir kararında, bir bilgisayar programının satışı ve yüklenmesine dair sözleşmenin, Antlaşma'nın uygulama alanına girdiğine, zira bilgisayar programının standart olarak üretildiğine, oysa kişiye özel bir yazılımın üretiminde sağlanan iş gücü unsurunun, yazılımı sağlayan tarafın esaslı yükümlülüğünü teşkil edeceğine ve bu durumda Sözleşme'nin uygulanmayacağına karar verilmiştir⁵³.

c. Tüketici Sözleşmeleri

CISG m. 2'nin (a) bendi uyarınca, tüketici sözleşmeleri olarak adlandırılan sözleşmelere Antlaşma uygulanmaz. Burada mal satımının ne amaçla yapılmış olduğu esasından hareket edilmiştir; tarafların tacir olup olmadığına bakılmaz⁵⁴. Pek çok ülkenin tüketici satışlarını özel ve emredici nitelikte ku-

50 Michael Joachim BONELL/Fabio LIGUORI, The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law – 1997, *Revue de Droit Uniforme/Uniform Law Review*, 1997, s. 388.

51 Andrew SCOTT, Software as Goods: Nullum Simile Est Idem, *Computer Law and Practice*, 1987/3, s. 136.

52 Bruno ZELLER, Four-Corners - The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html>>.

53 Landgericht München, 8 Şubat 1995, 8 HKO 24667/93, <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g4.html>>.

54 ZEYTİN, s. 54.

rallarla düzenlemesi karşısında, Antlaşma'nın bu tercihi yerinde görülmektedir⁵⁵.

Kişinin sadece kendi kullanımı için satın aldığı şey değil, ailesine ve iş ilişkileri dışında kalan kişilere aldığı mallar için yaptığı satım sözleşmeleri de Antlaşma'nın uygulama alanı dışında kalır. Bu hususta belirleyici olan kullanım amacı olduğu için bir büro için satın alınacak mutfak aletleri, hediye paketleri gibi şeyleri konu alan satım sözleşmelerinden doğacak uyuşmazlıklara Antlaşma hükümleri uygulanır⁵⁶.

Bu kuralın, yani kişisel veya ailevî ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal satın alınmasına dair bir sözleşmenin Antlaşma'nın kapsamı dışında mütalaa edilmesi kuralının uygulanması için anılan hükümde ek bir şart aranmaktadır: Sözleşmenin akdedilmesi sırasında veya öncesinde malların belirtilen kullanım için alındıkları satıcı tarafından bilinmeli veya bilinmesi gerekmektedir. Eğer satıcı kullanım amacı ile ilgili bu bilgiden yoksun ise ve kullanım amacını bilmesi de gerekmiyor ise, Antlaşma uygulama alanı bulacaktır⁵⁷. Köln Mahkemesi'nin bir kararında, alıcının satın aldığı arabayı kişisel ihtiyacına yönelik kullanmasına rağmen, satıcının alıcının araba ticareti yaptığını bilmesi ve kişisel kullanım için satın aldığını düşünmemesi nedeniyle Antlaşma'nın uygulanacağı sonucuna varılmıştır⁵⁸.

Alıcının satın aldığı malı kullanım amacının sonradan değişmesi ise hük-

55 Paul VOLKEN, *The Vienna Convention: Scope, Interpretation, and Gap-filling*, International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, ed: Petar Sarcevic/Paul Volken, Oceana Publications, Oceana 1986, s. 36; TOKER, s. 79 vd.

56 ATAMER, CISG, s. 41.

57 Maddenin ifadesinden, alıcının malı kişisel, ailevî veya ev ihtiyacı için aldığını, satıcının ise bunu bilmediğini veya bilmesinin mümkün olmadığını ispat yükü altında olduğu sonucu çıkmaktadır. HONNOLD, s. 48. İspat yükünün ilk aşamada alıcıda olması, alıcının kendi satın alma maksadını kesin olacak bilebilecek tek kişi olmasına dayanmaktadır. ATAMER, Uygulama, s. 555. Bir diğer görüşe göre, ispat yükü ile ilgili uyuşmazlıklar ancak uygulanacak hukuka nazaran çözülebilir; CISG uygulama alanı bulmaz. TOKER, s. 86.

Somut olayın şartları da yapılacak değerlendirmede etkili olacaktır. Örnek olarak, sadece bir fırında kullanılacak bir hamur makinesinin ticarî amaçla, buna karşılık, bir evde pasta, çörek yapımında kullanılacak bir hamur makinesinin tüketim amacıyla alındığı kabul edilebilir. Aynı şekilde, satın alınan miktar, teslimat adresi, fatura bilgileri bu konuda fikir verici olabilir. ATAMER, CISG, s. 41. Öğretide bu hususta şöyle bir örnek verilmektedir: Fransız bir avukat, çalıştığı büronun antetli kağıdıyla bir Belçika firmasından koltuk ısmarladığı zaman Belçikalı satıcının bu koltuğun aslında avukatın özel kullanımına özgülendiğini bilmesi beklenemez. SCHLECHTRIEM/WITZ, s. 34.

58 Landgericht, 16 Kasım 1995, 5 O 189/94 <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951116g1.html>>.

mün uygulanması açısından etki etmez. Örnek olarak, alıcının kişisel kullanım için aldığı malı sonradan ticarî bir amaçla kullanması halinde CISG uygulama alanı bulmaz⁵⁹.

⁵⁹ ATAMER, CISG, s. 41; TOKER, s. 83.

KAYNAKÇA

- ATAMER, Yeşim:** Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı, İstanbul Barosu Dergisi, 1995, Cilt: 69, n. 10-12 (Uygulama).
- ATAMER, Yeşim:** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 (CISG).
- BONELL, Michael Joachim / LIGUORI, Fabio:** The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law – 1997, *Revue de Droit Uniforme/Uniform Law Review*, 1997.
- CRAWFORD, Blair:** Drafting Considerations Under The 1980 United Nations Convention on Contracts For The International Sale of Goods, *Journal of Law and Commerce*, 1988/8.
- DAYIOĞLU, Yavuz:** CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011.
- DEL DUCA, Louis F. / DEL DUCA, Patrick:** Practice Under the Convention on International Sale of Goods – A Primer for Attorneys and International Traders, *Uniform Commercial Code Law Journal*, 1995/27.
- DIEDRICH Frank:** Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Automatic Interpretation: Software Contracts and the CISG, *Pace International Law Review*, 1996/2.
- ERDEM, Ercüment:** Milletlerarası Mal Satım sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Viyana Satım Sözleşmesi, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008 (Viyana).
- ERDEM, Ercüment:** Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008 (Uygulama).
- GIANNUZZI, Karen:** The Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Temporarily Out Of ‘Service’, *Law and Policy in International Business*, 1996-1997/28.
- GREEN, Sarah / SAIDOV, Djakhongir:** Software as Goods, *Journal of Business Law*, Mart 2007.
- GÜMÜŞ, Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2012.
- HEIDERHOFF Bettina:** CISG’in Uygulama Alanı: Konu Bakımından, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, Yeşim M. Atamer (editör), İstanbul 2008.

HEUZE, Vincent: La vente internationale des marchandises, Droit uniforme, Paris 1992.

HONNOLD, John O.: Uniform Law for the International Sales under the 1980 United Nations Convention, Kluwer Law International, The Hague 1999.

KHOO Warren: Article 3, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffré, Milan 1987.

LICHTSTEINER, Rene A.: Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises: présentation et comparaison avec le droit suisse, Les contrats de vente internationale de marchandises, édité par François Dessemontet, Lausanne 1991.

RICHARDS, Bradley J.: Contracts for the International Sale of Goods: Applicability of the United Nations Convention, Iowa Law Review, 1983, Sayı 69.

SCHLECHTRIEM, Peter: Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG, Victoria University of Wellington Law Review, 2005/4.

SCHLECHTRIEM, Peter /WITZ, Claude: Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandise, Champ d'application, formation du contrat, Effets de la vente, Droits et obligations des parties, Inexécution et moyens, Paris 2008.

SCHROETER, Ulrich G.: Vienna Sales Convention: Applicability to <Mixed Contracts> and Interaction with the 1968 Brussels Convention, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, 2001/5.

SCOTT, Andrew: Software as Goods: Nullum Simile Est Idem, Computer Law and Practice, 1987/3.

STOFFEL, Walter: Le droit applicable aux contrats de vente internationale de marchandise, Les contrats de vente internationale de marchandises, édité par François Dessemontet, Lausanne 1991.

TANDOĞAN, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, Ankara 1987.

TOKER, Ali Gümrah: 11 Nisan 1980 tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Vienna Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005.

VOLKEN, Paul: The Vienna Convention: Scope, Interpretation, and Gap-filling, International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, ed: Petar Sarcevic/Paul Volken, Oceana Publications, Oceana 1986.

WINSHIP, Peter: An Introduction to the United Nations Sales Convention, Consumer Finance Law Quarterly Report, 1989/43, <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/winship2.html>>.).

ZELLER, Bruno: Four-Corners - The Methodology for Interpretation and Application of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, < <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/4corners.html>>.

ZEYTİN, Zafer: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CİSG) Hukuku, Ankara 2011.

Commentary on the Draft Convention on the International Sale of Goods, <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1976-e/vol7-p96-142-e.pdf>>.

UNCITRAL Secretariat on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Explanatory Note, <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>.

Viyana Konvansiyonu'nun Tahkimde Uygulanması

Prof. Dr. Ziya AKINCI*

1. Genel Olarak

Satım sözleşmeleri, milletlerarası ticaret uygulamasında en sık kullanılan sözleşmelerden biridir ve Viyana Konvansiyonu milletlerarası satım sözleşmelerine uygulanacak kuralları düzenlemektedir. Böylece Viyana Konvansiyonu uygulama alınana giren sözleşmeler açısından farklı devletlere mensup tacirlerin ortak bir satım hukukuna tabi olmasını sağlamaktadır.

Viyana Konvansiyonu'nun 1'inci maddesi sözleşmenin yer bakımından uygulanması için satım sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin farklı devletlerde bulunması şartını getirmiştir. Tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde olması ile, satım sözleşmesi milletlerarası hukukun konusu haline gelir. Sözleşmenin taraflarının işyerlerinin farklı akid devletlerde bulunması durumunda Konvansiyon'un 1/1(a) maddesi doğrudan uygulanacak ve Konvansiyon tatbik edilecektir.

Konvansiyon'un 1/1(a) maddesi hükmünce uygulanması ile, her ikisi de taraf ülkede işyeri bulunan alıcı ve satıcı arasındaki satım sözleşmesine, kanunlar ihtilafı kuralları ve milletlerarası özel hukuk kurallarına gidilmeden Viyana Konvansiyonu uygulanır. Belirtmek gerekir ki Konvansiyon'un 1/1(a) hükmündeki şartlara uygun olarak alıcı ve satıcının işyerleri farklı akid devletlerde olsa dahi satım sözleşmesinde taraflar Konvansiyon'un uygulanmayacağı yönünde anlaşılabilir.

Viyana Konvansiyonu'nun, 1'inci maddesinde, Konvansiyon'un dolaylı uygulanma hali de düzenlenmiştir. Satım sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin farklı ülkelerde olması şartı, burada da aranmaktadır. Satım sözleşmesi

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

için seçilen ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının başka bir ülkenin iç hukukuna gönderme yaptığı durumda, atıfta bulunulan ülkenin iç hukuku uygulanacaktır. Madde 1/1(b), kanunlar ihtilafı kurallarının atfı yolu ile Konvansiyon'a taraf bir ülkenin hukukunun uygulanması sonucu Konvansiyon'un dolaylı uygulanmasına yol açar. Madde 1/1(b)'nin uygulanması sonucunda, kanunlar ihtilafı kuralları yolu ile atıf yapılan ülkenin iç hukuku olarak Konvansiyon'un uygulanması sebebiyle, atıf yapılan ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarına gidilmesine gerek yoktur.¹

Satım sözleşmesinin taraflarının iki farklı ülkede olması, bu sebeple sözleşmenin milletlerarası karakter kazanması halinde, sözleşmeye uygulanacak ülke hukukunun kanunlar ihtilafı kurallarının taraf olmayan bir devlete atıf yapması halinde ise, Konvansiyon uygulanmaz.²

2. Viyana Konvansiyonu'nun Türk Hukukunda Uygulanması

Türkiye Cumhuriyeti Viyana Konvansiyonu'na taraf olmakla artık Konvansiyon Türk Hukukunun bir parçası olmuştur. Milletlerarası sözleşmelerin Türk hukukunda nasıl uygulanacağına ilişkin temel prensip, Anayasa'nın 90. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, “usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz”.

Ayrıca, yabancı unsurlu ilişkilere uygulanacak hukuku belirleyen kanunlar ihtilafı kurallarımızın yer aldığı 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun ile milletlerarası sözleşmelerin uygulama alanı belirtilmiştir. MÖHUK'un 1. maddesi yabancılık unsuru bulunan özel hukuk ilişkilerine bu kanunun uygulanacağını belirlerken, aynı maddenin son fıkrasında “Türkiye Cumhuriyeti'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşme hükümleri saklıdır” demektedir. Bu madde, aynı konuda bir milletlerarası sözleşme bulunması durumunda, söz konusu milletlerarası sözleşme hükümlerinin öncelikle uygulanacağını ifade etmektedir.³

1 ÖZSUNAY, Ergun, “1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması (CISG) Ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları”, İBD, Cilt 78, Sayı 3, Yıl 2004, s. 906-959.

2 ÇELİKEL, Aysel, “Türk Milletlerarası Özel Hukuk'unda Atıf Prensibi'nin Uygulanması”, MHB, Sayı 2, Yıl 3, 1983, s. 1-4.

3 KAPLAN, Yavuz, “1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi”, MHB, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Yıl 22, Sayı 2, 2002, s. 338.

Bu sebeple, uyuşmazlığın Viyana Konvansiyonu kapsamında olması durumunda Konvansiyon Türk hukukunun bir parçası olarak uygulanacaktır. Başka bir deyişle Türk mahkemeleri nasıl Ticaret Kanunu veya Borçlar Kanunumuzu uygulayarak uyuşmazlıkları çözüyorsa, Konvansiyon kapsamındaki uyuşmazlıklar açısından da, Viyana Konvansiyonu Türk hukuku olarak uygulanacaktır.⁴

Uyuşmazlığın Türk mahkemeleri yerine milletlerarası tahkimde çözümlenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda Viyana Konvansiyonu’nun uygulanması nasıl olacaktır? Mahkemelerin aksine milletlerarası tahkimde *lex fori* söz konusu olmadığı için, tahkim ve Viyana Konvansiyonu’nun uygulama alanı aşağıda ayrıca incelenmiştir.

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunumuz uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlerken tarafların irade serbestisine öncelik vermiş, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda hakemlerin uygulanacak hukuku nasıl belirleyeceklerine ilişkin bazı prensipler öngörmüştür.

3. Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk ve Viyana Konvansiyonu

a. Tarafların Viyana Konvansiyonu’nun Uygulanmasını Seçmesi

Taraflar sözleşmelerinin esasına uygulanacak kuralları serbestçe belirleyebilirler. Taraflar satım sözleşmelerinde uygulanacak hukuk maddesinde Viyana Konvansiyonu’nu seçerlerse, hakemler tarafların bu iradesini bir hukuk seçimi olarak dikkate alacaklar mıdır? Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 12. Maddesi uyarınca hakemler, tarafların seçtiği “hukuk kuralları”nı uygulayacağı için, satım sözleşmesinde sadece Viyana Konvansiyonu’nun uygulanacağının belirtilmesi durumunda, tarafların bu iradesine uygun olarak uyuşmazlık Viyana Konvansiyonu’na göre çözümlenecektir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu, mutlaka bir milli hukukun seçilmesi konusunda taraflara bir zorunluluk getirmemektedir. Tam tersine tarafların seçtiği “hukuk kuralları”nın esas alınacağını ifade etmiştir. Bu sebeple, tarafların Viyana Konvansiyonu’nun uygulanması hususundaki iradesine uymamak için bir sebep yoktur. Böyle bir durumda, hakemler, prensip olarak uyuşmazlığa

4 TEKİNALP, Gülören, “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zımnî Hukuk Seçimi”, MHB, Sayı 1, Yıl 5, 1985, s. 28-31.

uygulanmak üzere başka bir milli hukuk arayışına girmeksizin, Viyana Konvansiyonu'nu esas alarak uyuşmazlığı çözümleyeceklerdir.

Bir satım sözleşmesi, Konvansiyon'un kapsamına giriyor fakat uyuşmazlık Konvansiyon'da düzenlenmeyen hususları da içeriyorsa, Konvansiyon'un 7/2. maddesi uyarınca boşluk doldurma yoluna gidilecektir. Buna göre, öncelikle Viyana Konvansiyonu'nun temel ilkelerine göre boşluk doldurulacaktır. Buna ek olarak, boşluğun doldurulması için milletlerarası özel hukuk kurallarına başvurulması ile uygulanacak hukukun tespit edilmesi ve uygulanacak hukuka göre boşlukların doldurulması çözümü getirilmiştir. Viyana Konvansiyonu'nun temel ilkelerine göre boşluk doldurma yoluna gidileceği takdirde, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve iyi niyet göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda, madde 6'da düzenlenen irade özerkliği ve tarafların iradeleeri ile milletlerarası teamüller de Konvansiyon kapsamında boşluk doldurma yoluna gidildiğinde temel prensipler olarak değerlendirilmelidir. Konvansiyon'un 7'inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bu temel ilkeler ışığında çözümlenemeyen boşluk olması halinde, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukukta çözüm aranacaktır.⁵

Tarafların sözleşmelerinin esasına Viyana Konvansiyonu'nun uygulanmasını kararlaştırmaları durumunda, söz konusu sözleşme Viyana Konvansiyonu'nun uygulama alanı dışında kalıyorsa, (örneğin sözleşmenin satım sözleşmesi olmaması veya 1. maddesi kapsamında bir satım sözleşmesi olmaması, satım sözleşmesinin Konvansiyon'un 3. maddesi dışında kalması veya sözleşmenin bir tüketici sözleşmesi olması durumu gibi) artık tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanmak üzere geçerli bir seçim yaptığından bahsetmek mümkün değildir.⁶

Hakem heyeti, bir satım sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlık için tahkim yoluna gidildiği bir durumda, uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçerken, iç hukuk mahkemelerinin hakimlerine göre nispeten daha bağımsızdır.

Satım sözleşmesinin tarafları, uygulanacak hukuku belirlemedikleri takdirde, hakem heyeti Konvansiyon'un uygulanmasının milletlerarası uygun düşüğüne kanaat getirmesi halinde Konvansiyon doğrudan uygulanabilir.

5 **Schlechtriem, P.:** *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Ed.: **P. Schlechtriem**, 2nd ed., Oxford 1998 Pt. 1, Ch. 1, s. 64 vd.

6 **Schlechtriem, P.:** Pt.1 Ch 3 s. 33 vd., **Heiderhoff, Atamer Y. (Ed.): Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)**, s.28,

Başka bir alternatif de, tarafların yetkili hukuku belirlememeleri ve hakem heyetinin uyuşmazlığın çözümü için kanunlar ihtilafı kurallarını uygulama yoluna gitmesi halidir. Burada, uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları neticesinde dolaylı olarak Konvansiyon'un uygulanması sonucu doğabilir. Belirtmek gerekir ki, hakem heyeti kanunlar ihtilafı kurallarını seçerken, sözleşme ile en ilintili hukuk, veyahut hukuklar doğrultusunda hareket eder. Cam ürünlerin satımını konu alan bir satım sözleşmesinde, alıcı, son teslimatı takiben malların kusurlu olduğunu iddia ederek ödeme yapmaktan kaçınmıştır. Satıcı ise, satım sözleşmesinin malların kusurlu ifasını kapsamadığını iddia etmekle beraber, kusurlu ifaya ilişkin iddiaya dair alıcının müşterileri veya tarafsız bir görüşe dayanan delil olmaması nedeni ile ödemekten kaçınmanın mümkün olmadığını iddia ederek, bu doğrultuda ifaya ilişkin örnek mal teslimatını kabul eden alıcının iddiasına itirazda bulunmuştur.⁷

Taraflar, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar konusunda yetkili bir hukuk belirtmemişlerdir. Uyuşmazlığı gören hakem heyetince, taraflar arasında uygulanacak hukuk konusunda sessiz kalındığı dikkate alınarak, ICC Kuralları 13.3 uyarınca, hakem heyetine, taraflarca sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimi yapılmaması halinde, milletlerarası özel hukuk kuralları altında kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanarak uygun görüldüğü bir hukuku yetkili hukuk olarak belirleme olanağı tanınmıştır. Viyana Konvansiyonun 1/1(a) maddesi gereğince, hakem heyeti, işyeri İtalya'da olan alıcı ve işyeri Romanya'da olan satıcı arasındaki uyuşmazlığa her iki ülkenin de Konvansiyon'a taraf olduğu sebebi ile Konvansiyon'un uygulama alanında olduğuna karar vermiştir.

b. Konvansiyon'un Tarafların Seçtiği Milli Hukukun Parçası Olarak Uygulanması

Tarafların esasa uygulanmak üzere bir milli hukuku seçmeleri durumunda, seçilen devletin Viyana Konvansiyonu'na taraf olan bir devlet olması halinde, uyuşmazlığa tarafların seçtiği milli hukukun satım sözleşmesine ilişkin hükümleri mi uygulanacaktır, yoksa Viyana Konvansiyonu mu uygulanacaktır?

Bu konuda bir bakış açısı, tarafların bir milli hukuku uygulanacak hukuk seçmeleri durumunda, artık söz konusu milli hukukun sözleşmeye uygulanacak hükümlerinin dikkate alınmasını istedikleri, Viyana Konvansiyonu'nun uygulanmasını murad etmedikleri şeklinde olabilir. Diğer yaklaşım ise, Vi-

⁷ ICC Arbitration Case No. 8662 of September 1997 (Glass Commodities Case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/978962i1.html>

yana Konvansiyonu'na taraf olan bir devlet açısından artık Konvansiyon'un milli hukukun bir parçası olduğu için, tarafların söz konusu ülke hukukunu seçmeleri durumunda Viyana Konvansiyonu'nun, seçilen hukukun bir parçası olarak uygulanması gerektiğidir.⁸

Birinci yaklaşım, tarafların belirli bir devlet hukukunu uygulanması konusunda anlaşmaları durumunda, artık tarafların Viyana Konvansiyonu yerine seçilen devletin satım hukukunun uygulanması konusunda anlaştıklarının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Örneğin 1999 tarihli bir MTO Hakem kararında, bu yaklaşım kabul edilmiştir. Söz konu uyuşmazlıkta Çinli bir satıcı ve Alman bir alıcı arasında, 3. bir kişi tarafından sağlanacak belirli bir miktar mal satımına ilişkin bir satım sözleşmesi akdedilmiştir. Teslim tarihinde yapılan inceleme sırasında, malların ağırlık ve kalite bakımından yükleme tarihinde verilen analiz sertifikasından farklı olduğu tespit edilmiştir. Alıcı, malları teslim almayı reddetmiş ve tüm sözleşme bedelinin iadesini talep etmiştir. Satıcı ise, yalnızca malların üreticisi adına bir aracı olarak hareket etmesi sebebi ile kusurlu ifa için sorumlu tutulamayacağını iddia etmiştir. Sözleşmeden doğan uyuşmazlık için MTO kurallarına tabi olarak tahkime gidilmiştir. Hakem heyeti, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak İsviçre Hukuku'nu seçmeleri sebebi ile Konvansiyon'un 1/1(a) maddesi hükmünce Viyana Konvansiyonu'nun uygulama alanı bulacağı yönünde karar vermiştir⁹.

Konvansiyon kapsamındaki bir başka uyuşmazlıkta yine hakemler tarafların belirli bir devlet hukukunun uygulanması konusunda anlaşmaları sonucu Konvansiyon'un değil, seçilen devlet hukukunun uygulanması gerektiği konusunda karar vermişlerdir. Söz konusu davada, uyuşmazlık farklı ülkelerde yerleşik alıcı ve satıcı arasındaki motor satım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Satım sözleşmesinde yetkili hukuk İsviçre hukuku, tahkim yeri ise Zürih olarak belirlenmiştir. Hakem Heyeti, tarafların Konvansiyon'a taraf bir devletin hukukunu yetkili kılmaları halinde, Konvansiyon'un 8. maddesi dikkate alınarak, tarafların Konvansiyon'un uygulanması ile ilgili iradelerinin tespit edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Buna göre söz konusu olayda, tarafların İsviçre Hukuku'nu "tarafsız hukuk" olarak atıfta bulunmaları ve tahkim yerini Zürih olarak belirlemeleri göz önüne alındığında, tarafların Konvansiyon değil, İsviçre

8 ERDEM, Ercüment, "Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı", Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 1-23

9 ICC Arbitration Case No. 9187 of June 1999 (*Coke case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/999187i1.html>

Borçlar Hukuku'nun uygulanmasını hedefledikleri yönünde karar verilmiştir. Böylelikle, hakem heyeti bu satım sözleşmesinin Konvansiyon'un 1/1(b) maddesinde düzenlenen uygulama alanına girmediği kanaatine varmıştır¹⁰.

Bir başka kararda hakem heyeti, sözleşmede tarafların bir milli hukuku belirtmiş olmalarının, Konvansiyon'un uygulanmaması yönünde irade beyanı anlamına geldiğini ifade etmiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta, Singapurlu bir satıcı ve Polonyalı bir alıcı arasında bilgisayar donanımı satımına ilişkin bir sözleşme akdedilmiş ve taraflar arasında doğacak uyuşmazlıklara Fransız hukukunun uygulanması kararlaştırılmıştır. Alıcı, müşterilerinin şikayetleri doğrultusunda teslim edilen ürünlerin yarısını teslim almayı reddetmiştir. Satıcı tarafından, teknik kusurların derhal tamir edilmesi teklifi yapılsa da, alıcı sözleşmeyi feshetme yoluna gitmiştir. Sözleşmeden kaynaklı zararları için satıcı, MTO kurallarına tabi tahkim prosedürünü başlatmıştır. Yetkili hukuk seçimi konusunda, Hakem heyeti Fransız hukukuna atıf yapmakla tarafların sözleşmenin Fransız iç hukukuna tabi olacağını, bu doğrultuda Fransız Medeni Kanunu ile düzenlenen satım sözleşmeleri hükümlerinin uygulanacağına karar vermiştir. Hakemler, Viyana Konvansiyonu'nun 1/1(b) maddesi uyarınca uyuşmazlığın Konvansiyon'un uygulama alanı kapsamında olduğunu tespit etmekle birlikte, Konvansiyon'un uygulanmaması seçimini mümkün kılan 6'ncı maddesi dikkate alındığında, (Konvansiyona taraf olan bir devlet hukuku dahi olsa) tarafların bir milli hukuku seçmiş olmakla, Konvansiyon'un uygulanmaması yönünde bir seçim yaptıklarını ifade etmişlerdir. Bu genel yaklaşımı ifade etmekle birlikte somut olayda hakem heyeti, tarafların beyanlarında Konvansiyon'a atıfta bulundukları için, Fransız iç hukuku hükümleri ile Konvansiyon hükümlerinin çeliştiği durumlarda, Konvansiyon'un öncelikli olarak uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Hakem heyeti, Konvansiyon'un birçok konuda söz konusu uyuşmazlığa dair detaylı hükümleri olduğunu ve Fransız Medeni Kanunu ile uygulamalarının aynı sonuca vardığını da vurgulamıştır¹¹.

İkinci yaklaşım, yani tarafların Konvansiyon'a taraf olan bir devletin hukukunu seçmeleri durumunda, artık Konvansiyon'un, seçilen hukukun bir parçası olarak uygulanacağı, 1996 tarihli kararında ifade edilmiştir. Konvansiyon'un uygulama alanına giren bu uyuşmazlıkta, taraflar Rusya'dan kömür

10 ICC Arbitration Case No. 8482 of December 1996 (*Engines case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968482i1.html>

11 ICC Arbitration Case No. 7754 of January 1995 (*Computer hardware case*) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/957754i1.html>

satımına ilişkin sözleşmeler akdetmiştir. Son teslimatı takiben alıcı tarafından ödeme yapılmaması sebebiyle ortaya çıkan uyuşmazlıkta, taraflar MTO kurallarına tabi olarak tahkim yoluna gitmişlerdir. Hakem heyeti, sözleşmelere uygulanacak hukukun taraflarca İsviçre Hukuku olarak belirlenmesini göz önünde bulundurarak, İsviçre Hukukunun bir parçası olarak Viyana Konvansiyonu'nun uygulanmasına karar vermişlerdir.¹²

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12/C maddesi uyarınca “belirli bir devletin hukukunun seçilmiş olması, aksi belirtilmedikçe, o devletin kanunlar ihtilafı kurallarının veya usul kurallarının değil, doğrudan maddi hukukunun seçilmiş olduğu anlamına gelir” demektedir. Bu madde dikkate alındığında, belirli bir devlet hukukunun seçilmesi durumunda, artık Viyana Konvansiyonu değil, fakat söz konusu devletin maddi hukukunun uygulanacağı söylenebilir mi? Bu soruya olumsuz yanıt vermek gerekir. Zira, taraf olunmakla Viyana Konvansiyonu o devletin maddi hukukunun bir parçası olmaktadır. Viyana Konvansiyonu usul hukuku meselelerini düzenleyen veya kanunlar ihtilafı kuralları içeren bir düzenleme değildir. Tam tersine, milletlerarası satım sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarını çözmek üzere maddi hukuk kuralları içermektedir. Bilindiği üzere Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12/C maddesi, tarafların “yürürlükteki Türk kanunlarının yetkili olduğunu” belirttikleri bir sözleşmede, söz konusu hukuk seçiminin “Türk usul hukuku kurallarını da kapsadığını” belirten Yargıtay 15. HD, E. 1997/4213, K. 1997/5603, T. 25.12.1999 tarihli kararına yöneltilen eleştiriler dikkate alınarak getirilmiştir.¹³ Oysa Viyana Konvansiyonu, milletlerarası satım sözleşmelerine ilişkin maddi hukuk alanında kurallar getiren bir düzenlemedir. Bu sebeple bu maddenin Konvansiyon'un uygulamasını dışlayacak şekilde anlaşılmaması gerekir. Viyana Konvansiyonu tarafların seçtiği hukukun maddi hukuka ilişkin kuralları içeren bir parçası olduğu için uyuşmazlığa Viyana Konvansiyonu'nun uygulanması gerekecektir.

c. Tarafların Konvansiyon'u Dışlayarak Milli Hukuk Seçimi Yapması

Uygulamada bazı durumlarda taraflar uyuşmazlığa belirli bir devlet hukukunun uygulanmasını seçerken, Viyana Konvansiyonu hükümlerini hariç

12 ICC Arbitration Case No. 8740 of October 1996 (*Russian coal case*), <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/968740i1.html>

13 TİRYAKİOĞLU, Bilgin, “11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal atımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi”, AÜHFD, Cilt 41, Sayı 1, Yıl 1990, s. 191-204.

tutabilirler. Örneğin tarafların hukuk seçimi maddesinde “bu satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklara Viyana Konvansiyonu hükümleri hariç olmak üzere Türk Hukuku uygulanacaktır” demesi durumunda, böyle bir hukuk seçimi geçerli olacak mıdır? Bu soruya olumlu yanıt vermek gerekir. Zira yukarıda belirtildiği üzere Viyana Konvansiyonu tarafların seçtiği milli hukukun bir parçası olarak uygulanmaktadır. Tarafların kısmi hukuk seçimi yapmaları mümkündür. Milletlerarası ticaret hukukunda esas olan tarafların hukuk seçimi konusundaki iradelerine mümkün olduğu kadar itibar etmektir. Bu sebeple, tarafların Viyana Konvansiyonu’nu hariç tutarak, belirli bir milli hukukun yetkili olması şeklindeki iradelerine geçerlik tanınması için bir engel söz konusu olmamalıdır.

d. Ticari Örf ve Âdetler

Milletlerarası ticari tahkim dikkate alındığında hakemlerin, milletlerarası ticaretin beklentileri ve uygulamasını dikkate almaya azami özen gösterdikleri dikkati çekmektedir. Nitekim aşağıda açıklanacağı üzere, 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu, hakemlerin milletlerarası ticari örf ve adetleri dikkate alacağını ifade etmektedir. Bu kapsamda, Viyana Konvansiyonu’nun milletlerarası ticari örf ve adet açısından değerlendirilmesinde yarar vardır.

Ticarî örf ve âdetler yazılı olmayan fakat ticaret hayatında herkesin uyması gerektiği kabul edilen kurallardır¹⁴. Türk hukukunda bir kuralın ticarî örf ve âdet olarak kabul edilebilmesi için başlıca üç koşul aranmaktadır: İlk olarak, örf ve âdet kurallarının uzun zamandan beri uygulanmakta bulunması, tekrarlanması gerekmektedir. İkinci olarak, tacirler arasında uzun zamandır uygulanan bu kurala uymanın gerekli olduğu yolunda yerleşmiş bir kanı olması gerekmektedir. Nihayet, bir kuralın örf ve âdet hâline gelebilmesi için, kanun kuvvetiyle yaptırıma bağlanmış olması gereklidir¹⁵. Fiilî bir alışkanlık niteliğinde olan ve örf âdet düzeyine ulaşmamış teamüller ise objektif hukuk kuralı niteliğinde değildir. Dolayısıyla, bunlardan sadece taraf iradelerinin yorumlanmasında yararlanılacaktır¹⁶.

Milletlerarası Tahkim Kanunu uyarınca, “sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticarî örf ve âdetler ile ticarî

14 BAŞTUĞ, İrfan/ERDEM, Ercüment Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, DEÜ Ankara 1993 s. 11.

15 Baştuğ/Erdem, s. 11.

16 ARKAN, Sabih Ticari İşletme Hukuku; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982 s. 82-84.

teamüller de göz önüne alınır”. Görüldüğü gibi, Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda uygulanacak hukukun maddi kurallarının yanı sıra, bu hukukun ticarî örf ve adetlerinin de dikkate alınacağı ifade edilmiştir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun 12/C maddesi, esas itibarıyla UNCITRAL Model Kanunu’nun 28/4. maddesinden alınmıştır. Ancak, UNCITRAL Model Kanunu’nda taraflar arasındaki ilişkiye uygulanması söz konusu olan ticarî örf ve âdetten bahsetmektedir¹⁷. Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun metni esas alındığında, göz önüne alınacak ticarî örf ve âdet, uygulanacak hukuka ait örf ve âdettir. Model Kanun’dan farklı olarak Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda “esasa uygulanacak hukuk sistemine ilişkin” ticarî örf ve âdet dikkate alınmaktadır. Oysa milletlerarası tahkim uygulaması incelendiğinde, (dış ticarete ilişkin olsa dahi) millî hukuk sistemleri içinde yer alan ticarî örf ve âdet kurallarından ziyade, milletlerarası ticarî uygulama sonucunda oluşan ticarî örf ve âdetlerin önem kazandığı dikkati çekmektedir.

Viyana Konvansiyonu’nun milletlerarası ticari satım sözleşmelerinin yorumlanmasında Milletlerarası Tahkim Kanunun 12/C maddesi anlamında milletlerarası örf ve âdet olarak dikkate alınabilecek midir?

Üye olan devlet sayısı dikkate alındığında, Viyana Konvansiyonu’nun milletlerarası ticari satım uygulaması açısından taşıdığı önem göz ardı edilemez. Bununla birlikte Viyana Konvansiyonu’nda kabul edilen her prensibin bugün için milletlerarası ticari satım açısından örf ve âdet oluşturduğunu söylemek zordur. Zira bugün için Viyana Konvansiyonu’na taraf olmayan, başka bir deyişle Konvansiyon’un getirdiği prensiplere katılmayan birçok devletin ve hukuk sisteminin mevcut olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Bu sebeple, Viyana Konvansiyonu’ndaki her prensibin uygulamadaki tüm tacirler tarafından uyulması zorunlu olarak kabul edilen prensipler olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu husus, özellikle Viyana Konvansiyonu’nun kapsamı dışında kalan satım sözleşmeleri bakımından önem taşıyacaktır. Bununla beraber, Viyana Konvansiyonu’nun, milletlerarası satım uygulaması açısından hakemlere birçok konuda yol gösterici olacağını söylemek mümkündür.¹⁸

17 UNCITRAL Model Kanunu’nun 28/4. maddesi şöyledir: “*In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction*”.

18 Tiryakioğlu, s. 198

4. Hukuk Seçimi Yapılmaması

Milletlerarası tahkimin özü taraf iradesine dayanmaktadır. Bu sebeple, satım sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkimde çözümlenmesi durumunda, tarafların seçtikleri hukukun uygulanması esastır. Taraflar uygulanacak hukuku seçmemişlerse, bu durumda uygulanacak hukuku hakemler belirleyecektir. Aşağıda görüldüğü üzere, uygulanacak hukukun belirlenmesinde hakemlere büyük bir serbesti tanınmıştır.

Tahkim anlaşmasında kurumsal tahkim öngörülmüşse, seçilen kurumsal tahkimin standart kuralları, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesini düzenleyen kurallar içerebilir. Tahkim kurumunun normlarında kanunlar ihtilafı kuralı mevcut değilse veya *ad hoc* tahkime gidilmişse genel uygulama, hakemlerin yargılama yaptıkları ülkenin kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak esasa uygulanacak hukuku tespit etmeleri veya doğrudan dava ile en sıkı irtibatlı ülke hukukunu tespit edip, buna göre ihtilafı çözmek şeklinde gelişmiştir¹⁹.

Türkiye'nin de taraf olduğu 1961 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin VII. Maddesi uyarınca, tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku belirlememeleri durumunda, hakemler, "*uygun gördükleri*" kanunlar ihtilafı kurallarının tayin ettiği hukuku uygulayacaklardır.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12. maddesinde tarafların hukuk seçimi yapmamaları hâlinde hakemlerin uygulaması gereken hukuk açık bir hükümle düzenlenmiştir. Buna göre tarafların uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmamış olmaları hâlinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12. maddesi, hakemlerin, en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar vereceğini öngörerek, atıf prensibini bertaraf etmiştir (MÖHUK m. 2). Böylece, hakemler yetkili olduğunu tespit ettikleri hukukun kanunlar ihtilafı kurallarını dikkate almadan, doğrudan maddi hukuk kurallarını uygulayabileceklerdir.

Hakemler uyuşmazlığa hangi devletin hukukunun uygulanması gerektiğine karar verdikten sonra, hakemlerin yetkili gördüğü devlet Viyana Konvansiyonu'na taraf ve uyuşmazlık Viyana Konvansiyonu kapsamında ise,

¹⁹ ŞANLI, Cemal Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2002 s. 215.

artık sözleşmeye Viyana Konvansiyonu uygulanacaktır. Zira, bu durumda hakemler Viyana Konvansiyonu’nu yetkili hukukun bir parçası olarak uygulamaktadırlar.

Hakemler uyuşmazlığa uygulanacak kuralları tespit ederken, herhangi bir devlet hukukunu uygulamayarak sadece Viyana Konvansiyonu’nun uygulanmasına karar verebilir mi? Milletlerarası Tahkim Kanunun 12/C maddesinin lafzına bakıldığı zaman, hakem veya hakem kurulunun “uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verir” demek suretiyle, belirli bir “devletin” maddi hukuk kurallarından bahsedilmektedir. Bu sebeple maddenin metninden yola çıkıldığında hakemlerin belirli bir devlet hukukunun yetkili olduğuna karar vermesi ve Viyana Konvansiyonu’nun uygulanmasını bu hukuk sistemi içerisinde gerçekleştirmesinin gerektiği söylenebilir. Söz konusu maddenin lafzi yorumu bizi bu sonuca götürmekle birlikte, milletlerarası tahkimde hakemlere hukuk seçimi konusunda geniş bir serbestinin tanınmasının esas olduğunun unutulmaması gerekmektedir.

5. Hakkaniyet-Nesafet Kuralları ve Dostane Aracılık

Milletlerarası tahkimde uyuşmazlığın hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre çözümlenmesi mümkündür. Hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre hüküm vermek, yürürlükteki hukukta uyuşmazlığa uygulanacak kurallar olmasına rağmen hakemlerin, uyuşmazlığı kendi adalet ve nesafet ölçülerine göre çözmeleri anlamına gelir²⁰. Hakemlerin uyuşmazlığı hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre çözeceklerinin kararlaştırıldığı uyuşmazlıklarda hakemler, yetkili hukukun belirlenmesi ve belirli bir hukuk sisteminin hukuk kurallarının somut olaya doğru bir şekilde uygulanmasına değil, fakat kendi hakkaniyet anlayışlarına ve vicdanlarına göre hakkaniyetli bir çözüm bulunması için çaba gösterirler.

Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda, hakemlerin herhangi bir hukuk sisteminin kuralları ile bağlı olmaksızın ve tamamen hakkaniyet ve nesafet ilkelerine dayanarak karar vermelerinin kararlaştırılabileceği ifade edilmiştir. Böyle bir durumda, uyuşmazlık Viyana Konvansiyonu kapsamında olsa dahi, taraflar uyuşmazlığın hakkaniyet ve nesafet esasına göre çözüleceğini kararlaştırabilirler. Bu durumda artık uyuşmazlığa Viyana Konvansiyonu uygulanmayacaktır.

20 BALCI, Mustafa İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999, s. 218-219.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca, “hakem veya hakem kurulu, ancak tarafların açıkça yetkili kılınmış olmaları şartıyla hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar verebilir”. Ancak belirtmek gerekir ki, hakemlerin maddi hukuk kuralları ile bağlı kalmaksızın ve hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verebilmesi için tarafların bu yetkiyi açıkça vermiş olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, taraflar arasında bir anlaşma olmadıkça, hakemler kendiliğinden maddi hukuk kuralları yerine hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar veremezler. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun ifadesinde dikkati çeken bir başka nokta, hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verilebilmesi yolundaki taraf iradesinin açık irade beyanı ile yapılması gerekmesidir. Bu sebeple, tarafların farazî veya zımnî iradelerinden hareketle, hakkaniyet ve nesafet kurallarına göre karar verilmesi konusunda anlaşmalarını iddia etmek mümkün değildir; bu konudaki anlaşmanın açık olması gerekmektedir.

Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda açıkça ifade edildiği üzere, tarafların hakemlere “dostane aracı” olarak hareket etme yetkisi vermeleri mümkündür. Dostane aracılık kavramı, tahkim literatüründe, daha sık olarak “dostane arabulucu” olarak ifade edilmektedir. Ancak, her halükârda bu kavramı, arabuluculuk kavramı ile karıştırmamak gerekir. Arabuluculuk, uyuşmazlığın tarafların uzlaşması ile çözümlenmesini hedefleyen ve bağlayıcı niteliği olmayan bir alternatif uyuşmazlık çözüm metodudur. Buna karşılık, Türkçe'ye dostane arabulucu veya dostane aracı olarak çevrilen “*amiable compositeurs*” kavramı arabuluculuk kavramından farklıdır. Dostane arabuluculuk veya aracılık olarak ifade edilen bu çözüm yolu, niteliği açısından bir tahkim yoludur. Ancak, taraflar burada hakemlere, hukuk kurallarına sıkıca bağlı kalmaksızın, hakkaniyet prensibinden hareket ederek karar verebilme yetkisi vermektedirler. Burada, hakemlerin, olayın gerektirdiği hakkaniyetli çözüme ulaşabilmeleri için mümkün olduğunca esnek davranabilmeleri sağlanmaya çalışılmaktadır. Bununla beraber, tanınan bu esneklik sınırsız değildir; taraflara eşit davranılması, savunma haklarına riayet edilmesi gibi temel kuralların ihlal edilmemesi gerekir. Bu metod özellikle, hukukçu olmayan fakat uyuşmazlığın kaynaklandığı alanda bilgi sahibi kişilerin hakem olarak seçildiği uyuşmazlıklarda tercih edilmektedir²¹.

21 Yine burada karşımıza çıkan bir başka kavram, tarafların hakemlerin eşitlik ilkesine göre karar vermesini “*exaequo et bono*” öngördükleri durumdur. Bu kavram devletler umumi hukuku problemlerinin çözümünde ortaya çıkmış, daha sonra milletlerarası ticarî tahkim terminolojisine de alınmıştır. Kavramların, doğduğu alanlar arasındaki bu fark dışında, “*amiable compositeurs*” ile uyuşmazlığın çözümünde “*exaequo et bono*” esasından hareket edilmesi arasında, işlev ve nitelik açısından bir fark bulunmamaktadır.

KAYNAKÇA

- ARKAN, Sabih** Ticari İşletme Hukuku; Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1982
- BALCI, Mustafa** İhtilafların Çözüm Yolları ve Tahkim, İstanbul 1999
- BAŞTUĞ, İrfan/ERDEM, Ercüment** Ticari İşletme Hukuku Ders Notları, Dokuz Eylül Üniversitesi, Ankara 1993
- ÇELİKEL, Aysel**, “Türk Milletlerarası Özel Hukuk’unda Atıf Prensibi’nin Uygulanması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni [MHB], Sayı 2, Yıl 3, 1983,
- ERDEM, Ercüment**, “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, Milletlerarası Ticaret Hukuku İle İlgili Makaleler, İstanbul 2008
- HEIDERHOFF, Atamer Y. (Ed.):** Milletlerarası Satım Hukuku Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), B. 1, İstanbul 2008
- KAPLAN, Yavuz**, “1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet Ortamında Bilgisayar Programı Satış Sözleşmesi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni [MHB], Prof. Dr. Ergin Nomer’e Armağan, Yıl 22, Sayı 2, 2002, s.325 vd.
- OZSUNAY, Ergun**, “1980 Tarihli Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması (CISG) Ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 78, Sayı 3, Yıl 2004, s. 906 vd.
- SCHLECHTRIEM, P.:** Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Ed.: P. Schlechtriem, 2nd ed., Oxford 1998 Pt. 1, Ch. 1
- ŞANLI, Cemal**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 2002
- TEKİNALP, Gülören**, “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk-MÖHUK m. 24 ve Zım-nî Hukuk Seçimi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni [MHB], Sayı 1, Yıl 5, 1985, s. 439 vd.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin**, “11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 41, Sayı 1, Yıl 1990, s. 191 vd.

Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu'nda Boşlukların Doldurulması

Doç. Dr. Tolga AYOĞLU*

I. Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu'nun ("CISG") Amacı ve Önemi

Her geçen gün hacmi büyüyen uluslararası ticari işlemler içerisinde, menkul malların satımına yönelik sözleşmeler büyük yer tutmaktadır. Uluslararası ticaretin hukuki güvenlik ve istikrarı ön plana çıkartan yapısı nedeniyle, menkul mal satımına ilişkin sözleşmelerin kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili bulunan milli hukuk sistemine bağlanmaları tatmin edici sonuç doğurmaz. Zira milli hukuk sistemlerinin ülke içi işlemler için öngördükleri düzenlemeler uluslararası ticaretin ihtiyaçlarını karşılamaktan uzaktır. Dolayısıyla, uluslararası menkul mal satımlarına ilişkin ihtilafları milli bir hukuk sistemine bağlanarak çözme çabası yapay bir çözüm tarzı olarak kalmaya mahkûmdur¹.

Bu düşünceden hareketle, Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu (UNCITRAL) tarafından, 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu ("*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*"- "CISG") hazırlanmıştır². Konvansiyon, uluslararası menkul mal satımlarına ilişkin ola-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 **H. Ercüment Erdem**, Uluslararası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Batider 1992, C. XVI, S. 3, s. 105.

2 Uluslararası satım işlemlerini düzenleyen bir konvansiyon hazırlama düşüncesi ilk olarak 1920'li yılların sonunda ortaya atılmıştır [**Tom Mc Namara**, U.N. Sale of Goods Convention: Finally Coming of Age?, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mcnamara.html>)]. Bu düşünce doğrultusunda Unidroit tarafından hazırlanan 1964 tarihli Uluslararası Satım İşlemlerine İlişkin Yeknesak Kurallar

rak, herhangi bir milli hukuk sistemine başvurmaya gerek kalmaksızın “*lex contractus*” olarak uygulanabilecek detaylı düzenleme öngörme amacını taşımakta³ ve satım sözleşmeleri bakımından yeknesak hukuka ulaşma çabalarının ulaştığı son noktayı teşkil etmektedir. 1988 yılından buyana yürürlükte olan Konvansiyon, kendisine imza koyan ülkeler bakımından, uluslararası satım işlemleri yönünden iç hukuk statüsündedir. Hâlihazırda 80 ülke tarafından imzalanmış olan Konvansiyon’a birçok gelişmiş ülke taraftır⁴. Bu nedenle, Konvansiyon’un, dünya ticaretinin yaklaşık olarak dörtte üçünü kontrolü altında tuttuğu ifade edilmektedir⁵. Türkiye de, yakın bir geçmişte, 02.04.2009 tarihli ve 5870 sayılı Kanun’la⁶ Konvansiyon’u onaylamıştır. Bu itibarla, CISG artık Türk hukuku bakımından da iç hukuk statüsündedir⁷.

Konvansiyonu (“Convention Relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods”) ile yine 1964 tarihli Uluslararası Satım Sözleşmeleri’nin Kuruluşuna İlişkin Yeknesak Kurallar Konvansiyonu (“Convention Relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods”) arzu edilen başarıyı sağlayamamışlar ve bugün yerlerini CISG’ye bırakmışlardır.

- 3 **G. Ripert/ R. Roblot**, *Traité de droit commercial*, Tome 1, 14e éd., Paris 1994, no. 2546.
- 4 Dünyanın büyük ekonomilerinden Amerika Birleşik Devletleri, Çin Halk Cumhuriyeti, Rusya, Almanya, Fransa, Japonya, Brezilya ve Avustralya Konvansiyon’a üyedir. İngiltere ise CISG’ye taraf olmamıştır. Genel olarak bakıldığında, CISG’nin en az ilgi gördüğü bölgelerin Afrika kıtası ve Ortadoğu olduğu söylenebilir. Konvansiyon Arap dünyasında da beklenen ilgiyi görmemiştir. Gerçekten, Mısır ve Suriye’nin Konvansiyon’u onaylayan ilk on ülkenin içerisinde yer almalarına karşın, sonradan bunlara eklenen ülkeler yalnızca Irak ve Moritanya İslam Cumhuriyeti ile sınırlı kalmıştır [**Hossam A. El-Saghir**, *The Interpretation of the CISG in the Arab World*, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/el-saghir.html>)]. Avrupa Birliği ile Asya’nın kuzeyi ve doğusunda ise Konvansiyon’a yüksek bir katılım yüzdesine ulaşıldığı söylenebilir.
- 5 **Loukas Mistelis**, CISG’nin Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından, *Milletlerarası Satım Hukuku- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması CISG*, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 10.
- 6 RG. 14.04.2009, S. 27200. Söz konusu Kanun’da ve Konvansiyon’un resmi tercümesinde, Konvansiyon’un ismi, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması” şeklinde Türkçe’ye çevrilmiştir. “Mal Satımı” ifadesi taşınmaz satımının da kapsam içerisinde kaldığının düşünülmesine neden olabilir. Bu nedenle resmi tercümeyi isabetli bulmuyor ve çalışmamızda, doktrinde artık yerleştiğini düşündüğümüz “Milletlerarası Menkul Mal Satımları Hakkında Viyana Konvansiyonu” ifadesini kullanmayı tercih ediyoruz.
- 7 Buna karşılık, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu hazırlanırken CISG’nin dikkate alınmamış olması büyük bir eksikliktir [**Yeşim Atamer**, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, İstanbul 2005, s. 30; **Bilgehan Çetiner**, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelemesi*, *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı: 58, s. 3152].

II. Uygulama Alanı

Konvansiyon dört farklı olasılıkta uygulama alanı bulmaktadır. Bunlardan ikisi bizzat Konvansiyon'un metninde öngörülen uygulanma halleridir. Diğer ikisi ise Konvansiyon'un metninde öngörülmemelerine karşın doktrin-de kabul edilen uygulanma olasılıklarıdır.

a) Konvansiyon'un Metninde Öngörülen Uygulanma Halleri

Konvansiyon'un metninde öngörülen uygulanma hallerinden ilki, menkul mal satımına ilişkin sözleşmenin taraflarının işyerlerinin iki ayrı üye ülkede bulunması halidir [md. 1 (a)]⁸. Bu şart gerçekleştikten sonra, taraflar arasındaki satım sözleşmesi kanunlar ihtilafı kuralları gereğince Konvansiyon'a üye olmayan üçüncü bir ülkenin hukukuna tabi bulunsa dahi Konvansiyon yine de uygulama alanı bulacaktır⁹. Dolayısıyla, Konvansiyon'un, bu ihtimalde, kanunlar ihtilafı kurallarından bağımsız olarak “doğrudan” uygulandığı vurgulanmalıdır.

İkinci ihtimal ise, kanunlar ihtilafı kuralları gereğince satım sözleşmesine uygulanması gereken hukukun bir akit devletin hukuku olmasıdır [md. 1 (b)]. Hem kanunlar ihtilafı kurallarının bir akit devletin hukukunu işaret ettiği hallerde, hem de tarafların satım sözleşmesine uygulanacak hukuk sistemi olarak bir üye devletin hukukunu seçmeleri durumunda, Konvansiyon o üye ülkenin iç hukuku sıfatıyla uygulama alanı bulacaktır¹⁰.

8 Konvansiyon'da ifa yerinin değil de tarafların işyerlerinin farklı akit devletlerde bulunması kriterinin tercih edilmesinin nedeni; ifa yeri kriteri esas alındığında CIF, FAS, FOB, EXW gibi yüklemde satış işlemlerinin uluslararası nitelikte kabul edilmemeleri sonucunun doğmasıdır. Bu nedenle Konvansiyon, alıcı ile satıcının farklı akit devletlerde bulunması halini uluslararası bir satımının mevcut olduğunu kabul için yeterli görmüş, ifa yeri kriterine önem atfetmemiştir (**Arthur Rosett**, *Critical Reflections on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Ohio State Law Journal, Vol. 45, 1984, s. 276).

9 **Mistelis**, s. 24.

10 Tarafların sözleşmelerine CISG'ye üye bir ülkenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırırken CISG'ye tabi olma iradesi taşıyıp taşımadıkları tartışma konusu olmuştur. Bizim de iştirak ettiğimiz ağırlıklı görüş, bir milli hukuk sisteminin seçilmesinin, bu hukuk sisteminin taraf olduğu uluslararası konvansiyonları da (bu itibarla CISG'yi de) kapsadığı yönündedir [**Michael R. Will**, *Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim*, Ankara 2002, s. 25; **Mistelis**, s. 24; **Atamer**, s. 63]. Tarafların, sözleşmelerine CISG'nin uygulanmasını istemiyor iseler, Konvansiyon'un 6. maddesinin kendilerine tanıdığı “*opting out*” imkânını kullanmaları ve sözleşmenin, ilgili hukuk sisteminin ulusal işlemler için öngördüğü hükümlere tabi bulunduğunu açıkça belirtmeleri gerekir (**Will**, s. 27). Tahkim uygulamasında ise bu konudaki kararlar çelişkilidir. Örneğin, ICC'nin 7754 sayılı kararında Fransız hukukunun, 8482 sayılı kararında

Konvansiyon'un gerek md. 1 (a) gerek md. 1 (b) hükmü çerçevesinde uygulanması bakımından tarafların yargılamada CISG'ye dayanmış olup olmamaları farklılık yaratmaz. Her iki halde de, "yargıç hukuku re'sen uygular" ("*iura novit curia*") ilkesi gereğince mahkeme Konvansiyon'u re'sen uygulamak durumundadır¹¹.

Bu noktada, Konvansiyon'un 95. maddesinde yer alan çekincenin de incelenmesinde fayda görmekteyiz. Doktrinde önemli bir tartışma konusu oluşturan bu hükme göre, üye devletler, Konvansiyon'u onaylarken md. 1 (b) hükmü ile bağlı olmayacakları konusunda çekince koyma hakkına sahiptirler. Özellikle ABD ve Çin Halk Cumhuriyeti gibi iki önemli ekonomik gücün bu hükme göre çekince koymuş olmaları, sözünü ettiğimiz tartışmalara önem kazandırmıştır¹².

Söz konusu hükümde öngörülen çekincenin doktrinde üç farklı şekilde yorumlandığı görülmektedir. Bu yorumlardan ilki, kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde "95. maddeye göre çekince koyan ülkenin hukukunun" uygulanacağı sonucuna ulaşıldığı takdirde, bu ülkenin koyduğu çekince nedeniyle CISG'nin değil, o ülkenin ulusal işlemleri düzenleyen hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündedir¹³. Bu yorum şekline göre, akit devletler, md. 1 (b) hükmüne çekince koymak suretiyle, kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca kendi hukukları yetkilendirildiğinde CISG'nin değil ulusal satım hukuklarının uygulanmasını tercih ettiklerini göstermiş olmaktadır. İkinci yoruma göre ise, 95. madde kapsamında konulan çekince dar anlaşılmalı ve bu çekincenin, münhasıran çekinceyi koyan ülkenin hâkimlerini bağladığı kabul edilmelidir. Buna göre, şayet söz konusu çekinceyi koyan ülkenin kanunlar ihtilafı kuralları kendi hukukunun uygulanmasını öngörmekte ise, bu devletin

İsviçre hukukunun, Bulgaristan Sanayi ve Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi'nin 29.09.1997 ve 94/71 sayılı kararında ise Bulgar hukukunun esasa uygulanmak üzere seçilmiş olması; taraf iradelerinin bu hukuk sistemlerinin ulusal satım hükümlerine (iç ticarete yönelik düzenlemelerine) bağlanmak yönünde olduğu, CISG'nin bu sistemlerin parçası sıfatıyla uyumsuzluğa uygulanmasının taraf iradelerine aykırı olacağı şeklinde yorumlanmıştır. ICC'nin 11333 ve 12460 sayılı kararlarında ise, taraflarca bir milli hukuk sisteminin seçilmiş olması, CISG'nin taraflarca seçilen hukuk sisteminin parçası sıfatıyla uygulama alanı bulmasına engel olarak görülmemiştir [Kararların özeti için bkz. (<http://cisgw3.law.pace.edu>)].

¹¹ **Atamer**, s. 62 dpn. 135.

¹² **Mistelis**, s. 18.

¹³ **H. Ercüment Erdem**, Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 12-13; **Georgios C. Petrochilos**, Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/petrochilos.html>).

hâkimi CISG’yi uygulamak mecburiyetinde değildir; ulusal satım hukukuna ilişkin hükümleri uygulayabilir¹⁴. Üçüncü ve son yorum şekline göre ise, md. 95 hükmüne göre çekince koyan ülkenin hâkimi Konvansiyon’u sadece md. 1 (a) hükmünde belirtilen olasılıkta uygulayacak; bu hükmün şartları gerçekleşmemişse, kanunlar ihtilafı kuralları ister kendi hukukunu ister başka bir milli hukuk sistemini yetkilendirsin, CISG’yi değil, kanunlar ihtilafı kurallarının yetkilendirdiği ülkenin ulusal satım hukuku kurallarını uygulamak zorunda kalacaktır¹⁵. Konvansiyon’un 95. maddesinde öngörülen bu çekincenin üye devletler arasında farklı hukuki rejimlerin ortaya çıkmasına yol açtığı ve yeknesaklaştırma amacına ters düştüğü haklı olarak ifade edilmiştir¹⁶. Her halükarda, md. 95 hükmüne dayanılarak konulan çekincelerin Konvansiyon’a taraf olmayan ülkelerin hâkimlerini bağlamadığı vurgulanmalıdır¹⁷. Bu itibarla, örneğin Konvansiyon’a taraf olmayan bir ülkenin hâkimi md. 95’e göre çekince koyan ABD hukukunun uygulanacağı sonucuna ulaşacak olursa, ABD’nin koymuş olduğu çekinceye dayanarak CISG’yi uygulamaktan kaçınamayacaktır¹⁸.

b) Doktrinde Kabul Edilen Diğer Uygulanma İhtimalleri

Konvansiyon’un metninde öngörülen bu iki halden herhangi biri gerçekleşmemiş olsa dahi, **doktrinde dile getirilen diğer uygulanma ihtimallerinden ilkinde göre**, uluslararası satım sözleşmesinin taraflarınca CISG’ye açıkça atıfta bulunulmuş ise, Konvansiyon hükümleri bu defa “*incorporation*” yoluyla taraflar arasındaki sözleşmeye dâhil edilmiş sayılacak ve sözleşmenin parçası sıfatıyla uygulama alanı bulabilecektir¹⁹. **Doktrinde dile getirilen ikinci bir uygulanma ihtimali olarak ise**, Konvansiyon’un metninde öngörülen uygulanma ihtimallerinden biri söz konusu olmasa dahi; hakemlerin, Konvansiyon’u, uyuşmazlığın niteliğine en uygun hukuk kuralı, yani “*lex mercatoria*” sıfatıyla uyuşmazlığa uygulayabilmeleri de imkân dâhilindedir²⁰.

14 **Bilgin Tiryakioğlu**, 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 41, S. 1- 4, 1989- 1990, s. 199.

15 **Atamer**, s. 53.

16 **Tiryakioğlu**, s. 199; **Atamer**, s. 53.

17 **Tiryakioğlu**, s. 199-200. **Atamer**, s. 53.

18 **Tiryakioğlu**, s. 200.

19 **Atamer**, s. 63.

20 **Philippe Fouchard/Emmanuel Gaillard/Berthold Goldman**, *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris 1996, no. 1458. Karşı görüş için bkz. **Vincent Heuzé**, *La vente inter-*

CISG'nin, esasa milli bir hukuk sisteminin uygulandığı kararlarda ulaşılan sonuçları teyit amacıyla kullanılabilmesi de mümkündür²¹. Konvansiyon'un bu şekildeki kullanımı, *ad abundantiam*, yani kararda ulaşılan çözümün ikna gücünü ve kredibilitesini artırmaya yönelik bir kullanımdır. Ayrıca, Konvansiyon'un, üye ülkeler tarafından, uluslararası nitelik taşımayan, münhasıran iç ticareti ilgilendiren satım sözleşmelerine kıyasen uygulanması da önerilmiştir²². Ancak buna imkân bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira üye ülkenin iç hukukunda satım akdine özel düzenleme bulunduğu, yani boşluk olmadığı sürece CISG'nin uluslararası nitelik taşımayan satım sözleşmelerine kıyasen uygulanması söz konusu olamaz. Buna karşılık, üye ülkelerin iç hukuklarındaki satım akdine ilişkin hükümleri CISG'ye göre revize etmelerine, yorumlamalarına ya da tamamlamalarına engel yoktur.

III. Maddi Uygulama Alanı

Konvansiyon'un maddi uygulanma alanı bakımından; ticari nitelik taşımayan tüketicilere yönelik satışlar²³, açık arttırma yoluyla ya da bir ülkenin icra makamları tarafından icra prosedürü çerçevesinde gerçekleştirilen satış-

nationale de marchandises- Droit uniforme, Paris 2000, s. 128. Yazar, Konvansiyon'un, uygulama alanına girmeyen ve kendisine atıf içermeyen sözleşmelere uygulanmasının, tarafların onun uygulanmayacağı yönündeki öngörüsü ile çelişeceği; bu nedenle CISG'nin *lex mercatoria* sıfatıyla uygulanmasının doğru olmadığı görüşündedir. Tahkim uygulamasında CISG'nin *lex mercatoria* sıfatıyla uygulandığı kararlara örnek olarak ICC'nin 5713 ve 9887 sayılı kararları gösterilebilir. CISG, 5713 sayılı kararda, uluslararası satımlara ilişkin ticari adetleri en iyi yansıtan metin olarak; 9887 sayılı kararda ise, satım akdine ilişkin uluslararası hukuku ve standartları ortaya koyan kurallar dizisi olarak tanımlanmak suretiyle, *lex mercatoria* sıfatıyla uygulanmıştır [Kararların özeti için bkz. (<http://cisgw3.law.pace.edu>)]. CISG maddi hukuk kurallarından oluştuğundan, CISG hükümlerinin 5713 sayılı kararda yapıldığı şekilde ticari adet sıfatıyla uyumsuzluğa uygulanmaları teknik açıdan doğru değildir. Bu açıdan yaklaşıldığında, 9887 sayılı kararda yapıldığı şekilde, CISG hükümlerini, satım akdine ilişkin uluslararası hukuku ve standartları ortaya koyan kurallar dizisi olarak tanımlanmak daha doğrudur.

- 21 **Petrochilos**, Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention; **Michael Joachim Bonell/Fabio Liguori**, The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law - 1997 (Part 1), Uniform Law Review, 1997, s. 393.
- 22 **Bruno Zeller**, The Unidroit Principles of Contract Law; Is There Room for Their Inclusion into Domestic Contracts?, Journal of Law and Commerce, Vol. 26, 2006-2007, s.123.
- 23 Satın alınan malların miktarı, teslim edileceği adres ve satım akdinin diğer unsurları tüketici satımları için alışılmış değilse, satım akdinin ticari nitelikte kabul edilmesi ve CISG'nin uygulanması mümkün olabilir (**Erdem**, Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı, s. 17).

lar, menkul kıymet²⁴, hisse senedi, para, gemi ve elektrik²⁵ satışına ilişkin sözleşmeler, 2. maddede öngörülen istisna hükmü ile Konvansiyon'un uygulama alanı dışında bırakılmışlardır.

Üretilecek ya da yapılacak malların temin edilmesi taahhüdünü içeren akitler, malı ısmarlayan tarafın üretim veya yapım için gereken malzemenin esaslı bir kısmını karşıladığı hallerde satım akdi niteliğinde kabul edilmezler ve Konvansiyon'un uygulanma alanı dışında kalırlar [md. 3/I (1)]²⁶. Malları temin edecek tarafın ediminin ağırlıklı kısmını malın kendisinden ziyade işçilik ya da iş görme ediminin oluşturduğu hallerde de, satım sözleşmesi yine Konvansiyon'un uygulama alanı dışında kalacaktır [md. 3 (2)]²⁷.

IV. Hukuki Niteliği

CISG'nin uluslararası satım hukukuna ilişkin *lex mercatoria*'nın kodifi-

-
- 24 Menkul kıymet satımının kapsam dışında bırakılmış olması, menkul eşyayı temsil eden kıymetli evrakın teslimi yoluyla yapılan satışların CISG'in kapsamı dışında kalacağı şeklinde anlaşılmamalıdır (**Erdem**, Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı, s. 18). Bu tür satımlar, temelde menkul eşya satışı söz konusu olduğundan şüphesiz CISG'in kapsamı içerisinde kalmaktadır. Konvansiyon'un md. 2 (d) hükmünde yer alan menkul kıymetlere ilişkin istisna hükmünden, tahvil ya da diğer borçlanma senetleri gibi menkul kıymetlerin satışı anlaşılmalıdır. Şirket paylarını temsil eden hisse senetlerinin satışı da md. 2 (d) hükmü gereğince Konvansiyon'un kapsamı dışındadır (**Will**, s. 32 dpn. 15; **Bettina Heiderhoff**, CISG'nin Uygulama Alanı: Konu Bakımından, Milletlerarası Satım Hukuku- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması CISG, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 32).
- 25 Md. 2 (e) hükmünde yalnızca elektrik satışının kapsam dışında kaldığı belirtildiğinden, doğalgaz satışı CISG'nin kapsamına dâhil kabul edilmektedir (**Heiderhoff**, s. 32).
- 26 Mevcut olmayan bir şeyin önce imal edilip daha sonra satılması kural olarak CISG'ye tabidir. Ancak üretim veya yapım için gereken malzemenin alıcı tarafından sağlanması durumunda ekonomik değer kriteri ("*economic value criterion*") devreye girer. UNCITRAL'in bu hükme ilişkin açıklamasında bir oran vermekten kaçınılmış, somut olayın şartları çerçevesinde malzemenin değerinin yüksekliği bir satım akdinin varlığını kabule engel ise Konvansiyon'un uygulanmayacağı belirtilmiştir (bkz. **Atamer**, s. 38-39).
- 27 Bu hükme ilişkin UNCITRAL açıklamasında, iş görme ediminin değeri satılan malın değerinden fazla olmadığı sürece karma bir satım sözleşmesinin mevcut olduğunun kabul edilebileceği ve Konvansiyon'un uygulanabileceği belirtilmiştir. İş görme ediminin ekonomik değerinin satım konusu malın değerinden fazla olduğu hallerde ise Konvansiyon uygulanmaz (**Heiderhoff**, s. 28). Dolayısıyla, satım akdine ilave olarak montaj, reklam, eğitim gibi iş görme edimleri de içeren karma sözleşmelerde, satım unsurunun ağır basıp basmadığına bakılmalıdır (**Atamer**, s. 39-40). Trampa sözleşmesi de Konvansiyon'un uygulama alanı dışında kalmaktadır. Ancak gerçekte trampa sözleşmesinin mi, iç içe geçmiş karşılıklı iki satım sözleşmesinin mi bulunduğu dikkatle araştırılmalıdır (**Heiderhoff**, s. 31).

kasyonu niteliğinde olduğundan kuşku duymamak gerekir. **De Ly** kendisine ilişkin kapsamlı doktrin ve içtihat hukuku dikkate alındığında, CISG'nin "*lex contractus*" olarak uygulanabilmek adına yeterli ve güvenilir bir metin oluşturduğunu ifade etmektedir²⁸. **Audit**'e göre, CISG, taraflar arasındaki yerleşik uygulamalara ve ilgili sektörde geçerli bulunan ticari adetlere önem atfeden yapısı (md. 9 hükmü) dikkate alındığında, satım akdine ilişkin *lex mercatoria*'nın bir görünümü niteliğindedir²⁹. **Tetley**³⁰ ve **Mc Namara**³¹ da CISG'nin *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında sayılması gerektiği görüşündedirler. **Piliounis** ve **Will** de, Konvansiyon'un satım akdine ilişkin *lex mercatoria*'nın yaratılması sürecinde önemli bir adım olduğunu ifade etmektedirler³².

Doktrinde, CISG'i, uluslararası satım işlemlerinde geçerli ticari adet ve teamülleri bir araya toplayan bir derleme olarak kabul eden yazarlar da bulunmaktadır³³. Oysa CISG, uygulamadan doğan ticari adet ve teamüllerin değil,

28 **Filip De Ly**, Sources of International Sales Law: An Eclectic Model, Journal of Law & Commerce, Vol. 25, 2005-2006, s. 12. Yabancı ülke mahkemelerinin Konvansiyon'a ilişkin kararlarının yerleşik içtihat ("*stare decisis*") olarak kabul edilebilmeleri şüphesiz ki mümkün değildir; ancak diğer ülke mahkemeleri tarafından, Konvansiyon'un md. 7 (1) hükmünde öngörülen yeknesak uygulama amacına ulaşabilmek adına göz önünde bulundurulmaları gerekir (**Franco Ferrari**, Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler, Milletlerarası Satım Hukuku- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması CISG, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 60).

29 **Bernard Audit**, The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, Lex Mercatoria and Arbitration, Thomas E. Carbonneau ed., 1998, s. 193-194.

30 **Q. C. William Tetley**, Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tetley.html>.

31 Tom Mc Namara, U.N. Sale of Goods Convention: Finally Coming of Age?, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mcnamara.html>.

32 **Peter A. Piliounis**, The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/piliounis.html>; **Will**, s. 38-39. CISG'nin satım akdine ilişkin yeknesak hukuku yaratmak konusunda başarısız olduğunu, mutlaka uluslararası ticaret kanunu olarak işlev görecek bir konvansiyonun ("*Global Commercial Code*") hazırlanması gerektiğini, CISG'in ise ancak bu tür bir konvansiyon için başlangıç noktası oluşturabileceğini savunan yazarlar da mevcuttur [**Christopher Sheaffer**, The Failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law, Cardozo Journal of International and Comparative Law, Vol. 15, Fall 2007, s. 494].

33 **Larry A. Dimatteo**, The CISG and the Presumption of Enforceability: Unintended Contractual Liability in International Business Dealings, Yale Journal of International Law, Vol. 22, 1997, s. 143.

uluslararası satım sözleşmelerinde geçerli olan genel hukuk prensiplerinin bir araya toplandığı bir teknik hukuk metnidir³⁴. Bu itibarla, uygulama alanına dâhil olmayan sözleşmelere, ticari adet veya teamül niteliğinde kabul edilmek suretiyle, “*implied terms*” teorisi çerçevesinde sözleşmenin bir parçası sıfatıyla uygulanamaz. Buna karşılık, sözleşmeler hukukunun satım sözleşmelerine ilişkin genel prensiplerini yansıtan bir metin olarak *lex mercatoria*’nın kaynakları arasında yer aldığından şüphe duymamak gerekir. Daha açık bir anlamıyla, CISG, uluslararası satım sözleşmelerine ilişkin genel hukuk prensiplerinin kodifiye edilmiş hali, *lex mercatoria*’nın bir parçası olarak düşünülmeli ve uygulama alanına dâhil olmayan sözleşmelere, ticari adet veya teamül sıfatıyla değil, bu sıfatla tatbik edilmelidir. Konvansiyon’un teknik hukuk normu niteliğindeki bazı hükümlerinin temelinde uluslararası ticaret uygulamasında gelişen adet ya da teamüllerin bulunması bu sonucu değiştirmez.

V. İçeriği

Konvansiyon dört bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde Konvansiyon’un uygulama alanı ve genel hükümler, ikinci bölümde satım sözleşmesinin kuruluşu ile icap ve kabule ilişkin temel prensipler, üçüncü bölümde satıcı ve alıcıya atfedilen borçlar düzenlenmiştir. Dördüncü bölümde ise, Konvansiyon’un onaylanmasına ve onay esnasında öngörülebilecek çekincelere ilişkin hükümler yer almaktadır. Konvansiyon’un 92. maddesi, her ülkenin ikinci ya da üçüncü bölüme çekince koymak suretiyle Konvansiyon’u onaylayabileceğini öngörmektedir. Buradaki amaç, bu tarz bir kolaylık tanımak suretiyle mümkün mertebe fazla sayıda ülkenin iştirakini sağlamak ve böylelikle Konvansiyon’un uygulama alanını genişletmektir³⁵.

CISG, yalnızca satım sözleşmesinin kuruluşu ve taraflar açısından doğduğu borçlar konusunda düzenleme getirmektedir. Akdın ya da belirli hükümlerinin geçerliliğine (tarafların ehliyetine, irade fesadı halleri olarak hata, hile, ikrah ve gabine, diğer geçersizlik nedenlerine) ya da satılan mallar üzerindeki mülkiyetin geçişine ilişkin olarak düzenleme öngörmemektedir [bkz. md. 4 (a) ve (b)]³⁶. Konvansiyon, satıcının, satılan malların neden olduğu cismani

34 **Petrochilos**, Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention; **Will**, s. 31.

35 **Ripert/Roblot**, no. 2546.

36 CISG’nin, milli hukuk sistemlerinde ciddi farklılıklar arz etmesi nedeniyle satım konusu mallar üzerindeki mülkiyetin geçişini düzenlememesi doktrinde eleştirilmiştir. **Thang**, mukayeseli hukukta, mülkiyetin geçişi için; mülkiyetin devri iradesinin bulunması (devreden tasarruf

zarardan ya da ölümden doğan sorumluluğunu da düzenlememektedir (md. 5). Son olarak, tarafların, aralarında akdettikleri satım sözleşmesinin aslında Konvansiyon'un uygulanma alanı içerisinde kalmasına karşın, sözleşmede; CISG'nin tümüyle ya da kısmen (belirli hükümleri itibariyle) uygulanmama- cağını kararlaştırma ("*opting out*") ya da CISG'in belirli hükümlerinin aksine düzenleme öngörme imkânına sahip bulundukları da vurgulanmalıdır (md. 6).

Konvansiyon'un içeriği bakımından altı çizilecek en önemli husus, CISG'nin satım akdinden doğabilecek her türlü potansiyel ihtilafı çözme mak- sadıyla hazırlanmış olmadığıdır. Örneğin, yukarıda da belirtildiği üzere satım akdinin konusunu oluşturan menkul mallar üzerindeki mülkiyetin geçişi ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş, bu konunun çözümü kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili bulunan milli hukuk sistemine bırakılmıştır. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, CISG tarafından düzenlenmeyen ("harici boşluk" olarak isimlendirilen) bu tür konularla ilgili boşluklarda, ka- nunlar ihtilafı kurallarına göre sözleşmenin tabi bulunduğu milli hukuk siste- mine başvurulması gerekmektedir [md. 7 (2)]. **De Ly**, bu tabloyu, CISG'nin, uluslararası ticarete geçerli olan prensipler ile milli hukuk sistemlerini birleş- tiren "eklektik" bir yapıya sahip olduğu ifadeleriyle açıklamaktadır³⁷.

Bir diğer önemli nokta ise, Konvansiyon'un maddi hukuka ilişkin çözüm- lerinde, Kıta Avrupası hukukunun yanı sıra, Anglosakson hukuk ekolünün de ciddi etkilerine rastlanmasıdır³⁸. Böylelikle, söz konusu ekole dâhil ülkelerin Konvansiyon'a katılmalarını sağlamak hedeflenmiştir³⁹. Ayrıca, Konvansiyon

yetkisinin bulunması, geçerli bir hukuki sebebin mevcut olması ve tasarruf işleminin yapılmış olması), zilyetliğin alıcıya ya da onun göstereceği üçüncü bir kişiye devredilmesi, malların alıcı adına ayırt edilmiş bulunmaları ve iyi niyetli üçüncü kişilerin korunması yönünde bir uzlaşının mevcut olduğunu belirtmektedir. Bu itibarla, yazar, milli hukuk sistemleri arasında bu konuda derin farklılıklar bulunduğu iddiasının karamsar bir yaklaşım olduğu ve CISG'in mülkiyetin geçişi meselesini düzenlememesinin eksiklik olduğu görüşündedir (**Tran Quoc Thang**, *Passing of Property Under Contracts for the International Sale of Goods: Should the CISG Regulate the Transfer of Property?*, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/thang.html>).

37 **De Ly**, s. 7. Benzer bir görüş için bkz. **Ferrari**, *Uluslararası İhtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler*, s. 69.

38 CISG'nin özellikle "ifa etmemeye" ("adem-i ifaya") ilişkin hükümleri tümüyle Anglosak- son ekolünün etkisi altında hazırlanmıştır. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri hazırlanırken CISG referans olarak alındığından, "ifa etmemeye" ilişkin hükümler de CISG'nin bu hususa ilişkin düzenlemeleri ile paralel olmuştur. Bu tablo da, uluslararası ticarete "ifa etmeme" konusunda Anglosakson ekolünün Kıta Avrupası ekolüne nazaran ön plana çıkmasına yol açmıştır.

39 Bu tercihin, Konvansiyonu, *common law* ekolünün etkisi altında bulunan Asya ülkeleri baki-

hükümlerinin kural olarak emredici nitelik taşımadıkları da vurgulanmalıdır. Dolayısıyla, Konvansiyon bir akit devletin iç hukuku sıfatıyla uygulama alanı bulsa dahi, taraflar, aralarındaki sözleşmede Konvansiyon hükümlerinin aksini kararlaştırmakta serbesttirler.

Son olarak ise, CISG'nin kapsamı içerisindeki konulara ilişkin olarak öngördüğü düzenlemelerin, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri'nde büyük ölçüde aynen benimsendikleri vurgulanmalıdır. Zira CISG, Unidroit İlkeleri'nin hazırlanması sürecinde zorunlu bir referans noktası oluşturmuştur. Bu metinler arasındaki en temel fark, iyi niyet ilkesini sözleşmenin kuruluşu ve ifası sürecinde geçerli temel bir ilke olarak kabul eden Unidroit İlkeleri'nden farklı olarak, CISG'nin bu ilkedeki Konvansiyon hükümlerinin yorumlanması ile sınırlı biçimde söz etmesidir⁴⁰. Bu durumun nedeni olarak, CISG'nin hazırlandığı dönemde iyi niyet ilkesinin taraflar açısından bağımsız borç doğuracak bir ilke niteliğinde kabul edilmemesi gösterilmektedir⁴¹. Buna karşılık, bugün için iyi niyet ilkesinin sözleşmeler hukukunda bağımsız borç doğurabilecek temel ilkeler arasında bulunduğu tartışmasız şekilde kabul edilmektedir. Bu nedenle, Konvansiyon'un günün ihtiyaçlarına uygun şekilde yorumlanması yoluyla iyi niyet ilkesinin CISG'nin temelinde yer alan ilkeler arasında görülmesi gerektiği ifade edilmekte ve yalnızca Konvansiyon hükümlerinin yorumlanması aşamasında değil, sözleşmenin kuruluşu ve ifası aşamasında da geçerli bir ilke olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁴².

VI. Konvansiyon'da Bulunan Boşlukların Doldurulması

CISG'de iki tür boşluk söz konusu olabilir. Bunlardan ilki, tümüyle Konvansiyon'un uygulama alanı (kapsamı) dışında kalan konulara ilişkin boş-

mandan da çekici kıldığı yönünde bkz. **François Dessemontet**, *Les Contrats de Vente International de Marchandises*, Lausanne 1991, s. 49.

40 **Michael Joachim Bonell**, *The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG - Alternatives or Complementary Instruments ?*, *Uniform Law Review*, 1996/I, s. 30-31; **Arthur S. Hartkamp**, *The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in: *Comparability and evaluation: essays on comparative law, private international law and international commercial arbitration*, The Hague 1994, s. 87.

41 **Keily Troy**, *Good Faith & the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, *Vindobona Journal of International Law and Arbitration*, Vol. 3, Issue 1, 1999, s. 36.

42 **Troy**, s. 123-124. CISG hükümlerinin Unidroit İlkeleri ile iyi niyet ilkesinin dışında kalan hususlar bakımından kapsamlı karşılaştırması için bkz. **Hartkamp**, s. 87 vd.

luklardır. Konvansiyon'un hazırlayıcıları, "*lacuna intra legem*" olarak tabir edilen, Türk doktrinde "*harici boşluklar*" olarak isimlendirilen bu tür konularda düzenleme yapma iradesini taşımamışlar, yeknesak hukuk yaratmayı planlamamışlardır.

İkinci tür boşluk ise, "*lacuna praeter legem*" olarak tabir edilen, Türk doktrinde ise "*dâhili boşluklar*" olarak isimlendirilen, Konvansiyon'un uygulama alanı içine girmelerine karşın haklarında açık bir hüküm ya da düzenleme bulunmayan konulara ilişkin boşluklardır. Konvansiyon'un hazırlayıcıları, Türk doktrinde "*dâhili boşluk*" olarak isimlendirilen bu tür konularda düzenleme yapmayı arzu etmişler ve konuyu düzenlemişlerdir. Ancak öngörülen düzenleme şu ya da bu nedenle boşluk ihtiva etmektedir.

"*Harici boşluklar*" ("*lacuna intra legem*"), kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde tespit edilen hukuk sistemine başvurulmak suretiyle doldurulurlar. Örneğin, CISG'de düzenlenmeyen;

- sözleşmenin veya belirli hükümlerinin geçerliliği,
- satım akdinin konusunu oluşturan mallar üzerindeki mülkiyetin geçişi,
- temsil,
- zamanaşımı,
- alacağın temliki- borcun nakli,
- takas yolu ile ifa,
- borçlular ve alacaklılar arasında teselsül,
- aşırı ifa güçlüğü ("*hardship*") nedeniyle taraf edimlerinin uyarlanması,
- akdi tazminat sınırlamaları,

gibi konularda kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuk sistemine başvurulur. Zira bu konular, Konvansiyon tarafından hakkında yeknesak hukuk yaratılması hedeflenmemiş, bilinçli olarak bırakılmış boşluklardır ve bunların tamamlanması için kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecek hukuk sistemine müracaat edilmesi zorunludur.

Buna karşılık, Konvansiyon'un 7. maddesinin II. fıkrası, dâhili boşlukların ("*lacuna praeter legem*"), öncelikle CISG'nin temelinde bulunan genel prensiplere başvurularak doldurulmasını, ancak böyle bir genel prensibin tespit edilemediği durumlarda kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan hukuk sistemine müracaat edilmesini öngörmektedir. Dolayısıyla, "dâhi-

li boşluklar” (“*lacuna praeter legem*”) açısından bir milli hukuk sistemine başvurulması, *ancak ikinci aşamada, yani boşluğu tamamlamak adına CISG bünyesinde bir genel ilke tespit edilemediği takdirde* mümkün bulunmaktadır.

Bir boşluğun dâhili boşluk olup olmadığını belirlemek için öncelikle açık hükümle Konvansiyon’un uygulama alanı dışında bırakılıp bırakılmadığına bakmak gerekir. Açık hükümle Konvansiyon’un kapsamı dışında bırakılan konular harici boşluk oluştururlar. Örneğin, Konvansiyon, satım sözleşmesinin ya da belirli hükümlerinin geçerliliğine ya da mallar üzerindeki mülkiyetin geçişine yönelik düzenleme öngörme amacı taşımadığını açıkça ortaya koymaktadır (bkz. md. 4), dolayısıyla bu konularda harici boşluk söz konusudur.

Konuyu Konvansiyon’un kapsamı dışında bırakan açık bir hüküm mevcut değilse, bu takdirde ilgili konunun çözümü için Konvansiyon’dan genel bir ilke türetmenin mümkün olup olmadığına bakılır. İlgili konuya ilişkin genel bir ilke türetmek mümkün ise, sorun Konvansiyon’un düzenleme alanı içinde olarak kabul edilir⁴³. Doktrinde, yargıç ya da hakemin Konvansiyon’un bünyesinden genel bir ilke türetme çabası “CISG içinde hukuk yaratma” (“*modo legislatoris*”) olarak tanımlanmakta ve genel ilkeler yaratılarak bunların olaya uygulanması mümkün olduğu sürece bu alternatifin tercih edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁴. Konuya ilişkin olarak Konvansiyon’dan genel bir ilke türetmenin mümkün olmadığı hallerde ise, bir harici boşluk ile karşı karşıya bulunulduğu sonucuna ulaşılır.

Harici bir boşluk bulunduğu sonucuna ulaşmadan önce, CISG içerisinde kıyas (“*analogy*”) ve evleviyet (“*argumentum a fortiori*”) gibi yorum yöntemlerine de başvurulmuş, fakat sonuç alınamamış olması gerekir⁴⁵.

Dâhili boşluk kavramını bir örnekle açıklamak gerekirse, CISG’nin 78. maddesinde para borcunun zamanında ifa edilmemesi halinde faiz ödenmesinin öngörülmüş olmasına (“*full compensation*”- “*tam tazmin*” ilkesinin benimsenmiş olmasına) karşın, faiz oranına ilişkin olarak herhangi bir dü-

43 Atamer, s. 109-110.

44 Atamer, s. 115 dpn. 224.

45 **Franco Ferrari**, Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Vol. 7, 2003, s. 91; **Gert Brandner**, Admissibility of Analogy in Gap-Filling Under the CISG, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/brandner.html>; **M. Del Pilar Perales Viscasillas**, Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Sphere of Application and General Provisions, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol. 13, No. 2, 1996, s. 404.

zenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla “faiz oranı” konusunda bir dâhili boşluğun mevcut olduğu kabul edilir.

Doktrin açısından en önemli tartışma, dâhili boşlukların (“*lacuna praeter legem*”) doldurulması aşamasında, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri’nden⁴⁶, CISG’nin üzerine kurulu bulunduğu temel ilkelerin

46 Unidroit (“*International Institute for the Unification of Private Law*” – “*Institut International pour l’Unification du Droit Privé*”), merkezi Roma’da bulunan ve özel hukuk alanında milli hukuk sistemlerinin yeknesaklaştırılmasını hedef alan bir enstitüdür. İlk olarak 1926 yılında Milletler Cemiyeti bünyesinde kurulan Enstitü, 1940 yılında imzalanan uluslararası sözleşme ile bağımsız statü kazanmıştır. Üyeleri arasında Türkiye’nin de yer aldığı Enstitü, uluslararası ticaret hukuku akademisyenleri ve uygulamacıları nezdinde son derece saygın bir konuma sahiptir. Enstitü, özel hukuk alanında yeknesaklaşma sağlama amacı doğrultusunda konvansiyonlar, model kanunlar, ilkeler ve kılavuzlar yayımlamaktadır. Enstitü’nün uluslararası ticaret hukuku alanına en büyük katkısı ise, kuşkusuz Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri (“*Unidroit Principles of International Commercial Contracts*”) olmuştur. Bu ilkelerin, yayımlandıkları tarihten bugüne kadar hem akademik dünyada hem de uygulamada elde ettikleri başarı oldukça etkileyicidir. Unidroit Yönetim Konseyi, 1971 yılında, uluslararası ticari sözleşmeler hukukunun temel prensiplerini belirlemek amacıyla Fransız Prof. René David, İngiliz Clive M. Schmitthoff ve Romen Prof. Tudor Popescu’dan oluşan bir komite (“*Steering Committee*”) kurmuştur. Bu komite, o dönem için mukayeseli hukuk bakımından üç temel sistemi yansıtan Kıta Avrupası hukuku (“*civil law*”), Anglosakson Hukuku (“*common law*”) ve Sosyalist hukuk sistemlerinin ortak ilkelerinden yola çıkan, uluslararası sözleşmeler hukukunun temel prensiplerini ortaya koyan bir metin hazırlanması konusunda ön çalışmaları yapmakla görevlendirilmiştir. Bu çalışma, 1980 yılında Prof. Michael Joachim Bonell’in başkanlığında oluşturulan ve çeşitli milli sistemleri temsil eden itibar sahibi akademisyen, yargıç ve uygulamacılardan oluşan Çalışma Grubu (“*Working Group*”) tarafından sürdürülmüş ve hazırlanan taslak, 1994 yılında Unidroit Yönetim Konseyi tarafından onaylanarak ilk etapta İngilizce ve Fransızca versiyonları yayımlanan Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri ortaya çıkmıştır. İlkeler’in, daha sonra 2004 ve 2010 versiyonları yayımlanmıştır. Unidroit İlkeleri, konvansiyonlardan farklı olarak devletlerin uygulama iradelerine (taahhütlerine) dayanmayan bir *restatement* metni olarak hazırlandıklarından, akademik çevrelerde ve uygulamada görecekları itibarı “ikna güçlerine” bağlı olacağı 1994 versiyonunda açıkça ifade edilmiştir. Aradan geçen zaman içerisinde İlkeler’in uluslararası ticaret hukuku ile ilgilenen akademisyen ve uygulamacılar nezdinde ciddi bir tanınmışlığa ulaştıkları ve milletlerarası tahkimde göz ardı edilemeyecek bir kullanım alanı kazandıkları bir gerçektir. Unidroit İlkeleri, uluslararası ticari sözleşmelerin hukuki alt yapısını oluşturmak üzere dengeli bir kurallar bütünü yaratmayı hedefleyen, bu amaçla iyi niyet, hakkaniyet ve dürüst ticaret kavramlarını ön plana çıkaran bir *restatement* metni olarak uluslararası ticaret camiası nezdinde büyük itibar kazanmıştır. İlkeler, milli hukuk sistemlerinde genel kabul gören yaklaşımlardan yola çıkılarak kapsamlı bir mukayeseli hukuk çalışması sonucunda hazırlanmıştır. Ancak uluslararası ticaretin ihtiyaçları gözetenilerek özel olarak tasarlanan kurallar olmaları nedeniyle, bazı konularda genel kabulden uzaklaşılarak daha iyi olan çözümün (“*best solution*” - “*better law*”) benimsendiği de vurgulanmalıdır. Bu açıdan yaklaşıldığında, İlkelerin, mukayeseli hukukun

tespitinde faydalanılıp faydalanılamayacağı noktasında ortaya çıkmaktadır.

Bilindiği üzere, Unidroit İlkeleri;

- i) Kapsamlı bir mukayeseli hukuk çalışmasının ürünü olan,
- ii) Uluslararası sözleşmeler hukukunun genel ilkelerini sistematik bir şekilde biraraya toplayan,
- iii) Sözleşme türleri arasında bir ayırım yapmaksızın, tüm sözleşme türleri açısından geçerlilik taşıyan genel hükümlerden oluşan,
- iv) Uluslararası ticaret camiasında ve akademik dünyada yüksek itibar kazanmış,

bir derleme kod/ normlar bütünü (“restatement” metni) niteliğindedir⁴⁷.

Bir benzetme yapmak gerekirse, uluslararası ticaret hukuku alanında, CISG’yi Borçlar Kanunu’nun (“BK”) satım akdine ilişkin hükümlerine, Unidroit İlkeleri’ni ise BK’nın genel hükümlerine benzetebilmek mümkündür. Bazı muhalif görüşler mevcut olsa da⁴⁸, Unidroit İlkeleri, Konvansiyon’un boşluklarının, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına uygun olarak mümkün mer-tebe yeknesaklık sağlayacak şekilde doldurulması amacına milli hukuk sistemlerine oranla çok daha iyi hizmet edecektir⁴⁹. Zira CISG’de boşluk bu-

uluslararası sözleşmeler alanındaki genel prensipleri üzerine inşa olunmalarına karşın, belirli konularda genel kabullerin dışına çıkarak farklı çözüm önerileri sunmaları nedeniyle, mukayeseli hukukun uluslararası ticari sözleşmeler alandaki birikimine ve dolayısıyla lex mercatoria’ya ciddi ve değerli katkılar sağladıkları söylenebilir. Bugün için, Unidroit İlkeleri’nin modern lex mercatoria’nın önemli bir kaynağı konumunda olduğu belirtilmelidir.

47 Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri hakkında bkz. **Arzu Oğuz**, Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)-Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50 S. 3, 2001, s. 11 vd.; **Kemal Dayınlı**, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 23 Sayı:1-2, 2003, Prof. Dr.Gülören Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, s. 203 vd.; **Ceyda Süral**, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, İzmir 2008; **Sülün Güçer**, Lex Mercatoria in International Arbitration, Ankara Bar Review, 2009/1, s. 30 vd.

48 **Lucia Carvalhal Sica**, Gap- Filling in the CISG: May the Unidroit Principles Supplement the Gaps in the Convention?, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sica.html>; **John Yukio Gotanda**, Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG, Villanova University School of Law Working Paper Series, Year 2007, Paper 88, s. 3.

49 **Michael Joachim Bonell**, The Unidroit Principles and Transnational Law, <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2-bonell-e.pdf>; **Pascal Pichonnaz**, Impossibilite et Exorbitance, Etude Analytique des Obstacles a l’Execution des Obligations en Droit Suisse (art. 119 CO et 79 CVIM), Fribourg 1997, no. 1463 vd.; **Alejandro M. Gar-**

lunan hallerde Unidroit İlkeleri'ne başvurulması, genel hüküm- özel hüküm benzetmesinin doğal bir sonucu olarak düşünülebilir. Daha önce yaptığımız benzetmeyi yineleyecek ve CISG'i satım akdine ilişkin düzenlemelere, Unidroit İlkeleri'ni ise BK'nın genel hükümlerine benzetecek olursak, özel hükmün çözüm getirmediği noktada genel ilkelere dönülmesi temel bir yorum kuralıdır.

Dâhili boşluk kavramına ilişkin örneğimize dönecek olursak; CISG'nin 78. maddesinde para borcunun zamanında ifa edilmemesi halinde faiz ödenmesinin öngörülmüş olmasına karşın, faiz oranına ilişkin olarak herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğini belirtmiştik. Unidroit İlkeleri'nin 7.4.9 (2) hükmünde, para borçlarında temerrüt halinde ödenmesi gereken faiz oranı belirlenmiştir. Buna göre, faiz oranı, ödeme birimine, ödeme yerinde, kısa vadeli banka kredi işlemleri için uygulanan faiz oranı olmalıdır⁵⁰. Bizim de katıldığımız görüş esas alınır, CISG'nin 78. maddesinin faiz oranı bakımından içerdiği boşluk, Unidroit İlkeleri'nin 7.4.9 hükmü ile tamamlanabilecektir. Nitekim ICC Tahkim Divanı'nın 11638, 11849, 12460 no'lu kararlarında da savunduğumuz yaklaşımın benimsendiği görülmektedir.

ro, Gap-Filling Role of the Unidroit Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG, Tulane Law Review, Vol. 69, 1994-1995, s. 1158; **Friedrich Blase/ Philipp Hottler**, Remarks on the Damages Provisions in the CISG, Principles of European Contract Law (PECL) and Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UPICC), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/blase3.html>; **Juraj Kotrusz**, Gap-Filling of the CISG by the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kotrusz.html>; **Christiana Fountoulakis**, The Parties' Choice of Neutral Law in International Sales Contracts, European Journal of Law Reform, Vol. VII, No:3/4, 2005, s. 326; **Anukarshan Chandrasenan**, Unidroit Principles to Interpret and Supplement the CISG: An Analysis of the Gap-filling Role of the Unidroit Principles, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Vol. 11, 2007, s. 79-80; **Henry Mather**, Choice of Law for International Sales Issues Not Resolved by the CISG, Journal of Law & Commerce, Vol. 20, Spring 2001, s. 179-180.

- 50 Unidroit İlkeleri'nin md. 7.4.9 (1) hükmü, para borçlarının ifasında temerrüt halinde, borçlunun sorumluluğuna yol açacak bir ifa etmeme durumu söz konusu olsun olmasının faiz ödenmesi gerektiğini öngörmektedir. Uygulanacak faiz oranı ise; ifa yerinde ödemenin yapılacağı para birimi için kısa vadeli banka kredilerine uygulanan, böyle bir oran mevcut değilse ödemenin yapılacağı para biriminin ait olduğu ülkede bu tür işlemler için geçerli bulunan faiz oranıdır [md. 7.4.9 (2)]. Alacaklı, faiz ile karşılanamayan zararlarını da talep etme hakkına sahiptir [md. 7.4.9 (3)]. Md. 7.4.10 hükmüne göre ise, alacaklının, para borcu niteliğinde olmayan borçların ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararlar için de, temerrüt tarihinden itibaren faiz talep etme hakkı bulunmaktadır. Bu düzenlemenin arkasındaki düşünce, akdi ihlal eden borçlunun, tazminatı ödeyeceği tarihe kadar, aslında alacaklıya ödemekle yükümlü bulunduğu meblağdan faiz geliri elde ettiği yönündeki kabuldür (md. 7.4.10 Comment).

Ancak işlem temelinin çökmesi (“*hardship*”) CISG’de düzenlenmemiştir. Bu durum bir harici boşluk olarak değerlendirilir ve bu boşluğu tamamlamak adına Unidroit İlkeleri’nin işlem temelinin çökmesine ilişkin hükümlerine başvurulamaz⁵¹. CISG’nin düzenleme iradesi taşıdığı konular arasında bulunmadığından, takas müessesesi bakımından da aynı sonuca ulaşmak gerekir⁵².

51 **Anja Carlsen**, Can the Hardship Provisions in the Unidroit Principles be Applied When the CISG is the Governing Law?, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/carlsen.html>; **Scott D. Slater**, Overcome by Hardship: The Inapplicability of the Unidroit Principles’ Hardship Provisions to CISG, Florida Journal of International Law, Vol. 12, Summer 1998, s. 257- 259. **Slater**, işlem temelinin çökmesi (“*hardship*”) müessesesinin CISG’nin ruhuna aykırı olduğunu, zira Konvansiyon’un ifa sonradan güçleşmiş olsa dahi ifanın yapılmasını hedeflediğini ve bu durumu bir sorumluluktan kurtulma nedeni olarak kabul etmediğini belirtmektedir (s. 257-259). Unidroit İlkeleri ise, Anglosakson hukukunun geleneksel olumsuz bakış açısına ve kuvvetli eleştirilerine karşın, işlem temelinin çökmesi (“*hardship*”) müessesesini tanımış ve düzenlemiştir. İfa, sözleşme kurulduktan sonra değişen şartlar nedeniyle taraflardan biri için aşırı derecede güçleşmiş olsa dahi, kural sözleşmenin aynen ifa edilmesidir (md. 6.2.1). Dolayısıyla, asıl olan sözleşmeye bağlılık (“*pacta sunt servanda*”) ilkesidir (md. 6.2.1 Comment 1). Ancak istisnai hallerde, yani sözleşme imzalandıktan sonra gelişen olaylar nedeniyle sözleşmenin üzerine kurulu bulunduğu dengelerin temelinden sarsılması durumunda, işlem temelinin çökmesine (“*hardship*”) ilişkin hükümler uygulama alanı bulur (Art 6.2.1 Comment 2). Md. 6.2.2 hükmü işlem temelinin çökmesi (“*hardship*”) kavramının tanımına ve şartlarına ilişkin olarak düzenleme getirmektedir. Bu hükme göre, bir tarafın maliyetini yükseltmesi ya da karşılık edimin değerini düşürmesi nedeniyle sözleşmenin üzerine kurulu bulunduğu dengeleri temelinden sarsan olaylar işlem temelinin çökmesine sebep olurlar. Ancak bunun için; bu olayların sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşmesi (ya da mağdur tarafça sözleşme kurulduktan sonra öğrenilmesi), sözleşmenin kurulduğu sırada göz önüne alınmalarının makul olarak beklene-memesi, bu olayların mağdur tarafın kontrolü dışında gelişmesi ve söz konusu tarafın, sözleşmenin hükümleri ya da niteliği gereği bu tür olayların yaratacağı riski üstlenmemiş olması gerekir. Sözleşmenin üzerine kurulu bulunduğu dengelerdeki değişim, bu dengeleri temelinden sarsacak ölçüde büyük olmadığı sürece “*hardship*” hükümlerine başvurulamaz. Değişimin dengeleri temelinden sarsmaya yetecek ölçüde büyük olup olmadığı ise somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirilir (md. 6.2.2 Comment 2). İşlem temelinin çökmesi durumunda, bu nedenle mağdur olan taraf sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini talep edebilir. Bu talebin gecikmeksizin yapılması ve gerekçelerin açıkça gösterilmesi gerekir [md. 6.2.3 (1)]. Ancak sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi talebinin yapılmış olması, talebi yapan tarafa kendi edimini yerine getirmekten kaçınma hakkı vermez [md. 6.2.3 (2)]. Sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi sürecinde makul sürede uzlaşma sağlanamazsa, taraflar mahkemeye müracaat etmekte serbesttir [md. 6.2.3 (3)]. Mahkeme, işlem temelinin çöktüğüne karar verirse; sözleşmenin, kendisi tarafından belirlenecek tarihten itibaren ve yine kendisi tarafından belirlenecek şartlar dâhilinde feshine ya da taraf edimlerinin değişen şartlara uyarlanmasına karar verebilir [md. 6.2.3 (4) (a ve b)]. Unidroit İlkeleri’nin aşırı ifa güçlüğüne ilişkin düzenlemesi hakkında bkz. **Hakan Acar**, Unidroit ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 1–2, 2008, s. 111 vd.

52 Ancak satılan malın ayıplı olması nedeniyle alıcının bir tazminat alacağıının bulunması ve

Harici boşluk oluşturan bu tür konularda, kanunlar ihtilafı kurallarına göre yetkili olan hukuk sistemine müracaat edilmesi gerekmektedir.

VII. Sonuç

Sonuç olarak, CISG’de iki tür boşluk söz konusu olabilir. Bu boşluk türlerinden ilkinin oluşturan, tümüyle Konvansiyon’un uygulama alanı (kapsamı) dışında kalan konulara ilişkin bulunan, “*lacuna intra legem*”, Türk doktrininde “*harici boşluk*” olarak isimlendirilen konularda Konvansiyon düzenleme yapma amacını taşımamış, yeknesak hukuk yaratmayı hedeflememiştir. “*Lacuna praeter legem*” olarak tabir edilen, Türk doktrininde “*dâhili boşluk*” olarak isimlendirilen konularda ise durum farklıdır; konu esasında Konvansiyon’un uygulama alanı içine girmektedir, dolayısıyla Konvansiyon ilgili konuda düzenleme yapmayı arzu etmiş ve konuyu düzenlemiştir, ancak öngörülen düzenleme şu ya da bu nedenle boşluk ihtiva etmektedir.

bunun satıcının semene ilişkin alacağı ile takas edilmesi durumunda, yani tümüyle CISG kapsamında kalan akitle bağlantılı olarak doğan karşılıklı para alacaklarının söz konusu olması halinde ise mesele tartışmalıdır (Atamer, s. 120). Takas müessesesini, Unidroit İlkeleri sekizinci bölümünde beş madde ile düzenlemektedir. İlk hüküm takasın şartlarını düzenlemektedir. Buna göre; iki tarafın borçlarının aynı cinsten olması, takas beyanında bulunan tarafın alacağının mevcudiyeti ve miktarı bakımından tartışmalı bulunmaması ve muaccel olması koşuluyla takas beyanında bulunulabilir [md. 8.1 (1)]. İki tarafın alacakları aynı sözleşmeden doğmakta ise, takas beyanında bulunan tarafın alacağının mevcudiyeti ve miktarı bakımından tartışmalı olmaması koşulu aranmaz [md. 8.2 (2)]. Daha açık bir anlatımla, aynı sözleşmeden doğan borçlar söz konusu ise, takas beyanında bulunan tarafın alacağı tartışmalı dahi olsa takas yapılabilir. Konvertibl olmaları ve sözleşmede aynen ödeme kaydı bulunmaması koşuluyla farklı para birimleri üzerinden olan alacaklar da takas edilebilirler (md. 8.2). Takas hakkı diğer tarafa bildirimde bulunmak suretiyle kullanılır (md. 8.3). Bildirimde, takasın, beyanda bulunanın hangi borcunun ifası amacıyla kullanıldığının gösterilmesi gerekir; gösterilmediği takdirde, diğer taraf, takasın hangi alacağa uygulanacağını belirleyerek beyanda bulunana bildirme hakkına sahiptir. İki taraf da bu belirlemeyi yapmazsa, takas, beyanda bulunanın diğer tarafa karşı olan borçlarına eşit oranda yansıtılır [md. 8.4 (1) ve (2)]. Takasın sonuçları ise md. 8.5 hükmünde düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre, takas, alacakları karşılıklı olarak sona erdirir. Alacaklar farklı miktarda ise, bunlardan az olanı oranında karşılıklı olarak ortadan kalkarlar [md. 8.5 (1) ve (2)]. Unidroit İlkeleri’nin takasa ilişkin hükümlerinin Türk hukukuna oranla en dikkat çekici farklılığı md. 8.5 (3) hükmünde ortaya çıkmaktadır. Buna göre, takas bildirim tarihinden itibaren hüküm ifade eder. Dolayısıyla, karşılıklı alacaklar geçmişe etkili olarak değil, takas bildiriminin yapıldığı tarih itibarıyla ortadan kalkarlar. Bunun en önemli sonucu, bildirim tarihine kadar karşılıklı alacaklara faiz işletilecek olmasıdır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise md. 143/I hükmünde takasın geçmişe etkili olarak hüküm ifade edeceğini kabul etmekte ve karşılıklı alacakların, bildirim anından değil, daha önceki bir tarihten, yani takas hakkının doğduğu tarihten itibaren ortadan kalkacağını öngörmektedir.

Harici boşluklar doğrudan doğruya kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde tespit edilen hukuk sistemine başvurulmak suretiyle doldurulurken, Konvansiyon, dâhili boşlukların öncelikle kendi temelinde bulunan genel prensiplere başvurularak doldurulmasını, ancak böyle bir genel prensibin tespit edilemediği durumlarda kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca yetkili olan hukuk sistemine müracaat edilmesini öngörmektedir (m. 7/II). Dolayısıyla, dâhili boşluklar açısından bir milli hukuk sistemine başvurulması, ancak son seçenek olarak, yani boşluğu tamamlamak adına CISG bünyesinde bir genel ilke tespit edilemediği takdirde mümkündür.

Dâhili boşlukların doldurulması aşamasında, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri'nden, CISG'nin üzerine kurulu bulunduğu temel ilkelerin tespitinde faydalanılıp faydalanılamayacağı doktrinde tartışma konusu olmuştur. Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri'nin, Konvansiyon'un boşluklarının, uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına uygun olarak mümkün mertebe yeknesaklık sağlayacak şekilde doldurulması amacına milli hukuk sistemlerine oranla daha iyi hizmet edeceği yönündeki görüşe tarafımızca da iştirak edilmektedir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Hakan;** Unidroit ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensipleri Işığında Aşırı İfa Güçlüğü, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 1–2, 2008, s. 111 vd.
- ATAMER, Yeşim;** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.
- AUDIT, Bernard;** The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria, Lex Mercatoria and Arbitration, Thomas E. Carbonneau ed., 1998, s. 173 vd.
- BLASE, Friedrich / HOTTLER, Philipp;** Remarks on the Damages Provisions in the CISG, Principles of European Contract Law (PECL) and Unidroit Principles of International Commercial Contracts (UPICC), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/blase3.html>.
- BONELL, Michael Joachim / LIGUORI, Fabio;** The U.N. Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law - 1997 (Part 1), *Uniform Law Review*, 1997, s. 385 vd.
- BONELL, Michael Joachim;** The Unidroit Principles and Transnational Law, <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/2000-2-bonell-e.pdf>.
- BONELL, Michael Joachim;** The Unidroit Principles of International Commercial Contracts and CISG - Alternatives or Complementary Instruments?, *Uniform Law Review*, 1996/I, s. 26 vd.
- BRANDNER, Gert;** Admissibility of Analogy in Gap- Filling Under the CISG, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/brandner.html>.
- CARLSEN, Anja;** Can the Hardship Provisions in the Unidroit Principles be Applied When the CISG is the Governing Law?, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/carlsen.html>.
- CHANDRASENAN, Anukarshan;** Unidroit Principles to Interpret and Supplement the CISG: An Analysis of the Gap-filling Role of the Unidroit Principles, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Vol. 11, 2007, s. 65 vd.
- ÇETİNER, Bilgehan;** Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelemesi, *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı: 58, s. 3139 vd.
- DAYINLARLI, Kemal;** Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl: 23 Sayı: 1-2, 2003, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, s. 203 vd.

- De LY, Filip;** Sources of International Sales Law: An Eclectic Model, *Journal of Law & Commerce*, Vol. 25, 2005-2006, s. 1 vd.
- DESSEMONTET, François;** *Les Contrats de Vente International de Marchandises*, Lausanne 1991.
- DIMATTEO, Larry A.;** The CISG and the Presumption of Enforceability: Unintended Contractual Liability in International Business Dealings, *Yale Journal of International Law*, Vol. 22, 1997, s. 111 vd.
- El-SAGHİR, Hossam A.;** The Interpretation of the CISG in the Arab World, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/el-saghir.html>.
- ERDEM, H. Ercüment;** Uluslararası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, *Batider* 1992, C. XVI, S. 3, s. 30 vd.
- ERDEM, H. Ercüment;** Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı, *Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler*, İstanbul 2008, s. 1 vd.
- FERRARI, Franco;** Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Vol. 7, 2003, s. 63 vd.
- FERRARI, Franco;** Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG’da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler, *Milletlerarası Satım Hukuku- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması CISG*, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 37 vd.
- FOUCHARD, Philippe / GAILLARD, Emmanuel / GOLDMAN, Berthold;** *Traité de l’arbitrage commercial international*, Paris 1996.
- FOUNTOULAKIS, Christiana;** The Parties’ Choice of Neutral Law in International Sales Contracts, *European Journal of Law Reform*, Vol. VII, No:3/4, 2005, s. 303 vd.
- GARRO, Alejandro M.;** Gap-Filling Role of the Unidroit Principles in International Sales Law: Some Comments on the Interplay Between the Principles and the CISG, *Tulane Law Review*, Vol. 69, 1994- 1995, s. 1149 vd.
- GOTANDA, John Yukio;** Using the Unidroit Principles to Fill Gaps in the CISG, *Villanova University School of Law Working Paper Series*, Year 2007, Paper 88.
- GÜÇER, Sülün;** *Lex Mercatoria in International Arbitration*, *Ankara Bar Review*, 2009/1, s. 30 vd.
- HARTKAMP, Arthur S.;** The Unidroit Principles for International Commercial Contracts and the United Nations Convention on Contracts for the Interna-

tional Sale of Goods, in: Comparability and evaluation: essays on comparative law, private international law and international commercial arbitration, The Hague 1994, s. 85 vd.

HEIDERHOFF, Bettina; CISG'nin Uygulama Alanı: Konu Bakımından, Milletlerarası Satım Hukuku- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması CISG, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 25 vd.

HEUZÉ, Vincent; La vente internationale de marchandises- Droit uniforme, Paris 2000.

KOTRUSZ, Juraj; Gap-Filling of the CISG by the Unidroit Principles of International Commercial Contracts, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/kotrusz.html>.

MATHER, Henry; Choice of Law for International Sales Issues Not Resolved by the CISG, Journal of Law & Commerce, Vol. 20, Spring 2001, s. 155 vd.

Mc NAMARA, Tom; U.N. Sale of Goods Convention: Finally Coming of Age?, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mcnamara.html>.

MISTELİS, Loukas; CISG'nin Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından, Milletlerarası Satım Hukuku- Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması CISG, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 7 vd.

OĞUZ, Arzu; Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria)- Unidroit İlkelerinin Lex Mercatoria Niteliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50 S. 3, 2001, s. 11 vd.

PETROCHILLOS, Georgios C.; Arbitration Conflict of Laws Rules and the 1980 International Sales Convention, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/petrochilos.html>.

PICHONNAZ, Pascal; Impossibilite et Exorbitance, Etude Analytique des Obstacles a l'Execution des Obligations en Droit Suisse (art. 119 CO et 79 CVIM), Fribourg 1997.

PILIOUNIS, Peter A.; The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/piliounis.html>.

RIPERT, G./ ROBLLOT, R.; Traité de droit commercial, Tome 1, 14e éd., Paris 1994.

ROSETT, Arthur; Critical Reflections on the United Nations Convention on Cont-

racts for the International Sale of Goods, Ohio State Law Journal, Vol. 45, 1984, s. 265 vd.

SHEAFFER, Christopher; The Failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law, Cardozo Journal of International and Comparative Law, Vol. 15, Fall 2007, s. 461 vd.

SICA, Lucia Carvalhal; Gap- Filling in the CISG: May the Unidroit Principles Supplement the Gaps in the Convention?, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sica.html>.

SLATER, Scott D.; Overcome by Hardship: The Inapplicability of the Unidroit Principles' Hardship Provisions to CISG, Florida Journal of International Law, Vol. 12, Summer 1998, s. 231 vd.

SÜRAL, Ceyda; Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, İzmir 2008.

TETLEY, Q. C. William; Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded), <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tetley.html>.

THANG, Tran Quoc; Passing of Property Under Contracts for the International Sale of Goods: Should the CISG Regulate the Transfer of Property?, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/thang.html>.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin; 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 41, S. 1- 4, 1989- 1990, s. 191 vd.

TROY, Keily; Good Faith & the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Vindobona Journal of International Law and Arbitration, Vol. 3, Issue 1, 1999, s. 15 vd.

VISCASILLAS, M. Del Pilar Perales; Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Sphere of Application and General Provisions, Arizona Journal of International and Comparative Law, Vol. 13, No. 2, 1996, s. 380 vd.

WILL, Michael R.; Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim, Ankara 2002.

ZELLER, Bruno; The Unidroit Principles of Contract Law; Is There Room for Their Inclusion into Domestic Contracts?, Journal of Law and Commerce, Vol. 26, 2006-2007, s.115 vd.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Kurulması

Yard. Doç. Dr. Mehtap İPEK İŞLETEN*

GİRİŞ

1 Ocak 1988'de yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), 10 Nisan 1980 tarihinde Viyana'da yapılan Birleşmiş Milletler diplomatik konferansında kabul edilmiştir. Sözleşme ile milletlerarası mal satımı hukukunda yeknesaklaştırma amaçlanmıştır. Sözleşme 1 Ağustos 2011 tarihinde Türkiye'de de yürürlüğe girmiştir¹.

Sözleşmenin kurulması, Antlaşma'nın II. Kısımında 14. ve 24. maddeler arasında düzenlenmiştir. Ancak CISG m. 92, her bir taraf Devletin, imza, onay, kabul, uygun bulma veya katılım anında bu Antlaşma'nın II. Kısımı veya III. Kısımı ile bağlı olmayacağını beyan edebileceğini belirttikten sonra, Antlaşma'nın II. Kısımı veya III. Kısımı hakkında yukarıdaki fıkra uyarınca bir beyanda bulunan taraf Devletin, beyanın ilgili olduğu Kısımda düzenlenen konular bakımından, bu Antlaşmanın 1. maddesinin 1. fıkrası anlamında taraf Devlet olarak kabul edilemeyeceğini düzenlemiştir.

Bu sebeple, CISG'in sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi, Antlaşmaya taraf ülkelerin CISG m. 92 uyarınca bu hususta bir çekince koymamış olmaları halinde mümkün olabilecektir². Tür-

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi.

1 Antlaşma, 7 Nisan 2010 tarihli, 27545 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

2 Norveç, İsveç, Danimarka, Finlandiya Antlaşma'nın II. Kısımına çekince koyan ülkelerdendir. Antlaşma'nın II. Kısımına çekince konması halinde, sözleşmenin kurulmasına forum devlet

kiye bu Antlaşmayı kabul ederken herhangi bir çekince koymamıştır. Dolayısıyla, söz konusu hükümler, Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası mal satım sözleşmelerine doğrudan uygulanacaktır.

Çalışmamızda, sözleşmeler hukukuna ilişkin olarak bugüne kadar uygulanana gelen hükümlerde Antlaşma ile meydana gelecek değişikliklerin ortaya konmasının faydalı olacağı düşüncesi ile aşağıda Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın sözleşmelerin kurulmasına ilişkin hükümlerini inceleyerek, bu hükümlerin Türk Borçlar Kanunu'nun hükümlerinden ayrıldıkları noktaları ele almaya çalışacağız.

I. İRADE BEYANLARININ UYUŞMASI

Antlaşma uyarınca sözleşme, icap ve kabulün birleşmesiyle, bir başka ifadeyle, bir tarafın teklifini diğer tarafın kabul etmesi ile kurulacaktır. Türk Borçlar Kanunu bakımından da icap ve kabulün birleşmesi, karşılıklı beyan uyuşumu sözleşmenin kurulmasında temel unsurdur. Bu konuda iki sistem arasında farklılık yoktur.

Her iki sistemde de tarafların irade beyanları açık veya zımni olabilir veya kanaat verici davranış irade beyanı sayılarak bu davranışa hukuki sonuç bağlanabilir.

CISG m. 18/I c.1, susmanın veya eylemsizliğin kural olarak kabul anlamına gelmeyeceğini düzenler³. CISG m. 18/I c.1'e benzer düzenleme TBK m. 6'da yer almaktadır. Susma, TBK açısından da kural olarak irade beyanı sayılmaz. Ancak, her iki sistemde de muhatabın bunu irade beyanı sayması gerekip gerekmediği güven teorisi uyarınca değerlendirilir ve bu değerlendirme neticesinde susma irade beyanı olarak sonuç doğurabilir⁴.

bağlama kurallarının yollama yaptığı ulusal devlet kuralları uygulanacaktır. For ülkesi hukuku kanunlar ihtilafı kuralları, çekince koymayan bir devletin hukukunun uygulanması gerektiğini tespit ediyorsa, bu durumda, Antlaşma'nın II. Kısımına ilişkin hükümler yine uygulama alanı bulacaktır.

Antlaşma'ya taraf devletlerden birinin Antlaşma'nın bir veya birden fazla Bölümüne çekince koyması halinde karşılaşılabilecek sorunlarla ilgili olarak bkz. **Simin Yalcıntaş**, “*Viyana Satım Sözleşmesi'nin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler*”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/yalcintas.pdf>).s. 10.

3 CISG m. 19/II, CISG m. 18/I c.1'den farklı olarak, icabın şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen eklemeler veya sapmalar içeren cevabın, icapta bulunan haklı bir gecikme olmaksızın bu değişikliklere sözlü itiraz etmemiş ise veya bu yönde bir bildirim göndermemiş ise, icabın şartlarıyla birlikte sözleşmenin içeriğini oluşturacağını düzenler.

4 **Karl H. Neumayer/Catherine Ming**, Convention de Vienne sur les contrats de vente interna-

Antlaşma'da esaslı noktalar üzerinde uyuşulması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm mevcut değildir; fakat, icabın unsurlarını düzenleyen CISG m. 14/I'de, teklifin icap sayılabilmesi için yeterince kesin olması gerektiği ifade edildikten sonra, malların saptandığı, açık ve örtülü olarak miktar ve semenin belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemenin yapıldığı hallerde teklifin yeterince kesin sayılacağı belirtilerek, esaslı unsurlar üzerinde uyuşma aranmıştır. Sözleşmede teslim yerinin belirlenmemesi halinde Antlaşma'nın 33. maddesinin, ödeme yerinin belirlenmemesi halinde ise Antlaşma'nın 57. maddesinin uygulanacağı dikkate alındığında, tarafların yan noktaları sözleşmede düzenlenmemiş olmalarının, sözleşmenin kuruluşuna etki etmeyeceği görülecektir. Türk Borçlar Kanunu, Antlaşma'dan farklı olarak açık bir hükümle esaslı noktalar üzerinde uyuşmanın gerekli olduğunu kabul eder. TBK m. 2/I, tarafların sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmaları halinde, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşmenin kurulmuş sayılacağını açıkça ifade eder.

Semenin belirlenmesini veya belirlenmesi için gerekli düzenlemenin yapılmasını arayan CISG m. 14/I'den farklı olarak, CISG m. 55, sözleşmenin, açıkça veya örtülü olarak semen belirlenmeksizin veya semenin belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme içermeksizin geçerli olarak kurulması halinde, aksine herhangi bir emare bulunmadıkça, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata örtülü gönderme yapmış olduklarının varsayılacağını

tionale de marchandises, Commentaire, Lausanne 1993, s. 167 vd; **Vincent Heuzé**, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Paris, 1992, s. 164 vd; **François Dessemontet**, Les contrats de vente internationale de marchandises (Les contrats de vente internationale), Lausanne 1991, Art. 18; **Ingeborg Schwenzer/Florian Mohs**, "Sözleşmenin Kurulması", Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, İstanbul 2012 s. 93,94.

"Susmanın irade beyanı sayılması için, susan kimse aksi arzuya sahipse susmaması gerekmeli ve susmayacak durumda olmalıdır". Bkz.**Nami Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2013, s. 193 vd; Aynı yönde, bkz. **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 67 vd; **Necip Kocayusufpaşaoğlu/Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008, s. 146 vd; **S. Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 93; **Safa Reisoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 65; **Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012, s. 36 vd; **Gökhan Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2013, s. 189; **İbrahim Kaplan**, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Ankara 2012, s. 69 vd.

düzenler⁵. Benzer düzenleme TBK m. 233'te yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre, alıcı, satış bedelini belirtmeksizin malı alacağını kesin olarak bildirmişse, satış, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılacaktır. Görüldüğü üzere, her iki sistemde de benzer düzenleme mevcuttur. Ancak, CISG m. 55 sözleşmenin kurulduğu anda ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata gönderme yaparken, TBK m. 233, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatına gönderme yapmaktadır.

İrade sakatlıkları, irade beyanının geçerliliği ve fiil ehliyeti Antlaşma kapsamında olmadığından bu hususlara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü for ülkesi hukukunun bağlama kurallarınca tespit edilecek ülke hukukuna göre değerlendirilir⁶.

A. İCAP

CISG m. 14, sözleşmeyi kurma amacıyla bir veya birden çok belirli kişiye sözleşmeyi kurmak için yöneltilen beyanı “teklif” olarak adlandırdıktan sonra, “teklif”in icap sayılabilmesi için gereken unsurları saymıştır. Bu unsurlar madde metninde; **bir veya birden çok belirli kişiye yöneltilmiş beyan, belirlilik ve bağlanma iradesi** olarak ifade edilmiştir. Teklif ancak bu üç unsuru birlikte içeriyorsa icap olarak nitelendirilecektir.

1. İcapın Unsurları

a. İrade beyanı

Antlaşma, icapın geçerliliği veya ispatı için bir şekil şartı öngörmediğinden sözleşmeyi kurmaya yönelik irade açıklaması, açık olabileceği gibi zımni de olabilir; iradeyi ortaya koyan bir davranış da hukuken irade beyanıymış gibi sonuç doğurabilir.

İrade beyanlarının yorumu CISG m. 8'de düzenlenir. Dolayısıyla, bir teklifin icap olarak değerlendirilmesinde CISG m. 8 uygulama alanı bulur⁷.

⁵ Bkz. A/1/b.

⁶ **Schwenzer/ Mohs**, s. 83 vd; **Zafer Zeytin**, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara, 2011, s. 87.

⁷ **İlhan Yılmaz**, “Uluslararası menkul Satış Sözleşmelerine Dair Viyana Konvansiyonu ve Türk Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Cilt XVI, 1992, s. 579 vd; Teklifin, yöneldiği kişinin anlamayacağı dilde olması halinde, icap olarak nitelendirilemeyeceği hususunda bkz. **Zeytin**, s. 88.

Söz konusu hükme göre, Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraf beyanları ve davranışları beyan sahibinin iradesine uygun olarak yorumlanacaktır; yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın (CISG m. 8/I)⁸. Görüldüğü üzere, Antlaşma’da irade beyanının sübjektif içeriğinin belirlenmesinde irade kuramı esas alınmıştır⁹. Muhatabın gerekli özeni göstermesine rağmen sübjektif iradeyi doğru anlamlandıramaması sebebiyle CISG m. 8/I’in uygulanamaması halinde, iradenin objektif içeriğinin tespiti gerekecektir. İradenin objektif içeriğinden kasıt, taraflardan birinin beyanlarının ve diğer davranışlarının, muhatap ile aynı konumda makul bir kişi tarafından aynı koşullarda nasıl anlamlandırılacağına araştırılmasıdır (CISG m. 8/II)¹⁰. Taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları gibi olayın ilgili tüm koşulları, tarafların iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için esas alınacaktır (CISG m. 8/III).

Antlaşma, teklifin icap olarak değerlendirilmesini bir veya birden fazla belirli kişilere yöneltilmesi şartına bağlar. CISG m. 14/II uyarınca, belirli olmayan kişilere yöneltilmiş teklif, örneğin; gazete ilanında, el ilanlarında ve kataloglarda yer alan teklifler, aksi teklifte belirtilmediği sürece icaba davet olarak nitelendirilir¹¹.

CISG düzenlemesinden farklı olarak 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun “*Bağlayıcı olmayan öneri ve herkese açık öneri*” yan başlıklı 8. maddesinin 2. fıkrası, fiyatını göstererek mal sergilenmesini veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesini, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılma-dıkça öneri sayar. Ancak, aksini ispat etmek mümkündür.

⁸ **Bernard Audit**, La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris, 1990, s. 41 vd; **Yeşim Atamer**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 71 vd; **Ercüment Erdem**, “*Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı*” (Genel Bakış), Yeni Türk Borçlar kanunu ve CISG’ye Göre Satış Sözleşmeleri, İstanbul 2012, s.126 vd;**Zeytin**, s. 79 vd.

⁹ **Audit**, s. 41 vd; **Atamer**, s. 71 vd; **Erdem**, Genel Bakış, s. 126 vd; **Zeytin**, s. 79 vd.

¹⁰ **Audit**, s. 41 vd; **Atamer**, s. 72 vd; **Erdem**, Genel Bakış, s. 127 vd;**François Dessemontet**, “-*La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, Les contrats de vente internationale de marchandises, Lozan 1991, s. 60; **Zeytin**, s. 79 vd.

¹¹ **Neumayer/Ming**, s. 137; **Christian Mouly**,“*La formation du contrat*”, La convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms”, Paris 1990, s. 62; **Heuzé**, s. 156; **Audit**, s. 57 vd; **Zeytin**, s. 90.

Görüldüğü üzere, Türk Hukukunda teklifin belirli olmayan kişilere yöneltilmiş olması, icap olarak nitelendirilmesine tek başına engel olmayacaktır¹². İcap genele yöneltilebilir. Ancak, hükmün ifadesinden de anlaşılacağı üzere, aksini ispat etmek mümkündür.

Antlaşma’da ise belirli olmayan kişilere yapılan teklif, kural olarak icaba davet sayılır. Teklifin icap olarak kabul edilmesi, teklifte bulunanın aksini açıkça belirtmiş olmasına bağlıdır (CISG m. 14/II).

b. İcabin belirliliği:

CISG m. 14/I c. 1, teklifin icap olarak nitelendirilebilmesi için gereken bir diğer unsurun belirlilik olduğunu ifade etmiştir. “*Belirlilik*” ifadesi ile kastedilen, teklifin “*içeriğinin*” yeterince belirli olmasıdır. Madde metninde “*...malların saptandığı ve açık veya zımni olarak miktar ve semenin belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemenin yapıldığı teklifler yeterince kesin sayılır*” denilmek suretiyle bu husus düzenlenmiştir.

Bu durumda, satım konusu mal¹³, miktar¹⁴ ve semenden¹⁵ birinin eksik olması halinde teklif icap olarak değerlendirilmeyecektir¹⁶.

Semen konusunda, CISG m. 14/I, c.2’nin CISG m. 55 ile birlikte değerlendirilmesi gerekir¹⁷. İki hüküm görünürde birbirleriyle çelişmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Antlaşma’nın 55. maddesi CISG m. 14/I,c.2’den

¹² Yılmaz, s. 581 vd.

¹³ Borcun konusu açıkça belirlenmeli veya belirlenebilir olmalıdır. Parça borcunda borç ferden tayin edilmeli, cins borcu söz konusu ise borcun türü belirtilmelidir. Bkz. Neumayer/ Ming, s. 141 vd; Heuzé, s. 142 vd; Gyula Eörsi, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan 1987, s. 140 vd.

¹⁴ Miktarın da açık veya zımni olarak belirlenmiş olması veya belirlenebilir olması gerekir. Miktarın ifa sırasında belirlenmesi mümkündür. Bkz. Neumayer/ Ming, s. 141 vd; Heuzé, s. 143 vd; Eörsi, s. 140 vd.

¹⁵ Sözleşme bedelinin rakam olarak belirtilmesi, ancak, para biriminin belirlenmemesi ihtimalinde, tarafların para birimine ilişkin gerçek veya farazi iradelerinin tespitinin mümkün olduğu hallerde, sözleşme geçerli olarak kurulmuş sayılacaktır. Bkz. Cansu Kaya, CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, İstanbul 2012, s. 62 vd.

¹⁶ Neumayer/ Ming, s. 140 vd; Audit, s. 58 vd; Eörsi, s. 133 vd.

Teklifin, mal, miktar ve semeni içermesi halinde yeterince belirli sayılacağına ilişkin Hamburg yerel mahkemesinin verdiği bir karar için bkz. LG Hamburg, 21 Aralık 2001 (<http://CISGw3.law.pace.edu/CISG/wais/db/cases2/011221g1.html>).

¹⁷ Mouly, s. 61, 78 vd.

farklı olarak, sözleşmenin, açıkça veya örtülü olarak semen belirlenmeksizin veya semenin belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme içermeksizin geçerli olarak kurulması halinde, aksine herhangi bir emare bulunmadıkça, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata örtülü olarak gönderme yapmış olduklarının varsayılacağını belirterek semenin belirlenmesi için imkân sağlanmadığı hallerde dahi sözleşmenin geçerli olarak kurulacağını düzenler.

CISG m. 14 ile m. 55 arasındaki bu çelişkinin giderilmesine yönelik çeşitli yorumlar ortaya konmuştur¹⁸. Bir görüşe göre, tarafların, sözleşme ile bağlanma iradeleri varsa, semenin bu konuda açık veya zımnî bir anlaşma olmasa dahi, tamamlayıcı bir düzenleme olan ve sözleşmeyi ayakta tutma amacı güden CISG m. 55 uyarınca objektif olarak belirlenmesine rıza gösterdikleri kabul edilmelidir¹⁹. Aynı yorum, semenin belirlenemediği haller bakımından da geçerlidir²⁰. Ancak, taraflar semen konusunda anlaşamamışlarsa, CISG m. 14 uyarınca sözleşme geçerli olarak kurulamayacak²¹, bu durumda, CISG m. 55’de uygulama alanı bulamayacaktır.

Diğer bir görüş²² ise bu yazarlardan farklı olarak, CISG m. 55’in ancak,

18 Tartışmalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Heuzé**, s. 146 vd; **Eörsi**, s. 132 vd; **Mouly**, s. 72 vd; **Peter Schlechtriem**, Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1986, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem.html#a29>) s. 51 vd; **Neumayer/Ming**, s. 144 vd; **Kaya**, s. 79 vd.

19 **Mouly**, s. 80 vd; **Eörsi**, iki hükmün çelişmediğini, 14. maddenin icabın tanımını verdiğini, 55. maddenin ise sözleşmenin kurulmasını düzenlediğini belirtir. Bkz. **Eörsi**, s. 144; **John O. Honnold**, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed. (1999), §137 s. 149; **Neumayer/Ming** de, benzer şekilde 14. maddenin sözleşmenin geçerliliğine ve içeriğine ilişkin bir düzenleme getirmediğini, dolayısıyla, hükmün, tarafların semeni kendi istekleriyle belirlemedikleri, buna rağmen sözleşme ile bağlanma iradelerinin bulunduğu ihtimalleri kapsam dışı bırakmadığını kabul ederler. Bkz. **Neumayer/Ming**, s. 146; **Francesco Adamı**, “Les contrats “open price” dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises” RDAI 1989, s. 103 vd.

20 **Mouly**, s. 80 vd. Bedelin, hal ve şartların hesaba katılmasıyla belirlenebilmesi halinde geçerli bir icabın varlığının kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Schwenzer/Mohs**, s. 87.

21 Alman bir satıcı ile İsveçli alıcı arasında çıkan bir uyuşmazlıkta, Frankfurt Mahkemesi, alıcının sipariş ettiği bazı parçaların fiyatının belirli veya belirlenebilir olmamasını ve alıcının siparişin tamamının tesliminde ısrar etmesini gerekçe göstererek, sözleşmenin kurulmadığına karar vermiştir. Karar için bkz. OLG Frankfurt, 4 Mart 1994(<http://CISGw3.law.pace.edu/cases/940304g1.html>).

22 **Audit**, s. 60. Yazar ayrıca, **Mouly**’nin, CISG m. 55’i ücretin belirlenmesinde tamamlayıcı bir hüküm olarak görmesini eleştirir. Böyle bir yorumun, maddenin amacını aşacağını ileri sürer. Bkz. s. 60, dpn. 2; **Allan E. Farnsworth**, “Formation of Contract”, International Sales: The

uygulanacak hukuka göre sözleşmenin ücret belirlenmeksizin veya belirlenebilir olmaksızın kurulmasının mümkün olduğu hallerde uygulama alanı bulacağını belirtir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Türk Borçlar Kanunu m. 233, alıcının, satış bedelini belirtmeksizin, malı alacağını kesin olarak bildirmesi halinde, satışın, ifa yeri ve zamanındaki ortalama piyasa fiyatı üzerinden yapılmış sayılacağını düzenler. Bu hüküm, CISG m. 55'e benzer bir düzenlemedir. CISG m. 55, "sözleşmenin kurulduğu anda" ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyatı esas alırken, TBK m. 233, "ifa yeri ve zamanındaki" ortalama piyasa fiyatına gönderme yapar. Her iki sistem de tarafların bağlanma iradelerinin sabit olduğu hallerde sözleşmenin ayakta tutulması prensibini esas alır.

c. İcapla bağlanma iradesi:

Anlaşma uyarınca, teklifin icap olarak nitelendirilebilmesi, teklifte bulunanın ayrıca bağlanma iradesine sahip olmasına bağlıdır. İcapta bulunanın kabul ile sözleşmenin kurulmasını istediği icaptan anlaşılmalıdır²³.

Türk Borçlar Kanunu açısından da, bir teklifin icap olarak nitelendirilmesi için sözleşmenin esaslı unsurlarıyla birlikte teklifte bulunanın teklifiyle bağlı olma iradesini de içermesi gerekir.

CISG m. 14/II uyarınca, belirli olmayan kişilere yöneltilmiş teklif (gazete ilanında, el ilanlarında ve kataloglarda yer alan teklifler), bağlanma iradesi olmadığı gerekçesiyle aksi teklifte belirtilmediği sürece icaba davet olarak nitelendirilir²⁴. Bununla beraber, muhatabın belirlenebilir olması teklifin icap sayılması için yeterlidir. Örneğin, eski müşterilere yönelik bir teklif, bu kişilerin belirlenebilmesi mümkün olduğundan icap olarak kabul edilir²⁵.

Bağlanma iradesinin varlığı tekliften açıkça anlaşılıyorsa, CISG m. 8/I-II uyarınca teklif objektif olarak yorumlanır ve bu yorum neticesinde teklifte

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Ed. Nina M. Galston, Hans Smith, Matthew Bender, 1984, s. 3-8,3-9 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth1.html>).

23 **Honnold**, s. 147 vd; **Schwenzer/Mohs**, s. 87 vd; **Zeytin**, s. 89 vd; Bu yöndeki bir karar için bkz. New York, 2 Mayıs 2002 (<http://CISGW3.law.pace.edu/CISG/wais/db/cases2/020510u1.html>).

24 **Neumayer/Ming**, s. 137; **Mouly**, s. 62; **Heuzé**, s.156; **Audit**, s. 57 vd; **Eörsi**, s. 138 vd; **Honnold**, s. 147 vd; **Zeytin**, s. 90.

25 **Neumayer/Ming**, s. 138, dpn. 5.

bulunanın bağlanma iradesinin olup olmadığı tespit edilir²⁶. Bu konuda da Antlaşma ve Türk Borçlar Kanunu düzenlemeleri örtüşmektedir. Zira, uyumsuzluk halinde, Türk Borçlar Kanunu sisteminde de tarafların beyanlarının yorumu, güven teorisi uyarınca, beyanda bulunanın beyanının içeriği ve beyanın yapıldığı hal ve şartlar dikkate alınarak yapılır.

2. İcabin Hüküm ve Sonuçları

CISG m. 15/I uyarınca, icap yöneldiği kişinin hâkimiyet alanına vardığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. İrade beyanı zımnî olarak yapıldı ise, beyanın yöneldiği kişinin irade beyanından haberdar olması gerekir.

İrade sakatlığı veya ehliyetsizlik halinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağı Antlaşma'da düzenlenmemektedir. Bu sebeple, icabın yanlışlıkla gönderilmesi halinde sözleşmenin iptal edilip edilmeyeceği veya icapta bulunanın fiil ehliyetinin bulunmaması halinde sözleşmenin geçerli olup olmayacağı, for ülkesi hukuku kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca, olaya uygulanmak üzere tespit edilecek ülke hukuku kuralları uygulanarak çözüme kavuşturulacaktır²⁷.

TBK'da, CISG m. 15/I gibi icabın hüküm doğuracağı anı açıkça ifade eden genel bir düzenleme mevcut değildir. Ayrıca TBK, icabın bağlayıcılığını düzenlerken süreye bağlı (TBK m. 3)-süre kaydı içermeyen icap olarak ikili bir ayırıma gitmiş, süre kaydı içermeyen icapları da hazırlar arasında (TBK m. 4) ve hazır olmayanlar arasında (TBK m. 5) olmak üzere iki farklı madde de ele almıştır. Oysa Antlaşma, TBK gibi böyle açık bir ayırım yapmamıştır.

3. İcabin Hükümsüzlüğü

CISG m. 18/II uyarınca, kabul için bir süre öngörülmüş ise kabul beyanı öngörülen bu süre içinde veya süre tespit edilmemesi halinde, icapta bulunanın kullandığı iletişim araçlarının hızı da dahil olmak üzere işlemin koşulları dikkate alındığında, makul bir süre içinde muhataba ulaşmazsa, icap geçersiz olur.

Ayrıca, icabın, icapta bulunanın iradesi dışında gönderilmesi halinde, bağlanma iradesinden söz edilemeyeceğinden icap bağlayıcı nitelik taşımaz, hüküm ve sonuç doğurmaz²⁸.

²⁶ Schwenzer/Mohs, s. 88; Neumayer/ Ming, s. 138 vd; Audit, s. 57; Eörsi, s. 138 vd; Schlechtriem, s. 49 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html#a29>); Yılmaz, s. 583 vd. Zeytin, s. 79 vd.

²⁷ Schwenzer/Mohs, s. 83 vd; Zeytin, s. 60; Yılmaz, s. 590.

²⁸ Zeytin, s. 90.

Muhatabın icabı reddetmesiyle de icap geçersiz olacaktır.

Teklifte bulunan, icap muhataba henüz varmadan veya icapla aynı anda varacak şekilde aksi yönde bir irade açıklaması yaparak, diğer bir ifade ile, icabını geri alarak ilk irade beyanını geçersiz kılabilir (CISG m. 15).

İcapta bulunan icabından vazgeçerek (CISG m. 16) icabı hükümsüz hale getirebilir.

Dikkat etmek gerekir ki, “*icabın geri alınması*” ve “*icaptan vazgeçme (icaptan cayma)*” kavramları farklı kavramlardır. “*İcabın geri alınması*” Antlaşmanın 15. maddesinde düzenlenirken, “*icaptan vazgeçme*” kavramına Antlaşmanın 16. maddesinde yer verilir. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, CISG m. 15, icabın varma ile hüküm doğuracağı ana kadar geçen sürede geri alınmasını, CISG m. 16 ise varma ile hüküm doğuran icabın geri alınmasını (*icaptan vazgeçme*) düzenlemektedir²⁹.

İcapta bulunanın, icabın yapılmasından sonra fiil ehliyetini kaybetmesi veya ölmesi halinde icabın akıbetinin ne olacağı hususunda Antlaşma’da bir hüküm bulunmamaktadır. *Neumayer/ Ming*, icabın bundan etkilenmeyeceğini, geçerli olarak hükümlerini doğuracağını kabul eder³⁰. Türk Borçlar Kanunu’nda da bu konuda açık bir hüküm yoktur. Ancak, doktrinde³¹, icapta bulunanın kimliğinin önem taşıdığı sözleşmelerde, onun ölmesi veya ehliyetini kaybetmesinin icabın bağlayıcılığını sona erdireceği, icabın hükümsüz hale geleceği kabul edilir. İcapta bulunanın kimliğinin önem taşımadığı sözleşmelerde icapta bulunanın ölmesi veya ehliyetini kaybetmesi halinde ise icap önereni veya mirasçılarını bağlayacaktır. Kanımızca, *Neumayer/ Ming*, Antlaşma bakımından, kimliklerin önem taşımadığı sözleşmeleri dikkate alarak genel bir yorum yapmışlardır. İcapta bulunanın kimliğinin önem taşıdığı sözleşmelerde, onun ölmesi veya ehliyetini kaybetmesinin icabın bağlayıcılığını sona erdireceği, icabın hükümsüz hale geleceği hiç kuşkusuz Antlaşma uyarınca da kabul edilmelidir.

a. İcabın geri alınması

İcabın geri alınması CISG m. 15/II’de düzenlenmiştir.

²⁹ *Neumayer/ Ming*, s. 151 vd; *Heuzé*, s. 158 vd; *Audit*, s. 60 vd; *Schwenzer/Mohs*, s. 90 vd; *Zeytin*, s. 91; *Yılmaz*, s. 586.

³⁰ *Neumayer/ Ming*, s. 152.

³¹ *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 210; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, s. 92; *Oğuzman/Öz*, s. 65 vd; *Yılmaz*, s. 590; *Reisoğlu*, s. 64; *Kaplan*, s. 80; *Antalya*, s. 189; *Turgut Akıntürk/Derya Ateş Karaman*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2013, s. 27.

Geri alma beyanı varması gereken bir irade açıklamasıdır. Söz konusu beyanın karşı tarafa icaptan önce veya icapla aynı anda varması gerekir (CISG m. 15). Geri alma beyanının icabın yöneldiği tarafın hakimiyet alanına girmesi, varmış sayılması için yeterli ve gereklidir. Muhatabın, icabın içeriğini, vaktinde varan geri alma beyanından önce öğrenmesi icabın geri alınmasına engel teşkil etmeyecektir³².

İcabın, Antlaşmanın m. 16/II'de düzenlenen vazgeçilemeyen bağlayıcı icap olması CISG m. 15/II'ye göre geri alınmasına engel değildir.

Geri alma beyanı bir şekil şartına bağlı olmadığından yazılı veya sözlü yapılabilir. Geri alma beyanın yapılacağı araç da önemli değildir; telefonla veya diğer iletişim araçlarıyla icap geri alınabilir. Uygulanacak hukukun icap için bir şekil şartı öngörmüş olması, geri alma beyanının şekil şartına tabi tutulmasına yol açmaz.

İcabın, sözlü yapılması halinde, şartlar aksini göstermedikçe icabın derhal kabul edilmesi gerektiğinden (CISG m. 18/II), CISG m. 15/II'ye göre geri alınması mümkün değildir.

İcabın ve kabulün geri alınmasına ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 10. maddesi, CISG m. 15 ile benzer düzenleme içermektedir. TBK m. 10 uyarınca, geri alma beyanı, diğer tarafa icaptan önce veya aynı anda ulaşmış ya da icaptan daha sonra ulaşmakla birlikte diğer tarafça icaptan önce öğrenilmiş olursa, icap yapılmamış sayılır.

Görüldüğü üzere, TBK m. 10 hükmü, CISG m. 15/II'den farklı olarak, geri alma beyanının muhataba icaptan daha sonra ulaşmış olması halinde, muhatabın geri almayı icaptan önce öğrenmesi kaydıyla icabı yapılmamış saymaktadır. CISG m. 15/II ise geri alma beyanının muhataba, icaptan önce veya icapla aynı anda varması halinde icabın geri alınabileceğini belirttiğinden, geri alma beyanının muhataba icaptan daha sonra ulaşmış olması ve muhatabın geri almayı icaptan önce öğrenmesi halinde icaptan vazgeçmeye ilişkin olan CISG m. 16 uygulanacaktır³³.

Geri alma hakkı yenilik doğuran bir hak olduğundan, icapta bulunan geri

³² Zeytin, s. 92; Neumayer/ Ming, s. 151.

³³ Neumayer/ Ming, s. 151; Heuzé, s. 158; Schwenger/Mohs, farklı olarak, CISG m. 15/II'nin açık ifadesi karşısında, elektronik mesaj ile yapılan icabın geri alınmasının asla mümkün olmayacağını, bunun da söz konusu hükmün *ratio legis* ile örtüşmediğini, dolayısıyla, muhatabın, icabı geri alma beyanını öğrenme anının, icabı öğrenme anından daha sonra olmadığı her halde icabın geri alınmış sayılması gerektiğini ileri sürer. Bkz. Schwenger/Mohs, s. 91.

alma beyanından vazgeçemez. Sözleşmenin kurulması için geri alma beyanında bulunanın yeni bir icapta bulunması gerekir³⁴.

b. İcaptan vazgeçme (icaptan cayma)

İcaptan vazgeçme CISG m. 16'da düzenlenmiştir. Antlaşmada icaptan vazgeçmeye ilişkin bir düzenlemeye yer verilmesinde Anglo-Amerikan hukukunun etkisi olmuştur³⁵.

CISG m. 16 uyarınca, icap karşı tarafa varmış olsa da, henüz kabul beyanı gönderilmemiş ise icapta bulunan icabından vazgeçebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonra icaptan vazgeçmek mümkün değildir. İcaptan vazgeçme beyanı varma ile hükümlerini doğuracağından, vazgeçme beyanı bir kere varıldıktan sonra icap kabul edilemez.

Muhatap kabul beyanını göndermeden icapta bulunan icabından vazgeçerse icap hükümsüzleşir. Ancak, muhatap kabul beyanını göndermişse, artık icaptan vazgeçmek mümkün değildir³⁶.

Vazgeçme beyanı için özel bir şekil şartı öngörülmediğinden beyanın zımnen yapılması da mümkündür.

CISG m. 16/II, icaptan vazgeçilemeyecek halleri düzenler. Antlaşmanın 16. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde, kabul için kesin bir süre öngörüldüğü hallerde veya icabın geri alınamaz olduğu başka bir şekilde ifade edilmiş ise icapta bulunanın icabından vazgeçme hakkının olmayacağı ifade edilir.

Kabul için kesin bir sürenin öngörüldüğü hallerde icapta bulunanın belirttiği süre içinde icabı ile bağlı olacağının kabulü gerekir³⁷. İcapta bulunan, kabul için kesin bir süre öngörmekteki amacının icabın süre sonunda hükümden düşeceğini ifade etmek olduğunu ispat ederse, yine vazgeçme hakkını kullanabilecektir³⁸.

Vazgeçme hakkının kullanılabilmesi için açık veya zımni olarak icaptan vazgeçmeme taahhüdünde bulunulmamış olması gerekir (CISG m. 16/II, a.).

³⁴ Neumayer/ Ming, s. 151 vd.

³⁵ Schwenzer/Mohs, s. 91; Yılmaz, s. 586; Zeytin, s. 92.

³⁶ Schwenzer/Mohs, s. 91 vd; Heuzé, s. 158 vd; Audit, s. 60 vd; Yılmaz, s. 585 vd; Zeytin, s. 92.

³⁷ Neumayer/ Ming, s. 157 vd; Audit, s. 61 vd; Zeytin, s. 93.

³⁸ Schwenzer/Mohs, s. 92; Audit, s. 61 vd; Neumayer/ Ming, s. 157 vd; Zeytin, s. 93.

Ticaret hayatında geçerli ifade şekillerinin (firmoffer, openoffer) kullanılması icaptan vazgeçilemeyeceğine işaret edebilir³⁹.

İcapta bulunanın icabından vazgeçemeyeceği bir diğer hal, CISG m. 16/II/b’de düzenlenmiştir. Buna göre, muhatabın, makul biri olarak icabın vazgeçilmez nitelikte olduğuna güven duyması ve bu güvene istinaden davranışlarda bulunması icaptan vazgeçilmesine engel olacaktır. Söz konusu düzenlemeye ele alınan varsayım, beyanın kendisi ile ilgili değil, objektif koşullarla ilgilidir. Örneğin, icaptan vazgeçme hakkın kötüye kullanımı veya ticari dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecekse, CISG m. 16/II/b uygulama alanı bulacaktır. Ancak, dikkat etmek gerekir ki, muhatabın sadece icabın vazgeçilmez olduğuna güvenmesi ve onun bu güveninin makul sayılması yeterli değildir; ayrıca, bu güvene dayanarak bazı davranışlarda bulunmuş olması gerekir⁴⁰.

Türk Borçlar Kanunu uyarınca icap bağlayıcı olduğu için icaptan vazgeçmek kural olarak mümkün değildir. CISG m. 16’ya benzer bir düzenleme TBK’da mevcut değildir. Ancak, icapta bulunan açıkça kabul beyanı kendisine ulaşıncaya kadar icabından dönme hakkını saklı tutmuşsa veya somut olayın özelliği bunu haklı gösteriyorsa, icapta bulunan kabul beyanı kendisine ulaşıncaya kadar icabından dönebilecektir. Fakat bu durumda, icabın tam anlamıyla bağlayıcı olduğundan bahsetmek doğru olmayacaktır⁴¹. Bununla birlikte, icaptan dönme hakkını saklı tutan, ancak bu hakkını kullanmayan icapta bulunan, kabul beyanının gönderilmesi ile kurulan sözleşme ile bağlı olacaktır. Meğer ki, icapta bulunan sözleşmeden dönme hakkını saklı tutsun⁴².

c. İcabın reddi:

İcabın reddi CISG m. 17’de düzenlenir. Söz konusu madde uyarınca, icap geri alınamaz olsa bile, red beyanı icapta bulunana vardığı anda hükmünü yitirir.

Kabul için bir süre öngörülmüş ise, süre dolmadan muhatabın icabı red-detmesiyle icap hükümsüzdür.

İcabın reddi açık veya zımnî olarak yapılabilir. Red beyanı varması gerekli bir irade açıklamasıdır⁴³. Eklèmeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler içeren kabul beyanı da kural olarak icabın reddi sayılır ve yeni bir icap olarak

³⁹ Zeytin, s. 93.

⁴⁰ Schwenzer/Mohs, s. 92; Heuzé, s. 160 vd; Neumayer/ Ming, s. 161 vd; Zeytin, s. 93 vd.

⁴¹ Oğuzman/Öz, s. 60.

⁴² Oğuzman/Öz, s. 60.

⁴³ Audit, s. 62; Heuzé, s. 162; Zeytin, s. 94; Yılmaz, s. 590.

değerlendirilir. İcap reddedildikten sonra taraflar sözleşmenin kurulmasına karar verirlerse tekrar icap ve kabul aşamalarının yerine getirilmesi gerekir.

CISG m. 18/I c.2 uyarınca, susma ve eylemsizlik tek başına kabul sayılmayacağından somut olayın özellikleri aksini göstermedikçe, süreli icaplarda bu süre zarfında muhatabın sessiz kalması icabı hükümsüz kılar.

Türk Borçlar Kanunu'nda CISG m. 17 gibi icabın reddine ilişkin genel ve açık bir hüküm mevcut değildir; ama red beyanının icapta bulunana ulaşması ile icabın bağlayıcılığı sona erer. Şartlı kabul veya yeni bir icap da zımnî red oluşturur. CISG, süreli – süresiz icap ayırımı yapmadığı için, süreli icapların süresi içinde veya süresiz icapların ise hesaplanacak makul sürede kabul edilmemesine ilişkin ayrı düzenlemeler içermez. Ama, gerek CISG m. 18/II c.2, gerek m. 20 ve 21 değerlendirildiğinde, süreli – süresiz icap ayırımı yapan TBK ile aynı çözüme varılır. Susma, TBK uyarınca da kural olarak kabul sayılmaz. TBK m. 6, susmanın örtülü kabul sayılacağı halleri belirtmiştir. Söz konusu hükme göre, öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır. Susmanın kabul sayılmayacağı hallerde, susma, zımnî red sayılır. Görüldüğü üzere, icabın reddi hususunda da Antlaşma ve Türk Borçlar Kanunu sistemi paralel düzenlemeler içerir.

d. İcabın iptali:

Sözleşmenin veya sözleşme hükümlerinin geçerliliği CISG'in kapsamı dışında olduğundan, sözleşmenin muhatabın kabulü ile kurulması halinde, icapta bulunan, uyuşmazlığı görmekle yükümlü hâkimin kanunlar ihtilafı kuralları tarafından belirlenecek ülkenin kuralları uyarınca, kurulmuş sözleşmenin iptalini isteyebilir⁴⁴.

B. KABUL

Antlaşma'da kabul beyanı CISG m. 18'de düzenlenir. Söz konusu hüküm uyarınca, muhatabın icaba onay verdiğini ifade eden herhangi bir beyanı veya diğer davranışı kabul hükmündedir (CISG m. 18/I c.1). Görüldüğü üzere, kabul açık veya örtülü olabilir. Kabul, kurucu yenilik doğuran bir beyandır.

Susma veya eylemsizlik tek başına kabul sayılmaz (CISG m. 18/I c.2). Ancak, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, susma veya hiçbir davranışta bulunmama CISG m. 8 uyarınca yorumlanarak kabul olarak nitelen-

44 **Schwenzer/Mohs**, s. 83; **Audit**, s. 62; **Zeytin**, s. 60.

dirilebilir⁴⁵. Ticari teamül veya taraflar arasındaki alışkanlıklar açık bir red beyanını gerekli kılabılır.

Antlaşma ile Türk Borçlar Kanunu bakımından bu hususlarda aynı esaslar geçerlidir. TBK m. 1, irade açıklamasının açık veya örtülü olabileceğini düzenler. Dolayısıyla, kabul beyanı açık veya örtülü olabilir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, TBK uyarınca susma kuralı olarak kabul sayılmaz. Susmanın örtülü kabul sayılacağı haller, TBK m. 6'da belirtmiştir. Buna göre, icapta bulunan, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde sözleşme kurulmuş sayılır.

Antlaşmanın 19. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, irade açıklamasının kabul olarak nitelendirilebilmesi için, icabın şartsız olarak onaylanması gerekir. İcabın kabulüne yönelik, fakat eklemeler, sınırlamalar veya değişiklikler içeren cevap, icabın reddi ve karşı icap kabul edilir. Buna karşılık, CISG m. 19/II, icabın şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen eklemeler veya sapmalar içeren cevabın kabul sayılacağını belirtir. Ancak, icapta bulunan, haklı bir gecikme olmaksızın bu uyumsuzluklara sözlü olarak itiraz etmiş veya bu yönde bir bildirim göndermiş ise kabul beyanı ile sözleşme kurulmaz (CISG m. 19/II c.1). İcapta bulunan itiraz etmediği veya bu yönde bir bildirim göndermediği takdirde, icap kabul beyanındaki değişikliklerle birlikte sözleşmenin içeriğini oluşturur (CISG m. 19/II c.2).

CISG m. 19/III, nelerin esaslı değişiklik sayılacağına dair bir hüküm içerir. Söz konusu düzenlemeye göre, semene, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğerine karşı sorumluluğunun kapsamına veya uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tamamlayıcı veya farklı hükümler icabın şartlarını esaslı şekilde değiştirmiş sayılır. Maddede sayılanlar sınırlayıcı olmadığı gibi zorlayıcı da değildir⁴⁶. Her somut olay kendi şartları çerçevesinde ayrı değerlendirilmelidir⁴⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nda CISG m. 19'a benzer bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, doktrinin görüşü, eklemeler ve değişiklikler içeren kabul be-

⁴⁵ **Schwenzer/Mohs**, s. 93; **Heuzé**, s. 164 vd; **Audit**, s. 63 vd; **Atamer**, s. 75; **Zeytin**, s. 95.

⁴⁶ **Schwenzer/Mohs**, s. 96 vd; **Mouly**, s. 63; **Heuzé**, s. 166 vd; **Audit**, s. 69; CISG m. 19/III'ün semen ve sözleşme konusu mal dışındaki unsurlara da esaslı nitelik verdiği hususunda bkz. **Erdem**, s. 64.

⁴⁷ Bu yöndeki bir mahkeme kararı için bkz. Alabama Yerel Mahkemesi, 31 Mart 2010 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100331u1.html>). Bir başka mahkeme kararı için bkz. Fransa Temyiz Mahkemesi, 4 Ocak 1995, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950104f1.html>).

yanının icabın reddi ve yeni bir icap sayılması yönündedir⁴⁸. Somut olayın özellikleri dikkate alınarak yapılacak yorum ile bir sonuca varılması gerektiği görüşü, Türk Borçlar Kanunu bakımından da geçerlidir⁴⁹.

1. Kabulün hüküm doğurması

CISG m. 18/II c.1 uyarınca, kabul beyanının hüküm doğurması için varması gerekir. Kabulün hüküm doğurması, sözleşmenin kurulması demektir.

Antlaşma uyarınca kabul beyanı varma anında hüküm doğuracak ise de, CISG m. 18/III, taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar, teamüller veya icap nedeniyle, muhatabın, icapta bulunana haber vermeksizin malın gönderilmesi veya semenin ödenmesi gibi bir eylem icra etmek suretiyle muvafakatini ifade etmesi halinde, kabulün, fıkra 2’de öngörülen müddet içinde yapılmak kaydıyla, eylem anından itibaren hüküm doğuracağını düzenler. Bu durumda, söz konusu davranışın icapta bulunana haber verilmesine gerek olmadığından, icapta bulunan haberi olmaksızın sözleşme ilişkisinin tarafı olabilecektir⁵⁰.

İcapta bulunan kabul beyanı için bir süre belirleyebilir. Kabul süresinin zımnen belirlenmesi mümkündür. Kabul için süre belirlenmişse, kabul beyanının hüküm doğurması için bu süre zarfında icapta bulunana varması gerekir; aksi takdirde kabul hüküm doğurmaz.

Kabul için bir süre belirlenmemiş ise, CISG m. 18/II, kabul beyanının, icapta bulunanın kullandığı iletişim araçlarının hızı ve işin özelliği dikkate alınarak hesaplanan makul sürede icapta bulunana varması gerektiğini belirtir. Makul süre, icabın varma süresi, muhatabın düşünme süresi ve kabul beyanının icapçıya varma süresi dikkate alınarak hesaplanır⁵¹. Her ne kadar madde açıkça belirtmemiş olsa da, söz konusu kriterler ancak, hazır olmayanlar arasındaki süreli icaplar bakımından anlamlı olacağından, maddede hazır olmayanlar arasındaki süreli icapların esas alındığını söylemek yerinde olacaktır.

48 **Yılmaz**, s. 593; **Oğuzman/Öz**, s. 67; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 94 vd; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 205; **Reisoğlu**, s. 64; **Akıntürk/Ateş Karaman**, s. 28; **Antalya**, s. 190.

49 **Yılmaz**, s. 593.

50 Kabule yönelik eylemin sözleşmeye uygun olması gerekir. Bkz. **Neumayer/Ming**, s. 174 vd; **Audit**, s. 68; **Zeytin**, s. 95 vd. **Erdem**, bu tür davranışların zımni kabul olarak nitelendirilebilmesi için muhatabın veya aynı durumdaki makul kişinin, CISG m. 8/I uyarınca söz konusu davranışları bu yönde algılaması gerektiğini haklı olarak ifade eder. Bkz. **Ercüment Erdem**, Viyana Satım Sözleşmesi, Batider 1992, C. XVI, S. 3, s. 63.

51 **Neumayer/Ming**, s. 171 vd; **Schwenzer/Mohs**, s. 94 vd; **Zeytin**, s. 95 vd.

İcaptan sonra yapılan bir beyanla kabul için bir süre öngörülmesi de mümkündür. Ancak bu durumda, sonraki beyan tespit edilen makul süreden daha kısa bir süre öngörüorsa, icaptan vazgeçmeye (CISG m. 16) ilişkin şartlar, sürenin kısılmasına yönelik beyan için de aranır⁵².

CISG m. 18/II c. 3, sözlü icabın aksi hal ve şartlardan anlaşılmadıkça derhal kabul edilmesi gerektiğini ifade eder⁵³. Sözlü icaptan kasıt, konuşmaların aynı anda iletilip cevaplarının alınabilmesidir. Telsiz, video konferans, internette chat odaları gibi iletişim araçları ile yapılan icaplar sözlü icap olarak değerlendirilirler. Sözlü icap süreli de yapılabilir.

Türk Borçlar Kanunu sistemine göre de kabul beyanının icapta bulunana varmasıyla sözleşme kurulur. İcap süreli ise, kabul cevabının bu süre içinde icapta bulunana ulaşmaması halinde sözleşme kurulmayacaktır (TBK m. 3/II). Kabul için bir sürenin tayin edilmediği hallerde, icap, hazır olan bir kişiye yapılmış ise TBK m. 4/I uyarınca, hemen kabul edilmediği takdirde reddedilmiş sayılır. Süresiz icap hazır olmayan bir kimseye yapılmış ise, bu durumda, TBK m. 5/I uyarınca, icabın varma süresi, muhatabın düşünme süresi ve kabul beyanının icapçıya varma süresi dikkate alınarak hesaplanacak makul sürede kabul beyanı icapta bulunana ulaşmazsa, sözleşme kurulmaz. TBK m. 6'da, öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, önerinin uygun bir sürede reddedilmemesi halinde, sözleşmenin kurulmuş sayılacağı düzenlenir.

Kabulün hükmü açısından, görüldüğü üzere, Antlaşma'nın ve Türk Borçlar Kanunu'nun sistemleri arasında temelde bir farklılık yoktur.

2. Ekleme, sınırlama veya değişiklik içeren kabul

Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi, icap ile kabulün içerik olarak birbirine uygun olması halinde mümkündür. CISG m. 19 uyarınca, eklemeler, sınırlamalar veya değişiklikler içeren kabul cevabı, icabın reddi olarak kabul edilir ve bir karşı icap olarak değerlendirilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında, ilk fıkraya istisna getirilerek, kabul beyanının içerdiği tamamlayıcı, sınırlandırıcı veya farklı hükümlerin icabı esaslı olarak değiştirmemesi halinde verilen cevabın kabul beyanı olarak hüküm doğuracağı ve sözleşmenin kurulacağı ifade edilir. İcapta bulunan, sözleşmenin esaslı olmayan değişikliklerle kurul-

⁵² Zeytin, s. 96.

⁵³ Bu yöndeki bir karar için bkz. Cenevre Temyiz Mahkemesi, 13 Eylül 2002, (<http://CISGw3.law.pace.edu/CISG/wais/db/cases2/020913s1.html>).

masına engel olmak istiyorsa, sözlü veya yazılı itirazını derhal kabul beyanında bulunana bildirmelidir⁵⁴.

İtirazın ne zaman hüküm doğuracağına ilişkin bir açıklama CISG m. 19'da mevcut değildir. Ancak, varma ilkesi itiraz için aranmamıştır. İtirazın hüküm doğurması için gönderilmiş olması yeterlidir⁵⁵.

CISG m. 19/III hükmü, “Özellikle, *semene*, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğerine karşı sorumluluğunun kapsamına veya uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin tamamlayıcı veya farklı hükümler icabın şartlarını esaslı şekilde değiştirmiş sayılır” demek suretiyle esaslı değişikliklerin neler olduğu hususunda yorum kuralı getirmiştir⁵⁶. Taraflar arasında uygulana gelen kurallar, somut olayın özellikleri sayılanların dışındaki değişikliklerin de esaslı sayılmasına neden olabilir⁵⁷.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Türk Borçlar Kanunu'nda CISG m. 19'a benzer bir düzenleme olmamasına rağmen, doktrin, eklemeler ve değişiklikler içeren kabul beyanının icabın reddi ve yeni bir icap sayılacağını kabul eder⁵⁸. Somut olayın özellikleri dikkate alınarak yapılacak yorum ile bir sonuca varılması gerektiği görüşü Türk Borçlar Kanunu bakımından da geçerlidir. Ayrıca, TBK m. 2 ve m. 6'nın birlikte değerlendirilmesi ile CISG m. 19/II'deki düzenlemeye paralel bir yorum getirilebilir⁵⁹. Buna göre, esaslı olmayan noktalara ilişkin eklemeler ve değişikliklere TBK m. 6 çerçevesinde uygun süre içinde karşı çıkmayan icapta bulunan, karşı tarafın icabını kabul etmiş sayılır.

54 Belçika, 19 Eylül 1995, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950919b1.html>); Beş gün sonra yapılan itirazın zamanında yapılmış sayılmayacağı yönündeki bir karar için bkz. Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticari Tahkim Komisyonu, Çin Halk Cumhuriyeti, 10 Haziran 2002, (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020610c1.html>).

55 Zeytin, s. 98; Neumayer/ Ming, doktrinde hakim görüşün, itiraz bakımından CISG m. 27'nin, diğer bir ifade ile gönderme teorisinin uygulanması yönünde olduğunu, ancak, bu görüşü savunanların gerekçelerinin ikna edici olmadığını belirtir. Bkz. Neumayer/ Ming, s. 179 vd; özellikle dpn. 8.

56 Zeytin, s. 99.

57 Şüphe halinde, icabın tüm unsurlarının esaslı sayılacağı ve bu unsurlara ilişkin değişikliğin sözleşmenin kurulmasına engel olacağı hususunda bkz. Neumayer/ Ming, s. 182 vd; Zeytin, s. 99.

58 Oğuzman/Öz, s. 67; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 94 vd; Kocayusufpaşaoğlu, s. 205; Yılmaz, s. 593, Reisoğlu, s. 64; Akıntürk/Ateş Karaman, s. 28; Antalya, s. 190.

59 Dessemontet, (Les contrats de vente internationale), Art. 19.

3. Kabul süresi:

Sürenin başlayacağı tarih icapta bulunan tarafından belirlenebilir. Ancak, icapta bulunan sürenin başlangıcını belirlememiş ise kabul süresi tamamlayıcı yorum kuralı olan CISG m. 20 uyarınca hesaplanır.

a. Sürenin başlangıcı

Kabul süresinin başlangıcı gönderme anına göre belirlenir (CISG m. 20). İlgili düzenlemede ikili bir ayırım söz konusudur. Buna göre, icap telgraf veya mektup ile yapılmışsa, icapta bulunan kimse tarafından belirlenmiş olan kabul süresi, telgrafın gönderilmek üzere verildiği tarihten veya mektupta gösterilen tarihten veya bu yoksa zarf üzerindeki tarihten itibaren işlemeye başlar (CISG m. 20/I c.1). Zarf üzerinde birden fazla tarihin bulunması halinde önceki tarih esas alınır. Mektupta tarih yoksa, uyuşmazlık halinde icapta bulunanın ispat ettiği gerçek gönderme tarihinden itibaren sürenin başlayacağı kabul edilmelidir. İcapta bulunan gerçek gönderme tarihini ispat edemiyorsa, icabın muhataba varma anı veya muhatabın beyan veya ispat ettiği tarih sürenin başlayacağı an olarak esas alınmalıdır⁶⁰.

İcap telefon, teleks veya eşzamanlı diğer haberleşme araçları (Fax, e-mail yoluyla yapılan icaplar ile sözlü icaplar vs.) yoluyla yapılmış ise, icapta bulunan tarafından belirtilen kabul süresi, CISG m. 20/I c.2 uyarınca icabın muhataba vardığı andan itibaren işlemeye başlar.

b. Sürenin hesabı

Kabul süresinin hesaplanmasına ilişkin düzenleme CISG m. 20/II'dir. Maddenin birinci fıkrasında sürenin hesaplanmasında her günün aynı kabul edildiği, iş veya tatil günü ayırımı yapılmadığı ifade edilir. Maddenin ikinci fıkrasında, sürenin son gününün icapta bulunanın işyerinin bulunduğu yerde resmi tatil veya işgünü dışındaki günlerden birine rastlaması sebebiyle, kabul bildirimi icapta bulunanın adresine teslim edilemiyorsa, sürenin, takip eden ilk iş gününe uzayacağı düzenlenir. İş yerinin tatil olduğu veya grevde olduğu günler ikinci fıkra kapsamında değerlendirilmemektedir⁶¹.

4. Gecikmiş Kabul

CISG m. 21'de gecikmiş kabul beyanı düzenlenir. CISG m. 21/I' e göre, geç gönderilmiş kabul, ancak, icapta bulunanın gecikmeksizin muhatabı bu

⁶⁰ Zeytin, s. 100.

⁶¹ Zeytin, s. 101.

yönde sözlü olarak haberdar etmesi veya bu yönde bir bildirim göndermesi halinde kabul gibi hüküm doğuracaktır⁶². CISG m. 21/II ise birinci fıkradan farklı olarak, zamanında gönderilen, fakat, kabul edenden kaynaklanmayan sebeplerle geç varan kabul beyanını düzenler⁶³.

Zamanında gönderilen kabul beyanının normal şartlarda iletilmiş olsaydı zamanında icapta bulunana varmasının mümkün olduğu anlaşılıyorsa, diğer bir ifade ile gecikme kabul beyanında bulunandan kaynaklanmıyorsa, gecikmiş kabul beyanı icapta bulunana vardığı anda hüküm doğurur ve sözleşmenin kurulmasını sağlar (CISG m. 21/II). İcapta bulunan icabını artık hükümsüz olarak kabul ettiğini kabul beyanında bulunana gecikmeksizin bildirmek veya bu nitelikte beyanı kabul beyanında bulunana göndermek suretiyle, geç varan kabul beyanının hüküm doğurmasını, sözleşmenin kurulmasını engelleyebilir (CISG m. 21/II). İcapta bulunan dilerse susarak, zamanında gönderilen ancak geç varan kabul beyanının hüküm doğurmasını sağlayabilir.

Görüldüğü üzere, gerek CISG m. 21/I’de düzenlenen ihtimalde sözleşmenin kurulmasını sağlamak, gerek CISG m. 21/II’deki ihtimalde sözleşmenin kurulmasına engel olmak icapta bulunanın iradesine bağlı tutulmuştur.

Kabul ile ilgili süreler ve geç kabul ile ilgili olarak Türk Borçlar Kanunu ile CISG benzer düzenlemeler içermektedir. TBK m. 3/II, kabul beyanının süresi içinde muhataba ulaşmaması halinde icapta bulunanın icabıyla bağlantıdan kurtulacağını düzenler. TBK m. 5’de, kabul için süre belirlenmeksizin hazır olmayan bir kişiye yapılan önerinin, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar, önereni bağlayacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında, zamanında gönderilen kabulün, önerene geç ulaşması halinde önerenin onunla bağlı olmak istemediğini hemen kabul edene bildirmek suretiyle sözleşmenin kurulmasını engelleyebileceği ifade edilmiştir.

5. Kabulün geri alınması

Kabul beyanı kural olarak varma ile hükümlerini doğurur ve bu anda sözleşme kurulur. CISG m. 22, kabul beyanının geri alınmasını düzenler. Söz konusu hükme göre, geri alma beyanı icapta bulunana kabulün hüküm doğurma anından önce veya aynı anda varmışsa kabul beyanı geri alınabilir.

62 Bkz. Hamburg Yerel Mahkemesi, 21 Aralık 2001, (<http://CISGw3.law.pace.edu/CISG/wais/db/cases2/011221g1.html>).

63 Heuzé, s. 174; Audit, s. 65 vd.

CISG’de kabul beyanından vazgeçmeye ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Hüküm doğurmuş bir kabul beyanından vazgeçmek, ancak bu hakkın saklı tutulması halinde mümkün olabilecektir⁶⁴.

Kabul beyanının davranış şeklinde gerçekleşmesi durumunda, kabul beyanı geri alınamayacaktır. Zira, bu halde kabul beyanı varma veya muhatabın bilmesine bağlı olmadan hüküm doğuracaktır⁶⁵.

Hazırlar arasında yapılan kabul beyanı yapıldığı anda hüküm doğuracağından geri alınması da mümkün olmayacaktır.

TBK, CISG’den farklı olarak, geri alma beyanının kabulden sonra icapta bulunana ulaşması halinde, icapta bulunanın geri almayı daha önce öğrenmesinin kabulü hükümsüz kılacağını düzenlemiştir.

II. HAKİMİYET ALANINA VARMA KOŞULU VE SÖZLEŞMENİN KURULMASI ANI

Sözleşmenin kurulma anının belirlenmesi için CISG m. 18/II, III ve CISG m. 23’ün birlikte değerlendirilmesi gerekir. CISG m. 23, kabul beyanının bu anlaşmaya uygun olarak hüküm doğurduğu anda sözleşmenin kurulmuş sayılacağını düzenler. CISG m. 18/II de, kabul beyanının icapta bulunana ulaştığı anda hüküm doğuracağını ifade eder. Bu durumda, kabul beyanının icapta bulunana ulaştığı anda sözleşme kurulur ve taraflar sözleşme ile bağlanır.

CISG m. 24, icap ve kabul de dahil olmak üzere tüm irade beyanlarının ne zaman “varmış” sayılacağını düzenler. İlgili madde uyarınca, sözlü beyanlar muhataba yapıldığı anda, varmış sayılır. Görüldüğü üzere, CISG m. 24 hükmü teslimi (reception) esas almıştır, göndermeyi değil⁶⁶.

Hiç şüphesiz, sözlü beyanların muhataba varmış sayılması için muhatabın beyanın içeriğini anlaması gerekir⁶⁷. Sözlü beyan hazırlar arasında, sözlü olarak yapılabileceği gibi eş zamanlı iletişim sağlayan araçlarla da yapılabilir. Temsilciye yapılan sözlü beyan da geçerli bir beyan olarak hükümlerini doğurur.

Sözlü beyan dışındaki irade beyanları ise muhatabın kendisine, işyerine, posta adresine bunların mevcut olmadığı hallerde muhatabın mutad meskeni-

⁶⁴ Zeytin, s. 102.

⁶⁵ Neumayer/ Ming, s. 196.

⁶⁶ Neumayer/ Ming, s. 199; Heuzé, s. 157.

⁶⁷ Neumayer/ Ming, s. 200, Zeytin, s. 103.

ne teslim edilmekle varmış sayılır (CISG m. 24). İrade beyanının muhatabın hakimiyet alanına girmesi “varmış” sayılması için yeterlidir⁶⁸. Muhatabın beyanın içeriğini öğrenmesine gerek yoktur, öğrenebilecek durumda olması yeterlidir⁶⁹.

Bu durumda, süreli icapta kabul beyanı süresinde icapta bulunana ulaşması anında sözleşme kurulacak ve hükümlerini doğuracaktır.

Süre belirtilmeksizin hazır olmayanlar arasında yapılan bir icapta, CISG m. 18/II uyarınca kabul beyanının makul süre içinde icapta bulunana ulaşması gerekir. Makul süre içinde olmak kaydıyla kabul cevabının muhataba ulaştığı tarihte sözleşme kurulur.

Süre belirtilmeksizin hazırlar arasında yapılan icap derhal kabul edilir ve beyan yapıldığı anda ulaştığı için sözleşme bu anda kurulmuş sayılır.

Açık bir kabule ihtiyaç olmayan zımnî kabul hallerinde, eylemin yapıldığı an kabul hüküm doğuracağından, sözleşme de eylem anında kurulmuş sayılır. Bir beyan söz konusu olmadığından, ulaşması da söz konusu olmayacaktır.

Türk Borçlar Kanunu’na göre sözleşmenin kurulma anı kabul beyanının icapta bulunana ulaştığı andır. Ancak, Antlaşma’dan farklı olarak sözleşmenin hükümlerini doğurma anı kabul beyanının gönderilmesi anıdır. Zira, hem gönderme anı daha kolay tespit edilebilir hem de sözleşmenin bir an önce hükümlerini doğurması sağlanmış olur.

Kabul cevabı bir beyanda bulunmayı gerektirmiyorsa Türk Borçlar Kanunu uyarınca, sözleşme icabın muhataba ulaşması anından itibaren hükümlerini doğurur (TBK m. 11/II). Oysa, Antlaşma’da eylem anında kabulün hüküm doğuracağı belirtilir (CISG m.18/III). Dolayısıyla, Antlaşma uyarınca sözleşme, eylem anında kurulur ve hükümlerini doğurur.

Görüldüğü üzere, her iki sistemde de, zımnî kabuller hariç kabul beyanının icapta bulunana ulaşması anı sözleşmenin kurulması anı olarak kabul edilir. Ancak, Türk Borçlar Kanunu m. 11, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmelerin hükümlerini doğurma anını kabul beyanının gönderilme anı olarak kabul eder.

68 Neumayer/ Ming, s. 199; Zeytin, s. 103.

69 Neumayer/ Ming, s. 199; E. Allan Farnsworth, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan 1987, s. 201-204; Honnold, s. 143-146; Schlechtriem, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechtriem.html#a29>), s. 49 vd.

İrade beyanının muhatabın anlayamayacağı bir dilde yapılmış olması halinde, dürüstlük kuralı aksini emretmediği sürece bu beyanın varmış sayılamayacağı hususunda bkz. Zeytin, s. 103.

Ayrıca, açık bir kabule ihtiyaç olmayan hallerde, Antlaşma, sözleşmenin kurulması ve hükümlerini doğurması anı olarak eylem anını kabul ederken, TBK, bu durumda, icabın muhataba ulaşması anını sözleşmenin hükümlerini doğuracağı an olarak kabul eder.

III. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

Satım sözleşmesinin şekli CISG m. 11’de düzenlenmiştir. İlgili madde uyarınca, satım sözleşmesinin kurulması herhangi bir şekle bağlı değildir. Ancak, CISG m. 11’in, CISG m. 12 ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Zira, genel kural şekilsizlik olmakla beraber, CISG m. 12 uyarınca, taraflardan birinin işyeri 96. madde uyarınca beyanda bulunmuş âkit bir devlette bulunduğu takdirde, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan CISG m. 11. ve m. 29 veya CISG’in II. Kısımının hükümleri uygulanmaz. Aynı madde ile tarafların bu maddeye istisna getirmeleri ve maddenin etkilerini değiştirmeleri yasaklanmıştır.

CISG m. 11 ayrıca, sözleşmenin ispatına yönelik de düzenleme içerir. Söz konusu düzenlemeye göre, sözleşmenin ispatı yazılı yapılmak zorunda değildir. Tanık dahil, her türlü usulle ispat mümkündür.

TBK m. 12’de sözleşmelerin geçerliliğinin, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı olmadığı ifade edilir. Her iki sistem de şekilsizlik ilkesini kabul etmiştir. İspat bakımından, HMK m. 200, belli bir miktarın üzerindeki hukuki işlemlerin senetle ispatını arar. Söz konusu düzenlemeye göre, bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri 2500 Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Ancak, belirtmek gerekir ki, HMK m. 193/I uyarınca, taraflar münhasır delil sözleşmesi yaparak senetle ispatı zorunlu olan bir hukuki işlemin takdiri delillerle ispat edilebileceğini kararlaştırabilirler⁷⁰.

⁷⁰ **Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2011, s. 478 vd; 495 vd; **Mustafa Göksu**, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1) 2011, 53–65.

DEĞERLENDİRME

Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin kurulması aşamalarından olan icap ve kabule ilişkin düzenlemeler hususunda, TBK ve CISG arasında temelde bir farklılık mevcut değildir. Her iki sistemde de, icap ve kabul sözleşmenin kurulması aşamalarındandır ve sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların esaslı unsurlar üzerinde anlaşmış olmaları gerekli ve yeterlidir. İkinci derece noktalar üzerinde durulmaması sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyecektir. TBK ve CISG'in sözleşmenin kurulmasına ilişkin temel noktalarda benzer düzenlemeler içermeleri, Türkiye'de milletlerarası satımlar için yeni bir hukuk rejimi uygulamak durumunda kalacak hâkimler için kolaylık sağlayacaktır.

Milletlerarası ticaretin ihtiyacı olan hukuki güvenliği ve hızı sağlamaya çalışan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Türk Hukuku'nun bir parçası olarak milletlerarası satım sözleşmelerinde uygulama alanı bulması, kanımızca Türk Hukuku'nun gelişmesine büyük katkıda bulunacaktır. Antlaşmanın, Türk Hukuku'nun, Avrupa ülkelerindeki evrensel borçlar hukuku ve sözleşmeler hukuku yaratma çalışmalarını yakından takip etmesi ve gelişmelere ayak uydurması bakımından da faydalı olacağı görüşündeyiz.

KAYNAKÇA

- ADAMI, Francesco**, “*Les contrats “open price” dans la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*” RDAI 1989, s. 103 vd.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2013.
- ANTALYA, Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, İstanbul 2013.
- ATAMER, Yeşim**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması(CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.
- AUDIT, Bernard**, La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, Paris, 1990.
- BARLAS, Nami**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2013.
- DESSEMONTET, François**, Les contrats de vente internationale de marchandises (Les contrats de vente internationale), Lausanne 1991, Art. 18.
- DESSEMONTET, François**, “*La Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, Les contrats de vente internationale de marchandises, Lozan 1991.
- EÖRSI, Gyula**, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan 1987.
- ERDEM, Ercüment**, “*Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı*” (Genel Bakış), Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’ye Göre Satış Sözleşmeleri, İstanbul 2012.
- ERDEM, Ercüment**, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi), Batider 1992, C. XVI, S. 3, s. 35-105.
- FARNSWORTH, Allan E.**, “Formation of Contract”, International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Ed. Nina M. Galston, Hans Smith, Matthew Bender, 1984, s. 3-8, 3-9 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/farnsworth1.html>).
- FARNSWORTH, Allan E.**, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan 1987.
- GÖKSU, Mustafa**, “*6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sennetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları*”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, 1(1) 2011, 53–65.

- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012.
- HEUZÉ, Vincent**, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Paris, 1992.
- HONNOLD, John O.**, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd ed. (1999), §137.
- KAPLAN, İbrahim**, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, Ankara 2012.
- KAYA, Cansu**, CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu, İstanbul 2012.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. I, Borçlar Hukuku-na Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, İstanbul 2008.
- MOULY, Christian** “*La formation du contrat*”, La convention de Vienne sur la vente internationale et les incoterms”, Paris 1990.
- NEUMAYER, Karl H. /MING, Catherine**, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire, Lausanne 1993.
- OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2011.
- REİSOĞLU, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010.
- SCHLECHTRIEM, Peter**, Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1986, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem.html#a29>).
- SCHWENZER, Ingeborg / MOHS, Florian** “*Sözleşmenin Kurulması*”, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, İstanbul 2012.
- TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla**, Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- YALÇINTAŞ, Simin**, “*Viyana Satım Sözleşmesi’nin Kapsamı ve Sözleşme ile Türk Milletlerarası Satım Hukukunda Yaşanacak Değişiklikler*”, (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/yalcintas.pdf>).
- YILMAZ, İlhan**, “*Uluslararası menkul Satışı Sözleşmelerine Dair Viyana Konvansiyonu ve Türk Hukukuna Göre Sözleşmenin Kuruluşu*”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Cilt XVI, 1992, s. 573- 602.
- ZEYTİN, Zafer**, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara, 2011.

Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanması ve Bu Hesabın CISG Madde 74 ve 76 Örneğinde Mahrum Kalınan Kâr Talebi ile İlişkisi

Prof. Dr. Yeşim M. ATAMER*

I. Giriş

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın¹ temel tazminat hukuku kuralı olan 74. madde tam tazminat prensibine dayanmaktadır.² Madde uyarınca “Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâlî halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir”. Tazminat sayesinde amaçlanan, alacaklının, sözleşmeye uygun ifa gerçekleşseydi içinde bulunacağı ekonomik duruma mümkün olduğu kadar yakın bir duruma getirilmesidir.³ Bu kapsamda alacaklının ifa (*expectation interest*) ve bütünlük

* Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Bu çalışma Prof. Ulrich Magnus için Almanya’da yayınlanan Armağana verilmiş olan makalenin işlenmiş Türkçe tercümesini oluşturmaktadır: *Atamer*, Die abstrakte Schadensberechnung und ihr Verhältnis zum Anspruch auf den entgangenen Gewinn am Beispiel von Artikel 74 und 76 CISG, *Mankowski/Wurmnest* (Eds.), Festschrift Ulrich Magnus, München, 2014, 145-160. Tercümenin hazırlanmasındaki yardımlarından ötürü kürsü arkadaşım Araş. Gör. Meliha Sermin Paksoy’a teşekkür ederim.

1 Resmî Gazete, 7.4.2010, sayı: 27545. Bu çalışmada Antlaşma, üye devletlerin çoğunluğunda yapıldığı üzere “CISG” kısaltması ile anılacaktır. CISG’in Türkçe telaffuzu esas alınarak iye-lik ekleri kullanılacaktır.

2 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer*, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 2005, s. 425.

3 CISG’in 1978 Taslağına İlişkin Sekreteryâ Şerhinin (*Secretariat Commentary*) madde 70’e ilişkin metni şu şekildedir: “...tazminat davasının temelinde yer alan düşünce zarar gören tarafın sözleşme ifa edilseydi içinde bulunacağı ekonomik duruma getirilmesidir.” (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-74.html>) N. 3.

menfaati (*indemnity interest*) korunmaktadır.⁴ Mahrum kalınan kârın tazmin edilebilirliğinin maddede ayrıca zikredilerek altının çizilmesinin nedeni, bazı milli hukuklarda bu zarar kaleminin tazmin edilebilir bir zarar olarak kabul edilmemiş olmasıdır.⁵

Ancak madde 74 zararın hesaplanmasına ilişkin başkaca bir bilgi içermektedir. Satım hukukunda yaygın bir uygulaması söz konusu olan iki hesaplama yöntemi,⁶ soyut ve somut zarar hesabı yöntemleri sözleşmeden dönme ihtimali için madde 75 ve 76’da ayrıca düzenlenmiştir. Bu hesap yöntemlerinin uygulandığı ihtimallerde yine de genel hüküm olan m. 74 uyarınca diğer zararların tazmin edilmesi hakkı ise saklı tutulmuştur.

CISG uyarınca tazminat miktarının sınırı zararın kendisidir.⁷ Zarar gören sadece „ihlalden dolayı uğradığı zararın toplamını“ talep etme hakkına sahiptir. Zira tazminatın telafi edici bir işlevi vardır. Bu nedenle prensip olarak alacaklının sadece gerçekten ortaya çıkan ve aynı zamanda hesaplanabilir kayıpları karşılanır. Bu düşünce fark teorisine⁸ yaklaşmaktadır. Fakat Pandekt hukukunda gelişmiş bu teorisinin CISG açısından uygulanabilirliği tabii ki sorgulanmaktadır. Nitekim doktrinde, muhtemel bir kazanç şansının veya itibar kaybının da madde 74 kapsamında maddi bir zarar kalemi olarak tazmin edilmesi önerilmektedir.⁹ Buna dayanak olarak da zararın ispatından ve hatta

4 *Magnus*, Wiener UN-Kaufrecht, Staudinger, Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2013, Art. 74 N. 16; *Brölsch*, Schadensersatz und CISG, 2007, s. 42-43. Güven zararının (*reliance interest*) ne ölçüde korunduğuna ilişkin olarak bkz. *Magnus*, in: Staudinger, Art. 74 N. 21; *Saidov*, The Law of Damages in International Sales, The CISG and Other International Instruments, 2008, s. 30 vd.

5 Madde 70’e ilişkin Sekreteryâ Şerhi (dn. 3) N. 3; ayrıca *Schwenzer/Hachem/Kee*, Global Sales Law, 2011, N. 44.121 vd., 44.204; *Schwenzer*, Schlechtriem/Schwenzer (Eds.), Kommentar zum einheitlichen UN Kaufrecht, 5. bası. 2008, Art. 74 N. 3.

6 Karşılaştırmalı hukuka ilişkin açıklamalar için bkz. DCFR m. III. - 3:706 ve 3:707’ye ilişkin notlar, von Bar/Clive (Eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR), Full Edition, 2009, V. I, 942-943; *Schwenzer/Hachem/Kee* (dn. 5), N. 44.225, dn. 440.

7 *Brölsch* (dn. 4), s. 43; *Brunner* (Ed.), UN-Kaufrecht – CISG, 2. bası 2014, Art. 74 N. 18; *Zeller*, Damages under the CISG, 2. bası 2009, s. 115; karşı görüşte *Schwenzer Schlechtriem/Schwenzer* (dn. 5), Art. 74 N. 8; *M. Schmidt*, Profiting from Substitute Transactions – Offsetting Losses and Benefits under the CISG, FS Schwenzer, 2011, s. 1499 vd.

8 *Magnus*, in: Staudinger (dn. 4), Art. 74 N. 26.

9 Örneğin bkz. *Schwenzer/Hachem*, The Scope of the CISG Provisions on Damages, Saidov/Cunnington (Eds.), Contract Damages - Domestic and International Perspectives, 2008, s. 91 vd.; *Saidov*, Damages: The Need for Uniformity, 25 Journal of Law and Commerce (2005-06), s. 393 vd.

ortaya çıkan gerçek zarardan bağımsız olarak, zararın soyut olarak hesaplanmasına izin veren CISG madde 76'ya başvurulmaktadır.¹⁰

Nitekim bu çalışmanın amacı, zararın soyut metotla hesaplanması yönteminin, ortaya çıkan zararı gerçekte ne ölçüde telafi ettiği ve bu yolla zarar gören kişinin, eğer ifa sözleşmeye uygun gerçekleşseydi içerisinde bulunacağı ekonomik konuma ne oranda getirildiği sorusunu tartışmaktır. Özellikle bu yöntemin zararı aşan bir tazminata yol açmasının mümkün olup olmadığı ve bu yüzden bir revizyona ihtiyaç doğurup doğurmadığı üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda mahrum kalınan kârın, zararın soyut yöntem ile hesaplanmasında üst sınır olarak alınmasının gerekli olup olmadığı sorgulanacaktır. Birçok hukuk sisteminde, BM Satım Hukuku özelinde olmasa da, bu konuya ilişkin önemli tartışmalara rastlamak mümkündür.¹¹ BM Satım Hukuku literatüründe ise zararın soyut yöntemle hesaplanması ile (m. 76) mahrum kalınan kâr (m. 74) arasındaki ilişki çok farklı şekillerde ortaya konulduğu için, ana hatları ile de olsa, bu iki madde arasındaki ilişkiye değinmek ve tartışmayı ortaya koymakta fayda görülmektedir.

II. Karşılaştırmalı Hukuk: Zararın Soyut Yöntemle Hesaplanmasına İlişkin Örnek Olaylar

Burada örnek olarak incelenen hukuk sistemlerinin (Kıta Avrupası Hukuku: Almanya, İsviçre; *Common Law*: İngiltere,¹² ABD) hepsi satım sözleşmesi söz konusu olduğunda zararın soyut yöntemle hesaplanması imkanını hem kanunları hem de yargı kararları ile kabul etmişlerdir.¹³ Bu kavrama genellikle

¹⁰ *Schwenzer/Hachem* (dn. 9), 94.

¹¹ Alman Hukuku için bkz. *Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, 1989, passim; *U. Huber*, Abstrakte Schadensberechnung des Käufers, FS K.Schmidt, 2009, s. 795 vd.; İngiliz Hukuku için bkz. *McLauchlan*, Expectation Damages: Avoided Loss, Offsetting Gains and Subsequent Events, Saidov/Cunnington (Eds.), Contract Damages - Domestic and International Perspectives, 2008, s. 349 vd.; *Goode* on Commercial Law, 4. bası, McKendrick (Ed.), 2010, s. 418 vd., s. 439; *Adams*, Damages in Sale of Goods: A Critique of the Provisions of the Sale of Goods Act and Article 2 of the Uniform Commercial Code, [2002] J.B.L., s. 553 vd.; Amerikan Hukuku için bkz: *Scott*, The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle, 57 U. Chi. L. Rev. 1155 (1990); *Clark*, The Proposed Revisions to Contract-Market Damages of Article two of the Uniform Commercial Code: A Disaster not a Remedy, 46 Emory L.J. 807 (1997).

¹² İngiltere CISG'a taraf olmamasına rağmen bugüne kadar CISG'a taraf olan bir dizi Anglosakson hukuk çevresine dahil ülkenin yargı kararları üzerinde yadsınamaz bir etkisi olduğu için bu çalışmada ele alınmıştır.

¹³ **Alman Hukuku:** bugün Alman Ticaret Kanunu (HGB) § 376/II, ilk kez 1861 tarihli eski

19. yüzyılda, hatta 18. yüzyılın sonlarından itibaren rastlanmaktadır. Ancak ilginç bir şekilde bu hesap yöntemine ilişkin tartışma öğreti ve yargı kararlarında bugüne kadar devam etmiştir. Zararın soyut yöntemle hesaplanmasına yöneltilen temel eleştiriler, bu yöntemin alacaklının gerçek zararını dikkate almaması ve somut olayın özelliklerini hesaba katmaması noktasında toplanmaktadır. Örneğin, alıcının takip eden bir satış işlemi yapmayı planlamadığı hallerde veya ikame alımın piyasa fiyatının altında gerçekleştiği ihtimallerde bu yöntemle başvurulup başvurulamayacağı sorgulanmaktadır.¹⁴ Sözleşmeye uygun ifa halinde zarar görenin kârının daha az olacağı, yani sözleşmenin ihlali ve zararın soyut yöntemle hesaplanması sonucunda zarar görene malvarlıksal bir menfaat aktarımının söz konusu olacağı düşünülen kurgular tartışmaların odağındadır. Bu çalışmada özellikle bu son olay kurguları üzerinde durulacaktır. Aşağıca önce bazı yargı kararlarına konu olmuş olaylar aktarılacak daha sonra bunlar üzerinden tartışma derinleştirilecektir:

Amerika Birleşik Devletleri 5. Bölge Temyiz Mahkemesi'nin¹⁵ verdiği bir kararda Koppers, Nobs Kimya ile 540.000 \$ toplam fiyat üzerinden 1.000 metrik ton kumol (güzel kokulu bir hidrokarbon) alımına ilişkin bir sözleşme akdetmiştir (540 \$/ton). Nobs da kendi Brezilyalı tedarikçisi ile aynı miktarda kumolun 445.000 \$ (445 \$/ton)'a teslimi için anlaşmıştır. Fakat Koppers ifa tarihinde satım konusunu teslim almayacağını bildirmiştir. Diğer yandan Nobs, malları teslim almak veya herhangi bir ödeme yapmak zorunda kalmadan Brezilyalı teslimatçısı ile arasındaki sözleşmeyi sona erdirebilmiştir. Nobs, Koppers'a karşı açtığı davada, zararını soyut yöntemle hesaplamış ve

Alman Ticaret Kanunu (ADHGB) § 357/III. **İsviçre/Türk Hukuku:** İBK m. 191/III = BK m. 213/III (Saticının Temerrüdü) ve İBK m. 215/II = BK m. 236/III (Alıcının Temerrüdü), ilk kez Munzinger tarafından hazırlanan Konkordat über Handels- und Verkehrsrecht, 1863, § 208 (*Fasel*, Handels- und obligationenrechtliche Materialien, 2000, s. 129). **İngiliz Hukuku:** 1979 tarihli Sale of Goods Act'in 50. (kabul etmeme) ve 51. (teslim etmeme) bölümleri, ama ilk kez (1846) tarihli *Barrow v Arnaud* kararında, 8 Queen's Bench Reports 604, 115 E.R. 1004; **Amerikan Hukuku:** Uniform Commercial Code § 2-708 (kabul etmeme) ve § 2-713 (teslim etmeme) paragraflarında, ilk kez 1790'lardan mahkeme kararlarında, bkz. aşağıda dn. 33 ve ilgili bölüm. Anglo-Amerikan Hukuku'na ilişkin bütün kararlara www.westlaw.com üzerinden ulaşılmıştır.

- 14 Örneğin Alman Hukuku'ndaki tartışmaların detayları için Bkz. *U. Huber* (dn. 11), s. 725 vd.; *Bardo* (dn. 11), *passim*. Amerikan Hukuku için Bkz. *White/Summers*, Uniform Commercial Code, 5. bası, 2000, § 7-7, s. 269 vd.
- 15 *Nobs Chemical, U.S.A., Inc. v Koppers Co., Inc.*, 616 F2d 212 (5th Cir 1980). Benzer bir kurguda piyasa fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki farkın talep edilmesine izin veren bir karar için bkz. *United States v. Burton Coal Co.*, 273 U.S. 337, 47 S.Ct. 351 (1927).

Koppers ile arasındaki sözleşme fiyatı ile ifa tarihindeki piyasa fiyatı arasındaki farkı, yani 320.000 \$ talep etmiştir. Çünkü ifa tarihinde kumolun ton başı fiyatı 220 \$'a gerilemiştir ((540-220 = 320) x 1.000 = 320.000 \$). Bununla birlikte Koppers, Nobs'un sadece mahrum kaldığı kâr olan 95.000 \$'ı, yani Brezilyalı tedarikçiyle olan sözleşme ile kendisinin taraf olduğu sözleşme arasındaki fiyat farkını isteyebileceğini savunmuştur ((540-445 = 95) x 1.000 = 95.000 \$). Zira Koppers sözleşmeye uygun davranmış ve malı teslim almış olsaydı Nobs sadece bu kadar kâr elde edebilecekti. Nitekim Mahkeme bu olayda, zarar görenin tazminat aracılığıyla, sözleşmenin gereği gibi ifası gerçekleşseydi içinde bulunacağı konuma getirilmesi ilkesi ile zararın soyut yöntemle hesaplanmasının bağdaşmayacağı sonucuna varmış ve Koppers'ın savunmasını kabul etmiştir.¹⁶ Mahkemeye göre Koppers malları teslim almadan kaçınmasaydı, Nobs Brezilyalı tedarikçisine ödeme yapmak zorunda kalacak ve bu durumda sadece 95.000 \$ kazanacaktı. Dolayısıyla da sadece bu kârı talep edebilir.

Kaliforniya Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında bu sefer alıcının sözleşmeye uygun ifa gerçekleşseydi daha az zarara uğrayacağı farklı bir olay kurgusu söz konusudur.¹⁷ Allied Cannery, Fresno bölgesinde meyve işleyen ve paketleyen Victor Packing ile Pound başına 29,75 Cent fiyat üzerinden 262.500 Pound kuru üzüm alımı konusunda anlaşmıştır. Sonrasında Allied satın aldığı kuru üzümünü farklı Japon şirketlerine sabit bir fiyatla satmıştır. Eğer Victor teslimatı gerçekleştirmiş olsaydı takip eden satış işlemlerinden elde edilecek kazanç 4.462 \$ olacaktı. Fakat şiddetli yağmurun halen kurumakta olan mahsullere zarar vermesi nedeni ile Fresno bölgesinde kuru üzüm teslimi zorlaştığı için Victor borcunu zamanında ifa edememiştir. Bu sırada eşdeğerdeki kuru üzümün piyasa fiyatı 87 Cent'e çıkmıştır. Allied, Japon alıcılar ile akdettiği sözleşmelerin çoğuna sorumsuzluk kaydı koymuş olduğu için ifa etmeme nedeni ile herhangi bir tazminat ödemek zorunda kalmamıştır. Buna karşılık Victor ile sözleşmesinde böyle bir kayıt olmadığı için Uniform Commercial Code (UCC) § 2-713'e göre soyut yöntem ile hesaplanacak zararının tazmini için dava açmıştır. Bu da 150.000 \$'ın üzerinde bir tazminat talebine denk gelmekteydi ((87-29,75 = 57,25 Cent) x 262.500 Pound). Bu

16 Bu § 1-106 UCC'de genel bir kural olarak düzenlenmiştir. “(1) Bu kanunda öngörülen yaptırımlar zarar gören tarafın ifa gereği gibi gerçekleşseydi içinde bulunacağı konuma getirilmesini sağlayacak esneklikte uygulanmalıdır.”

17 *Allied Cannery & Packers, Inc. v Victor Packing Co.*, 162 Cal App 3d 905, 209 Cal Rptr 60 (1984). Aksi yönde *KGM Harvesting Co. v. Fresh Network*, 36 Cal App 4th 376, 42 Cal Rptr 2d 286 (1995).

davada Kaliforniya Temyiz Mahkemesi, zararın soyut yöntemle hesaplanmasının „zarar görenin ifa menfaatinin tam tazmini“ ilkesi ile çelişeceği gerekçesi ile sadece mahrum kalınan kâra denk gelen 4.462 \$'ın talep edilebileceğine hükmetmiştir. Hakim, § 1-106 UCC'de kendisine tanınmış olan sözleşmeye aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlara ilişkin takdir hakkını kullanmıştır.¹⁸

Amerikan mahkemeleri aslında soyut yöntemin gelişim sürecinde 19. yüzyıldan itibaren somut olayın özelliklerinin ve özellikle takip eden satış/ alış olanaklarının dikkate alınmayacağı yönünde hüküm kurmuş olmasına rağmen¹⁹ zaman zaman yargı kararlarında yukarıda aktarılan türden tereddütlerin ortaya çıktığı görülmektedir.²⁰ Bu tür tereddütlü kararların etkisi o kadar yoğun olmuştur ki doksanlı yıllarda UCC'de bir değişiklik yapılması teklifi bile tartışılmıştır. Buna göre „eğer soyut zarar hesabı alıcıyı, satıcının gereği gibi ifa ettiği varsayımı göre daha avantajlı bir konuma getirecekse alıcı bent (a)'yı (yani soyut zarar hesabını, YA) seçemez.“²¹ Bu değişiklik teklifi yasalaşmamış ama soyut yöneme ilişkin tartışma da dinmemiştir.²²

Amerikan mahkemeleri gibi 19. yüzyıldan itibaren bu sorun ile uğraşan İngiliz mahkemeleri de benzer bir yaklaşım benimsemiştir. Temyiz mahkemesinin 1886²³ tarihli *Rodocanachi, Sons & Co. v. Milburn Brothers* kararından beri, sözleşmeye aykırı davranan tarafın, piyasa fiyatından daha düşük fiyatlı muhtemel bir ikinci satış imkanına savunma olarak dayanamayacağı kabul edilmiştir. Zarar veren, zarar görenin malı satma, muhafaza etme veya tüketme amacından bağımsız olarak piyasa fiyatı ile sözleşme fiyatı arasın-

¹⁸ Bkz. yukarıda dn. 16.

¹⁹ Bkz. *Simon/Novack*, Limiting the Buyer's Market Damages to Lost Profits: A Challenge to the Enforceability of Market Contracts, 92 Harv. L. Rev. 1395 (1979), s. 1405.

²⁰ Bu tür kararların bir listesi için bkz. *Scott* (dn. 11), dn. 38.

²¹ Teklifin detayları için Bkz. *Clark* (dn. 11), s. 818 vd.

²² Örneğin Bkz. *Farnsworth*, Contracts, 4. bası, 2004, § 12.12, s. 795; *Barnes/Zalesne*, A Unifying Theory of Contract Damage Rules, 55 Syracuse L. Rev. 495 (2005), s. 512 vd.; *Schwartz/Scott*, Market Damages, Efficient Contracting, and the Economic Waste Fallacy, 108 Colum. L. Rev. 1610 (2008), soyut yöntemin özellikle eser teslimi sözleşmelerinde de uygulamasını önerenler vardır. Bu hallerde de zarar, kalan işin piyasa değeri ile sözleşme fiyatı arasındaki fark esas alınarak hesaplanmalıdır. *Restatement 2nd of Contracts*'in soyut yöneme ilişkin değişikliklerinin eleştirileri için Bkz. *Simon*, The Critique of the Treatment of Market Damages in the Restatement (Second) of Contracts, 81 Colum. L. Rev. 80 (1981).

²³ (1886) 18 QBD 67. Aynı görüşü devam ettiren bir karar için bkz. *Williams Bros v. Ed T Agius Ltd*, 1914 WL 18400, (1914) A.C. 510.

daki farkı tazmin etmek zorundadır. Fakat aynen Amerika’da olduğu gibi İngiltere’deki bazı yeni karar ve yayınlarda da bu kuralın yerindeliği sorgulanmaktadır.²⁴

Eski tarihli bir İsviçre Federal Mahkemesi kararında da aynı tartışmaya rastlamak mümkündür. Bu kararda devam eden satış imkanının zararın hesabında dikkate alınması nedeni ile zarar görenin piyasa fiyatı ile sözleşme fiyatı arasındaki fiyatı talep etmesi engellenmiştir. Mahkemenin 1917 yılında verdiği bu karara göre:

*„Davacının, İsviçre ev çikolatasının kilo başı satış fiyatının söz konusu tarihte Almanya’da 7 Frank 30 Cent olduğunu ileri sürmesi faydasızdır. Zira davacı çikolataları zaten (Almanya’daki, YA) Bollag’a 6 Frank’a satmıştır, dolayısıyla malları daha düşük fiyata Almanya’ya yollamakla yükümlüdür. Bu nedenle mahrum kalınan kârın hesabında daha yüksek olan piyasa fiyatının dikkate alınması mümkün değildir.“*²⁵

Öğretide bu karar pek tartışılmamış, aksine, karardaki tespit sorgulanmadan bazı şerhlere girmiştir.²⁶

Alman Hukuku’nda benzer bir karara rastlanmasa da Alman Federal Mahkemesi’nin § 252 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) çerçevesinde aynı yaklaşımı takip ettiği söylenebilir.²⁷ Mahkemeye göre,

²⁴ Örneğin *Oxus Gold Plc v Templeton Insurance Ltd*, [2007] EWHC 770 (Comm), N. 80. Geç ve ayıplı teslim örneklerinde ayakta tutulan sözleşmelerde de zarar hesabının soyut yöntemle yapılması tartışıldığında İngiliz mahkemeleri *Rodocanachi* prensibini takip etmemiştir. Fakat CISG, sadece sözleşmenin sona erdirildiği hallerde soyut yöntemin uygulanmasına izin verdiği için bu tartışmanı detaylarına bu çalışmada girilmemiştir. Buna konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *McLauchlan* (dn. 11), 349 vd.; *Anson’s Law of Contract*, 29. bası, Beatson/Burrows/Cartwright (Eds), 2010, s. 557 vd.; *Harris*, in: *Benjamin’s Sale of Goods*, 8. bası., Bridge (Ed.), 2010, N. 17-039 ve 17-057 vd.

²⁵ BGE 43 II 784, s. 794-795.

²⁶ Örneğin *Koller*, *Basler Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht I*, Art. 1 - 529 OR, Honsell/Vogt/Wiegand (Eds.), 5. bası, 2011, Art. 191 N. 24 ve 29; *Giger*, in: *Berner Kommentar*, Band 6 OR, 1979, Art. 191 OR N. 51. Karşı görüşte örneğin *Schönle*, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Gesetzbuch*, Gauch (Ed.), Band V/2a, 1993, Art. 191 N. 38.

²⁷ Alman Hukuku’na ilişkin detaylar için bkz. *Bardo* (dn. 11), s. 21 vd.; *UHuber* (dn. 11), s. 727 vd. Karşı görüşte *Rabel*, *Recht des Warenkaufs*, 1. Band, 1957, § 59, s. 455 vd. Bu tartışma her şeyden önce § 252 BGB çerçevesinde yapılacak olan zarar ve mahrum kalınan kâr hesaplarında söz konusu olacaktır. § 376 Abs. 2 HGB kesin vadeli işlemler için çok açık bir düzenleme getirmiştir: Eğer malların bir borsa veya piyasa fiyatı varsa alacaklı, borçluya zararın daha

„Zararın soyut olarak hesaplanmasında kârın kesin olması gerekmemektedir; aksine, belirli bir kârın elde edilmesi olasılığının yüksek olduğunun ispatı yeterlidir. Hayatın olağan akışı içerisinde bir kârın elde edilmesi olasılığı mevcut idiyse bu kârın gerçekten elde edileceği varsayılacaktır. Bu durumda, sonraki gelişmeler nedeniyle veya farklı nedenlerle kârın gerçekleşmeyeceğini ispat yükü zarar veren üzerindedir.“²⁸

Bu yaklaşım, ikame alımın piyasa fiyatının altında gerçekleştiğini veya devam eden satış nedeni ile mahrum kalınan kârın aslında daha düşük olduğunu da zarar verenin ispat edebileceği sonucuna götürür. Nitekim Alman Federal Mahkemesi sadece zarar görenin, üstün çabaları neticesi elde ettiği menfaatlerin zarardan indirilmesine ve dolayısıyla bunların borçluya yaramasına engel olmaktadır.²⁹

III. Soyut Zarar Hesabı Yönteminin Gelişimi ve Temelinde Yatan Mantık

Soyut zarar hesabı yönteminin tarihi gelişim süreci incelendiğinde bu yöntemin Almanya, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkelerde ilk olarak 18. yüzyılın sonu ve esas olarak 19. yüzyılın ilk yarısında kullanılmaya başlandığı görülmektedir.³⁰ Genellikle kıymetli evrak alım satımında gerçekleşen sözleşmeye aykırılıklarda bu yönteme başvurulmaktaydı. Arz ve talebin bir sözleşme kapsamında serbestçe buluşabildiği organize piyasaların gelişimi ve kişilerin serbest iradeleri ile akdettikleri bu sözleşmelerin mahkemeler vasıtasıyla cebren icrasının mümkün hale gelmesi bu yöntemin gelişiminde çok etkili olmuştur. Diğer yandan, çeşit borcunun satım sözleşmelerin-

az olduğunu ispat imkanı verilmeden zararını soyut olarak hesaplayabilir (karş. *Baumbach/Hopt*, *Handelsgesetzbuch*, 35. bası, 2012, § 376 N. 13; *Grunewald*, *Münchener Kommentar zum HGB*, 3. bası, 2013, § 376 N. 22-24). Fakat kesin vadenin söz konusu olmadığı ve bu nedenle § 376 HGB'nin uygulanmadığı hallerde zararın soyut yöntemle hesaplanması § 252 BGB'ye göre olacaktır. Bu hesaplamada fiilen uğranılan zararın daha az olduğu savunması ileri sürülebilecektir. Buna ilişkin olarak bkz. *Oetker*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. bası 2012, § 252 BGB N. 45.

28 BGH, 19.10.2005, NJW-RR 2006, s. 243; ayrıca karş. BGH 19.11.1997, WM 1998, s. 931-932; BGH 2.3.1988, WM 1988, s. 781, 786.

29 BGH, 19.11.1997, WM 1998, s. 932.

30 Bkz. *Bardo* (dn. 11), s. 21 vd.; *Horwitz*, *Historical Foundations of Modern Contract Law*, 87 Harv. L. Rev. 917 (1974), s. 937 vd.; *Scott/Triantis*, *Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law*, 104 Colum. L. Rev. 1428 (2004), 1439 dn. 40.

de ön plana çıkması ve ticari işlemleri domine etmeye başlaması da belirleyici olmuştur. Çeşit borcuna ilişkin satım çoğunlukla satıcının malları sonradan tedarik edeceği „boşa satış“tır (“*Leerkauf*”).³¹ Bu nedenle de içerisinde bir spekülasyon unsurunu barındırmaktadır. *Horwitz*’e göre bu spekülatif unsuru ilk olarak fark eden ve soyut yöntemi 1790 tarihli *Davis v. Richardson* kararında açıkça kullanan, Amerikan Güney Caroline Temyiz Mahkemesi olmuştur. Mahkemeye göre “belirli bir malın teslimi için bir sözleşme akdedildiğinde teslim edilecek olan malın teslim tarihindeki değeri, davacının talep edebileceği değerdir”.³² *Horwitz*, müspet zararın talep edilmesini mümkün kıldıkları için bu ve takip eden yıllarda verilen paralel diğer kararları, Amerika’da modern sözleşme hukuku öğretisini kuran kararlar olarak nitelendirmektedir.³³ İngiltere’de bu hesaplama yöntemine muhtemelen ilk defa 1826 yılında *Chitty*’nin bir eserinde değinilmiş ve zarar görene, sözleşme fiyatı ile, planlanan teslim zamanında eşdeğer malların piyasa fiyatı arasındaki farklı talep etme hakkı tanınmıştır.³⁴ Aslında bu saptamalarla, daha önce kabul edildiği gibi malların her zaman aynı kalan soyut bir değerlerinin olmadığı, aksine yere ve zamana göre değişebilen bir piyasa fiyatının söz konusu olduğunun altı çizilmekteydi.³⁵ Böylelikle sözleşme kurumun da rolü değişmekteydi. Sözleşme artık sadece mülkiyeti devretmeye yarayan bir araç değil, gelecekte piyasada meydana gelecek değişimler üzerine spekülasyon yapmanın da aracı olmuştu.³⁶

Satım sözleşmesindeki bu spekülasyon unsuru nasıl açıklanabilir? Zararın soyut yöntemle hesaplanması yöntemine özellikle vadeli işlemlerde başvurulmaktadır. Bu işlemlerde sözleşmenin kurulması ve ifası arasında belirli bir zaman dilimi yer almaktadır ve bu zaman dilimi içerisinde sözleşmenin

31 Bu konuya ve cins satımına ilişkin daha detaylı bilgi için Bkz. *Ernst*, Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf, ZEuP 1999, 583 vd. ve 615-619.

32 *Davis v. Richardson’s Ex’rs*, 1 Bay 105, 1790 WL 173, S.C.Com.Pl.Gen.Sess 1790. Ayrıca Amerikan Temyiz Mahkemesi’nin 1818 tarihli kararı için bkz. *Shepherd v. Hampton*, 16 U.S. 200, 1818. *Ernst* ise Kıta Avrupası’nda 16. ve 17. Yüzyıl İspanyol geç skolastik döneminden itibaren satım konusu mala ilişkin olarak spekülasyon olgusunun onaylandığını tespit etmiştir, *Ernst* (dn. 31), 618.

33 *Horwitz* (dn. 30), 937 vd.

34 A practical Treatise on the Law of the Contracts, Not Under Seal, 1826, 132 (*Horwitz*’ten naklen, (dn. 31) 940-941, dn. 124). Bu yönde kararlara 19. yüzyılın başından itibaren rastlanmaktadır: örneğin bkz. *Shepherd v Johnson*, (1802) 2 East 211, 102 E.R. 349.

35 *Simon/Novack* (dn. 19), 1398 vd.

36 *Simon/Novack* (dn. 19), 1399; *Scott/Triantis* (dn. 30), 1439.

konusu olan malların fiyatının piyasa gelişmelerinden etkilenmesi söz konusu olmaktadır. Eğer piyasa fiyatı düşerse, alıcı erken taahhüt altına girmiş olması nedeni ile pişmanlık duyacaktır. Piyasa fiyatı artarsa bu sefer satıcı kaybedecektir. Piyasa gelişmeleri neticesinde fiyatın değişme ihtimali her iki taraf açısından da öngörülebilir olmasına ve aynı malların spot piyasada daha sonra da temin edilmesinin mümkün olmasına rağmen taraflar sabit bir fiyatla vadeli bir işlem yapmayı tercih etmektedirler.³⁷ Bazen alıcıyı vadeli işleme yönlendiren, kesintisiz mal tedarikini güvence altına almaktır. Fakat çoğunlukla sebep alıcının fiyata ilişkin beklentileridir. Alıcı, ileride fiyatların artacağını düşünmekte ve bu nedenle ihtiyacını piyasa fiyatının daha düşük olduğu bir aşamada karşılamaktadır. Diğer taraftan satıcı da esas itibarıyla fiyata ilişkin bir tahminle vadeli işleme taraf olmaktadır. Satıcı fiyatların aynı kalacağını veya düşeceğini ummakta ve mallarını bugünden daha iyi bir fiyata satmaktadır. İki taraf da kendini fiyat dalgalanmalarına karşı güvence altına almayı amaçlamaktadır.³⁸ Bu nedenle vadeli işlemler her zaman içlerinde bir spekülasyon barındırmaktadır ve taraflar önceden (*ex ante*) bir risk paylaşımı yapmaktadırlar. Çok dalgalı piyasalarda veya riskten kaçınan tarafların olduğu sözleşmelerde ise uyarılama klozları, götürü tazminat öngörülmesi veya sözleşmeyi sonlandırma imkanı verilmesi ile olağanüstü fiyat değişikliklerine karşı bir güvence yaratılmakta ve risk taraflar arasında dağıtılmaktadır.

Dolayısıyla, teslimin üç ay sonra gerçekleşeceği bir satım sözleşmesinde fiyatın uyarlanması için herhangi bir düzenlemeye yer verilmemişse bu durumda artık her iki tarafın da kendi öngörülerine bağlı riskleri üstlendiklerini kabul etmek gerecektir. Fiyatlar artarsa ve satıcı ifadan kaçınırsa alıcı sözleşmenin sona erdirildiği andaki³⁹ piyasa fiyatına göre tazminat isteyebilmelidir. Fiyatlar düşerse ve alıcı sözleşme ile daha fazla bağlı olmak istemezse, sözleşmeye ayrılık nedeni ile bu sefer satıcı zararını yeni piyasa fiyatının farkını esas alarak hesaplayabilmelidir. Böylelikle sabit fiyat opsiyonlu sözleşmelerde soyut yöntem zarar görene, sözleşmenin sona erdirildiği andaki malın değerini temin etmektedir. Düzenli piyasalarda satılan mallara ilişkin olarak taahhütte bulunan satım sözleşmesinin tarafları aslında piyasada bir

37 Gerekçeler için Bkz. *Scott* (dn. 11), 1173 vd.; *Horwitz* (dn. 30), 941.

38 *Gordley*, *The Origins of Sale: Some Lessons from the Romans*, 84 *Tul. L. Rev.* 1437 (2010), 1463; *Horwitz* (dn. 30), 941; *Clark* (dn. 11) 812; ayrıca bkz. *Ernst* (dn. 31), 615.

39 CISG madde 76'da kabul edilen, zararın soyut yöntemle hesaplanmasında esas alınacak piyasa fiyatının sözleşmenin sona erdirilmesi anına göre belirlenmesine ilişkin tercih burada sorgulanmayacaktır. Bu tercihe ilişkin karşılaştırmalı açıklamalar için bkz. *Rabel* (dn. 27), 462 vd.

“opsiyon” satın almaktadırlar.⁴⁰ Bu bağlamda bu tür satım sözleşmelerinin bir vadeli borsa işlemine çok yaklaştığını söyleyen *Bridge*’in görüşüne hak vermek gerekir.⁴¹ Dolayısıyla soyut yöntem taraflara, onları sözleşme yapmaya iten şeyi, yani satım konusunun artı-değerini vermektedir.⁴² Bu durumlarda zarar, malvarlığının azalması şeklinde değil, malvarlığındaki artışın engellenmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.⁴³ Zarar görenin sözleşme konusunu nasıl değerlendirmeyi planladığı ise bu hesaplamada etkili değildir. Zarar gören, sözleşme konusuna ilişkin planladıklarından bağımsız olarak bu değer farkına hak kazanmıştır. *Bardo*’nun da çok isabetli bir şekilde ortaya koyduğu üzere „soyut yöntemle zarar hesabı, aslında doğmamış soyut bir zararın tazminini değil, zarar verene ait olması gereken malın artı-değerinin soyut olarak hesaplanmasını sağlar.“⁴⁴

IV. Zararın Soyut Yöntem ile Hesaplanmasında Mahrum Kalınan Kâr Üst Sınır Olarak Kabul Edilmeli Midir?

Üçüncü bölümde yapılan açıklamalar zaten bu soruya verilecek cevaba dair ipucu vermektedir. Ama ilk önce yukarıda değinilen olaylara tekrar bir göz atılmalıdır. Hatırlanacağı üzere ton başı 540 \$ üzerinden kumol alımı için sözleşme akdeden Koppers, ton başı fiyatın 220 \$’a gerilemesi ile sözleşmeden kurtulmanın yollarını aramaya başlamıştı. Zira ihtiyacını çok pahalı bir şekilde karşıladığını fark etmişti. Eğer şansı yaver gitmeseydi ve satıcısı Nobs’un Brezilyalı tedarikçisinden alış fiyatını öğrenmeseydi bu satım sözleşmesinden kurtulmak ona çok pahalıya mal olacaktı. Yine şanslı bir diğer tesadüf Brezilyalı tedarikçinin Nobs’a karşı sözleşmeye aykırılık nedeni ile dava açmaması olmuştur. Fakat bu rastlantıların tamamının neden sözleşmeye aykırı davranan Koppers’in işine yaradığı ve 320.000 \$ yerine sadece 95.000 \$’lık tazminat ödemekle kurtulmasını sağladığı doğrusu sorgulanmalıdır. Neden sözleşmeye aykırı davranarak *pacta sunt servanda* ilkesini ihlal eden

⁴⁰ *Bridge*, The Market Rule of Damages Assessment, in: Saidov/Cunnington (Eds.), Contract Damages - Domestic and International Perspectives, 2008, 450.

⁴¹ *Bridge* (dn. 40), 436.

⁴² *Clark* (dn. 11) 835; *Bardo* (dn. 12), 78 vd.; 149 vd.; *Rabel* (dn. 27) 455 vd.

⁴³ Bu zararın mahrum kalınan kâr olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışmalıdır. Fakat bu soru burada ele alınan tartışma ile çok yakından ilgili olmadığı için daha detaylı incelenmeyecektir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. *Bardo* (dn. 11), 80 vd.; *U.Huber* (dn. 11) 738 vd.; *Knütel*, Die Schwächen der „konkreten“ und „abstrakten“ Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, AcP 202 (2002), 555, 575 vd.

⁴⁴ *Bardo* (dn. 11), 100.

Koppers'ın şimdi ton başı 220 \$ ödeyerek düşen fiyatlardan yararlanmasına izin verilmektedir?

İkinci olayda sözleşmeye aykırı davranan satıcı Victor'du. Kuru üzüm-lerin Pound başı fiyatı 30 Cent'ten 87 Cent'e çıkmıştı. Burada da tekrar aynı sorular akla gelmektedir. Neden Victor, Allied tedbirli davrandığı ve Japon alıcılarla yaptığı sözleşmelere sorumsuzluk kayıtları koyduğu için sadece 4.462 \$ ödeyerek sorumluluktan kurtulabilmektedir? Victor neden Allied'in devam eden satış işlemleri yapmasından ve ihraç düzenlemeleri sayesinde bu işlemlerin değerini öğrenilebilmesinden fayda sağlamaktadır? Sözleşme-yi ihlal eden taraf sadece 4.462 \$ tazminat ödemek suretiyle piyasada artık üzümlerini Pound başı 87 Cent üzerinden satmak üzere serbest bırakılmaktadı-⁴⁵ r. Kararda mahkemenin bu konuya ilişkin öğretilerdeki tartışmalara ayrıntılı olarak yer vermesi ve eğer Victor „kötü niyetle“ sözleşmeyi ifa etmemiş ol- saydı sonucun farklı olabileceğini tekrar tekrar vurgulaması ilginçtir. Ancak mahkeme, Allied'in takip eden satım sözleşmelerini hiç kurmamış ve üzüm-leri örneğin kendisinin değerlendirecek olması ihtimalinde zararın ne şekilde hesaplanacağı konusunu hiç tartışmıştır. Açıktır ki bu ihtimalde mahkemenin, piyasa ve sözleşme fiyatı arasındaki farkın tazminat olarak istenmesini kabul etmekten başka imkanı olmayacaktır.

Bu örnekler de göstermektedir ki vadeli satım sözleşmelerinde tarafların adeta bir bahse girdiklerini kabul etmek gerekmektedir. Malların teslim ta-rihindeki fiyatına ilişkin bir bahis söz konusudur.⁴⁶ Bahsi kaybeden ya buna rağmen ifa edecek ya da sözleşmeyi ifa etmekten kaçınacak ve bunun yerine piyasa ve sözleşme fiyatı arasındaki farkı ödeyecektir. Bu demek değildir ki zarar gören hak etmediği bir kâr (*windfall profit*) elde etmektedir,⁴⁷ aksine, zarar gören tam olarak hedeflediği kârı elde etmektedir.⁴⁸ Allied akdettiği di-ğer sözleşmelerde sorumsuzluk kayıtları koyacak ve kendi riskini minimize edecek kadar tedbirli bir sözleşendir. Victor ise kendi sözleşmesinde bu tür önlemler almayı ihmal etmiştir.⁴⁹ Bu tedbirsizliğinin sonuçlarına katlanması

⁴⁵ Allied gerçekten de davada Victor'un kuru üzümleri daha yüksek fiyata başka alıcılara teslim ettiğini ileri sürmüş, ama bu iddia yeterli hukuki delillerle ispatlanamadığı için dinlenmemiş-tir.

⁴⁶ *Simon/Novack* (dn. 19), 1436; *Simon* (dn. 22), 91-92.

⁴⁷ Bkz. örneğin *McLauchlan* (dn. 11), 367.

⁴⁸ *Farnsworth*, *Damages and Specific Relief*, 27 Am. J. Comp. L. 247 (1979) “*benefit of the bargain*” (sözleşmeden doğan fayda) kavramını kullanmaktadır.

⁴⁹ Sözleşmesel risk dağılımı klotunun genel işlem koşulları arasında yer aldığı için sonradan yargı denetimine tabi tutulup tutulamayacağı bu çalışmanın kapsamına girmemektedir. Bu

doğaldır.⁵⁰ Bu nedenle bu kararda Allied’ın gösterdiği dikkatten Victor’un nasiplenmesi kabul edilebilir değildir.⁵¹

Soyut yöntemin burada savunulan yorumu *pacta sunt servanda* ilkesinin de bir yansımasıdır. Bu yöntem, zarar verenin, zarar görenin üçüncü kişiler ile yaptığı sözleşmelerden menfaat sağlamasını, daha doğrusu üçüncü kişiler ile yapılan sözleşmelerin içeriğine göre sözleşmeye aykırı davranmaya yönelmesini engellemektedir. Soyut zarar hesabı, sözleşmeyi ihlal edenin sözleşmeye ayrılık halinde elde edeceği kârı aşabilecek olası bir tazminat talebini hesaba katmasını gerektirecek ve bu şekilde tarafları gereği gibi ifaya yönlendirecektir.⁵²

Soyut zarar hesaplaması yönteminin ödenecek tazminata ilişkin *ex ante* bir bakış açısını esas alması, yani sözleşmenin kurulmasından sonra tarafların üçüncü kişiler ile olası ilişkilerini değerlendirmeye almaması, tarafları olası risklere karşı daha sözleşmeyi kurarken dikkatli olmaya ve sözleşmeye bir düzenleme eklemeye teşvik eder.⁵³ Bu şekilde riskin sözleşmenin kuruluşu aşamasında dağıtılması, risklere bir değer biçilmesini ve böylece tarafların istemesi halinde risklerin sigorta edilebilmesini de sağlamaktadır.⁵⁴ Tabii ki taraflar üçüncü kişilere olası satış imkanlarına ve bu satışlardaki fiyatlara sözleşmelerinde yer verebilirler. Bu durumda ilk satım sözleşmesindeki teslim borcunun zamanında yerine getirilmemesi ihtimalinde talep edilebilecek tazminatın, planlanan diğer işlemlerde mahrum kalınan kârla sınırlanacağı açıktır.⁵⁵ Nitekim bu tür sözleşmesel risk dağılımları arzulanan bir durum-

konuya ilişkin olarak örn. bkz. *Stomps*, Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Eine Untersuchung des deutschen Rechts und dem DCFR am Beispiel von Haftungsklauseln, 2011.

⁵⁰ *Clark* (dn. 11), 826.

⁵¹ Bu düşünce biraz daha ileri götürülürse zarar verene, teslim edilmeyen eşyanın aslında zarar görenin hakimiyetine girmiş olsa, örneğin devam eden bir satışın amaçlanmaması ve piyasa fiyatının da düşmesi nedeniyle değer kaybına uğrayacağını ispat imkanı verilmesi de gerekir. Bu halde spekülatif sözleşme ihlallerine kapı açılmış olacağı aşikardır. Aynı yönde Bkz. *U. Huber* (dn. 11), 741; *Simon/Novack* (dn. 19), 1417 vd.; aynı yönde *Schwenzer/Hachem* (dn. 9), 101.

⁵² Zararı soyut hesaplama yönteminin zararın doğumunu önleme işlevi (*Präventionsfunktion*) hakkında bkz. *Simon/Novack* (dn. 19), 1438; *Bardo* (dn. 11), 92; benzer görüş için Bkz. *Rabel* (dn. 28), 460. Genel olarak CISG kurallarının önleme işlevi hakkında bkz. *Schwenzer*, in: *Schlechtriem/Schwenzer* (dn. 5), Art. 74 N. 6.

⁵³ *Clark* (dn. 11), 865-866.

⁵⁴ *Clark* (dn. 11), 827.

⁵⁵ Ayrıca Bkz. *Simon/Novack* (dn. 19), 1408 ve burada belirtilen diğer kararlar.

dur.⁵⁶ Ama taraflar bunu yapmadığı takdirde riskin kimin tarafından taşınacağını soyut zarar hesaplama yöntemi takdire yer bırakmayacak şekilde kesin saptamıştır.

V. Bu Açıklamalardan CISG Uygulaması İçin Ne Tür Sonuçlar Çıkarılabilir?

1. CISG Madde 74 ve 76 Arasındaki İlişki

CISG'nin 74 ve 76. maddeler arasındaki ilişkiye dair tek söylediği, soyut zarar hesabına rağmen „74. madde uyarınca da tazminat talep edilebileceğidir.“ Bu cümleden, mahrum kalınan kârın madde 76 uyarınca hesaplanan tazminatı ne ölçüde sınırlayabileceğini çıkarmak mümkün değildir.⁵⁷ CISG yazınında bu sorun genellikle başka bir açıdan, yani zararın soyut yöntemle hesaplanmasına rağmen mahrum kalınan kârın madde 74 uyarınca talep edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu üzerinden ele alınmıştır. Bu konuda farklı görüşler mevcuttur: CISG'nin 1978 Tasarısına ilişkin Sekreteryâ Şerhinde 76. maddenin öncülü olan 72. maddeye ilişkin olarak, mahrum kalınan kârın soyut yöntem ile tazmin edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu sebeple mahrum kalınan kâr, madde 74 çerçevesinde ayrıca talep edilmelidir.⁵⁸ Öğretideki birçok yazar ve CISG Danışma Kurulu da bu görüşü paylaşıyor gözükmektedir.⁵⁹ Buna karşılık diğer bir görüşe göre alacaklı ifa etmeme nedeni ile

⁵⁶ *McLauchlan*'ın (dn. 11, 386) zarar görenin zarara uğrayıp uğramadığına veya ne ölçüde zarar uğradığına ilişkin sözleşmesel düzenlemelerin hiçbir anlamı olmayacağına dair ifadesi çok şaşırtıcıdır. Sözleşme hukukunda tazminat her şeyden önce zarar görenin ifa menfaatinin karşılamayı amaçlamaktadır. Ve bu menfaatin ne olduğu sözleşmeden, yani tarafların ortak iradesinden çıkarsanacaktır, *McLauchlan* (dn. 11) 386.

⁵⁷ *Bridge* ise bu tür bir yorumun mümkün olduğunu düşünmektedir: “Madde 74'te, mahrum kalınan kârın açıkça anılmış olması, mahkemeleri piyasa fiyatına göre değil devam eden satım sözleşmesindeki fiyata göre hesaplanan tazminatlara hükmetmeye yönlendirecektir, *Bridge* (dn. 40), 457.

⁵⁸ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/newsecomm/secomm-76.html>.

⁵⁹ CISG-AC Opinion No. 8, Calculation of Damages under CISG Articles 75 and 76, N. 6.4 (Raportör: Professor John Y. Gotanda, 15 Kasım 2008 tarihinde gerçekleşen 12. toplantısının ardından CISG Danışma Kurulu tarafından kabul edilmiştir). Ayrıca bkz. *Gotanda* in: Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas (Eds.), UN Convention on Contracts for the Sale of goods (CISG), 2011, Art. 76 N. 26; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer (dn. 5), Art. 76 N. 13; *Honnold/Flechtner*, Uniform Law for International Sales Under The 1980 UN Convention, 4. bası, 2009, Art. 75/76, N. 415; *Saenger*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Bamberger/Roth (Eds.), 2013, 28. bası, Art. 76 CISG, N. 3; *P. Huber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. bası, 2012, Art. 76 N. 14; *Yovel*, Measurement of damages when contract avoided,

uğradığı doğrudan zararın tamamını ya madde 76'ya göre soyut olarak ya da madde 74'e göre somut olarak talep etmelidir.⁶⁰ Aynı zarar kalemlerine ilişkin olarak hesap yöntemlerinin harmanlanması mümkün olmamalıdır.⁶¹

Soyut yönetime ilişkin olarak bu çalışmada savunulan görüş öğretideki ikinci görüş ile örtüşmektedir. Fiyat değişiklikleri nedeni ile malda meydana gelen artı-değeri elde etmesini sağladığı için soyut yöntem zarar göreni sözleşme ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı duruma getirmektedir. Zarar görenin aslında malı teslim almış gibi değerlendirilmesi gerekir. Madde 74 kapsamında talep edilebilecek olan ek bir zarar kalemi olsa olsa gecikme nedeni ile ödenmesi gereken fazladan ardiye ücreti gibi bir kalem olabilir.⁶² Fakat aşkın giderime yol açma ihtimali nedeni ile soyut yöntem ile hesaplanan zararın mahrum kalan kâr talebi ile birleştirilmesi mümkün olmamalıdır.⁶³ Unutulmamalıdır ki, zarar görenin ikame bir işlem yapma ve sözleşme konusunu üzerinde kazanç getirecek şekilde tasarrufta bulunma hakkı her zaman saklıdır.

Tabii ki zarar gören zararını alternatif olarak madde 74'e göre de hesaplayabilecektir.⁶⁴ Fakat bu durumda bu hesap yöntemine başvurulması için aranan şartların da gerçekleşmesinin gerekeceği açıktır. Her şeyden önce mahrum kalan kârın öngörülebilir olması gerekmektedir.⁶⁵ Ayrıca zarar görenin hakimiyet alanındaki olası gelişmelerin de zararın hesaplanmasında dikkate

Felemegas (Ed.), *An International Approach to the Interpretation of the CISG as Uniform Sales Law*, 2007, 481-482.

60 *Magnus*, in: Staudinger (dn. 4), Art. 76 N. 24; *Mankowski*, in: Münchener Kommentar zum HGB, 3. bası. 2013, Art. 76 N. 12; *Brunner* (dn. 7) Art. 74 N. 26; *Lüderitz/Dettmeier*, Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2000, Art. 76 CISG N. 6; *Schönle/Koller*, Kommentar zum UN-Kaufrecht, Honsell (Ed.), 2. bası 2010, Art. 76 N. 27; Oberster Gerichtshof (OGH), 28.04.2000, CISG online 581. Alman Hukuku için Bkz. *Bardo* (dn. 11), 123 vd., 166.

61 *Magnus*, in: Staudinger (dn. 4), Art. 76 N. 24.

62 *Atiyah* (dn. 11), 535.

63 *Bardo* (dn. 11), 123.

64 Bir piyasa fiyatının söz konusu olmaması nedeni ile madde 76'nın uygulanmadığı hallerde burada değinilmeyecektir. Bu haller için bkz. *P. Huber*, in: MünchKommBGB (dn. 59), Art. 76 CISG N. 4; *Magnus*, in: Staudinger (dn. 4), Art. 76 N. 14.

65 Soyut yöntemle zarar hesaplamasında öngörülebilirlik kuralının uygulanması söz konusu değildir. Buna ilişkin olarak bkz. *Faust*, Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß § 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG), 1996, 25 f., 255 vd., karşılaştırmalı hukuk verileri için bkz. 167 vd.; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer (dn. 5), Art. 76 N. 6; *P. Huber*, in: MünchKommBGB (dn. 59), Art. 76 CISG N. 11; *Saenger*, in: Bamberger/Roth, (dn. 59), Art. 76 CISG N. 3; *Mankowski*, in: MünchKommHGB (dn. 60), Art. 76 CISG N. 13; *Yovel* (dn. 59), 481.

alınması mümkündür. *von Caemmerer* tarafından ifade edildiği gibi soyut hesaplama yöntemi subjektif menfaatleri hesaba katmayan objektif bir yöntemdir. Buna karşılık tarafların üçüncü kişilerle işlemlerden elde edecekleri olası kârın tazmini talebi, zarar görenin, takip eden bir satış sözleşmesinin söz konusu olmadığı savunmasıyla da karşılaşabileceği subjektif bir hesap yöntemidir.⁶⁶ CISG m. 74 değerlendirmesi, m. 76'dan farklı olarak *ex post* bir değerlendirmedir.⁶⁷

Mahrum kalınan kârın madde 74'e göre hesaplanmasına örnek oluşturması için *Allied v Victor* davasını⁶⁸ biraz değiştirecek olursak: Allied (bu sefer Kanadalı bir firma olarak) Victor ile Pound başı 30 Cent üzerinden anlaşmış ve kuru üzümeleri Pound başı 150 Cent'e Japon alıcılara satmış olsun. Teslim yeri olan Oakland limanında piyasa fiyatı teslim tarihine kadar Pound başı 87 Cent'e çıkmış olsaydı şüphesiz ki Allied mahrum kalınan kârını madde 74'e göre talep etmeyi tercih ederdi. Ancak bu durumda yine aynı maddenin, tazminatın ön koşulu olarak getirdiği öngörülebilirlik sorusu gündeme gelecektir. CISG yazınında ticari mallar söz konusu olduğunda çoğunlukla 'olağan' kâr marjı içerisinde kaldığı sürece takip eden satışlardan elde edilmesi planlanan kârın öngörülebilir olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹ Fakat olağan kâr aralığı nedir ve Pound başı 120 Cent (150-30 Cent) bu aralıkta yer almakta mıdır? Kanımca bu sorunun cevabı olumsuzdur. Allied ve Victor sözleşmelerinde ifa yeri olarak Oakland limanını belirlemişlerdir ve önceden öngörememiş olsalar dahi bu yerde oluşan piyasa fiyatı değişikliklerinin sorumluluğunu üstlenmişlerdir. Fakat sözleşmenin kuruluşu aşamasında çok yüksek kârla satışların yapılmasının amaçlandığı Victor'a ayrıca bildirilmediği sürece Victor'un sözleşmeyle bu riski de üstlendiğini kabul etmek mümkün olmayacaktır.⁷⁰ Bu

⁶⁶ *v. Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalitaet im Schadenersatzrecht, in: Gesamtelte Schriften, Leser (Ed.), Band I, 411, *Bardo* (dn. 11), 125 vd.; 167 vd.

⁶⁷ Bu konuya ilişkin detaylar için Bkz. *Scott* (dn. 11), 1158 vd.

⁶⁸ Bkz. yukarıda dn. 15.

⁶⁹ *Saenger*, in: Bamberger/Roth (dn. 59), Art. 74 CISG N. 11; *P. Huber*, in: MünchKommBGB (dn. 59), Art. 74 CISG N. 36; *Magnus*, in: Staudinger (dn. 4), Art. 76 N. 40; *Schönle/Koller*, in: Honsell (dn. 60), Art. 74 N. 37.

⁷⁰ Karşılaştırmalı hukuk verileri için bkz. *Faust* (dn. 65), 167-172; 265-266. Bu konuya ilişkin olarak verilen CISG kararlarında bir görüş birliği yoktur. CIETAC Arbitration, 14.03.1996, CISG-online 1523 (Zarar gören, zararını mahrum kalınan kârını esas alarak hesaplamıştır. Mahkeme zarar görenin buna ilişkin herhangi bir talebi olmamasına rağmen aslında madde 76'nın uygulanması gerektiğine karar vermiştir); Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 6.6.2000, CISG-online 1249 (Zarar görenin devam eden satıştan elde edeceği kazanç, sonraki satış bilmek zorunda

nedenle genellikle sözleşmeden dönüldüğü tarihte ifa yerindeki piyasa fiyatı, öngörülebilir mahrum kalınan kârın üst sınırını teşkil edecektir.⁷¹

Bu yaklaşımı destekleyen diğer bir unsur, zararı azaltma külfetinin de (m. 77) aynı sonucu dikte ediyor olmasıdır. Eğer sözleşme konusu piyasadan temin edilebilir bir mal ise, zarar gören ikame işlem yaparak takip eden satım sözleşmesini ifa etmeli ve zararını azda tutmak yükümlülüğüne uygun davranmalıdır.⁷² Eğer bunu yapmazsa sadece soyut yönetime göre hesaplanan zararını talep edebilir. Yani olayda Allied'ın hemen 87 Cent üzerinden piyasadan gerekli miktar üzümü temin edip 150 Cent'lik sözleşmesini ifa etmesi beklenir. Bu durumda Allied'ın Victor'dan isteyeceği tazminat, sözleşme fiyatı ile piyasa fiyatı arasındaki fark olan 57 Cent $(87-30) \times 262.500$ Pound olacaktır. Bu yaklaşım tarzı aslında iki hesaplama yönteminin paralel sonuçlar doğurmasını da sağlamaktadır. Piyasası olan her ticari mal için, zarar görenin zararını madde 74 veya 76 kapsamında hesaplamayı tercih etmesi çok fark yaratmayacak, yaklaşık olarak dönme anında piyasa ve sözleşme fiyatı arasındaki farkı talep edilebilecektir.⁷³

olmayan zarar veren için öngörülebilir değildir.); CIETAC Arbitration, 29.9.2004, CISG-online 1600 (Devam eden satışın gerçekleşmemesi nedeni ile mahrum kalınan kâr, zarar veren için öngörülebilir değildir, bu nedenle zarar soyut yönetime göre hesaplanmalıdır); Federal District Court, Florida, 7.11.2011, CISG-online 2241 (Gerekçesine ilişkin herhangi bir açıklama verilmeden mahrum kalınan kârın öngörülebilir olduğuna karar verilmiştir.); Murcia Provincial High Court, 15.07.2010, CISG Online 2130 (Satıcı zararın öngörülebilir olmadığını veya devam eden satışın mümkün olmadığını iddia etmediği için mahrum kalınan kâr talebi kabul edilmiştir.).

71 İngiliz Hukuku için bkz. *Benjamin's Sale of Goods* (dn. 24), N. 17-004.

72 Bkz. *Magnus*, in: Staudinger (dn. 4), Art. 77 N. 11; İngiliz Hukuku için Bkz. *Schwenzer/Hachem/Kee* (dn. 5) N. 44.206; *Benjamin's sale of goods* (dn. 24), N. 17-004; İsviçre Hukuku için: BGE 44 II 50, 51. Alman Hukuku için, *U.Huber* (dn. 11) 732; *Bardo* (dn. 11), 137 vd. Devam eden satış işleminde tam olarak ilk işlemdeki satım konusunun teslimi borçlanılmış ise zarar hesabın ne ölçüde madde 76 kapsamında yapılabileceği belirsizdir. Satım konusunun bir piyasa değeri olsa bile ifayı ikame malları ile gerçekleştirmek mümkün değildir. Bu nedenle burada zorunlu olarak madde 74'e başvurmak ve normal bir marjda yer alan tekrar satış fiyatını öngörülebilir kabul etmek gerekmektedir. Buna ilişkin olarak Bkz. *Saidov* (dn. 4), 228; *Goode* (dn. 11), 403.

73 Burada somut yönetime göre yapılan hesaplama ile ilişkin detay verilmeyecektir. Fakat bu yöntemde de genellikle bir piyasası olan mallar için piyasa fiyatına yaklaşan makul ikame işlemler yapılmaktadır. Tabii ikame alımın piyasa fiyatının altında gerçekleştiği hallerde zarar görenin neden sözleşme fiyatı ve piyasa değeri arasındaki farkı talep etmesine izin verilmediği sorgulanabilir. Zira soyut yöntemin zarar görene malın artı-değerini sağladığını kabul ettikten sonra ikame işleme ilişkin somut detaylar aslında dikkate alınmamak gerekirdi. Örneğin *Huber* § 252 BGB bağlamında hesaplama için soyut yöntemin seçilmesinden sonra daha ucuza

2. CISG madde 74 ve 76 kapsamında zararı azaltma külfeti

Öğretide kısmen madde 76'nın önemli bir sınırlamasının madde 77'de düzenlenen alacaklının zararı azaltma külfeti olduğu ifade edilmektedir.⁷⁴ Zira eğer alacaklı uygun bir ikame alım yapmayı ihmal ederse zararı azaltma külfetini ihlal etmiş olacaktır. Bu ihtimalde madde 76'ya göre yapılan soyut hesap, somut bir hesap vasıtasıyla düzeltilecektir.⁷⁵ Ancak bu görüş bu kadar genel ifade edildiğinde doğru değildir. Çünkü soyut zarar hesaplama yöntemi sabit bir andaki (sözleşmenin sona erdirilmesi anındaki) piyasa fiyatını dikkate aldığı için aslında o anda gerçekleştirilebilecek daha uygun fiyatlı bir ikame işlem mümkün değildir. *McGregor* zaten bu sebeple, zararı azda tutma düşüncesinin soyut hesaplama yöntemine içkin olduğunu ifade etmektedir. Soyut zarar hesabında zararı azaltma düşüncesi hep mevcuttur.⁷⁶ Bu külfetin asıl önem kazandığı durum, tazminatın m. 74 çerçevesinde hesaplandığı hallerdir, yoksa m. 76 değil.

Zararı azda tutma külfeti ancak takip eden satışın gerçekleşmemesi nedeni ile mahrum kalınan kârın madde 74 kapsamında talep edildiği ve bu kârın da piyasa ve sözleşme fiyatı arasındaki farktan yüksek olduğu ihtimalde bir önem taşıyacaktır. Bu durumda sorulacak olan soru, ilk işlemdeki alıcı-

bir ikame alımın yapıldığının savunma olarak ileri sürülmesinin mümkün olmaması gerektiğinin altını çizmektedir (*U. Huber* (dn. 11), 738). Ayrıca bkz. *Nicholas*, *The Vienna Convention on International Sales*, 105 L. Quarterly Rev. 201 (1989) 230; *M. Schmidt* (dn. 7), 1505-1509; Amerikan Hukuku için Bkz. *Simon/Novack* (dn. 19), 1420-1421. Nitekim İngiliz Hukuku'nda da zarar görenin akdettiği ikame işlemler *res inter alios acta* olarak kabul edilmekte ve esas itibarıyla zararın hesaplanmasında dikkate alınmamaktadır, bkz. *Goode* (dn. 11) 400.

CISG m. 76'da soyut yöntemin ancak ikame alım yapılmamışsa uygulama alanı bulabileceğine ilişkin aksi yöndeki tercih, zarar görenin hem soyut yöntemin hem de somut yöntemin sağladığı avantajlardan tek başına yararlanamayacağı gerekçesi ile açıklanabilir. Eğer zarar gören ucuz bir ikame işlemde (piyasa fiyatının altında) madde 76'da düzenlenen soyut yönteme, makul ama ucuz olmayan (piyasa fiyatının üzerinde) bir ikame işlemde somut yönteme başvurabilecek olsa piyasadaki değişikliklerin bütün riski zarar veren üzerinde bırakılmış olacaktır. Bu da eşitlik prensibine aykırılık teşkil edecektir. Zarar görene ya zararını sadece soyut yönteme başvurarak hesaplama imkanı verilmelidir ya da alternatif olarak somut yönteme başvurması hakkı da tanınacaksa o zaman da zarar verene zarar görenin aslında daha uygun fiyata bir ikame işlem yaptığını ispatlamasına izin verilmelidir.

74 CISG'da zararı azaltma külfeti hakkında bkz. *Baysal*, *Zarar Görenin Kusuru* (Müterafik Kusur), 2012, 363 vd.

75 Örneğin Bkz. *Mankowski*, in: *MünchKommHGB* (dn. 60), Art. 76 CISG N. 11.

76 *McGregor*, *The Role of Mitigation in the Assessment of Damages*, in: *Saidov/Cunnington* (Ed.), *Contract Damages - Domestic and International Perspectives*, 2008, 332 vd.; aynı yönde *Benjamin's sale of goods* (dn. 24), N. 17-004; *Saidov* (dn. 4), 194.

nın ikinci işlemdeki kârının tamamını isteyip isteyemeyeceğidir. Burada da, yukarıdaki açıklamalarımıza paralel bir sonuca varmamız gerekmektedir. Ya madde 76 kapsamında hesaplama yapılacak ve devam eden satış hiç dikkate alınmayarak sadece piyasa fiyatı ve sözleşme fiyatı arasındaki fark zarar olarak talep edilecektir (Bu durumda zararı azaltma külfeti de önem kazanmaz). Ya da ilk işlemdeki alıcının piyasadan kolaylıkla ikame alım yaparak ikinci sözleşmedeki borcunu ifa edebilecek ve kârını garanti altına alabilecek durumda olması nedeniyle mahrum kalınan kâr talebi piyasa fiyatına indirgenecektir.⁷⁷ Sadece bu ikinci durumda zararı azaltma külfeti önem kazanır.

Fakat tabii bazı daha az rastlanacak ihtimallerde piyasa fiyatının altında ikame işlem yapılması zorunluluğunun doğması mümkün olabilir. Örneğin *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) önünde görülen iki tahkimde benzer bir sorun ele alınmıştır. Her iki karara konu olan olaylarda sözleşmeyi ihlal eden taraf satış fiyatının değiştirilmesini önermiştir: ilk olayda alıcı sözleşme fiyatının düşürülmesi⁷⁸, ikinci olayda ise satıcı sözleşme fiyatının artırılmasını⁷⁹ talep etmiştir. Her iki olayda da sözleşmeyi ihlal eden tarafın teklif ettiği fiyat piyasa fiyatına nazaran daha makuldü. Yani, piyasa fiyatı-sözleşme fiyatı farkı, teklif edilen fiyat-sözleşme fiyatı arasındaki farka nazaran daha yüksekti. Dolayısıyla satıcının, alıcının sözleşme fiyatından daha ucuza satın alma teklifini reddetmesi halinde piyasada malını bundan da ucuza satmak zorunda kalması; tam tersi, alıcının, satıcının daha yüksek bir fiyattan satma teklifini reddetmesi halinde piyasadan bundan da yükseğe satın alması söz konusu olacaktı. Dolayısıyla bu hallerde zararı azalt-

77 Aynı mantık, piyasadan ikame alım yapılması ile engellenebilecek üretimin durmasına bağlı zararlar için de geçerli olacaktır. Örneğin domateslerin zamanında teslim edilmemesi nedeni ile sözleşmeyi sonlandıran alıcı bu nedenle normalden daha az domates salıncısı üretebilmişse mahrum kaldığı kârı talep edebilecektir. Fakat bu talep, alıcının piyasadan domates olarak üretimin azalmasını engelleyebilecek olması itirazı ile karşılaşacaktır. Bu ihtimalde zarar, sözleşmenin sona erdirilmesi anındaki piyasa ve sözleşme fiyatı arasındaki fark üzerinden soyut olarak hesap edilecektir.

78 CIETAC Arbitration, 1.3.1999, CISG-online 1136. Kararda, alıcının piyasanın üzerinde yer alan sözleşme fiyatının revize edilmesini önerdiği iddiası dikkate alınmamıştır. Bununla beraber satıcı ikame satış çok düşük bir fiyat üzerinden gerçekleştirdiği için zararın hesaplanmasında somut yöntem de kullanılmamıştır. Mahkeme, sözleşmenin sonlandırılması aşamasındaki piyasa fiyatını ölçü olarak almış ve bunu sözleşme fiyatı ile karşılaştırarak zararı hesaplamıştır.

79 Mayıs 2006'da CIETAC farklı bir karar vermiştir: Satıcının sözleşme fiyatını yükselterek teslimi gerçekleştirme teklifini kabul etmeyerek piyasadan, teklif edilen fiyatın da üzerinde bir fiyata ikame alım yapan alıcının zararı azaltma külfetine aykırı davrandığı kabul edilmiştir (1.5. 2006, CISG-online 1917).

ma külfetinin, sözleşmeye aykırı davranan tarafın teklifini kabul etmek zorunda bırakacak kadar geniş yorumlanabilip yorumlanamayacağı sorusu gündeme gelmiştir.⁸⁰ Bu soruya ilişkin olarak genel bir kural konulması kuşkusuz mümkün değildir. Fakat bu tür bir yükümlülük daha ziyade bir istisna kalmalı ve alacaklının kabulünün sözleşmenin uyarlanmasına onay verdiği şeklinde yorumlanamayacağı hallerle sınırlı kalmalıdır. Yani, satım sözleşmesinde 1 TL fiyat biçilen malın, ifa tarihinde piyasada 4 TL'ye çıkması durumunda satıcının ancak 2 TL karşılığında malı teslim etme teklifini alıcının kabul etmeye zorlanması sadece fazladan ödediği 1 TL'yi daha sonra tazminat olarak geri almak isteyeceğinin açık olduğu hallerde mümkün olabilir. Sadece bu hallerde alıcının, satıcının teklifini reddedip, malı piyasadan 4 TL'ye alıp sonra da 3 TL tazminat istemesi zararı azda tutma yükümlülüğüne aykırı olacaktır. Bu durumlarda aslında alacaklının ödediği fazla miktarı tazminat olarak tahsil etme rizikosunu azaltmak adına da sözleşmeye aykırı davranan kişinin teklifini kabul etmek mantıklı olacaktır. Zira malı piyasadan tedarik eden alıcı 3 TL fazla ödeyerek bu miktarı satıcıdan tazminat olarak tahsil etme riski altına girmektedir. Oysa satıcının teklifini kabul etmesi halinde sadece ödediği 1 TL fazlayla tazminat olarak tahsil etme riskini üstlenecektir.⁸¹

Madde 76 kapsamında zararı azaltma külfetinin ikinci uygulama alanı sözleşmenin zamanında sonlandırılıp sonlandırılmadığı sorusuna ilişkin olacaktır.⁸² Fakat burada da dikkatli olunmalı ve objektif kıstaslara göre karar verilmelidir. Örneğin, satıcının sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle alıcının dönme hakkı doğmuş olmasına rağmen bu hakkını üç ay gecikmeyle kullanmış olması halinde arada piyasa fiyatının düşmesi veya yükselmesi gecikmenin haklılığı konusundaki değer yargımızı etkilememelidir. İlk durumda, yani piyasa fiyatının düştüğü ihtimalde sözleşmenin üç ay gecikme ile sona erdirilmesinin doğru zamanda gerçekleştiği; buna karşılık fiyatların yükseldiği ikinci ihtimalde zararı azda tutma külfetine aykırı davranıldığı kabul edilirse, sözleşmeye aykırı davranan tarafın hep kazançlı çıktığı bir yaklaşım sergile-

80 Bu konuda örn. bkz. *Schwenzer/Manner*, The Pot Calling the Kettle Black: The Impact of the Non-Breaching Party's (Non-) Behaviour on its CISG-Remedies, Andersen/Schroeter (Eds.), FS Kritzer, 2008, 470, 486-487; *Magnus*, in: Staudinger (dn. 4), Art. 77 N. 11; *Schwenzer/Hachem/Kee* (dn. 6), N. 44.263. İngiliz Hukuku için Bkz. *McGregor* (dn. 76) 335.

81 *Schwenzer/Hachem/Kee* (dn. 5), N. 44.263.

82 Buna ilişkin olarak Bkz. *Magnus*, in: Staudinger (dn. 4), Art. 77 N. 6; *Brölsch* (dn. 4), 100; *Brunner* (dn. 7), Art 77 Rn 2; *Mankowski*, in: MünchKommHGB (dn. 60), Art 77 CISG N. 4; *Schwenzer*, in: Schlechtriem/Schwenzer (dn. 5), Art 77 Rn 4; *Schönle/Koller*, in: Honsell (dn. 60), Art. 76 N. 21.

miş oluruz. Bunu kabul etmek mümkün değildir. Sözleşmeden dönme tarihini seçmek suretiyle alıcı aslında yine bir spekülasyon yapmaktadır. Dolayısıyla fiyatların düşmesi de artması da onun risk alanındadır. Sözleşmeden dönmenin en geç hangi tarihte beyan edilmesi gerektiği zarar görenin davranışından bağımsız olarak objektif bir şekilde belirlenecektir. Bu objektif sona erdirmeye tarihinde piyasa ve sözleşme fiyatı arasındaki fark, tazmin edilecek soyut zarar miktarını belirleyecektir.

VI. Özet

Özet olarak şu tespitlerde bulunulabilir: zararın hesabına ilişkin kanuni düzenlemelerin her zaman bir risk tahsisi işlevi vardır. Bu yedek hukuk düzenlemelerinin başarısı, makul sözleşme taraflarının kararlaştırabilecekleri çözümleri yansıtmalarına bağlıdır. Taraflara zararlarını soyut yöntem ile hesaplama imkanı veren CISG madde 76 da aslında, tarafların vadeli işlemlerde malın artı-değerini karşı sözleşene aktarmaya ilişkin sözleşmesel mutabakatını kanunen desteklemektedir. Bu anlamda madde 76 ifa menfaatinin *ex ante* (önceden) hesaplanmasını sağlayan doğru bir yedek hukuk kuralıdır. Soyut yöntemle zarar hesaplamasında mahrum kalınan kâr bir üst veya alt sınır oluşturmaz. Piyasa ve sözleşme fiyatı arasındaki fark subjektif faktörlerden bağımsız olarak hesaplanır. Buna karşılık madde 74 zarar gören tarafa mahrum kalınan kârı *ex post* (sonradan) yapılan bir değerlendirme sonucu talep etme imkanı verir. Fakat bu yöntemde zarar veren, kârın öngörülebilir olmadığı veya örneğin devam eden bir satış amaçlanmadığı için hiç ortaya çıkmayacağı savunmasında bulunabilir. Zarar görenin m. 77 uyarınca var olan zararı azaltma külfeti esas olarak madde 74 kapsamında yapılacak olan hesaplamada gündeme gelir. Zarar gören zararını dilerse m. 74 dilerse m. 76 çerçevesinde hesaplamayı tercih etmesi mümkündür ama aşkın giderime sebep olacağı için bu iki yöntemin kümülatif uygulamasından mutlaka kaçınılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Adams*, Damages in Sale of Goods: A Critique of the Provisions of the Sale of Goods Act and Article 2 of the Uniform Commercial Code, *Journal of Business Law*, 2002, s. 553 vd
- Anson's Law of Contract*, 29. bası, Beatson/Burrows/Cartwright (Eds.), 2010
- Atamer*, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005
- v.Bar/Clive* (Eds.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR), Full Edition, c. I, Münih 2009
- Bardo*, Die „abstrakte“ Berechnung des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung beim Kaufvertrag, Berlin 1989
- Barnes/Zalesne*, A Unifying Theory of Contract Damage Rules, *Syracuse Law Review*, c. 55, 2005, s. 495 vd.
- Basler Kommentar zum schweizerischen Obligationenrecht*, Band I, Art. 1 - 529 OR, Honsell/Vogt/Wiegand (Eds.), 5. bası, Basel 2011
- Baumbach/Hopt*, Handelsgesetzbuch, 35. bası, Münih 2012
- Baysal*, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), İstanbul 2012
- Beck'scher Online-Kommentar BGB*, Bamberger/Roth (Eds.), 28. Bası, Münih 2013
- Benjamin's Sale of Goods*, Bridge (Ed.), 8. bası, Londra, 2010
- Bridge*, The Market Rule of Damages Assessment, in: Saidov/Cunnington (Eds.), Contract Damages - Domestic and International Perspectives, Oxford 2008
- Brölsch*, Schadensersatz und CISG, Bern 2007
- Brunner* (Ed.), UN-Kaufrecht – CISG, 2. Bası, Bern 2014
- v.Caemmerer*, Das Problem der überholenden Kausalitaet im Schadenersatzrecht, in: Gesammelte Schriften, Leser (Ed.), Band I, 1968, s. 411 vd.
- Clark*, The Proposed Revisions to Contract-Market Damages of Article two of the Uniform Commercial Code: A Disaster not a Remedy, *Emory Law Journal*, c. 46, 1997, s. 807 vd.
- Ernst*, Kurze Rechtsgeschichte des Gattungskauf, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 1999, s. 583 vd.
- Farnsworth*, Damages and Specific Relief, *American Journal of Comparative Law*, c. 27, 1979, s. 247 vd.
- Farnsworth*, Contracts, 4. bası, New York, 2004
- Faust*, Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß § 74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG), Tübingen, 1996
- Giger*, in: Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, Bern, 1979
- Goode / McKendrick* (Ed.), Goode on Commercial Law, 4. Bası, Londra, 2010

- Gordley*, The Origins of Sale: Some Lessons from the Romans, *Tulane Law Review*, c. 84, 2010, s.1437 vd.
- Honnold/Flechtner*, Uniform Law for International Sales under the 1980 UN Convention, 4. bası, Alphen aan den Rijn, 2009
- Honsell* (Ed.), Kommentar zum UN-Kaufrecht, 2. Bası, Berlin 2010
- Horwitz*, Historical Foundations of Modern Contract Law, v. 87 *Harvard Law Review*, 1974, s. 917
- Huber*, Abstrakte Schadensberechnung des Käufers, in: Festschrift für K.Schmidt, Köln 2009, s. 725 vd.
- Knütel*, Die Schwächen der „konkreten“ und „abstrakten“ Schadensberechnung und das positive Interesse bei der Nichterfüllung, *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)* 202, 2002, s. 555 vd.
- Kröll/Mistelis/Perales Viscasillas* (Eds.), UN Convention on Contracts for the Sale of Goods (CISG), Oxford, 2011
- Lüderitz/Dettmeier*, Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Stuttgart 2000
- Magnus*, Wiener UN-Kaufrecht, Staudinger, Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung Berlin 2013
- McGregor*, The Role of Mitigation in the Assessment of Damages, in: Saidov/Cunnington (Ed.), *Contract Damages - Domestic and International Perspectives*, Oxford, 2008
- McLauchlan*, Expectation Damages: Avoided Loss, Offsetting Gains and Subsequent Events, Saidov/Cunnington (Eds.), *Contract Damages - Domestic and International Perspectives*, Oxford 2008
- Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Bası, Münih 2012
- Münchener Kommentar zum HGB*, 3. bası, Münih 2013
- Nicholas*, The Vienna Convention on International Sales, *Law Quarterly Review*, c. 105, 1989, s. 201 vd.
- Rabel*, Recht des Warenkaufs, 1. Band, Berlin 1957
- Saidov*, Damages: The Need for Uniformity, *Journal of Law and Commerce*, c. 25, 2005-06, s. 393 vd.
- Saidov*, The Law of Damages in International Sales, The CISG and other International Instruments, Oxford 2008
- Schlechtriem/Schwenzer* (Eds.), Kommentar zum einheitlichen UN Kaufrecht, 5. Bası, Münih 2008
- Schmidt*, Profiting from Substitute Transactions – Offsetting Losses and Benefits under the CISG, in: FS Schwenzer, Bern 2011
- Schwartz/Scott*, Market Damages, Efficient Contracting, and the Economic Waste Fallacy, *Columbia Law Review*, c. 108, 2008, s.1610 vd.

- Schwenzer/Hachem*, The Scope of the CISG Provisions on Damages, in: Saidov/Cunnington (Eds.), Contract Damages - Domestic and International Perspectives, Oxford, 2008
- Schwenzer/Hachem/Kee*, Global Sales Law, Oxford, 2011
- Schwenzer/Manner*, The Pot Calling the Kettle Black: The Impact of the Non-Breaching Party's (Non-) Behaviour on its CISG-Remedies, in: FS Kritzer, Andersen/Schroeter (Eds.), Londra, 2008
- Scott*, The Case for Market Damages: Revisiting the Lost Profits Puzzle, University of Chicago Law Review, c. 57, 1990, s. 1155 vd
- Scott/Triantis*, Embedded Options and the Case Against Compensation in Contract Law, Columbia Law Review, c. 104, 2004, s. 1428
- Simon*, The Critique of the Treatment of Market Damages in the Restatement (Second) of Contracts, Columbia Law Review, c. 81, 1981, s. 80 vd.
- Simon/Novack*, Limiting the Buyer's Market Damages to Lost Profits: A Challenge to the Enforceability of Market Contracts, Harvard Law Review, c. 92, 1979, s. 1395 vd.
- Stomps*, Methodik der Klauselkontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, Eine Untersuchung des deutschen Rechts und dem DCFR am Beispiel von Haftungsklauseln, Frankfurt 2011
- White/Summers*, Uniform Commercial Code, 5. bası, St. Paul-Minnesota 2000
- Yovel*, Measurement of Damages when Contract Avoided, Felemegas (Ed.), An International Approach to the Interpretation of the CISG as Uniform Sales Law, New York, 2007
- Zeller*, Damages under the CISG, 2. Bası, Oxford, 2009
- Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Gesetzbuch*, Gauch (Ed.), Band V/2 a, Zürich, 1993

Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması ve Borçlar Kanunu Düzenlemelerinde Aynen İfa Kavramı

Yard. Doç. Dr. Pelin İŞINTAN*

İfa, borçlanılan edimin yerine getirilmesidir¹. İfa ile, hem alacaklı tatmin edilmiş hem de kural olarak borç sona erdirilerek borçlu rahatlatılmış olur². *Pacta sunt servanda* ya da ahde vefa ilkesi sözleşmeler hukukunun temel ilkelerindendir ve Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda da (bundan sonra Antlaşma diye anılacaktır.) bu ilkenin izleri görülmektedir. Ahde vefa ilkesi sadece borçlunun borcunu gereği gibi ifa etmesini amaçlamaz; bunun yanında özellikle ifa etmeme durumunda sözleşmenin mümkün olduğu kadar ayakta tutulmasını da temin eder. Bu nedenle, ifa etmeme hallerinde sözleşme ilişkisinin çözülmesinden ziyade onu ayakta tutmaya yarayacak imkanlara öncelik verilir. Böylelikle, alacaklının kullanabileceği ilk imkan “aynen ifa” talebi olarak karşımıza çıkar³.

* Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Gözden geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013, sf. 257; **Haluk Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş onüçüncü baskı, İstanbul 2014, sf. 217; **Rona Serozan**, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, gözden geçirilip genişletilmiş 4üncü bası, İstanbul 2006, §1 N.7; **Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, sf. 758.

2 **Serozan**, §1 N. 27.

3 Bu yönde bkz. **Yeşim. M. Atamer**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, sf. 363; **Yeşim M. Atamer**, “CISG’ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış”, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, sf. 259 dpn. 175; **John Fitzgerald**, “CISG, Specific Performance and Civil Law of Louisiana and Qu-

Satım sözleşmesi özelinde aynen ifa, satıcının malların teslimine yönelik borcunun sözleşmede kararlaştırılan şekilde ve ahde vefa ilkesine uygun biçimde yerine getirilmesi olarak kabul edilirse, malın hiç teslim edilmemesinin yanı sıra teslim edilen malların sözleşmeye uygun olmaması hallerinde başvurulabilecek bir tamirat hakkının ya da malın ayıptan ari misli ile değiştirilmesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir⁴. Gerçekten de Türk Hukuku'nda borca aykırılık halleri hem borcun hiç ifa edilmemesini hem de kötü ifa edilmesini kapsar ve bu bağlamda, borçlunun teslimini yüklediği malı hiç teslim etmemesi, ayıplı olarak teslim etmesi ya da geç teslim etmesi arasında fark yoktur; hepsi borca aykırılık oluşturur. Borca aykırılık ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun, alacaklıyı asıl ilgilendiren, sözleşmede kararlaştırılan edimi elde etmektir. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu sisteminde borca aykırılık halleri yeknesak şekilde çözüme kavuşturulmuş değildir. Genel hükümler kapsamında borcun hiç ifa edilmemesi ve birtakım yan borçlara aykırılık BK md. 112 hükmü çerçevesinde ele alınırken, borçlu temerrüdüne ilişkin düzenleme BK md. 118 ve devamında yer almakta; ayıplı ifa ise, genel hükümlerde değil, satım sözleşmesinin içinde BK md. 219 vd. hükümlerinde özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Antlaşma kapsamında ise, ifa engelleri “sözleşmenin ihlali (*breach of contract*)” kavramı altında toplanmıştır⁵. Satıcının borca aykırı davranışları

ebec”, 16 Journal of Law and Commerce (1997), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/1fitz.html>), sf. 293.

Pacta sunt servanda ilkesinin CISG açısından da sözleşmeyi ayakta tutmaya yarayan taleplere öncelik vermesi açısından önemli olduğu hususunda bkz. **Peter Huber**, “CISG-Sözleşmeye Aykırılık Açısından Alıcının Hakları”, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, sf. 269-270; **Başak Başoğlu**, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012, sf. 220.

4 **Fitzgerald**, sf. 293. Yazar, md. 46/f. 2 ve 3'deki imkanların *common law* sistemine yabancı olduğunu da ifade etmektedir.

5 Viyana Satım Sözleşmesi kapsamında ifa engelleri düzenlemesinin *common law* ve Kıta Avrupası sistemlerinin bir karması olduğu yönünde bkz. **Selin Sert**, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013, sf. 27; İfa engellerine bu yaklaşımın *common law* sisteminin bir etkisi olduğu ve bu yaklaşımın Avrupa'daki hukuk uyumlaştırma çalışmalarını ciddi şekilde etkilediği yönünde bkz. **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, sf. 288; **Atamer**, CISG, sf. 227. Türk ve İsviçre Hukukları'nda ifa engelleri çeşitleri ve sonuçları arasındaki ayrımın yapay olduğu ve yeknesak şekilde ele alınan çağdaş ifa engelleri modelinin hukuk güvenliğini sağlamaya daha elverişli olduğu yönünde bkz. **Serozan**, §11, N. 17 ve 18. Sözleşmenin ihlali neticesinde karşı tarafın sahip olacağı imkanlar ise, bu ihlalin “*esashi*” olup olmadığına göre belirlenecektir. Bkz. **Atamer**, CISG, sf. 230 vd.; **Sert**, sf. 61 vd.

46. maddede ele alınmakta ve bu maddenin 2 ve 3. fıkraları uygun olmayan ifa hallerini düzenlemektedir⁶. İfa engelleri ve çeşitli borca aykırılık halleri başka tebliğlerde ayrıca ele alındığından, biz konumuzu alıcının talepleri açısından md. 46/f. 1 ile sınırlı tutacak ve sadece bu kapsamda değerlendirmede bulunacağız. Bu nedenle konumuz edimin “hiç” ifa edilmemesi ile sınırlı olacaktır. Alıcının sözleşmeyi ihlali halinde satıcının ileri sürebileceği talepler ise, 62. maddede düzenlenmiştir. Biz konumuzu satıcının borçları açısından md. 46/f. 1 ile sınırlı tutacak ve sadece bu kapsamda değerlendirmede bulunacağız. Satıcının talepleri de md. 62 hükmü çerçevesinde, özellikle satış bedelinin ödenmesi borcuna aykırılık kapsamında ele alınacaktır.

I – Genel olarak aynen ifa kavramı

Aynen ifa, borçlunun sözleşmede borçlanmış olduğu edimi, taraflar arasındaki anlaşmaya uygun şekilde alacaklıya tedarik etmesidir⁷.

Aynen ifa talebinin amacı, alacaklının menfaatinin mümkün olduğunca taraflar arasındaki sözleşmeye uygun şekilde tatmin edilmesidir. Gerçekten de, temelde tarafları sözleşme ilişkisini kurmaya iten asli amaç, sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifa edilecek olmasıdır. Bu nedenle, ifa imkansız hale gelmedikçe alacaklının talebinin buna yönelmesi tabiidir. Bunun yanı sıra, pratik açıdan da, özellikle zarar hesabının tam olarak yapılamadığı ya da parayla karşılanmasının zor olduğu hallerde, aynen ifa en uygun imkan olarak kendisini gösterir.

Ancak, aynen ifa talebi sadece alacaklı açısından değerlendirilmemelidir; bu, aynı zamanda borçlu açısından da uygun bir imkandır. Herhangi bir nedenle borcunu gereği gibi ifa etmemiş olan borçlu, yine de aynen ifada bulunmak için ısrar ederek alacaklının başka yöndeki taleplerini bertaraf edebilir⁸. Nitekim, alacaklının aynen ifa talebinden başka taleplerini ileri sürebilmesi ancak özel birtakım şartların varlığı halinde mümkün olabilir⁹.

⁶ Bu aykırılıklar halinde alıcının sahip olduğu haklar için bkz. **Huber**, sf. 274 vd.

⁷ Benzer bir tanım için bkz. **Sert**, sf. 54.

⁸ **Oğuzman/Öz**, sf. 384; **Serozan**, §17, N.6.

⁹ **Oğuzman/Öz**, sf. 380’de bunun için özel bir düzenleme getirilmiş olması gerektiğinden bahsetmektedir. Aynı şekilde **Serozan**, §1, N.7’de, ifanın engellenmesi üzerine gündeme gelen tazminat, sözleşme cezası, fesih ve dönme gibi yaptırımların alacaklının asli aynen ifa talebine eşlik eden talepler olduğunu ve borçlunun ancak çok sıkı formaliteler ve özel koşullarla aynen ifa dışı yaptırımlara zorlanabileceğini ifade etmektedir.

Antlaşma, hem *common law* ülkeleri hem de Kıta Avrupası sistemini benimseyen ülkelerde yeknesak uygulanması gereken bir metindir. Ancak, bu iki sistem arasında oldukça önemli farklar bulunmaktadır. Temel fark esasen bir yaklaşım farkıdır¹⁰. *Common law* metodu belirli vakalar ve verilerden yola çıkarak genel prensipler yaratmakta, Kıta Avrupası sistemi ise, borçlar kanunu, medeni kanun gibi Kodlar'da yer alan genel prensiplerden yola çıkarak bu prensibin belirli bir olaya uygulanıp uygulanmayacağına karar vermektedir¹¹. Bunun yanı sıra, sözleşme kavramına bile iki sistemin yaklaşımı oldukça farklıdır. Kıta Avrupası sistemi sözleşmeyi iki taraf arasında borçlar doğuran bir ilişki olarak ele alırken, *common law* sistemi bunu bir *transaction* olarak değerlendirir; bu anlayışta borçlu, belli bir neticenin elde edilmesini temin eden, bu neticenin gerçekleşmemesi riskini üstlenen bir kişidir¹². Bu yaklaşım farkı, sözleşmeden kaynaklanan borçların ifa edilmemesi noktasında da kendisini gösterir. Kıta Avrupası'nın klasik yaklaşımında¹³ ifa etmemenin sebebi, ifa etmemenin sonucu üzerinde doğrudan etkilidir. *Common law* yaklaşımı ise daha sonuç odaklıdır. Borçlu, borcunu ifa etmezse, nedeni ne olursa olsun bir tazminat yaptırımıyla karşılaşır¹⁴. Nitekim, Antlaşma'da da bu fark göz önünde tutulmuş ve aynen ifa hususunda aşağıda ele alınacak bir uzlaşma hükmü kabul edilmiştir. Bu uzlaşma hükmünün uygulanışı ayrıca incelenmeden önce, böyle bir hükme neden ihtiyaç duyulduğunu daha iyi ortaya koyabilmek amacıyla, her iki sistemde aynen ifa talebine verilen önem ve bunun uygulanışı ana hatlarıyla incelenecektir.

A. Kıta Avrupası sisteminde aynen ifa talebi

Türk Hukuku'nun da bir parçasını oluşturduğu Kıta Avrupası sisteminde verilen sözün yerine getirilmesi esas olduğu için, öncelikle edimin yerine getirilmesi imkanı değerlendirilir. Borçlunun asli yükümlülüğünü edimin ifası

¹⁰ Bu konuda bkz. **Fitzgerald**, sf. 303.

¹¹ Fitzgerald, sf. 303. Benzer şekilde **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, sf. 287; **Sert**, sf. 33.

¹² **Reinhard Zimmermann**, The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1990, sf. 776; **Pelin İşintan**, Sözleşme Müzakereleri, Yayınlanmamış Doktora tezi, İstanbul 2009, sf. 53 dpn. 191, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

¹³ Avrupa'da son yıllarda yapılan çeşitli reform ve hukuku uyumlaştırma çalışmaları kapsamında yeknesak ifa engelleri yaklaşımını benimseme eğilimi görülmektedir. Örnek olarak Alman BGB, PECL ve PICC, Çin, Hollanda, Norveç, İsveç, Brezilya, Quebec, Rusya ve Finlandiya Medeni Kanunları gösterilebilir. Bkz. **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, sf. 288; **Atamer**, CISG, sf. 227; **Sert**, sf. 32; **Başoğlu**, sf. 217.

¹⁴ **Atamer**, sf. 226.

teşkil eder; bunun dışındaki diğer tüm yollar (tazminat, fesih, dönme gibi) tali niteliktedir. Ancak, bu her zaman böyle olmamış, aynen ifa tarihsel gelişim içinde asli bir talep haline dönüşmüştür. Roma hukukunda, *actio* sisteminde, eda davaları ancak bir miktar paranın ödenmesine yönelik olunca, para borcundan başka borçlarda da borcun parasal değeri tespit edilerek verilen hüküm bir miktar paranın ödenmesine yönelik oluyordu. Daha sonraları kilise hukukunun da etkisiyle aynen ifa önem kazanmaya başlamış; 19 yy. kanunlaştırma hareketleri sırasında da önemli kanunlarda aynen ifa talebi kabul edilmiştir¹⁵. Tazminat yaptırımını, bugün sadece bir şeyi yapma veya yapmamaya yönelik borçlar açısından öngörülmektedir (örnek olarak BK md. 113, Fransız MK md. 1142)¹⁶. Bir şeyi verme borcu için temelde kabul edilen, tarafların anlaşmasına uygun şekilde, borcun aynen ifa edilmesidir.

B. Common Law sisteminde aynen ifa talebi

Common law sisteminde, ticari hayatın gereklerinin ön planda tutulması neticesinde sözleşmeye aykırılığın temel yaptırımını tazminat oluşturur. Zaman içerisinde, tazminat yaptırımının yeterli hatta adil olmadığı anlaşılmış ve bunun yanında başka taleplerin de olabileceği kabul edilmiştir¹⁷. Aynen ifa talebi de bunlardan biridir. Günümüzde, aynen ifa bir yaptırım olarak yasak olmamakla birlikte, yine de sınırlı ve istisnai bir uygulama alanına sahiptir.

İngiliz Hukuku'nun gelişimine baktığımızda, dava sistemi açısından Roma Hukuku'yla paralellik kurmak mümkündür. Burada da belli davalar ancak belli talepler için tanınıyordu ve bu kapsamda sözleşmeden kaynaklanan ve para borçları dışında kalan borçların aynen ifasına yönelik bir dava hakkı tanınmıyordu¹⁸. Zaman içerisinde, bu sistemin ihtiyaçları karşılayamaz hale gelmesi neticesinde¹⁹, belli dava kalıplarının dışına çıkılabilmesine müsaade

¹⁵ Bu tarihsel gelişimle ilgili bkz. **Atamer**, CISG, sf. 260; **Zimmermann**, sf. 770 vd.

¹⁶ Türk Hukuku'nda yapma veya yapmama borcunun ifa edilmemesinin bir imkansızlık yarattığı ve bu nedenle bir tazminata yol açtığı yönündeki görüş için bkz. **Oğuzman/Öz**, sf. 383 vd.

¹⁷ **Atamer**, CISG, sf. 232.

¹⁸ Para borçları için öngörülen asli yaptırımın aynen ifa olduğu yönünde bkz. **Baçoğlu**, sf. 23.

¹⁹ Burada önem kazanan nokta, söz konusu edimin “yegane (unique)” olmasıydı. Edimin yegane olması halinde, bunun aynen ifası dışında tatmin edici bir tazminata hükmetmek imkanı yoktu. Burada özellikle arazi satışında, araziyi devretmeyen kişinin bunun karşılığında belli bir miktar para vermesi yeterli tatmin sağlamıyordu. Bkz. **Zimmermann**, sf. 780. Edimin yegane olması bugün de özellikle *common law* hakimlerinin aynen ifaya hükmedilebilmesi için önemli bir unsurdur. Bkz. dpn. 18'de anılan UCC §2-716 ve aşağıda Antlaşma md. 28 ile ilgili yapılan açıklamalar.

etmek amacıyla *equity* mahkemeleri kurulmuştur. Süreç içerisinde, *common law* mahkemeleri alışlageldiği gibi tazminata hükmederken, *equity* mahkemeleri belli şartlarla, aynen ifa ve diğer giderim yollarına hükmedebiliyordu²⁰. Ancak, bir kişi *common law* mahkemesi önünde tazminat elde ederse artık *equity* mahkemesinde bir de aynen ifa talebini ileri süremiyordu.

Günümüzde İngiliz Hukuku'nda bu ikili yargılama düzeni kalmamış olsa bile, aynen ifa halen istisnai ve hakimın takdirine bağlı bir taleptir²¹. Özellikle, bir miktar paranın alacaklıyı gereği gibi tatmin ettiği ve zararın yeterli şekilde karşılandığı hallerde aynen ifaya hükmedilmez. Buna karşın, yine bir *common law* ülkesi olan Amerika Birleşik Devletlerinde aynen ifa talebine eskisi kadar kısıtlayıcı çerçevede bakılmadığı söylenebilir²². UCC § 2-716²³ belli koşullarda aynen ifaya cevaz vermektedir. Özellikle yegane (*unique*) malların satımı söz konusu olduğunda, alıcının aynen ifaya menfaati olduğu kabul edilmektedir. Böyle bir durumda, alıcının bir başka yerden malları temin etmek yerine sözleşmede kararlaştırılan malların teslimini talep etmesi imkanının bulunması gereklidir.

II – Türk Hukuku'nda aynen ifa kavramı

A. Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri çerçevesinde

Türk Hukukunda bir borç muaccel ve ifası mümkün oldukça aynen ifa talep edilir²⁴. Öyle ki, kural olarak aynen ifa mümkün oldukça bunun yerine

Baçoğlu, “*unique goods*” karşılığı olarak “edimin kendine özgü yapısı olması” kavramını kullanmaktadır: Bkz. sf. 28.

20 *Fitzgerald*, sf. 299; *Atamer*, CISG, sf. 262.

21 *Zimmermann*, sf. 781; *Atamer*, sf. 262.

22 *Fitzgerald*, sf. 300.

23 Yeknesak Ticaret Kanunu (Uniform Commercial Code), Amerika Birleşik Devletleri'nde satım hukukunu yeknesak hale getirmek amacıyla kaleme alınmış bir düzenlemedir.

UCC §2-716: (1) Specific performance may be decreed where the goods are unique or in other proper circumstances.

(2) The decree for specific performance may include such terms and conditions as to payment of the price, damages, or other relief as the court may deem just.

(3) The buyer has a right of replevin for goods identified to the contract if after reasonable effort he is unable to effect cover for such goods or the circumstances reasonably indicate that such effort will be unavailing or if the goods have been shipped under reservation and satisfaction of the security interest in them has been made or tendered.

24 *Oğuzman/Öz*, sf. 380; *Nomer*, sf. 283; *Serozan*, §11, N.2; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp*, sf. 920; *Baçoğlu*, sf. 69; *Sert*, sf. 54. Mevaz kanun da bu sistemi öngörmüştür: *Pierre Tercier*, *Le Droit des Obligations*, 4e éd., Schulthess 2009, N. 124 vd.

tazminat talep edilemez²⁵. Borçlar hukukunun genel hükümlerini düzenleyen maddeler içerisinde böyle bir prensibe açık bir şekilde yer verilmiş olmamakla birlikte, ifa engelleri sistemi ile birlikte cebri icra sistemi de incelendiğinde varılan sonuç bu olmaktadır²⁶.

Kanunda düzenlenmiş borca aykırılık halleri ve sonuçları ele alındığında, bunlar içinde sadece borçlanılan edimin imkansız hale gelmesinin aynen ifa talebini sona erdireceği rahatlıkla tespit edilebilir. Gerçekten de, imkansızlık yaratan sürekli ve aşılamaz nitelikte bir engel karşısında aynen ifayı talep etmenin hiçbir mantığı yoktur²⁷.

Buna mukabil, geçici ve aşılabılır nitelikte bulunan borcun zaman, miktar, yer ya da nitelik itibarıyla gereği gibi ifa edilmemesi halleri ise, alacaklının aynen ifa talebini ortadan kaldırmaz. Bilakis, yukarıda ifade edildiği gibi, sözleşmeyi kurmanın asıl amacı edimin ifasını elde etmek olarak kabul edildiğinde, Türk Borçlar Hukuku sisteminin, gereği gibi yerine getirilmeyen borcun alacaklısına, bu edimin ifasında ısrarcı olma hakkını bahsettiği görülmür²⁸. Kaldı ki, yukarıda da ifade edildiği üzere, borçlunun da üstlendiği edimi aynen ifa etme hususunda ısrarcı olma hakkı vardır.

Bununla beraber, borcun ifası mümkün olmasına rağmen aynen ifa talep edilemeyecek haller olduğundan da bahsetmek gerekir²⁹. Gerçekten de, aynen ifa kuralının istisnasını oluşturacak şekilde, bazı durumlarda aynen ifa talep edilemez. Bunların başında, tarafların anlaşmaları veya bir kanun hükmü gereğince, alacaklının aynen ifa talebinden başka bir talepte bulunma hakkına sahip olması gelir. Bunun yanı sıra, borçlu açısından ifa mümkün olmakla birlikte, ifayı yerine getirmenin borçlunun hayatını veya sağlığını tehlikeye atacak derecede aşırı külfetli olması, alacaklının aynen ifa ile elde edeceği menfaate nazaran yapılacak masrafın aşırı olması gibi hallerde MK md. 2

25 **Oğuzman/Öz**, sf. 385 vd.'da bu kuralın bazı istisnalarından bahsetmektedir: tarafların anlaşması veya bir kanun hükmü gereğince alacaklıya aynen ifadan başka bir talepte bulunma yetkisi sağlanmış olması, aynen ifa talebinde ısrar etmenin MK md. 2'ye aykırılık teşkil etmesi, aynen ifa talebinin sona ermiş olması gibi. Bunun yanı sıra aynen ifa talebi ancak sözleşmeden kaynaklanan asli borçlar için kullanılabilir; yan borçlara aykırılık halinde aynen ifa talebi ileri sürülmez.

26 **Oğuzman/Öz**, sf. 383; **Serozan**, §17, N.6.

27 **Oğuzman/Öz**, sf. 380; **Serozan**, §11, N.2; **Baçoğlu**, sf. 154.

28 **Serozan**, §1, N. 7. Yazara göre aynen ifanın talep edilmesi, alacaklının borçluyu dövmekten ziyade üzümlü yeme amacına daha uygundur.

29 **Oğuzman/Öz**, sf. 440 vd.; **Baçoğlu**, sf. 150 vd.

gereğince; alacaklının ifadan vazgeçip ifa yerine tazminat istediği ya da sözleşmeden döndüğü hallerde ve sözleşmeden doğan bazı yan borçlara aykırılık hallerinde aynen ifaya hükmedilmez.

Borcun gereği gibi ifa edilmediği haller arasında şöyle bir farktan bahsedilebilir: Alacaklı bu hallerden sadece temerrüt durumunda gecikmiş ifayı kabule mecbur tutulabilir. Diğer gereği gibi ifa etmeme hallerinde ise, borçlunun kötü ifasını kabule mecbur olmayan alacaklı, bunu reddetme hakkına sahiptir; bu ihtimalde borç hiç ifa edilmemiş kabul edilecektir³⁰. Örneğin, borç olandan başka birşeyin (*aliud*) tesliminde, alacaklı böyle bir teslimi kabul etmeye zorlanamayacak, borçlu borcunu hiç ifa etmemiş gibi kabul edilecek ve alacaklı sözleşmede kararlaştırılan şeyin kendisine tesliminde ısrarcı olabilecektir.

Borca aykırılığın zaman açısından gerçekleştiği temerrüt ile ilgili düzenlemeler incelendiğinde, burada temel talebin aynen ifa olduğu tespit edilebilir. Gerçekten de BK md. 118 hükmü temerrüde düşen boçluyu borcun *geç ifasından* dolayı sorumlu tutmaktadır. Bu hükme göre, temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmede kusurluysa alacaklının geç gerçekleştirilen ifadan kaynaklanan zararını gidermekle de yükümlüdür. Buradan çıkan sonuç, borçlunun ilk aşamada aynen ifa ile yükümlü olduğudur. Alacaklının, ifa *yerine* bir tazminat talep edilebilmesi ancak özel şartların mevcudiyetinde mümkün olmaktadır. Buna göre, tam iki tarafa borç yükleyen (sinallagmatik) sözleşmelerde temerrüde düşen tarafa borcu ifa etmesi için uygun bir süre vermek suretiyle ifa yerine müspet tazminat veya sözleşmeden dönerek³¹ menfi tazminat talep etme imkanları alacaklıya tanınır (BK md. 125). Ancak, burada bile borçluya aynen ifada bulunmak için bir son şans verildiği gözden kaçmamalıdır. Nitekim, BK md. 123/f.1’de bu husus ifadesini “... *borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir...*” şeklinde bulur. Bunun yanı sıra, BK md. 125/f.1 hükmü de alacaklıya “*her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkını*” tanımıştır³². Bu açıdan, BK md. 124 gereği borçluya süre verilmesini gerektirmeyen hallerin mevcudiyeti dahi alacaklının taleplerini değiştirmez.

30 Oğuzman/Öz, sf. 379.

31 6098 s. Türk Borçlar Kanunu bu açıdan bir yenilik getirmiş ve md. 126’da ifasına başlanmış sürekli sözleşmelerde, alacaklıya sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğramış olduğu zararın tazminini talep etme imkanını da sunmuştur. 818 s. Borçlar Kanunu sürekli sözleşmelere yönelik düzenlemeler içermediğinden doktrin ve uygulamada kabul edilen şekliyle bir düzenlemenin yeni kanunda yer alması isabetli olmuştur.

32 Oğuzman/Öz (sf. 496), bu hususta alacaklının gecikmiş ifa ile birlikte gecikme tazminatını istemesi bakımından ifa talebinin bir özelliği olmadığını, alacaklının ifayı talep etmesinin muaccel alacağın normal hükmü olduğunu ifade etmektedir.

Bir başka ifadeyle, alacaklı, süre vermenin anlamsız kalacağı bir halde dahi, dilerse aynen ifayı talep etmeye devam edebilir.

Borçlu, alacaklı tarafından kendisine verilen uygun süre içerisinde ya da alacaklının talebi üzerine bu süre sona erdikten sonra dahi sözleşme ile üstlendiği borcunu ifa ederse, artık alacaklının anılan taleplerde bulunabilmesi söz konusu olmaz. Alacaklı, böyle bir durumda yapılan ifayı kabul etmek mecburiyetindedir. Nitekim, BK md. 125/f.2 hükmünde alacaklının uygun süre sonunda borcun ifası ve gecikme tazminatı talep etme hakkından vazgeçtiğini *hemen* bildirmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Buradan da anlaşılabileceği üzere, temerrüt halinde borçlu esas olarak aynen ifa ile sorumlu tutulmaktadır. Bundan başka bir talepte bulunacak alacaklının derhal harekete geçmesi ve açıkça bu ifayı istemediğini bildirmesi gereklidir.

B. Satım sözleşmesi hükümleri çerçevesinde³³

1) Satıcının malı teslim borcu

Borçlu temerrüdünde genel kural böyle olmakla birlikte, BK md. 212 bu açıdan özel bir düzenleme içerir. Satım sözleşmesi kapsamında, satıcının temerrüde düşmesi halinde md. 212/f.1 hükmü genel hükümlere gönderme yapsa da, ticari satışlar için genel hükümlerden ayrılan bir düzenleme getirildiği maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında görülür. Gerçekten md. 212/f. 2, zilyetliğin devri için belirli bir süre konulmuş olan ticari satışlarda, satıcının temerrüde düşmesi halinde alıcının ilk talebinin borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesine yönelik olduğunu ifade etmektedir. Buna bağlı olarak, alıcının satılanın devrini talep edebilmesi için, belirlenen sürenin sonunda bu talebini hemen satıcıya bildirmesi gerekecektir (BK md. 212/f.3). Görüldüğü üzere, ticari satımlarda satıcının teslim borcu için öngörülen sistem, genel hükümlerde öngörülen sistemin tam tersidir³⁴. Verilen uygun sürenin bitiminde alıcının hiç ses çıkartmaması onun aynen ifayı istediğini değil, fakat bundan vazgeçerek ifanın yerine getirilmemesi nedeniyle doğan zararın tazminini istediği yönünde bir karine oluşturur³⁵. Bu yaklaşım, esas itibarıyla

³³ Çalışmamız CISG'nin Türk Hukuku ile bir karşılaştırması olduğundan Borçlar Kanunu kapsamında özel düzenlemeye konu olan sözleşmelerden yalnızca satım sözleşmesi inceleme konusu yapılmış; diğer özel borç ilişkilerinin temerrüde yönelik hükümleri çalışma kapsamına dahil edilmemiştir.

³⁴ **Tercier/Favre**, N. 620.

³⁵ **Haluk Tandoğan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Tümü yeniden işlenmiş ve genişletilmiş dördüncü bası, Ankara 1985, sf. 134; **Serozan**, §17; N. 20.

yukarıda ele alınan *common law* sistemindeki yaklaşıma benzer ve aynı ihtiyaca cevap verir.

BK md. 212 anlamında ticari satım, sadece TTK kapsamında ele alınan satım ilişkilerinden ibaret değildir. Aynı zamanda, satılan şey çeşidinden malların satımını meslek konusu edinmiş kişiler arasındaki satım sözleşmeleri ile alıcının şeyi tekrar satmak veya kiraya vermek suretiyle kar elde etmek amacını taşıdığı satım sözleşmeleri de bu anlamda ticari satım olarak nitelendirilecektir³⁶. Ticari satım, niteliği gereği sürat gerektirir; bu nedenle genel temerrüt rejiminin uygulanması amaca hizmet etmeyebilir. Bu nedenle ticari satımda taraflar bir vade belirlemiş olursa, bu vadenin kesin vade olduğu kabul edilir. Bunun için tarafların, vadenin bu niteliği üzerinde ayrıca anlaşmış olmaları aranmaz; bir karine olarak kabul edilir³⁷. Böylelikle, alıcı, aralarındaki anlaşmanın kesin vadeli olduğunu ispat etme ya da ayrıca uygun bir süre tanıma mecburiyetinde kalmadan, süratle, temerrütten kaynaklanan haklarını kullanabilir. Aynı nedenle, alıcının ilk kullanacağı hakkının da ifadan vazgeçip tazminat talep etme olacağı kanun koyucu tarafından öngörülmüştür. Alıcı, tekrar satarak kar etmek amacıyla aldığı malları vakit geçirmeden bir başka yerden temin etme yoluna gidebilmelidir. Kanun koyucu bu ihtimalde alıcının aynen ifaya yönelik bir menfaati olmadığını öngörerek, ilk talebin tazminata yönelik olacağı karinesini kabul etmiştir. Alıcının, bu nedenle, farklı bir talebi olduğunu mutlaka ve vakit geçirmeden belirtmesi gereklidir³⁸. Alıcının, ifa talebinde ısrar etmesi aynı zamanda, vadenin alacaklı açısından kesin vade olarak kabul edilmediğini de gösterir³⁹.

Ticari olmayan, alelade satım sözleşmelerinde ise, genel temerrüt rejimi uygulanır. Bu anlamda, satıcının temerrüde düşmesi için alıcının ihtarına ih-

36 **Tandoğan**, sf. 131; **Cevdet Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'na göre güncellenmiş ve yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2012, sf. 54. Bununla birlikte, TTK anlamında ticari kabul edilecek bazı satımlar, Borçlar Kanunu açısından alelade satım olarak kabul edilebilir. Bu anlamda, bir tacirin malı tekrar satmak için değil de özel ihtiyacı için satın alması halinde bu satışın ticari olmadığı kabul edilir. Bkz. **Tandoğan**, sf. ; **Yavuz**, sf. 54. Ticari satım kapsamına hangi işlemlerin girebileceği hususunda çeşitli görüşler için bkz. **Alper Gümüş**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012, sf. 51 vd.

37 **Tandoğan**, sf. 133; **Yavuz**, sf. 54; **Gümüş**, sf. 53; **Tercier/Favre**, N. 618. Tabii olarak, taraflar bunun aksini kararlaştırabilirler.

38 **Tandoğan**, böylelikle alıcının satıcı aleyhine spekülasyon yapması ihtimalinin önlenmiş olduğunu ifade etmektedir: **Tandoğan**, sf. 136. Bununla birlikte, alıcının ilk başta ses çıkarmamakla birlikte, sonradan satıcı ile anlaşması ve ona bir uygun süre vererek BK md. 125'deki haklarını kullanmasına bir engel yoktur. Bkz. **Yavuz**, sf. 55.

39 **Tercier/Favre**, N. 620.

tiyaç olduğu gibi, alıcının aynen ifa dışındaki haklarını kullanabilmesi için de uygun bir süre tayin etmesi gereklidir. Bir başka ifadeyle, kanun koyucu, alıcının malı kar etmek için değil de, kendi kullanmak için elde etmek isteyen alıcının menfaatinin aynen ifada olduğunu kabul etmiştir. Böylelikle, alıcının ilk tercihi, gecikmiş bile olsa malın teslimini sağlamaya yönelik olacaktır.

2) Alıcının satış bedelini ödeme borcu

Aynen ifa talebi hem cins borçları hem de parça borçları için söz konusu olabileceğinden, alacaklının malın teslimine yönelik talebi gibi satıcının paranın ödenmesine yönelik talebi de aynen ifa kapsamında değerlendirilebilir.

Alıcının, satım sözleşmesi kapsamında asli edimi satış bedelini ödeme-
dir⁴⁰. Satış bedeli ise, her zaman bir miktar paradır⁴¹. Para, esas itibarıyla her zaman işe yarayacak bir edim konusudur⁴². Bu anlamda, satıcının her zaman aynen ifaya menfaati olacaktır. Bu nedenle, alelade satım ya da ticari satım olduğuna bakılmaksızın, satıcının genel hükümlere göre temerrüde bağlı haklarını kullanması mümkün olacaktır. Alıcının satış bedelini ödemesindeki özellik, satışın türünden ziyade ödemenin yapıldığı anda alıcının malı teslim almış olup olmadığından ileri gelir. Buna uygun olarak, kanun koyucu BK md. 235’de satış bedelinin peşin ödenmesi gereken hallere özel bir düzenleme getirmiştir. Peşin ödeme halinde, satılan şey satış bedeli ödendikten sonra veya ödeme anında teslim edilecektir. Böyle bir satımda, satış bedeli ödenmediği takdirde, satıcının BK md. 235/f.1 gereğince derhal sözleşmeden dönme imkanı doğacaktır. Ancak, bu imkanı kullanması derhal alıcıyı keyfiyetten haberdar etmesine bağlıdır (BK md. 235/f.2). Anlaşıldığı üzere, BK md. 235 düzenlemesinin genel hükümlerden ayrıldığı husus ayrıca mehil tayini gerekmeden satıcının sözleşmeden dönmesine olanak tanımasıdır. Satıcının dönme isteğini derhal bildirmesindeki amaç ise, yukarıda ifade edildiği üzere, alıcının ediminin para olması sebebiyle geç de olsa ifasının bir anlam taşıyacak olmasıdır. Bu nedenle, satıcının sessiz kalması, geç de olsa bu edimi elde etmek istediği izlenimini yaratabilir⁴³. Aynı şekilde, veresiye satımlarda, mal

40 Bunun yanı sıra alıcının malı teslim alma borcundan da bahsedilebilir, bu yönde bkz. **Gümüş**, sf. 142. Fakat konumuz açısından teslim alma borcunun bir özelliği bulunmamaktadır. Nitekim, **Gümüş** de, sf. 143’de, yollama satışında işin doğası gereği alıcının teslim almadan kaçınmasından bahsedilemeyeceğini ifade etmiştir.

41 **Tercier/Favre**, N. 936, 937.

42 **Tandoğan**, sf. 213.

43 **Tercier/Favre**, N. 983.

zaten alıcının elinde olduğundan, satıcının bunun karşılığında satış bedelini talep etmesi makul bir beklentidir. Bu nedenle, satıcının sözleşmeden dönme hakkı kural olarak yoktur. Bu hak, ancak, satıcının BK md. 235/f.3 gereğince, dönme hakkını açıkça sözleşmede saklı tutmuş olduğu halde kabul edilecektir.

III – Antlaşma’da aynen ifa kavramı

Antlaşma genel olarak ifa engelleri konusunda *common law* sisteminden etkilenmiş olsa da, tarafların sözleşmeyi kurarken elde etmeyi amaçladıkları asıl sonuca ulaşmalarına imkan verecek aynen ifa talebini ilk sıraya yerleştirmiş ve böylelikle, bu açıdan, Kıta Avrupası sistemini benimsemiştir. Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, Antlaşma kapsamında, md. 46 alıcı açısından, md. 62 ise satıcı açısından aynen ifa taleplerini düzenlemiş bulunmaktadır.

A – Satıcının malı teslim borcu

Antlaşma kapsamında satıcının yükümlülükleri⁴⁴ md. 30 vd. düzenlenmiştir. Buna göre, satıcı sözleşmeye ve Antlaşmaya uygun olarak malların teslimi, mallara ilişkin belgelerin teslimi ve malların mülkiyetinin nakli borçları altındadır. Bunun yanı sıra, sözleşmede ayrıca kararlaştırılan diğer borçlar varsa, bunlar da yerine getirilecektir. Antlaşma, md. 45⁴⁵ ise, bu borçlara aykırılığın sonuçlarını düzenlemektedir. Bu madde gereğince satıcının zikredilen yükümlülüklerden herhangi birine yönelik aykırı davranışı, yaptırım uygulanmasını gerektirir. Borçlar Kanunu sisteminin aksine, Antlaşma kapsamında asli edim – yan edim ayrımı yapılmaz⁴⁶. Bu nedenle, herhangi bir yükümlülüğe aykırılık yaptırım uygulanması için yeterlidir. İşte md. 46’da düzenlenen

44 Bu yükümlülükler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, sf. 131 vd.; **Ercüment Erdem**, “Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu”, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, sf. 107 vd.

45 Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlâli Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukukî İmkânlar Madde 45: (1) Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmese, alıcı:

(a) Madde 46 ilâ 52’de öngörülen haklarını kullanabilir.

(b) Madde 74 ilâ 77’de öngörülen tazminatı talep edebilir.

(2) Alıcı diğer hukukî imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez.

(3) Alıcı, sözleşmenin ihlâl edilmesi halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan birine başvurduğu takdirde, satıcıya, bir mahkeme veya hakem tarafından ek süre tanınamaz.

46 **Atamer**, CISG, sf. 242; **Huber**, sf. 273.

imkanlar da bu kapsamdadır⁴⁷. Satıcının burada düzenlenen yükümlülüklerinden herhangi birine aykırı davranması halinde, alıcı sahip olduğu hakları ve bu kapsamda aynen ifa talebini ileri sürebilir.

Aynen ifa talebinin md. 46/f. 1 doğrultusunda ileri sürülebilmesi için, satıcının yükümlülüklerine aykırılık dışında bazı şartların bir arada bulunması gereklidir. Bunlardan ilki, edimin halen var ve ifasının mümkün olmasıdır. Antlaşma kapsamında, imkansızlık hali özel bir düzenlemeye tabi tutulmamıştır⁴⁸. Bununla birlikte, edimin ifasının imkansız hale gelmesi karşısında, tıpkı Borçlar Kanunu sisteminde olduğu gibi, Antlaşma kapsamında da aynen ifa talep edilemez⁴⁹. Böyle bir talep, mantık kurallarına aykırı olduğu gibi, Antlaşma md. 7/f.1’de öngörülen ticaret hayatındaki dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz⁵⁰.

Antlaşma md. 46/f. 1 alıcının aynen ifa talebiyle bağdaşmayan bir hukuki imkandan⁵¹ yararlanmamış olmasını beklemektedir. Bu kapsamda alıcının ay-

47 Madde 46: (1) Alıcı, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir; meğerki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukukî imkândan yararlanmış olsun.

(2) Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması ve 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilir.

(3) Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı, satıcıdan sözleşmeye aykırılığın onarım yoluyla giderilmesini isteyebilir; meğerki tüm koşullar gözönüne alındığında bu, makul olmayan bir talep oluştursun. Onarım talebi 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde yöneltilmelidir.

48 İmkansızlık sadece, md. 79 kapsamında bir sorumluluktan kurtulma hali olarak değerlendirilmiştir; bir diğer ifadeyle sadece borcunu ifa etmeyen tarafın tazminat ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldıracaktır. Fakat maddenin 5. fıkrasında açıkça belirtildiği üzere diğer talepler varlığını sürdürür. Tabii bu kapsamda aynen ifa talebi artık sona erecektir.

49 **Huber**, sf. 274; **Baçoğlu**, sf. 229; **Atamer**, imkansızlık halinin alıcının talebinin doğal sınırı olduğundan bahsetmektedir. Bkz. **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, sf. 370. Madde 46/f.1 ile ilgili açıklamalarda da, bu şekilde bir kabul vardır. Bkz. 2012 UNCITRAL Digest art. 46 <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-46.html#7>

50 Bu konuda teorik tartışmalar oldukça çeşitlidir. Bir görüş, imkansızlık halinde Antlaşma md. 28 gereği iç hukuk kurallarına gönderme yaparak sorunu çözmeyi tercih etmiştir (bkz. **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, sf. 371 dpn. 470’de anılan yazarlar, ayrıca bkz. **Huber**, sf. 274 dpn. 24’de anılan yazarlar). Baskın görüş ise, md. 28’in uygulanmasının yeknesak bir düzen için tehlikeli olduğu ve çözümün Antlaşma içinde bulunması gerektiği yönündedir (Bkz. **Atamer**, Satıcının Sorumluluğu, sf. 371, dpn. 472’de anılan yazarlar). Bu nedenle, bir görüş Antlaşma md. 79/f.5’i sınırlamak için md. 7/f.2 ve UNIDROIT ilkelerinden yararlanırken, bir görüş ise, md. 7/f. 1’e dayanmaktadır (bkz. **Atamer**, Satıcının Sorumluluğu, sf. 371, dpn. 474 - 475’de anılan yazarlar).

51 Bu taleplerle ilgili bkz. **Huber**, sf. 272; **Baçoğlu**, sf. 224.

nen ifayla bağdaşmayacak talepleri arasında özellikle ve ilk başta sözleşmeden dönme talebi akla gelmektedir. Satıcının hiç ifa etmediği bir olasılıkta esasen alıcının bundan başka bir talebi de yoktur⁵². Alıcı, bu talebiyle, menfaatinin malın aynen teslimine yönelik olmadığını; bir başka ifadeyle, başka şekilde tatmin edilebileceğini ortaya koymuş olur. Böyle bir durumda ise, aynen ifaya hükmedilmez. Nitekim, alıcının aynen ifa talep edebilmesinin bir başka şartı, aynen ifaya olan menfaatinin devam etmesidir. Menfaati devam etmiyorsa, alıcı ya başka bir haktan faydalanacak ya da tazminata hükmedilecektir.

Alıcının aynen ifa talebini açıkça belirtmiş ve bunu satıcıya yöneltmiş olması gereklidir⁵³. Bu talebin de md. 46/2 ve 3. fıkralardaki gibi makul süre içinde yapılmış olması gerekir. Bununla birlikte md. 47’de yer alan ek sürenin tanınması bir şart olmamakla birlikte, alıcı açısından faydalı olabilir⁵⁴. Eğer bu süre tanınmış olur ve satıcı süre sonunda hala ifada bulunmazsa, artık sözleşme ihlalinin ağırlığı dikkate alınmadan alıcı sözleşmeden dönme imkanını kullanabilir. Fakat, böyle bir sürenin verilmiş olması, md. 47/f.2 gereğince, sürenin sonuna kadar, alıcının sahip olduğu hukuki imkanlardan yararlanmasını engelleyecektir.

Alıcının aynen ifa talebini kullanması için gereken tüm şartlar oluşmuş olsa bile, eğer taraflar sözleşmeyle bu haktan vazgeçmiş olursa, yine aynen ifa talep edilemeyecektir. Bu nedenle, tarafların aralarındaki bir anlaşmayla aynen ifa talebini devre dışı bırakmamış olmaları gerekir.

Antlaşma, yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, Borçlar Kanunu sisteminden farklı olarak “sözleşmenin ihlali”nden bahsetmektedir; ihlalin ne şekilde gerçekleştiği, bu arada kusur durumu, hiç dikkate alınmamıştır bu düzenlemede. Dolayısıyla, hem hiç ifa etmeme hem de gereği gibi ifa etmeme hallerinde md. 46 hükmü uygulanabilir. Antlaşma md. 46/f.1 anlamında, aynen ifa talebinin bir asli talep olarak kullanılması, ancak, satıcının hiç ifa

52 **Huber**, bundan başka, satış bedelinin tenzili veya tazminat talep eden alıcının da artık aynen ifaya hükmedilmesini isteyemeyeceğini ifade etmektedir. Bunun nedeni, yazarın değerlendirmesini sadece md. 46/1 kapsamında yapmamasıdır (bkz. **Huber**, sf. 272).

Ayrıca, alıcının malın onarılması ya da ayıptan ari misli ile değiştirilmesine yönelik talepleri geniş anlamda aynen ifa talebinin içinde değerlendirilir. Bkz. yukarıda dpn. 4 ve ona bağlı metin. Ancak, bu durumda aynen ifa talebi asli talep niteliğini kaybedecektir. Bkz. **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, sf. 370.

53 Bkz. 2012 UNCITRAL Digest art. 46 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-46.html>)

54 **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, sf. 369; **Baçoğlu**, sf. 226.

etmemesi halinde devreye girer⁵⁵. Satıcının, md. 35’de yer aldığı şekliyle malları teslim borcunu gereği gibi ifa etmemesi, örneğin ambalajın sağlam yapılmaması veya malların numuneye uygun olmaması gibi haller neticesinde ise, md. 46/f. 2 ve 3 uygulanır. Bir başka ifadeyle, ifa gerçekleşmiş fakat uygun ifa gerçekleşmemişse ve bu durum esaslı bir ihlal teşkil ediyorsa, alıcı artık diğer imkanlardan yararlanır. Bu kapsamda, alıcının malların yenisi ile değiştirilmesi talebi veya ayıbın giderilmesi talebi, bir tali ifa talebi olarak karşımıza çıkacaktır⁵⁶. Böylelikle, Antlaşma çerçevesinde sözleşmede kararlaştırılan başka bir mal verilmesi, yani *aliud* ifa halinde, Borçlar Hukuku düzenlemesinden farklı olarak hiç ifa etmeme değil, uygun olmayan ifadan bahsedilir. Şu halde, *aliud* ifa halinde, aynen ifa talebi md. 46/f.1 gereği asli talep değil, md. 46/f.2 gereği ikame mal teslimi kapsamında bir tali talep olarak ileri sürülür⁵⁷.

Bunun yanı sıra, kısmi ifa halinde, eksik kalan kısmın teslimini talep etmek de aynen ifa talebi olarak değerlendirilebilir. Burada, eğer satıcı ve alıcı teslim anında durumu biliyorsa, yani satıcı sözleşmede kararlaştırılan daha az mal verdiğini bilerek hareket etmiş, alıcı da bunu bilerek kabul etmiş ve eksik kısma ilişkin haklarını da saklı tutmuşsa, alıcının eksik kısma yönelik ifa talebi bir asli talep olarak değerlendirilmek gerekir. Fakat eğer gizli eksik varsa, yani satıcı borcunun tamamını ifa etmek maksadıyla hareket etmiş ise, yapılan ifa uygun olmayan ifa kapsamına girer ve alıcı md. 46/f.2 gereğince eksik kısma yönelik tali ifa talebinde bulunur⁵⁸.

B – Alıcının Satış Bedelini Ödeme Borcu

Antlaşma kapsamında alıcının yükümlülükleri, md. 53 kapsamında semeni ödemek ve malları teslim almak şeklinde belirlenmiştir⁵⁹. Bu yükümlü-

⁵⁵ **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, sf. 369.

⁵⁶ **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, sf. 374 vd.

⁵⁷ **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, sf. 366. **Erdem**, bu halde satıcının teslim borcunu ifa etmiş olmayacağını söylemektedir. Bkz. **Erdem**, sf. 112.

⁵⁸ **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, sf. 367.

⁵⁹ Biz, bu çalışmada özellikle alıcının satış bedelini ödeme borcunu ele alıyoruz. Bunun nedeni, alıcının malı teslim almaması neticesinde, özellikle Antlaşma kapsamındaki sözleşmelerde, satıcının aynen ifa talebinin fazla bir anlam ifade etmeyecek oluşudur. Malı teslim almak istemeyen alıcı karşısında satıcı, özellikle de henüz satış bedelini de elde etmemişse, büyük çoğunlukla sözleşmeden dönme ve tazminat talep etme yoluna gidecektir. Nitekim md. 62’ye yönelik UNCITRAL açıklamasında da bu husus belirtilmiştir. Bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-62.html>. Ayrıca bkz. **Fabio Bortolotti**, Remedies available to the seller and seller’s right to require specific performance (Articles 61, 62 and 28), 25 Journal of

lülere aykırılığın sonuçları⁶⁰ md. 61’de ele alınır. Burada kullanılacak ilk imkan madde 62’de “*Satıcı alıcıdan semeni ödemesini, malları teslim almasını veya diğer yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu taleplerle bağdaşmayan bir hukuki imkândan yararlanmış olsun.*” demek suretiyle alıcının haklarına paralel şekilde düzenlenmiştir⁶¹. Görüldüğü gibi, satıcının da ilk talebi aynen ifaya yöneliktir. Bu açıdan, yukarıda satıcının yükümlülükleri açısından söylediklerimiz burada da geçerlidir. Alıcının bedel borcu nakit bir miktarın ödenmesi olabileceği gibi, kaydi bir ödeme yolu seçilmiş ve bir akreditif açılması da kararlaştırılmış olabilir. Bu son halde, alıcının bu akreditifi açtırmaması da md. 62 kapsamında borca aykırılık teşkil eder⁶².

Aynen ifa talebiyle bağdaşmayacak talepler açısından, burada da dönme imkanından bahsedilir. Bunun yanı sıra, md. 63/f. 2 gereğince, satıcının alıcıya ödemede bulunması için makul bir süre vermiş olması durumunda, md. 63/f.3 satıcının bu verilen süre zarfında, alıcının açıkça yükümlülüklerini ifa etmeyeceğini bildirmediği sürece, sahip olduğu hiçbir hukuki imkana başvuramayacağını düzenlemiştir.

C - Aynen ifa talebinin kısıtlanması

Antlaşma kapsamında aynen ifa talebi konusunda getirilmiş bir kısıtlama olduğundan bahsetmek mümkündür.

Antlaşma 28. maddesinde “*Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür.*” hükmünü öngörmüştür.

Law and Commerce (2005-06), sf. 338 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bortolotti.html>).

60 Sözleşmenin Alıcı Tarafından İhlali Halinde Satıcının Sahip Olduğu Hukukî İmkânlar Madde 61 (1) Alıcı sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse, satıcı:

(a) Madde 62 ilâ 65’te öngörülen hakları kullanabilir.

(b) Madde 74 ilâ 77’de öngörülen tazminatı talep edebilir.

(2) Satıcı diğer hukuki imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez.

(3) Satıcı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde sahip olduğu hukuki imkânlardan birine başvurduğu takdirde, alıcıya, bir mahkeme veya bir hakem tarafından ek süre tanınmaz.

61 2012 UNCITRAL Digest art. 62 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-62.html>)

62 Bortolotti, sf. 335.

Bu hüküm, iki sistem arasında uzlaşma sağlamak ve özellikle *common law* uygulamacılarının kendilerini rahat hissederek Antlaşma’u benimsemelerini sağlamak amacıyla geliştirilmiş bir ara formülü ifade eder⁶³. Buna göre, Antlaşma’nın 28. maddesi gereğince aynen ifaya hükmedilmesi ancak uyumsuzluk konusunda karar verecek hakimin tabi olduğu hukuk buna cevaz verirse mümkün olmaktadır; hakim, kendi hukukuna göre Antlaşma’un uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmeleri için aynen ifaya hükmetmeyecekse, Antlaşma’nın uygulama alanına giren sözleşmelerde de aynen ifaya hükmetmeyecektir.

28. madde’ye yönelik açıklamalarda “aynen ifa” denildiğinde, karşı tarafı sözleşmede üstlendiği edimleri yerine getirmeye zorlayan bir mahkeme kararından bahsedilmektedir. Bu kapsamda, alıcının satıcıyı malı teslim etmeye zorlaması ya da satıcının alıcıyı satış bedelini ödemeye zorlamasının yanı sıra, örneğin Türk Hukuku’nda malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi ya da tamir edilmesi de girecektir. Oysa, bu imkanlar *common law* sistemine yabancısıdır. Antlaşma da md. 46/f. 2 ve f.3’de buna benzer imkanlar getirdiğine göre, aynen ifa talebi kapsamında bu imkanların uygulanması *common law* ülkelerinde uygulanması md. 28 kapsamında sorun yaratmaya müsait görünmektedir⁶⁴. Alıcının, özellikle satış bedelini ödeme borcu bakımından ise, hangi sistemde olursa olsun, her hakim malı teslim alan alıcıyı bunun bedelini ödemeye mahkum edeceği için, satıcının bedele yönelik aynen ifa talebi alıcının aynen ifa talebine göre daha rahat karşılanmaya müsaittir⁶⁵.

28. madde kapsamında dikkat edilmesi gereken bir başka ifade, “hakimin hukuku” ifadesidir. Hakimin hukuku davanın görüldüğü yerle alakalıdır ve bu hukuk sözleşmenin esasına uygulanan hukuktan farklı bir sistemi ifade edebilir. Genel olarak kabul edilen, burada *lex fori*’nin uygulanması gerektiğidir⁶⁶. Bu tespitten bir adım sonra ortaya çıkacak sorun *lex fori*’ye bu şekilde yapılan atfın usul hukukuna mı yoksa maddi hukuka mı yapılmış olduğu sorunudur.

⁶³ Bkz. 2012 UNCITRAL Digest of article 28 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-28.html>); **Atamer**, CISG, sf. 263; **Huber**, sf. 272; **Baçoğlu**, sf. 235; **Alejandro M. Garro**, Reconciliation of Legal Traditions in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, sf. 458, 23 International Lawyer (1989) <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/garro28.html>

⁶⁴ Bu hususla ilgili bkz. **Fitzgerald**, sf. 296 ve orada anılan yazarlar.

⁶⁵ **Bortolotti**, sf. 336. Yazar, dpn. 13’de, UCC §2-709 örneğinden yola çıkarak, *common law* ülkelerinde bile mal teslim edildikten sonra normal olarak alıcının bedeli ödemesine yönelik hüküm verileceğini ifade etmektedir.

⁶⁶ Bu yönde **Baçoğlu**, sf. 237, ayrıca dpn. 71’de anılan yazarlar.

Burada da çeşitli görüşler bulunmakla birlikte, md. 28 hükmünün amacı da göz önünde bulundurularak, hükmü dar yorumlamak gerektiği sonucuna varılabilir. Böylelikle, milli hukuktan kaynaklanacak ve aynen ifa talebini sona erdirebilecek itirazların doğmasına izin vermemek ve Antlaşma kapsamında doğduğu kabul edilen bir hakkın ayakta tutulmasına müsaade edecek bir yorumu tercih etmek yerinde olacaktır⁶⁷. Esasında, hükmün amacından da bu sonuca varmak mümkündür. 28. madde bir uzlaşma hükmü olduğuna göre, amaç, bir *common law* hakimini, alışık olmadığı bir hüküm vermeye zorlamaktır⁶⁸. Bununla birlikte, hakim dilerse, kendi hukukuna yabancı bile olsa, aynen ifa hükmünü verebilir.

“Anlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer sözleşmeler” kapsamında herhalde ilk olarak iç hukuktaki satım sözleşmeleri anlaşılmalıdır. Özellikle mal arzının sınırlı olduğu piyasalarda yapılan sözleşmelerde aynen ifa önem kazanır. Bu tip sözleşmelerde örneğin, yukarıda⁶⁹ zikredilen UCC §2-716 kapsamında, Amerikan hakimleri sıklıkla aynen ifaya hükmetmektedir. Dolayısıyla, milletlerarası satım sözleşmeleri de bu tip, arzı kısıtlı ve başka yerden temin edilmesi zor veya masraflı olacak mallara yönelik olduğunda, yerel mahkemelerin aynen ifaya hükmedeceği beklenebilir⁷⁰. Fakat, hükmedilecek bir maddi tazminat, karşı tarafın, borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan zararını gidermeye yeterli olacaksa, hakim aynen ifaya yine de hükmetmeyebilir.

İlk bakışta kısıtlayıcı görünen bu hükmün varlığına rağmen, ilginç bir biçimde iki sistem arasındaki fark hemen hemen hiç sorun çıkarmamış ve 28. madde gereğince aynen ifaya hükmedilmeyen bir olayla da karşılaşılmamıştır. Zaten aynen ifa talebi bile yok denecek kadar az karara konu olmuştur⁷¹. Nitekim, aynen ifanın asıl işlevi özellikle belirli ve piyasadan temin edilemeyecek malların ifasında ortaya çıkmaktadır. Böyle bir borç söz konusu olduğunda, aynen ifa alacaklının elindeki en anlamlı imkan olarak karşımıza çıkar ve yu-

67 **Atamer**, CISG, sf. 265; **Başoğlu**, sf. 237 ve dpn. 72’de anılan yazarlar.

68 **Atamer**, CISG, sf. 263; **Başoğlu**, sf.236; **Garro**, sf. 459.

69 Bkz. dpn. 20 ve ona bağlı metin.

70 Bkz. **Fitzerald**, sf. 299 ve orada adı geçen yazarlar.

71 Bu konudaki nadir kararlara örnek olarak bkz. CLOUT case No. 417 [UNITED STATES District Court, Northern District of Illinois, United States, 7 December 1999] (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991207u1.html>). Bu kararda bir Amerikan mahkemesi, yukarıda metinde zikredilen UCC §2-716 gereğince olayda aynen ifaya hükmedilebileceğinden hareketle, davacının aynen ifa talebini kabul etmiştir.

karıda da ifade edildiği üzere *common law* sisteminde de bu halde zaten aynen ifa talepleri kabul görür. Buna karşın, söz konusu mal bir başka satıcıdan tedarik edilebilecek nitelikteyse zaten alıcının aynen ifada ısrarcı olmasının bir anlamı da olmayacaktır. Dolayısıyla, 28. madde hükmü kağıt üstünde, Antlaşma’nın yeknesak uygulaması açısından bir risk yaratsa da, uygulamada böyle bir riskin olmadığını söylemek yanlış olmaz⁷².

IV – Sonuç

Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın kabulüyle birlikte, Türk Hukuku özellikle ifa engelleri açısından yeni bir düzenlemeyle tanışmıştır. Bu düzenleme kapsamında karşılaşılabilecek olan aynen ifa yaptırımı, Antlaşma içerisinde Kıta Avrupası hukuk sisteminin bir unsuru olarak yer aldığından Türk Hukuku’nda hiçbir uygulama sıkıntısı yaşanmayacaktır. Türk Hukuku’nda temel prensip, tarafların borçlarını sözleşmede kararlaştırdığı şekilde ifa etmesi olduğuna göre, kanaatimizce, Antlaşma’nın belki de Türk Hukuku açısından en hissedilmeden uygulanacak hükümleri aynen ifaya yönelik hükümler olacaktır.

72 Bkz. **Atamer**, sf. 264. Bu konuda *common law* sistemi içinde “Kıta Avrupası sistemi adacakları” olarak kabul edilen ve Fransız Medeni Kanunu etkisindeki Louisiana ve Quebec uygulamasını inceleyen **Fitzgerald** da bu sonuca varmaktadır. Bkz. **Fitzgerald**, sf. 311.

KAYNAKÇA

- ATAMER, Yeşim M.:** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005. (*Satıcının Yükümlülükleri*)
- ATAMER, Yeşim M.:** “Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış”, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, sf. 221 – 265. (*CISG*)
- BAŞOĞLU, Başak:** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012.
- ERDEM,ERCÜMENT:** “Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu”, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, sf. 105 – 161.
- GÜMÜŞ, Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2012.
- HUBER, Peter:** “CISG-Sözleşmeye Aykırılık Açısından Alıcının Hakları”, Milletlerarası Satım Hukuku, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, sf. 267 – 285.
- İŞINTAN, Pelin:** Sözleşme Müzakereleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora tezi, İstanbul 2009.
- NOMER, Haluk:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş onüçüncü baskı, İstanbul 2014.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, Gözden geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013.
- SEROZAN, Rona:** İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, gözden geçirilip genişletilmiş 4üncü bası, İstanbul 2006.
- SERT, Selin:** Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013.
- TANDOĞAN, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, Tümü yeniden işlenmiş ve genişletilmiş dördüncü bası, Ankara 1985.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi /AKMAN, Sermet /BURCUOĞLU, Haluk /ALTOP, Atilla:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TERCIER, Pierre:** Le Droit des Obligations, 4e édition, Schultess 2009.

TERCIER, Pierre/FAVRE, Pascal G.: Les Contrats Spéciaux, 4e édition, Schulthess 2009.

YAVUZ, Cevdet: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 6098 s. Türk Borçlar Kanunu'na göre güncellenmiş ve yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2012.

ZIMMERMANN, Reinhard: The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1990.

İnternet üzerinden yararlanılan kaynaklar:

BORTOLOTTI, Fabio: Remedies available to the seller and seller's right to require specific performance (Articles 61, 62 and 28), 25 Lournal of Law and Commerce (2005-06). (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bortolotti.html>).

FITZGERALD, John: "CISG, Specific Performance and Civil Law of Louisiana and Quebec", 16 Journal of Law and Commerce (1997), (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/1fitz.html>).

GARRO, Alejandro M.: Reconciliation of Legal Traditions in the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, International Lawyer (1989) <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/garro28.html>

2012 UNCITRAL Digest art. 28 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-28.html>)

2012 UNCITRAL Digest art. 46 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-46.html>)

2012 UNCITRAL Digest art. 62 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-62.html>)

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçişi

Yard. Doç. Dr. Sabah ALTAY*

GİRİŞ

Borcun ifasının amacı, alacaklının tatmin edilmesi suretiyle borcun sona erdirilmesidir. Alacaklının tatmin edilmesi olarak öngörülen amaç ise, ifa olgusunun borçludan ziyade alacaklı yönünden ele alınması sonucunu doğurmaktadır. Bu bakış açısına bağlı olarak, satış sözleşmesine ilişkin genel düşüncenin, alıcının sözleşmeye uygun, ayıpsız bir satılanın mülkiyetini devralmadığı sürece, satıcıya herhangi bir ödemede bulunmak zorunda olmaması gerektiği yönünde olduğu söylenebilir. Edim ve karşı edim dengesi anlayışının sonucu olan bu düşüncenin, hakkaniyete uygun olduğu da bir gerçektir. Zira, alıcının haklı beklentisi, satıcının borca uygun ifası sonucunda edim sonucuna kavuşmak, yani satılanı eksiksiz ve ayıpsız olarak elde etmektir. Ne var ki, bu çalışmanın konusunu teşkil eden satış sözleşmesinde hasarın geçişi hukukî olgusu; borcun doğumu ile ifası yani satış sözleşmesinin kurulması ile alıcının satılanın mülkiyetini edinmesi arasındaki dönemde, satıcıdan kaynaklanmayan ve sözleşmeye uygun bir teslimi engelleyen bazı maddî vakıaların gerçekleşmesi halinde, satıcının teslim borcundan kurtulması sonucunda alıcıyı satılanı hiç veya sözleşmeye uygun bir şekilde elde etmemiş olmasına rağmen, ifayı talep etme hakkından yoksun bırakabilmekte, bununla da kalmayarak kendi borcu olan karşı edimi yani satış bedelini ödemeye zorlayabilmektedir. Böylece, satış sözleşmesinde¹ hasarın alıcıya geçişi sorunu, alıcının

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

1 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak "satım" yerine "satış" terimi tercih edilmiş, bunun

satılanın mülkiyetini, sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ayıpsız ve eksiksiz bir şekilde elde etme yönündeki ifa menfaatini, sözleşmenin her iki tarafının da sorumlu olmadığı sebeplerle hiç veya gereği gibi elde edememesine rağmen, satış bedelinin tamamını satıcıya ödemek zorunda kalma riskini² ve alıcının hangi andan itibaren bu riski taşımaya başlayacağını belirlenmesini ifade etmektedir. Bu yönüyle konu; satıcının bir yandan aslî edim yükümlülüğünü ifade eden satılanı teslim borcunun ne zaman sona ermiş sayılacağı, diğer yandan da satıcının satılanın kısmen ya da tamamen teslim edilmemesinden veya alıcıya bir şekilde teslim edilmiş satılanın ayıplarından dolayı sorumluluğunun sınırlarıyla yakından ilgilidir. Zira, hasarın alıcıya geçmesi anından itibaren satıcı sözleşmeye uygun bir ifada bulunmuş olmamasına rağmen, söz konusu yükümlülüklerinden tamamen kurtulmuş sayılacak ve alıcı da, sanki satılanı sözleşmeye uygun bir şekilde tam ve ayıpsız olarak teslim almış gibi satış bedelinin tamamını ödemek durumunda kalacaktır. Bu sonuç, satıcının belirli bir andan itibaren satılanın piyasa değerinden yoksun kalma riskini tamamen alıcıya yükleyebilmesi anlamını taşır³.

İlk bakışta adaletsiz gibi gözükse de bu durum, bir yandan teslim borçlusunu satıcının edim yükümlülüğünün bir sınırı olduğu, borcun doğumundan sonra kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle borca uygun bir ifayı gerçekleştirmenin mümkün olmamasına rağmen, sürekli olarak mutlak bir sağlama ve

gerekeceği olarak satımın sözleşmeyi sadece satıcı yönünden ifade ettiği belirtilmiştir. Ne var ki, 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satımları Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde kısaca "Anlaşma" veya "CISG" olarak ifade edilecektir.) kanunlaşan (bkz RG. 7 Nisan 2010, sayı: 27545) çevirisinde "satım" ifadesi kullanılmasının sonucunda, satım hukukuna ilişkin yasal terminoloji açısından uyumsuzluk meydana gelmiştir. Bu çalışmada, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun terminolojisine uygun olarak "satış" kavramı tercih edilmiştir.

- 2 Hasar kavramının özünde, satılan malın satıcının mülkiyetinde olması dolayısıyla, bozulma veya telef olma halinde esasen onun malvarlığında gerçekleşecek olan zarar riskinin, belirli bir andan itibaren alıcıya aktarılması ve böylece alıcının hem satış bedelini ödemek, hem de ayıpsız ve eksiksiz bir satılanın teslimini talep edememe riskiyle (tehlikesiyle) karşı karşıya kalması yatmaktadır. Bu anlayışa paralel olarak hasarın geçişi, İngiliz ve Amerikan Hukuklarında, riskin geçişi, aktarılması anlamında "transfer of risk", İsviçre ve Alman Hukuklarında ise yine "riskin geçişi" veya "riskin taşınması" anlamına gelebilen "Gefahrübergang" veya "Gefahrtragung" kavramlarıyla ifade edilmektedir. Bkz. **Günter HAGER**, Die Gefahrtragung beim Kauf, Frankfurt am Main, 1982, s. 40, vd. Türk hukukunda ise ağırlıklı olarak "hasarın geçişi" ifadesi tercih edilmektedir.

- 3 Hasarın geçişi doktrininin, sözleşmesel edimlere ilişkin olağan kuralların önüne geçtiği yönündeki tespit için bkz. **Michael BRIDGE**, CISG Uyarınca Hasarın Geçişi, Milletlerarası Satım Hukuku, Editör: Yeşim M. ATAMER, İstanbul 2008, s. 197.

sonuç borcu altında bulunmaması gerektiği (edim hasarının geçişi), diğer yandan da - günümüzün modern düzenlemelerinde olduğu gibi ifa eylemlerine dayalı âdil bir hasar dağılımının kanunî veya iradî olarak öngörülmesi şartıyla borçlunun kendi üzerine düşen ifa eylemlerini sözleşmeye uygun bir şekilde gerçekleştirdiği sürece, kendisinden kaynaklanmayan sebeplerle edim sonucu gerçekleşmese dahi, karşı edim alacağını (satış bedelini) talep edebilmesine imkân sağlanmasının âdil olduğu düşüncesiyle açıklanabilir. Gerçekten, borcun doğumu ile ifası arasındaki dönemde, satılanın parça borcu niteliğinde olması nedeniyle borcun doğumu anından veya ayırt edilmek suretiyle bireyselleştiği andan itibaren tarafların sorumluluğu bulunmaksızın meydana gelen bir ifa engelinin (deprem, sel, malın taşındığı geminin batması veya ithalat yasağı gibi hukukî bir engel vs.) varlığı halinde; edimi ifa yükümlülüğünden haklı olarak kısmen veya tamamen kurtulan satıcıya, üzerine düşen edim eylemlerini tamamlamış olması hiç beklenmeksizin, bir de satış bedelinin tamamını talep etme hakkı tanımanın adaletsizliği son derece açık iken (bkz. bu şekilde 818s. BK. m. 183/1); aynı durum sözleşmeden doğan eksiksiz ve ayıpsız mal teslim borcunu yerine getirmek için zaman ve emek harcamış olan, bu konuda edimi ifa için üzerine düşen eylemleri yerinde ve zamanında tamamlamış olan bir satıcı için söz konusu değildir. Zira, böyle bir satıcı, alıcının ifa menfaatini gerçekleştirmek için üzerine düşenleri yapmış fakat engelleyemediği, sorumlu olmadığı tesadüfî bir olay sonucunda, edim sonucunu gerçekleştirememiş, satılanı alıcıya sözleşmeye uygun şekilde sağlayamamıştır. Bu durumda ise, satıcıya satış bedelini talep hakkı tanımanın adaletsiz olmayacağı söylenebilir.

Bu bakış açısına paralel olarak, günümüzde satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçiş ânının belirlenmesi konusunda kabul gören modern anlayış, satıcının teslim yükümlülüğünü borca uygun olarak yerine getirmesine yönelik ifa eylemlerini merkez almaktadır⁴. Bu gelişme, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çalışmalarına da yansımış ve kanun koyucu, 818 sayılı Borçlar Kanunu m. 183'te parça borçları için öngörülen ve hasarın sözleşmenin kurulmasıyla geçmesi sonucunu doğurduğu için doktrinde çokça eleştirilen sözleşme prensibini⁵ terk ederek, bazı

4 **Yeşim M. ATAMER**, Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı- Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK.m.183'ün Farklı Okunması Gerekliği, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan (Kısaltma: Atamer, Oğuzman'a Armağan.), İstanbul 2000, 131-167, s. 153, dn. 82'de anılan yazarlar.

5 Hasarın geçişinde sözleşme prensibinin ve sakıncalarının ayrıntılı açıklaması için bkz. **Turgut AKINTÜRK**, Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 130, vd.; **ATA-**

eksiklikleriyle beraber TBK m. 208 hükmünde hasarın geçişinde teslim prensibini kabul etmiştir. Diğer yandan, bu değişiklikten yaklaşık bir yıl önce, Türkiye’de 1 Ağustos 2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe girmiş olup, tacirler arasında taşınır malları konu edinen uluslararası satış sözleşmelerine doğrudan doğruya uygulanacak olan⁶ ve kısaca CISG olarak ifade edilen Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşmasının 66-70. maddelerinde, hasarın alıcıya geçişine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır ve bu düzenlemelerde de yukarıdaki açıklamalarımıza paralel bir şekilde hasarın alıcıya geçişi, ifa yeri esas alınarak satıcının teslim yükümlülüğüne yönelik edim eylemleri ekseninde ve uluslararası ticaretin gerekleri dikkate alınmak suretiyle düzenlenmiştir. Gerek CISG, gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan bu hükümler dikkate alındığında, son birkaç yıl içinde taşınır malların satışına ilişkin olarak, hasarın geçişi konusunda önemli değişikliklerin gerçekleştiği görülmektedir. Bu çalışmada önce taşınır malları konu edinen ulusal satış sözleşmelerinde hasarın geçişi konusunda uygulanmakta olan TBK 208 hükmü ile getirilen yenilikler ele alınacak, ardından Türk Hukukunda uluslararası satış sözleşmelerinde uygulama alanına sahip olan CISG. 67-70 hükümleri incelenmeye çalışılacaktır.

I. HASAR KAVRAMI, TÜRLERİ ve SATIM SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ SORUNUNA GENEL BAKIŞ

Türk hukukunda hasar kavramının farklı anlamlarda kullanıldığı görülmektedir. Hatta satış sözleşmesi açısından dahi aynı durum söz konusudur. Bununla birlikte, tüm bu farklı kullanımlardaki ortak yön, yukarıda belirtildiği gibi, hasar kavramının bir tehlikeyi, bir riski ifade etmesidir. Bu risk, onu taşıyacak olan kişinin malvarlığında meydana gelebilecek olan azalmaya katlanmak durumunda kalması şeklinde gerçekleşmektedir⁷.

MER, Oğuzman’a Armağan, s. 130, vd.; **Sabah ALTAY**, Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş, İstanbul 2008, s. 118, vd.

6 Nitekim Atamer, haklı olarak bu hükümlerin Borçlar Kanunu’nun satış sözleşmesini düzenleyen TBK.209-236 hükümlerinin altına “Milletlerarası Taşınır Satışı” adı altında eklenmiş gibi düşünülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Yeşim M. ATAMER**, Taşınır Satımı Sözleşmesi, 187-221, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (Kısaltma: Sempozyum), İstanbul 2012, s. 194. Gerçekten, farklı ülkelerde işyerleri bulunan sözleşme taraflarından birinin işyerinin olduğu devlet Anlaşmaya taraf olmasa dahi, milletlerarası taşınır mal satış sözleşmesinden doğan bir uyumsuzluğa uygulanacak hukukun, âkit devlet olan Türkiye’nin Hukuku olduğu hallerde, CISG hükümleri, Türk iç Hukukunun bir parçası ve milletlerarası satışlara uygulanacak kanun hükümleri olarak uygulanacaktır. Bkz. CISG.m.1/1-b.

7 **HAYRUNİSA ÖZDEMİR**, Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Marmara Üni-

En geniş anlamıyla hasar, doğal nedenlerle veya insan iradesinin sonucu olarak eşya üzerinde meydana gelen kırılma, yanma, bozulma, tamamen yok olma (telef olma) gibi olaylardır. Bu olaylar, bir yandan eşya üzerinde meydana gelen olumsuz sonuçları; diğer yandan da bu sebeple söz konusu eşya üzerinde aynî hak sahibi bulunanların, eşyanın yok olması, ya da bozularak değerinin düşmesi sebebiyle doğrudan doğruya uğradıkları zararı ifade ettiği için doktrinde eşyaya ilişkin hasar veya aynî hasar olarak adlandırılmaktadır. Bu yönüyle aynî hasar, herhangi bir borç ilişkisine konu olması gerekmeksizin eşya üzerinde sahip olunan aynî hakka ilişkin olduğundan, eşya hukukunu ilgilendirir ve sözleşme dışı bir görünüm arz etmektedir. Zira bir eşyanın telef olması veya bozulması, o eşya üzerinde sahip olunan mülkiyet hakkının da sona ermesi veya değerinin düşmesi sonucunu doğurduğundan, bu kayba eşyanın malikinin katlanması doğal bir sonuçtur. Bu durum, Roma Hukukundan beri “Hasara malik katlanır (casum sentit dominus/res perit domino)” şeklinde ifade edilmektedir⁸.

Aynı kavram borç ilişkisi yönünden ele alındığında, borcun konusu olan edimin ifasına ve bunun sonucunda elde edilecek edim menfaatine ilişkin bir risk olarak karşımıza çıkar. Buna göre borca ilişkin hasar; borcun doğumu ile ifası arasındaki dönemde, borç ilişkisinin her iki tarafının da sorumlu tutulamayacağı, tesadüfî bir olay sebebiyle borcun sözleşmeye uygun şekilde ifa edilmesinin (borcun ifasının ya da gereği gibi ifasının) imkânsızlaşmasının meydana getirdiği olumsuz sonuçlara taraflardan hangisinin katlanacağını, söz konusu olumsuz sonuçların taraflardan hangisinin malvarlığında doğacağını belirlenmesi sorunudur⁹. Bu tanımdaki hasar olgusu, dar ve teknik anlamda hasar olarak kabul edilmektedir. Satış sözleşmesi yönünden ele alındığında ise, borca ilişkin hasar, satıcının satılanı alıcıya sözleşmede kararlaştırıldığı gibi teslim etme borcunu ifa etmesinin, satıcının ve alıcının sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşmasının olumsuz hukukî sonuçlarına satıcının mı yoksa alıcının mı katlanacağı sorunudur¹⁰.

Borca ilişkin hasardaki bu risk iki yönlü olarak gerçekleşmektedir. Bun-

versitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi-Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, İstanbul 2011, 359-379, s.361.

8 **ÖZLEM SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN**, Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris, İstanbul 2010, s. 25.

9 **PAUL FİLİOS**, Die Gefahrtragung beim Kauf im Rahmen Des Synallagmas, Berlin 1964, s. 3.

10 **Haluk TANDOĞAN**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. I/1, İstanbul 1988, s. 106; **Liliane SIEBER**, Gefahrtragung im Kaufrecht, Zürich 1993, s. 5.

lardan ilki, edim hasarıdır. Edim hasarı, borcun doğumundan sonra, borcun konusu olan edimin ifasının ya da gereği gibi ifasının borçlunun veya alacaklının sorumluluğu bulunmaksızın mümkün olmaması durumunda hangi hukukî sonucun doğacağını belirler¹¹. Burada riskin borçluya ait olacağına karar verilirse, yani “edim hasarına borçlu katlanır” denilirse, borçlu edimi ifa etmekle yükümlü olmaya devam edecek, yani edimi yineleyecek; eğer bu riskin alacaklıya ait olacağına karar verilirse, yani “edim hasarına alacaklı katlanır” denilecek olursa, alacaklı ifa imkânsızlaştığı için artık edimin yerine getirilmesini isteyemeyecektir. Yani borçlu borcundan kurtulmuş olacak, alacaklı edimin ifasını talep etme hakkını kaybedecektir. Edim hasarı bu sebeple, edim borçlusu açısından edimi yineleme, edim alacaklısı açısından da edimden yoksun kalma tehlikesini ifade eder. Edim hasarı, sadece borçlunun ifa edeceği edim yönünden anlam taşımakta olduğundan, kavramsal olarak bir karşı edimin varlığını zorunlu kılmaz,; bu sebeple hem tek tarafa, hem de tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından uygulama alanı bulmaktadır. Satış sözleşmesi açısından edim hasarı, satıcının teslim borcunun ifasının imkânsızlaşması hâlinde, bunun hukukî sonucunun ne olacağı, satıcının halen ifa ile yükümlü tutulup, tutulmayacağını belirler¹².

Edim hasarına kimin katlanacağına yönelik tercih, hukuk mantığının gereği olarak borçludan yana kullanılır, yani edim hasarına alacaklı katlanır. Buna göre borcun doğumu ile ifası arasındaki dönemde borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle edimin borca uygun olarak ifası imkânsızlaşırsa, borç sona erer; zira borçludan imkânsızlaşan edimi ifa etmesi mantiken ve hakkaniyet gereği beklenemez. Nitekim Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarındaki düzenlemeler de bu yöndedir (TBK. 136/1, OR.119/1, BGB §275/1). Buna göre, satış sözleşmesinde teslim borcunun ifası imkânsızlaştığında, genel hükme uygun olarak satıcı da, satılanı teslim ve mülkiyetini alıcıya geçirme borcundan kurtulur yani edim hasarı teslim alacaklısı olan alıcıya geçmiş olur.

Borcun konusunun parça borcu mu, yoksa çeşit borcu niteliğinde mi olduğu, borcun ifası hususunda önem taşıdığı için, hasara katlanılması konusunda da belirleyici rol oynamaktadır. Bilindiği üzere, bir borcun parça borcu mu yoksa, çeşit borcu mu olduğu, misli-gayri misli eşya ayrımından farklı olarak tamamen taraf iradelerine, yani tarafların borcun konusunu nasıl belir-

11 **Tanju Oktay YAŞAR**, *Übergang der Leistungsgefahr bei den Internationalen Kaufverträgen unter Berücksichtigung von Incoterms und WKR*, Ankara 1998, s. 27.

12 **AKINTÜRK**, s. 27; **YAŞAR**, s. 3; **ALTAY**, s. 26.

lediklerine dayanmaktadır¹³. Edim hasarının alacaklıya geçmesi, parça borçlarında sözleşmenin kurulması ânında gerçekleşir. Zira sözleşmenin niteliği ne olursa olsun, taraflarca bireysel özellikleriyle (ferden) ve borcun yegâne konusu olarak belirlenmiş bir şey (34 TD 0563 Plakalı otomobilin kiralınması, 1.10.2003 tarihinde oynanan Chelsea-Beşiktaş maçında futbolcu Sergen Yalçın'ın ilk yarıda giydiği formanın satışı, taraflarca belirlenmiş antika bir vazunun sergilenmesi gibi.) kırılma, yanma, vs. sebeplerle telef olduğunda, artık edimin yinelenmesi mümkün olmaz, ifa imkânsızlaşır. Bununla birlikte, aynı sonuç çeşit borçları için hemen gerçekleşemez. Çeşit borcunun konusu olan edimin, piyasadan tedariki mümkün olduğu sürece (bir adet 2014 model Toyota Corolla otomobil, katalogdan seçilen veya telefonda sipariş edilen bir adet Samsung marka televizyon), ifa imkânsızlığından bahsedilemez. Bu durum “genus non perit” yani “çeşit imkânsızlaşmaz” sözüyle ifade edilmektedir. Bununla birlikte, çeşit borcunda borçlunun sınırsız bir sağlama yükümlülüğü altında olması da âdil görülmemekte, mutlak bir değer sağlama borcu olan para borçları hariç tutulursa (ki gerçek anlamda çeşit borcu olarak kabul edilmemektedir) çeşit borçlarında da, borçlunun ediminin belirli bir andan itibaren bireyselleşerek, somutlaşarak imkânsızlaşabileceği ve böylece borcun sona erebileceği kabul edilmektedir. Bu anlayışın özünde, baskın fikre göre her çeşit borcunun ifa aşamasında, en geç teslim ânında somutlaşarak, parçaya dönüştüğü düşüncesi yatmaktadır¹⁴.

Belirtmek gerekir ki, Türk ve İsviçre Hukuklarında çeşit borcunda edim hasarının geçişine ilişkin bir düzenleme mevcut değilken, Alman Hukukunda

¹³ **Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011, s. 299.

¹⁴ Alman Hukukunda, çeşit borcunun parçaya dönüştüğü anın belirlenmesine ilişkin olarak çeşitli görüşleri ileri sürülmüş olup, bunların başlıcaları Thöl'ün ayırtetme teorisi, Jhering'in teslim teorisi ve Bekker'in ferdileştirme teorisidir. Bu konudaki geniş açıklamalar için bkz. **Christoph BUCHHOLZ**, Konzentration und Gefährübergang, Nürnberg 1986, s. 201, vd; **YAŞAR**, s. 27, vd. BGB'nin 243. Paragraftaki düzenlemesiyle, Jhering'in Ayırtetme Teorisinin yasaca kabul edilmiş olduğu ifade edilmektedir. Açıklamalar için bkz. **VOLKER EMMERICH**, § 243 N. 24 : Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, München 2012, Belirtmek gerekir ki, çeşit borcunun ifa aşamasında parçaya dönüştüğü düşüncesi esasen tartışmalı olup, bununla birlikte, çeşidin parçaya dönüşmediği düşüncesinde olan yazarlar dahi, edim hasarının çeşit borcunun bir aşamadan sonra bireyselleştiğinin kabulünün gerekli olduğunu, bunun ise sadece edim hasarının geçişi açısından anlam taşıdığını ifade etmektedirler. Bu düşünceyi taşıyan yazarlardan bkz. **Joachim GERNHUBER**, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989, s. 219 vd.; **BUCHHOLZ**, s. 45, vd; **YAŞAR**, s. 27, vd. Türk Hukukunda çeşidin mantık gereği ifa aşamasında parçaya dönüşeceği (temerküz edeceği) ve bunun borçlunun yararına olduğu görüşünde **RONA SEROZAN**, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014, §7 N. 4 ve 9.

bu konuda açık bir hükümle düzenleme getirilmiştir. Çeşit borcuna ilişkin genel bir hüküm niteliğindeki BGB § 243 hükmü şu şekilde tercüme edilebilir:

“Çeşidiyle belirlenmiş bir şeyin borçlusu, orta/standart kalitede bir şeyi ifa ile yükümlüdür.

Borçlu böyle bir şeyi ifa için kendisi tarafından yapılması gerekenleri yerine getirdiğinde, borç ilişkisi o şey ile sınırlanır.”

Bu kuralı tamamlayan şekilde, alacaklı temerrüdüne ilişkin genel bir hüküm niteliğindeki BGB § 300/2: *“Çeşidiyle belirli bir şeyin borçlanılması halinde hasar, kendisine teklif edilen şeyi kabul etmeyerek temerrüde düştüğü anda alacaklıya geçer.”* düzenlemesini içermektedir. Böylece hükümde, çeşit borcunda, edim alacaklısının, usulüne uygun olarak kendisine teklif edilen şeyi almayarak alacaklı temerrüdüne düştüğü an itibarıyla hasara katlanacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu iki hükmün birlikte değerlendirilmesinin sonucu olarak, çeşit borcunda hasarın geçtiği an; borçlunun seçmiş olduğu şey üzerinde, edimin ifasına yönelik olarak kendisine düşenleri sözleşmeye uygun olarak yapıp, ifaya yönelik tüm edim eylemlerini tamamladığı andır. Bu tamamlanma ise, borçlunun alacaklının ifayı kabul etmediğinde alacaklı temerrüdüne düşeceği şekilde ifayı teklif etmesi ile gerçekleşir. BGB § 243’e göre aranan somutlaştırma esasen ifanın teklif edildiği anda gerçekleşir. Bununla birlikte Alman Hukukunda BGB §295 uyarınca, alacaklının edimin ifasını kabul etmeyeceğini açıkladığı veya ifanın gerçekleşmesi için kendi üzerine düşenleri yapmadığı, örneğin aranacak borçlarda gidip malı teslim almadığı hallerde, borçlunun sözlü ifa teklifi alacaklı temerrüdünü gerçekleştirebildiğinden, çeşit borcunda hasarın geçmesi açısından da, bu ihtimallerde hasar sözlü teklifle de alıcıya geçebilecektir. Diğer yandan, borçlunun ifa eylemlerini edimin ifasını teklif etmeden ve alacaklıyı alacaklı temerrüdüne düşürmeden önce tamamladığı hallerde (örneğin gönderme borçlarında satılanı gemiye yüklemek gibi) çeşidin somutlaştırılmasının o anda gerçekleştiği ve bu durumda BGB. 300/2 hükmünün pratik önemi kalmayacağı da ifade edilmektedir¹⁵.

Türk ve İsviçre Hukuklarında, çeşit borcunda edim hasarının alacaklıya geçişini düzenleyen genel bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu hukuk çevrelerinde de, belirli bir andan itibaren ifa aşamasında çeşidin parçaya dönüşmesi ve çeşit borçlusunun sınırsız tedarik yükümlülüğünden kurtulmasının gerekli olduğu bazı yazarlarca ifade edilmektedir. Bu konuda başvurulacak çözümler-

¹⁵ Açıklamalar için bkz. **WOLFGANG ERNST**, § 300, N.4: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, München 2012.

den ilki dürüstlük kuralıdır. Borcun konusu olan, çeşidiyle belirlenmiş edim tamamen yok olmamış olsa dahi, ifanın borç ilişkisinin amacıyla bağdaşmayacak ve borçludan yerine getirilmesi beklenemeyecek derecede külfetli hale gelmesi, örneğin ticarî doğruluk kuralları uyarınca aşırı masraflı olması halinde borçludan ifada bulunması istenemeyecek ve borç sona erecektir¹⁶. Bunun dışında, Türk ve İsviçre Hukuklarında da genel eğilimin, borçlunun edimin ifasına ilişkin olarak tüm yapması gerekenleri yaptığında, artık borcun konusunun borçlunun seçtiği şey ile sınırlanması gerektiği yönünde olduğu söylenebilir¹⁷.

Satış sözleşmesi açısından da kanaatimizce durum aynıdır. Gerek sorunun en çok gündeme gelebileceği satış sözleşmesinde, gerekse bir malın teslimini gerektiren diğer sözleşmelerde; aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, ifa yerine göre yapılacak belirleme uyarınca aranacak borçlarda edim hasarı; yukarıda açıklanmış olduğu gibi, borçlunun sözleşmede kararlaştırılan ayıpsız bir çeşidi ayırt edip, alacaklıya teslim alma davetini içeren bir ihbarda bulunması ve alacaklının da kendisi için ayırt edilen ve vadesinde teslim edileceği ihbar edilen şeyi, yerinde ve zamanında (borçlunun işyerinde ve vadesinde) teslim almayarak alacaklı temerrüdüne düşmesiyle; gönderme borçlarında ayırtedilmiş malı kararlaştırılan yerde bağımsız taşıyıcıya teslimi ânında; alacaklının ikametgâhında teslimin sözkonusu olduğu götürülecek borçlarda ise ifa yerinde ve zamanında, anılan nitelikteki malın eylemli olarak alacaklıya teklif edilmesi ve alacaklının bu malı teslim almayarak alacaklı temerrüdüne düşmesi ânında alıcıya geçecektir. Bu andan itibaren gerçekleşen borçlunun sorumlu olmadığı ifa imkânsızlığı durumunda, teslim borçlusu satıcı çeşit telef olmaz kuralına tâbi olmaksızın TBK. 136/1 uyarınca borçtan kurtulabilecektir.

Borca ilişkin hasarda iki yönlü olarak gerçekleştiğini ifade ettiğimiz riskin diğer yönünü karşı edim hasarı oluşturmaktadır. Karşı edim hasarı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimin ifasındaki sonraki imkânsızlık dolayısıyla borcundan kurtulan (edim hasarını alacaklıya yükleyen) borçlunun, alacaklısı olduğu karşı edimi talep etme hakkına sahip olup, olmadığı sorununu ifade etmektedir. Bu sorun satış sözleşmesi açısından, sözleşmeye uygun teslim borcundan kurtulan satıcının, buna rağmen satış bedelini alıcıdan talep etme hakkına sahip olup, olmadığı şeklinde ortaya çıkar ve karşı edim

16 **MUSTAFA DURAL**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s. 142; **HERBERT SCHÖNLE**, Art. 185, N. 18: Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Teilband V/2a, Zürich 1993 ve **ALTAY**, s. 78 dn.210'da adı geçen yazarlar.

17 **SEROZAN**, §7 N. 8; **YAŞAR**, s. 27, vd.

hasarı satış sözleşmesinde bedel hasarı adını alır¹⁸. Esasen satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçişinden kastedilen bedel hasarının alıcıya geçiştir. Zira konu, satılanı elde edemeyen alıcının satış bedeli ödemek zorunda olup, olmayacağı olarak ele alınır. Buna göre, satış sözleşmesinde bedel hasarının alıcıya geçmesi, alıcının satılan malın teslimini talep etme hakkını satıcının sorumlu olmadığı sonraki imkânsızlık olguları dolayısıyla kaybetmesinden (edim hasarının alıcıya geçmesinden) sonra, hiç teslim alamadığı veya sözleşmeye uygun şekilde eksiksiz ya da ayıpsız olarak teslim alamadığı mal için satış bedelini ödemek zorunda kalması anlamını taşımaktadır¹⁹.

Edim hasarına imkânsızlaşan edimin ifasını isteme hakkını kaybetmek suretiyle alacaklı katlanırken, karşı edim hasarına da borcu sona eren edim borçlusunun katlanması, yani edimi ifadan kurtulmanın karşı edimi de talep edememesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edim arasındaki sinallagma dengesinin bir gereği olarak görüldüğünden, yine Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında karşı edim hasarına ilişkin genel düzenlemeler uyarınca; karşı edim hasarına da borçlu (edim borçlusu) katlanır ve edimin ifadan kurtulmanın karşılığında, karşı edimin ifasını isteyemez (TBK 136/2, OR. 119/2, BGB.§326/1). Böylece Türk Hukukunda TBK 136/2’de düzenlenen genel kural, karşı edim hasarına ifadan kurtulan edim borçlusunun katlanması, borcundan kurtulmanın karşı edimin ifasını da isteyememesidir²⁰. Satış sözleşmesinde ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve CISG hükümlerinde satış sözleşmesinde bedel hasarının alıcıya geçişi özel hükümlerle düzenlenmiştir (TBK. 208, CISG. 66-70) Bu nedenle yedek hukuk kuralları niteliğinde olan bu hükümler, taraflarca geçerli olarak²¹ aksi kararlaştırılmadığı sürece

18 **SEROZAN**, §4 N. 6 ve 11; **Yeşim M. ATAMER**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları (Satıcının Yükümlülükleri), İstanbul 2005, s. 260. Yazar, aynı anlamı içeren şekilde “semen hasarı” terimini de kullanmaktadır. Bkz. s.275.

19 **Zafer ZEYTİN**, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011, s. 223.

20 **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 591.

21 Belirtmemiz gerekir ki, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşulları denetimini düzenleyen hükümleri (TBK.m.20-25) emredici nitelik taşımakta olup, tâcirler arası sözleşmeler için de uygulama alanı bulmaktadır. Bu hükümlerin kamu düzeninden olduğu kabul edildiğinden, uyumsuzluğa Türk Hukukunun uygulanacağı hallerde, milletlerarası olsun veya olmasın bir satış sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin olarak öngörülen hükümlerin müzakere edilmeksizin, tek taraflı olarak düzenlenmiş genel işlem koşulu teşkil etmesi hâlinde, hasarın geçişine ilişkin bu düzenlemeler de yürürlük, yorum ve içerik denetimine tâbi olacak; özellikle içerik denetimini düzenleyen, dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarını geçersiz sayan TBK. 25 hükmüne aykırı düşerse kesin hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır. 6098

öncelikli olarak uygulanacak, bu hükümlerle sorun çözümlenemiyorsa genel ilkeye başvurulması gündeme gelecektir.

Bu bağlamda tespiti gerekli olan iki husus bulunmaktadır. Öncelikle karşı edim hasarı sorununun ortaya çıkabilmesi için, kavramsal olarak edim hasarının alacaklıya geçmiş yani borçlunun borcundan kurtulmuş olması zorunludur. Zira belirttiğimiz gibi, karşı edim hasarı, tanımı gereği, borcunda kurtulan borçlunun karşı edimi isteyip isteyemeyeceği sorusuna cevap arar. Buna göre, karşı edim hasarından ve buna kimin katlanacağından bahsedebilmek için, önce edim hasarı alacaklıya geçmiş, yani borçlu borçtan kurtulmuş olmalıdır. Aksi takdirde, edim hasarının halen borçluda olduğu hallerde, borçlu halen ifa ile yükümlü olacak ve bunun sonucu olarak da ifada bunmayacağı sürece zaten karşı edimi talep edemeyecektir. Bu ihtimalde ne edim hasarı, ne de karşı edim hasarı sorunu gündeme gelemes. Bu sebeple, edim hasarının alacaklıya geçmiş olması, yani borçlunun borcundan kurtulmuş olması, karşı edim hasarının geçişi, yani karşı edim hasarına kimin katlanacağı sorunu tartışabilmenin zorunlu unsurunu oluşturmaktadır. Satış sözleşmesinde de, bedel hasarına kimin katlanacağı sorununun ortaya çıkması, öncelikle edim hasarının alıcıya geçmesi ve böylece satıcının sonraki ifa imkânsızlığı dolayısıyla teslim borcundan kurtulmuş olmasını gerektirmektedir²².

Belirtmek gerekir ki, genel kural TBK 136/2 uyarınca, edim hasarına alacaklının, karşı edim hasarına borçlunun katlanmasıdır ve bu genel kural, aksi düzenlenmediği sürece satış sözleşmeleri yönünden de kanaatimizce geçerli kabul edilmelidir. Bu sebeple, satış sözleşmesinde, karşı edim hasarını ifade eden bedel hasarının alıcıya geçip geçmediği tartışılırken, edim hasarının geçmiş olması kanaatimizce bu konuda bir kriter olarak esas alınmamalıdır; bedel hasarı sorununun gündeme gelebilmesi için zorunlu şart olan edim hasarının geçişi olgusu, kanaatimizce bedel hasarının alıcıya geçip, geçmediğini belirleyici bir kavram değildir. Diğer bir ifadeyle, satış sözleşmesinde, satılanı teslim borcundan kurtulan satıcının, her durumda satış bedelini de talep edebilmesi gerekli ve zorunlu değildir. Öyle durumlar olabilir ki, edim hasarı alıcıya geçmiş yani satıcı malı teslim borcundan kurtulmuş olmasına rağmen, bedel hasarı alıcıya geçmemiş olabilir ve TBK 136/2 hükmünde düzenlenen genel ilkenin sonucu olarak, teslim borcundan kurtulan satıcı, satış bedelini de isteyemeyebilir.

sayılı Türk Borçlar Kanunu ile getirilen genel işlem koşulları denetimi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Yeşim M. ATAMER**, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2011, s. 7-79.

Bununla birlikte, CISG hükümleri açısından, satıcının teslim yükümlülüğü ile bedel hasarının paralel olarak düzenlendiği, fakat böyle olmadığı hallerde de, satıcının teslim borcundan kurtulacağı, fakat satış bedelini talep edemeyeceği de ifade edilmektedir²³.

II. 6098 SAYILI TÜRK BORÇLAR KANUNU'NUN TAŞINIR MAL SATIŞI SÖZLEŞMESİNDE HASARIN ALICIYA GEÇİŞİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Satış sözleşmesinde karşı edim, yani bedel hasarının alıcıya geçişi, gerek yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, gerekse 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, hasarın geçişine ilişkin genel ilkeyi ifade eden BK.117/2- TBK 136/2. maddelerinden ayrı olarak, bu hükümlerin ikinci fıkralarında belirtilen istisnanın somut uygulaması niteliğindeki özel bir hükümle düzenlenmiştir. Belirtmek gerekir ki, bu özel hükümlerin (BK. 183/TBK.208) düzenleme konusu esasen sadece bedel hasarının alıcıya geçişidir²⁴. Yürürlükten kaldırılan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 183. Maddesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun halen yürürlükte olan 185. Maddesine (OR.185) paralel olarak, satış sözleşmesinde yarar ve hasarın parça borçlarında sözleşmenin kurulması ânında, çeşit borçlarında ise çeşidin ayırt edilmesiyle birlikte alıcıya geçeceğini, yine sadece çeşit borçlarına özgü olarak satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderileceği mesafe satışlarında, satıcının satılan üzerindeki hâkimiyetini sona erdirmesiyle yani (baskın görüşe göre kendi elemanı veya ifa yardımcısı olmayan) taşıyana teslim etmesiyle birlikte alıcıya geçeceğini öngörmekteydi²⁵. Bu hükümde yer

23 **ULRICH MAGNUS**, Vorbem zu Art. 66, N. 9 : Jhering Von Staudingers Kommentar zum BGB. Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch XVIII, Berlin 2005.

24 818 sayılı BK.'nın yürürlükte olduğu dönemde, 183. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve aslında bedel hasarının geçiş anını düzenleyen çeşidin ayırt edilmesi şartının, edim hasarının geçiş anını da düzenlemekte olup, olmadığı konusu tartışmalı idi. Bu tartışmalar için bkz. **ALTAY**, s. 71. 6098 sayılı TBK. ise, metinde açıklanacağı gibi kanaatimizce doğru olmayarak çeşidin ayırt edilmesine ilişkin düzenlemeye 208. Maddede yer vermemiş olduğundan, bu tartışma TBK.208 açısından geçerliliğini kaybetmiştir. Bununla birlikte, çalışmamızda açıklanacağı üzere, çeşidin ayırt edilmesi, hem edim, hem de bedel hasarının geçişi açısından zorunludur.

25 818 s. BK.m. 183: "Halin icabından veya hususi şartlardan mütevellit istisnaların maadasında, satılan şeyin nefi ve hasarı akdin in'ikadı anından itibaren müşteriye intikal eder. Bununla beraber yalnız nevan tayin edilmiş olan mebiin ayırt edilmiş olması da lazımdır ve başka bir yere gönderilecek ise bayiin bu maksata mebi üzerinden yedini refetmiş bulunması da şarttır.

alan, parça borçlarında satıcının hiçbir ifa eyleminde bulunması gerekmeksizin sözleşme kurulur kurulmaz alıcının bedel hasarını üstlenmesi kuralı doktrinde ittifakla eleştirilmekte, hükümde belirtilen “ tarafların aksine anlaşması veya halin icabından doğan istisna” ifadesinin verdiği imkânlar olabildiğince genişletilmek ve adeta bu istisnalar kural, genel kural da istisna haline getirilmek suretiyle hükmün adaletsizliği aşılmaya çalışılmaktaydı²⁶.

Doktrinde yapılan eleştiriler dikkate alınarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen hükmünde yerinde bir değişiklik yapılmıştır. “Yarar ve Hasar” başlıklı TBK. m. 208 hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir.

Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer.

Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.”

Hüküm uyarınca; taşınır satışlarında yarar ve hasar (bedel hasarı) zilyetliğin alıcıya devri ânında alıcıya geçecektir. Hükmün ikinci fıkrasında, taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi yani alıcının alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda yarar ve hasarın alıcıya geçeceği ifade edilmiş, son olarak üçüncü fıkarda; satılanın, alıcının isteği üzerine satıcı tarafından ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi hâlinde, yarar ve hasarın satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçeceği düzenlenmiştir.

Öncelikle, hasar kavramına ilişkin yapmış olduğumuz tanım ve açıklamalar çerçevesinde, TBK.208’in uygulama alanının tespiti gereklidir. Acaba, satıcının teslim borcunu ifa etmesini veya gereği gibi ifa etmesini imkânsız

Taliki şart ile yapılan akitlerde temlik edilen şeyin nefi ve hasarı ancak şartın tahakkuku anından itibaren iktisap edene geçer.”

26 Parça borçlarında, bedel hasarını sözleşmenin yapılması ânında alıcıya intikal ettiren 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 183. Maddesindeki düzenlemenin ayrıntılı eleştirisi ve kuralın istisnalarını geniş yorumlayan açıklamalar için bkz. **AKINTÜRK**, s. 130, vd.

hale getiren tüm sebepler bu hükmün uygulama alanına girmekte midir? Yoksa sadece satılanın telef olması veya bozulması halleri mi hükmün kapsamına alınmıştır? 818 sayılı Borçlar Kanunu açısından mehzaz kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun hasarın geçişini düzenleyen 185. Maddesinin, esasen somut varlığı bulunan satılanın yok olduğu veya zarar gördüğü halleri düzenlediği, kabul edilmektedir²⁷. Belirtmek gerekir ki, Alman Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemesini içeren 446. Paragrafında, açıkça satılan şeyin telef olması veya bozulması hükmün kapsamına alınmıştır. CISG. m. 66'nın metninde de “*malların zayi olması veya zarar görmesi*” ifadesi kullanılarak, hükmün sadece bu iki durumu kapsadığı açıkça düzenlenmiştir.

Kanun koyucunun esasen böyle bir tartışmayı engellemek için açıkça “satılan şeyin telef olması veya bozulması” ifadesini kullanması gerektiği söylenebilir. Ne var ki, yabancı hukuklardaki hasarın geçişi hükümlerinin uygulama alanı ve satış sözleşmesinde hasarın tipik gerçekleşme şeklinin, satılan malın telef olması veya bozulması halleri olduğu dikkate alınarak, sadece eşya niteliğini taşıyan somut satılanın, yine ancak telef olma veya bozulma şeklinde gerçekleşen hasarının TBK. m. 208 hükmünün kapsamında olduğu sonucuna yorum yoluyla varılması mümkün ve kanaatimizce isabetlidir.

TBK. 208'deki temel yenilik, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 185. maddesinden ayrılınmak suretiyle, hasarın geçişi açısından parça ve çeşit borcu ayrımı terkedilerek, her iki tür edim yönünden de hasarın geçişinin zilyetliğin nakline bağlanmış olmasıdır. Bu bağlamda, hemen belirtmek gerekir ki, bu hükümde yer alan “zilyetliğin nakli” ifadesinden kastedilen, tarafların zilyetliğin başka bir yolla geçirileceği hususunda özel olarak anlaşmış olmadıkları hallerde, satılanın alıcıya teslimi yoluyla zilyetliğin devridir. Nitekim TBK. m. 207 hükmündeki satıcının zilyetliği devretme olarak ifade edilen asli edim yükümlülüğünü de aksine anlaşma olmadığı sürece teslim olarak algılamak zorunludur. Zira satıcı, alıcıyla özel olarak anlaşmaksızın, alıcıyı teslim dışındaki diğer zilyetlik devri yollarıyla malı kabul etmeye zorlayamaz (örneğin alıcıyı uzak elden teslim veya zilyetliğin havalesi yoluyla devri kabule zorlayamaz) ve teslimi gerçekleştirmediği sürece satış sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğünü ifa etmiş olmaz²⁸. Bu sebeple, TBK. m. 208/1'deki zilyetliğin naklinden anlaşılması gereken, taşınır mallarda hasarın

27 SCHÖNLE, Art. 185 N. 9; SIEBER, s. 6; s. 46; YAŞAR, s. 9.

28 Ancak satılan mal, satış sözleşmesinin yapıldığı an itibarıyla zaten alıcının elinde ise, zilyetlik herhangi bir teslim fiiline ihtiyaç duyulmaksızın, kısa elden teslim anlaşmasıyla alıcıya devredilmiş olacaktır.

geçişine ilişkin temel kuralın hem parça, hem de çeşit satımı yönünden teslim prensibi olduğudur. Bununla birlikte, tarafların aksine anlaşma yapmaları veya hükümde belirtildiği gibi kanun ya da durumun gereği dolayısıyla farklı bir sonucun doğması da mümkündür.

TBK. m. 208/1 hükmünün lâfzına göre yorumlanması hâlinde, hasarın geçişinin zilyetliğin nakline bağlanmasındaki temel amacın, hasarın alıcıya geçişi ânının, büyük ölçüde mülkiyetin geçişi ânına yaklaştırılması olduğu anlaşılmaktadır. Hükme göre, anlaşmalı zilyetlik yoluyla mülkiyet alıcıya geçmişse, alıcı fiilen malı teslim almış olmasa dahi hasar kendisine geçmiş olmaktadır ve hasara malik katlanır kuralı aynen uygulanacaktır. Yani hasarın geçişini düzenleyen TBK. m. 208 hükmünün esas amacı, kural olarak mülkiyetin alıcıya geçtiği hallerde hasarın alıcıya geçmesidir²⁹.

Ne var ki, kanaatimizce TBK m. 208 hükmünün gerekçesinde de açıkça ifade edilen³⁰ böyle bir anlayışın kabulü, bugün hasarın geçişine ilişkin olarak genel eğilim olarak görülen satıcının ifaya ilişkin yükümlülüklerinin esas alınması gereğine³¹ ve kanaatimizce bunun bir sonucu olarak görülmesi gereken

29 **Mustafa Alper GÜMÜŞ**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, cilt 1 İstanbul 2012, s. 38; **CEVDET YAVUZ/ FARUK ACAR/ BURAK ÖZEN**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2013, s. 72. Ne var ki, hükmün böyle yorumlanması hâlinde dahi, satılanın teslimi, satıcının lehine olarak geciktirilmişse, bu durumda taraflar açıkça aksini kararlaştırmadıkça ve dürüstlük kuralı gerektirmedikçe, hâlin icabı gereği mülkiyet geçmiş olsa dahi hasarın alıcıya geçmediği kabul edilmelidir. Nitekim 818 sayılı BK. 183'ün yürürlükte olduğu dönemde de, parça satımında satılanın tesliminin satıcı yararına geciktirildiği hallerde, sözleşmenin kurulması ânında hasarın alıcıya geçmeyeceği kabul edilerek aynı çözüm benimsenmekteydi. Bkz. **AKINTÜRK**, s. 147, vd.

30 Belirtmek gerekir ki, TBK.208 hükmünün madde gerekçesinde yeralan “satış sözleşmesinde hasarın taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tescil anına kadar satıcıya ait olduğu, istisnasız bir kural haline getirilmiştir.” ifadesi, madde metninde yer alan “durumun gereğinden..... doğan ayrık hallerin dışında” şeklindeki düzenlemeyle çelişmektedir. Madde metninde durumun gerektirdiği haller, zilyetlik devrinin hasarı alıcıya geçirmediği istisnai bir hal olarak açıkça öngörülmüştür. Yine, kanun koyucunun gerekçede ifade ettiği gibi, eğer doktrindeki eleştiriler dikkate alınarak, hasarın geçişinin zilyetliğin alıcıya devrine ve böylece mülkiyetin geçişine bağlanması (kanaatimizce isabetli olmayarak) amaçlanmış ise, hükmün üçüncü fıkrasında, satılanın ifa yerinden başka bir yere gönderilmesi halinde, satılanın alıcıya değil taşıyıcıya teslim edilmesi durumunda hasarın alıcıya geçmesi, bizzatî zilyetliğin alıcıya devredilmesinden önce hasarı alıcıya geçiren istisnai bir durumdur. Zira bu durumda, eğer taşıyıcı alıcının satılanın zilyetliğini ve mülkiyetini devralmaya yetkili temsilcisi değilse, ne zilyetlik alıcıya devredilmiş sayılabilmekte, ne de alıcı mülkiyeti kazanabilmektedir.

31 Hasarın uluslararası satışlarda nadiren mülkiyet ile geçtiğini ve CISG örneğinde görüldüğü üzere genel eğilimin hasarın geçişini teslim bağlamak olduğu fakat teslim kavramının da geniş yorumlanması gerektiği yönünde **BRIDGE**, s. 193.

teslim prensibinin amacına aykırıdır. Zira, hasarın alıcıya teslimle geçmesinin sebebi, teslimin mülkiyeti geçirmesi değil, satılan kimin fiilî hâkimiyetinde ise, onun malı daha iyi koruyabileceği, satıcının teslim ettiği bir malı koruyamayacak bir durumda iken hasara katlanmasının hakkaniyete aykırı olacağı ve alıcının teslim ile birlikte maldan fiilen yararlanmaya başladığına göre, a andan itibaren hasara katlanması gerektiği düşüncesidir³². Bu sebeple, söz konusu gerekçe satılanın alıcının hâkimiyetinde olduğu veya onun menfaati gereği üçüncü kişiyi elinde olduğu haller için geçerli kabul edilmelidir; ayrıca bu gerekçe esas alınarak, alıcının zilyet olup, malik olmadığı hallerde hasarın alıcıya geçmediği de kabul edilemez.

Bununla birlikte, TBK. m. 208'in açıkça veya zımnen aksinin kararlaştırılabileceği de unutulmamalıdır. Nasıl ki TBK. m. 207 uyarınca satıcı satılanın zilyetliğini teslim yoluyla devretmek zorunda iken, taraflar aksini kararlaştırarak, zilyetliğin anlaşmalı devri yollarından biriyle mülkiyetin geçişini kararlaştırabilir ve böylece satıcı teslim yükümlülüğünden kurtulabilirse, aynı durum hasarın geçişi açısından da mümkündür. Bu hâllerde, satılanın fiilî hâkimiyetini elde etmeksizin zilyetliği devralmayı ve böylece satıcının teslim yükümlülüğünün sona ermesine razı olan alıcının, hasara malik katlanıp prensibi uyarınca, o andan itibaren satılanın başına gelenlere katlanması gerekeceği kabul edilebilir³³.

Bununla birlikte kanaatimizce, teslim dışı mülkiyetin geçtiği hallerde, hasarın kimde kalacağı konusunda bir yargıya varırken, dikkatli olmak gerekli özellikle anlaşmalı zilyetlik devrinin satıcıyı teslim masraflarından kurtarmak amacıyla veya başka bir şekilde satıcı menfaatine olarak gerçekleştiği, ya da mal her iki tarafın kontrolü altında olmayıp, üçüncü kişinin elinde iken, satıcının malı alıcı fiilen teslim alana kadar daha iyi koruyabileceği, satılanın zarar görmemesi için önlem alabileceği veya satıcının muhtemel bir zarar tehlikesinden haberdar olup da, bu konuda alıcının ticari hayattaki tecrübesizliğinden faydalanıp onu uyarmayarak teslim yükümlülüğünden kurtulmuş olduğu hallerde, dürüstlük kuralına uygun bir yorumla hâlin icabının gereği olarak hasarın halen satıcıda kaldığını kabul etmek gerekir.

32 **HAGER**, s. 190.

33 **HANS PETER WESTERMANN**, BGB § 446 N.7: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, München 2012. Yazar, aynı bölümde, mala ilişkin iade talebinin (örneğin üçüncü kişiye karşı istihkak talebinin) alıcıya devredildiği hallerde hasarın ancak, satılana ilişkin tüm ekonomik faydaların da alıcıya tahsis edildiği hallerde alıcıya intikal edeceğini, satıcının zilyet olup alıcı ile arasındaki anlaşmayı ihlâl ettiği hallerde ise hasarın alıcıya geçmeyeceğini ifade etmektedir.

Anlaşmalı zilyetlik devri hallerini hasarın geçişi yönünden ayrı ayrı ele alacak olursak³⁴, örneğin kısa elden teslimde alıcı zaten mülkiyetin geçişinden önce de zilyet olduğundan bir problemle karşılaşılmaz. Anlaşma ile birlikte hasar alıcıya intikal edecektir. Üçüncü kişinin elinde bulunan satılanın zilyetliğinin, zilyetliğin havalesi yoluyla alıcıya devredildiği hallerde prensip olarak hasar alıcıya geçmeli³⁵, fakat hâlin icabı istisnası ve aksine zımnen anlaşma olup olmadığı araştırılmalıdır. Zilyetlik sözleşmesi (uzak elden teslim) hallerinde de kanaatimizce aynı sonuca varılmalıdır.

Hükmen teslim yoluyla zilyetliğin devri durumunda ise, alıcı malik olmuş, fakat mal örneğin saklanmak üzere veya kira, bakım, satılana ek bir montaj yapma gibi, satıcının vasıtasız zilyet olmaya devam etmesini sağlayan özel bir sebeple satıcıda kalmıştır. Bu ihtimalde taraflar arasında satışa ek olarak ayrı bir sözleşme mevcuttur ve alıcı malik olmuş olsa dahi, hasarın geçişi, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça malın satıcıda kalmasını gerektiren özel sebebe yani kira, eser vs. gibi sözleşme ilişkisine göre belirlenecek, eğer konu hakkında özel düzenleme yoksa, TBK. 136 uyarınca malı iade edemeyen taraf, karşı edimi de talep edemeyecektir³⁶.

Satıcı tarafından edim fiilinin yerine getirilerek teslimin yapıldığı, fakat edim sonucunun yani mülkiyet geçişinin gerçekleşmediği mülkiyeti saklı tutma anlaşması yoluyla yapılan satış sözleşmelerinde ise, zilyetlik devri gerçekleşmiş olduğu için hasar TBK. 208 uyarınca alıcıya geçecektir³⁷.

TBK. m. 208/2 hükmü, alıcının satılanın zilyetliğini devralmayarak, alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde, hasarın alıcıya geçeceğini öngörmektedir. Öncelikle, bu hükmün sadece teslim yoluyla yapılacak olan zilyetliğin devrinin alıcı tarafından kabul edilmediği ve böylece alacaklı temerrüdüne düştüğü haller için uygulanması mümkündür. Her ne kadar TBK. m. 207 hükmü satılanın tesliminden değil, zilyetliğin devrinden bahsetse de, yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi³⁸, satıcı alıcıyı teslim dışındaki zilyetlik devir-

34 Hasarın intikali açısından teslim dışı zilyetlik devrine yönelik anlaşmaların meydana getireceği olasılıklar için bkz. **ATAMER**, Sempozyum, s. 191.

35 **ATAMER**, Sempozyum, s. 191.

36 Aksi görüşte **ATAMER**, Sempozyum, s. 191.

37 **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 72 ; **GÜMÜŞ** bu durumu hükmün doğal bir sonucu olarak değil, durumun gereğinden kaynaklanan bir istisna olarak değerlendirmektedir. Bkz. **GÜMÜŞ**, s. 46.

38 Bkz. dipnot no: 28 ve çevresi.

lerine zorlayamaz, yani alıcı anlaşmalı zilyetlik devrini kabul etmediğinde alacaklı temerrüdüne düşmüş olmaz. Bu sebeple, ancak satıcının teslim yoluyla gerçekleştirmek istediği borca uygun ifa niteliğindeki zilyetlik devrini alıcının haklı bir sebep bulunmaksızın kabul etmemesi, ayrıca yerinde satımlarda malı teslim almak için satıcının işyerine gitmemesi veya satıcının teslim fiilini gerçekleştirebilmesi için sözleşmeye göre kendi üzerine düşen hazırlık eylemlerini yapmaması (örnek olarak sözleşmeyle üstlenmişse, gönderme suretiyle satışlarda, taşıyıcıyı malın teslim edileceği zamanda ve yerde hazır bulundurma borcunu yerine getirmemesi) gibi hallerde hasar alıcıya geçecektir³⁹.

TBK. m. 208/f.3 hükmü, BK. m. 183/2'den farklı ve yerinde olarak; hem parça, hem de çeşit borcunun söz konusu olduğu gönderme suretiyle satışlarda (dar anlamda mesafe satışlarında) hasarın taşıyıcıya teslimle geçeceğini düzenlemektedir. Burada BK. m. 183/2 için yapılan, hasarın geçişi için taşıyıcının, satıcının ifa yardımcısı olmayan bağımsız taşıyıcı olması gerektiği yorumuna yine ihtiyaç duyulacaktır⁴⁰.

Bu noktada, çeşit borcunda hasarın geçişi için BK 183/2'de yer alan çeşidin ayırt edilmesi koşuluna, TBK. 208 hükmünde yer verilmemiş olması önemli bir eksikliktir. Zira, çeşidin ayırt edilmesi ihtiyacı, hükümde öngörülen zilyetlik devri kuralıyla bertaraf edilebilmiş değildir. Öncelikle, 208/3'te yer alan gönderme suretiyle satışlarda, mal taşıyıcıya teslim edilmiş, fakat alıcı için ayırt edilmemiş, ayrı bir yere konulup alıcıya tahsis edilmemişse, alıcıya bir ton mal teslim edilecek iken, taşıyıcıya bir tonunu alıcıya teslim etmek üzere, toplamda beş ton mal teslim edilmişse, hasarın alıcıya geçip geçmeyeceği sorusuna hükümden yola çıkılarak cevap bulunamamaktadır. Bu konuda çözüm, borcunun ifa aşamasında temerküzüne ilişkin görüşümüz çerçevesinde, satıcı henüz ifa eylemlerini tamamlamış olmadığı için, hasarın alıcıya geçmediğinin kabul edilmesidir⁴¹. Nitekim aşağıda açıklayacağımız, CISG. 67/2 hükmü de çeşidin ayırt edilmesini, bu hallerde hasarın geçişi için bir koşul olarak aramaktadır. Yine, alıcının satıcının iş yerine gidip, malı teslim alması gereken aranacak borçlarda, alıcı yerinde ve zamanında satıcının

39 SEROZAN, §2 N. 1.

40 SCHÖNLE, Art. 185 N. 24 ; HAGER, s. 85.

41 ATAMER, Sempozyum, s. 194. Alman Hukukunda hasarın geçişine ilişkin BGB.§446 ve 447 hükümlerinde de açık düzenleme olmamakla beraber, bu konuda BGB. §243/2 hükmü ile sonuca varılabilmektedir. Bkz. HEINRICHS, §243, N. 6.

işyerine gitmeyerek alacaklı temerrüdüne düşmüş olsa⁴² veya satıcı malı bağımsız taşıyıcıya teslim için hazırlamış fakat ayırt etmemişse, bağımsız taşıyıcının teslim yeri ve zamanında orada bulundurulması alıcının yükümlülüğünde iken, alıcı bu yükümlülüğe uymayarak alacaklı temerrüdüne düşmüş olsa dahi, satıcı bu hallerde henüz malı ayırt etmemişse, hasar TBK. 208/2 uyarınca alıcıya geçecek midir? Bu sorunun cevabı da tek başına TBK. 208 hükmünden yola çıkılarak verilemez. Kanaatimizce burada da uygulanması gereken çözüm, satıcı ifa eylemlerini tamamlamış olmadığı için, çeşit telef olmaz kuralının uygulanması ve hasarın satıcıda kalmasıdır.

BK 183/3 hükmünde yer alan, geciktirici şarta bağlı satışlarda, yarar ve hasarın alıcıya geçişinin, sözleşmenin hüküm ifade etmesiyle birlikte gerçekleşeceği düzenlemesi, TBK. 208'e alınmadığından, geciktirici şarta bağlı satışlarda, şart henüz gerçekleşmeden alıcıya teslim gerçekleşmişse TBK. m. 172 uyarınca, teslim ile koşulun gerçekleşmesi arasındaki dönemde yarar alıcıya ait olacaktır. Bu durumda, hasarın da satılanın teslimiyle alıcıya geçeceğinde şüphe edilmemek gerekir⁴³. Bu çözümün gerekçesi, bir yandan alıcının satılanın yararlarını elde ederken hasarına katlanmayacağını, zira bu konuda kanunda açık bir hüküm bulunmadığını ileri sürmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşmesi olabileceği gibi; diğer yandan, satılanın alıcıya sözleşmenin hüküm ifade etmesinden önce teslimiyle birlikte, aksi ispat edilmediği sürece, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, taraf iradeleri dürüstlük ve güven ilkesi ışığında, hayatın olağan akışına uygun olarak yorumlanmak suretiyle, alıcı ile satıcının hasarın alıcıya geçişi için satış sözleşmesinin hükümlerini doğurmasını beklememek konusunda özel olarak anlaşmış olmaları olarak da gösterilebilir. Zira alıcı nasıl, daha satış sözleşmesi hüküm ifade etmeye başlamaksızın hukuki sebebin gerçekleşeceği (sözleşmenin hüküm doğuracağı) düşünce ve ümidiyle malı teslim alıp kullanmaya başlıyorsa, yani bu konuda taraflar anlaşmış ise, aynı şekilde alıcının hasara da teslimle birlikte katlanması konusunda tarafların anlaşmış olduklarını kabul etmek kanaatimizce hayatın olağan akışına uygundur.

42 ATAMER, Sempozyum, s. 194.

43 ATAMER, Sempozyum, s. 195.

III. MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANLAŞMASI'NIN (CISG'NİN) SATIŞ SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. CISG'de HASARIN ALICIYA GEÇİŞİNİ DÜZENLEYEN HÜKÜMLER VE UYGULAMA ALANI

CISG'de hasarın alıcıya geçişi, anlaşmanın dördüncü bölümünde “Hasarın İntikali⁴⁴” başlığı altında, 66-70. maddeler arasında düzenlenmektedir. Anlaşmanın 66. Maddesi, hasar kavramını ve hasarın alıcıya geçişinin hukukî sonucunu genel olarak ifade etmektedir. İlgili hükmün metni şu şekildedir: *“Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz, meğer ki ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın.”*⁴⁵.

Öncelikle, CISG hükümlerinin de yedek hukuk kuralları niteliğinde oldukları ve uluslararası ticarete özellikle INCOTERMS yoluyla hasarın intikaline ilişkin düzenlemelerin sıklıkla yapıldığı gözardı edilmemelidir⁴⁶.

44 Anlaşmanın Dördüncü Bölümünün “Übergang der Gefahr” ifadesini taşıyan başlığının, tercih ettiğimiz terminoloji yönünden “hasarın geçişi” olarak tercüme edilmesi mümkündür. Bununla birlikte, Anlaşmanın. 7 Nisan 2010 tarihli ve 27545 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak kanunlaşan çevirisinde “Hasarın İntikali” şeklindeki çeviri tercih edilmiş olduğundan, biz de başlığı ifade ederken “intikal” kavramını tercih ediyoruz. Ne var ki, gerek başlıkta, gerekse 66-70. Maddelerde, hasarın geçişinden genel olarak bahsedilirken “intikal” terimi tercih edilmişken, aynı kavram alıcı ile birlikte kullanılmak istendiğinde “hasarın alıcıya geçmesinden” bahsedilmektedir. Bu sebeple CISG'nin hasara ilişkin terminolojisi yönünden de “hasarın alıcıya geçişi” ifadesinin kullanılması tutarsızlık meydana getirmemektedir. TBK.m. 208/f. 2 ve 3 hükümlerinde de “hasarın alıcıya geçmesi” ifadesi tercih edilmiştir.

45 Anlaşma metni için bkz. RG. 7 Nisan 2010, sayı:27545. <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407.htm>.

46 **PETER HUBER**, Art. 66 N. 4; Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, München 2012. Incoterms A5 ve B5 hükümleri, hasarın intikalini düzenlemektedir. Hasarın alıcıya geçişi, CISG hükümlerine paralel şekilde satıcının teslim yükümlülüklerinin kapsamı esas alınarak düzenlenmiştir. E, F, C ve D gruplarından oluşan Incoterms'in sayısı, 2010 yılında yapılan son değişiklikten sonra DAF, DES ve DEQ terimlerinin çıkartılıp, DAT (Delivered at Terminal) ve DAP (Delivered at Place) terimlerinin eklenmesiyle birlikte on üçten ona düşürülmüştür. Açıklamalar için bkz. **ASLIHAN SEVİNÇ KUYUCU**, Incoterms, İstanbul 2011, s. 2, vd. ; Incoterms 2010 ile getirilen değişiklikler hakkında bkz. **Oğuz CANER**, “10. Yıl'a Armağan” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2 s.223- 262.

Hükümden de anlaşılacağı üzere, anlaşmanın hasara ilişkin hükümleri, uygulama alanı yönünden, sadece satılanın zayi yani telef olması veya zarar görmesi (bozulması) halleri için, yani somut hasar halleri için uygulama alanı bulmaktadır.

Diğer yandan, CISG'nin hasarın alıcıya geçişine ilişkin belirtilen hükümleri bedel hasarının alıcıya geçişini düzenlemekte, esasen edim hasarına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. CISG açısından da bedel hasarı, alıcının karşı edimi elde etmeksizin satış bedelini ödemek zorunda kalma riskini ifade etmekte; buna bağlı olarak hasarın intikalini düzenleyen hükümler de satılanın satış sözleşmesinin kurulması ile malın teslimi arasındaki dönemde, her iki tarafın da meydana gelen zarardan sorumluluğu bulunmaksızın mücbir sebep⁴⁷ veya üçüncü kişinin ağır kusuru gibi nedenlerle malın telef olması veya bozulması, ayıplı hale gelmesinin ekonomik riskine kimin katlanacağını belirlemektedir⁴⁸.

CISG'de hasarın geçişi açısından hâkim olan prensip, teslim prensibidir. Buna göre, aksi kararlaştırılmadığı sürece, hasara satılan üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak fiilî hâkimiyeti bulunduran taraf katlanır. Çeşit borcu açısından ise hasarın geçişine ilişkin kurallar, aşağıda açıklayacağımız gibi, m. 67/2 ve 69/f.3 uyarınca ancak satılanın ilgili sözleşme için özgülenmesi anından itibaren devreye girebilmektedir, buradaki amaç satıcının meydana gelen tesadüfî bir telef olma veya bozulma olgusundan haksız bir biçimde yararlanmak (manipüle etmek) suretiyle, telef olan çeşidin söz konusu sözleşme için ayırt etmiş olduğu çeşit olduğunu ileri sürerek borçtan kurtulmasına engel olmaktadır⁴⁹. Satıcı bu özgülemeyi gerçekleştirmediği sürece, “genus non perit” ilkesi uyarınca, sözleşmenin konusu olan çeşidi tedarik etmek ve alıcıya teslim etmekle yükümlü olduğundan, edim hasarı alıcıya geçmemekte, böylece bedel hasarı sorunu da gündeme gelmemektedir.

Görüşümüz çerçevesinde, her ne kadar bedel hasarının geçişi için edim hasarının alıcıya geçmiş olması zorunlu bir koşul olsa da, bu durum edim hasarının geçiş anının, en geç bedel hasarının geçtiği anı olduğunu ortaya koyması açısından önem taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle, bedel hasarı alıcıya

47 Mücbir sebebin hasar kavramı ile ilişkisi ve mücbir sebebe bağlanan sonuçlar hakkında bkz. **ITIR BİNGÖL**, Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, Ankara 2011, s. 212, vd.

48 **Christoph BRUNNER**, Kommentar zum UN Kaufrecht-CISG, (swisslex), Bern 2004, s. 365; **HUBER**, Art. 66 N. 3.

49 **BRUNNER**, s. 366.

geçmişse, edim hasarının en geç o anda veya daha önce geçmiş olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce tersi her zaman geçerli değildir, yani edim hasarının alıcıya geçtiği her durumda, mutlaka bedel hasarının da alıcıya geçmiş olması zorunlu değildir. Bununla birlikte bu durumun istisna niteliğinde olduğu, yani kural olarak bedel hasarı alıcıya geçene dek edim hasarının satıcıda olduğu, yani ifa ile yükümlü kalmaya devam ettiği, edim hasarının alıcıya geçtiği anda ise, bedel hasarının da alıcıya geçerek, teslim yükümlülüğünden kurtulan satıcının, satış bedelini de talep edebileceği doktrinde ifade edilmektedir⁵⁰. Yine doktrinde, bu şekilde edim hasarı ile bedel hasarının ayrı olarak gerçekleşmesinin ancak yerinde satışlarda mümkün olduğu, satıcının bu durumda satılanı alıcının emrine âmade tutmakla teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olacağı, fakat bedel hasarının alıcının satılanı teslim almasıyla veya almayarak alacaklı temerrüdüne düşmesiyle alıcıya geçeceği belirtilmektedir. Örneğin satıcı 1.11.2013 tarihinde satılanı teslim hazırlık halinde bulundurmuş ve çeşit borcunda ilgili sözleşme için özgülemişse ise artık bu tarihten itibaren tedarik yükümlülüğünden kurtulacak, teslim tarihi olan 8.11.2014'e kadar meydana gelecek bir kaza sonucunda, artık aynı çeşit malı teslim etmek yükümlülüğünden kurtulacak, fakat henüz bedel hasarı alıcıya geçmediği için satış bedelini talep edemeyecektir⁵¹. Diğer bir ifadeyle hasarın geçişi konusunda istisnalar hariç olmak kaydıyla “ya hep, ya hiç” şeklinde bir çözüm söz konusudur. Fakat bu çözümün mutlak olmadığı, uluslararası ticaretin gereklerine ve özellikle CISG'nin ifa engelleri sistemine aykırı düşmedikçe, somut olayın özelliklerinin ve hakkaniyetin edim hasarının alıcıya geçmişken, bedel hasarının da satıcıda kalmasını gerektirebileceği, diğer bir ifadeyle bu konuda bir ara çözümün de söz konusu olabileceği kanaatimizce dikkate alınmalıdır.

Doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi⁵², hükmün ikinci yarısındaki “meğer ki, ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden” kaynaklansın” şeklindeki ifade, hasar kavramına yabancıdır, zira satılanın ziya veya hasara uğramasında satıcının sorumluluğunun bulunduğu hâllerde, hasar sorunu gündeme gelmeyecektir. Aynı şekilde alıcının da malın telef olmasından veya bozulmasından dolayı sorumlu tutulabileceği hallerde, hasar sorununun varlığından bahsedilemez. CISG'nin konuya ilişkin hükümlerinin temel özelliği, çeşidiyle belirlenen satış konusu malın ayırt edilmesinin ge-

50 Bkz. **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri, s. 262 ve 263, dn. no: 734.

51 **BRUNNER**, s. 368.

52 **KAROLLUS**, s. 187; **HAGER**, s. 163; **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri, s. 262.

rekli olduğu haller dışında, hasarın alıcıya geçişi açısından parça borcu-çeşit borcu ayırımına dayalı bir hasar dağılımının değil, ifa yeri merkez alınmak suretiyle, satıcının teslim yükümlülüğüne ve fiilî hâkimiyete dayalı bir hasar dağılımının öngörülmüş olmasıdır⁵³. Anlaşmada edim hasarının alıcıya geçişine ilişkin somut hüküm bulunmadığından CISG. m. 66-70. Hükümlerinde düzenlenen bedel hasarının alıcıya geçişini incelerken, edim hasarının intikalini de ele almaya çalışacağız.

2. CISG HÜKÜMLERİNE TÂBİ SATIŞ SÖZLEŞMELERİNDE EDİM VE BEDEL HASARININ ALICIYA GEÇİŞ ANININ BELİRLENMESİ

a. Gönderme Suretiyle Satışlarda Hasarın Alıcıya Geçişi (CISG. 67)

Satış sözleşmesi, satılanın taşınmasını ve satıcı teslim yükümlülüğünü ancak satılanı bağımsız bir taşıyıcıya teslim etmek suretiyle yerine getirmesini öngörüyorsa, gönderme suretiyle satıştan bahsedilir. Satıcı, satılanı belirli yere ulaştırmayı taahhüt etmişse götürülecek borç mevcut olup, eğer alıcı satılanın belirli bir yere sevkini üstlenmişse aranacak borcun varlığı kabul edilmektedir⁵⁴

Gönderme borcunu içeren satış sözleşmesinde hasarın geçişini düzenleyen CISG. 67 hükmü şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez. Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile, bu, hasarın intikaline etki etmez

Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez.”

Hükme göre, bu tür satışlarda, hasarın alıcıya satılanın alıcıya ulaştırılmak üzere bağımsız taşıyıcının hâkimiyeti altına sokulmasıyla geçmektedir.

53 STAUDINGER/MAGNUS, Vorbem. Zu Art. 66 N.1; 300, N.4.

54 BRUNNER, s. 374.

Mallar birden fazla taşıyıcı tarafından taşınarak alıcıya ulaştırılacaksa, ilk bağımsız taşıyıcıya teslim edildiği andan itibaren hasara alıcı katlanır. Taşıma masraflarına kimin katlandığı, sigorta yaptırma yükümlülüğünün kime ait olduğu, mülkiyetin kimde olduğu hasarın geçişi açısından belirleyici değildir⁵⁵.

CISG.m. 67/1, c.1 uyarınca, satıcının taşıyıcıya teslim yükümlülüğünü yerine getirmesi için belirli bir yer belirlenmiş değilse, satıcı satılanı alıcıya ulaştırılmak üzere ilk bağımsız taşıyıcıya teslim ettiği anda, hasara artık alıcı katlanacaktır, bu yer genellikle satıcının ikametgâhıdır⁵⁶. Söz konusu teslimden itibaren, artık satılanın taşınmasına ilişkin tüm riskler alıcıya ait olup, bu çözüm özellikle birçok taşıyıcının ve taşıma türünün gündeme geleceği multi modal taşımalar açısından uygun düşmektedir. Hükümde sözleşmeye yapılan atıf sadece, sözleşmede malın taşınmasının öngörülmesine ilişkindir, yoksa gönderilen malın sözleşmeye uygun olup, olmadığı hasarın geçişi açısından belirleyici değildir⁵⁷.

Satıcı sözleşmeye göre, malları belirli bir yerde taşıyıcıya teslim etmekle yükümlü ise, satılanın belirlenen yerde taşıyıcıya teslim edilmesi ânına kadar hasar alıcıya geçmez. Burada kasd edilen, sırasıyla götürülecek ve gönderilecek borcun bir arada bulunmasıdır. Zira, satıcı satılanı belirli bir yere kadar götürmeyi ve orada bağımsız taşıyıcıya teslim etmeyi sözleşmeyle taahhüt etmiştir. Bu durum özellikle, satıcının kendi ikametgâhı (işyeri) olmayan bir yükleme limanında teslim etmeyi üstlendiği hallerde söz konusu olur ve hasar yükleme limanında öngörülen bağımsız taşıyıcıya teslimle alıcıya geçer. Kara yolu taşınmasının riski satıcıya, deniz yoluyla gerçekleştirilecek taşımının riski ise alıcıya ait olup, kara yoluyla taşıma bağımsız bir taşıyıcı tarafından yapılsa dahi hasar yine de satıcıya ait olur, zira kara yolu taşınmasının sonuca ulaşmasını satıcı üstlenmiş olmaktadır. Karayoluyla transferin satılan mallar zayı olmaksızın veya zarar görmeksizin (telef olmaksızın veya bozulmaksızın) gerçekleştiğini, mallarda gerçekleşebilecek muhtemel bir zararın yüklemekten sonra, yani hasarın alıcıya geçmesinden sonra gerçekleştiğini ve böylece satış bedelini talep etme hakkının doğduğunu ispat etmek açısından satıcının yükleme limanında malları bir ekspere kontrol ettirmesi ve malların durumunun belgelenmesini sağlaması, hasarın geçiş ânını ispat edebilmesi açısından önem taşımaktadır. Taşıyıcının kararlaştırılan yer ve saatte hazır

55 BRUNNER, s. 374.

56 KAROLLUS, s. 194.

57 BRUNNER, s. 374.

bulundurulması, sözleşmeyle alıcıya yüklenmiş olan bir yükümlülük ise, bu ifaya hazırlık hareketini sözleşmeye aykırı olarak gerçekleştirmeyen alıcı, satılanın taşıyıcıya teslimi gereken andan itibaren hasara katlanacaktır⁵⁸.

Satıcının teslim edeceği malın çeşit borcu niteliğinde olduğu hallerde, hükmün ikinci fıkrası uyarınca, çeşidin ayırt edilmesi suretiyle alıcıya tahsis edilmesi yani satılan çeşidin bireyselleşmesi ânına kadar hasar alıcıya geçmez. Buna göre, ayırt edilmemiş bulunan çeşidiyle belirlenmiş mal, bağımsız taşıyıcıya teslim edilmiş olsa dahi hasar satıcıda kalmaya devam edecektir. Hüküm uyarınca, söz konusu ayırt etme, malların üzerlerine ayırt edici işaretler koyma, taşıma belgeleri vasıtasıyla, alıcıya yapılacak bildirimle veya diğer herhangi bir yolla gerçekleştirilebilir. Buna göre, önemli olan, fiilen ve objektif olarak gözlemlenebilir şekilde, satılanın belirli bir alıcıya tahsis edilmiş olmasıdır. Tahsisteki amaç, satıcının malları ilgili sözleşme bağlamında kullanma, ifaya konu etme niyetini ortaya koyması ve böylece çeşit borcu olarak belirlenen satılanın henüz ilgili sözleşmeye özgülenmesinden önce, satıcının elindeki bir kısım aynı türdeki çeşidin telef olması veya bozulmasının ekonomik riskini alıcıya yüklemesinin önlenmesidir⁵⁹.

Taraflar sözleşmede ayırt etmenin nasıl gerçekleştirileceğini kararlaştırmışlar ise, buna uyulmadığı takdirde, satıcı ifa eylemlerini gereği gibi yerine getirmediği için hasar alıcıya geçmemelidir. Eğer ayırt etmenin tarzı, yani nasıl gerçekleşmesi gerektiği konusunda özel bir anlaşma yapılmamış ise satıcı serbesttir; yeter ki söz konusu malın kimin için ayrılmış olduğu objektif olarak tespit edilebilsin. Bu ayırt etme taşıma belgesinde alıcının ismi, adresi belirtilerek yapılabileceği gibi, yükleme belgesinin yüklemenin gerçekleşme-

58 **BRUNNER**, s.375. Satıcının sözleşmeye ilişkin diğer yan yükümlülüklerine aykırı davranmasının da hasarın geçişine etki edip etmeyeceği tartışılabilir. Bkz. **BRUNNER**, s. 375, dn. 1395. Kanaatimizce hasarın geçişi olgusu, teslimi ve bu teslimin gerçekleşmesini sağlayacak ifaya katılma yükümlülüklerini ilgilendirmeli, satış bedelinin ödenmesine ilişkin bu tür yükümlülükler, hasarın geçişi konusunda belirleyici olmamalı, satıcı sözleşmeye aykırılık sebebiyle CISG uyarınca sahip olacağı hakları kullanmalıdır. Satıcı sözleşmeyi esaslı olarak ihlâl ettiğinde, alıcının hasara katlanması nasıl ki, onun ihlâl sebebiyle sahip olduğu haklara hâlel vermeyecekse, aynı durum satıcı açısından da söz konusu olmalıdır. Bu tartışma, özellikle satıcının m. 85 uyarınca, satış bedeli ile teslim borcunun aynı anda ifa edilecek olduğu ve satıcının satış bedeli ödenmediği için malı elde tutmaya devam ettiği (ödemelik defî hakkını kullandığı) hallerde de önem taşımaktadır. Zira satıcı, bu ihtimalde, sözleşme yürürlükte kaldığı sürece, ileride kendisine satış bedeli teklif edildiğinde malı teslim etmek zunda kalacağından, m. 86 uyarınca bu malların muhafazası için de gerekli önlemleri almakla yükümlü ve almaması halinde mallara gelecek zarardan da sorumludur.

59 **BRIDGE**, s. 207; **BRUNNER**, s. 376.

si şartıyla, alıcıya gönderilmesi suretiyle de gerçekleştirilebilir⁶⁰. İhtilâf halinde, malın ayırt edilmiş ve böylece hasarın alıcıya geçmiş olduğunu iddia eden taraf yani satıcı ispat yükünü taşımalıdır. Bununla birlikte, malın zarar görmesi ihtimalinde, ayıplı bir malın varlığından bahsedilmek gerekeceğinden, alıcının ayıp hükümlerinden yararlanabilmek için, hasarın geçtiği anda malın ayıplı olduğunu ispat etmesi gerekecektir. Bu konuda, hem maddi olguların ispatı, hem de ispat yükünün dağılımı yönünden güçlükler söz konusu olacaktır. Alıcının, ayıplı malı kabul etmiş durumuna düşmemek için, malı taşıyıcıdan teslim alırken ihtirazî kayıt ileri sürmesi dahi, satılanın teslimden önce mi, yoksa taşıyıcıya teslimden sonra mı zarara uğradığı konusundaki ispat güçlüğüne kanaatimizce ortadan kaldırmamaktadır.

Birden fazla alıcıya aynı çeşitten malın gönderilmesi halinde, malın bağımsız taşıyıcıya tesliminden sonra riskin gerçekleşerek, malların telef olması veya zarar görmesi durumunda, eğer mallar CISG. m. 67/2 uyarınca söz konusu riskin gerçekleşmesinden önce ayırt edilmemişse hasar alıcılara kanaatimizce hiç geçmeyecek, eğer ayırt edilmiş olmalarına rağmen mallar birbirine tamamen karışmak suretiyle zarara uğramışlar ise, alıcılar teslim alacakları malların miktarıyla orantılı olarak hasara katlanacaklardır⁶¹. Bununla birlikte, toplu taşıma alıcıların isteği üzerine kararlaştırılmışsa ve ayırt edilmiş olmama da bundan kaynaklanıyorsa, alıcıların hasarab katlanması söz konusu olabilecektir⁶².

Gönderilecek borçlar yönünden edim hasarının geçiş anı, satılanın parça ve çeşit borcu olmasına göre tespit edilecektir. Buna göre taraf iradelerine göre, ikame mal teslimi yapılamayacak olan parça borcu söz konusu ise, sözleşmenin yapıldığı anda edim hasarı alıcıya geçer. Malın telef olması halinde, alıcı yeni bir satılanın teslimini isteyemez, buna karşılık henüz satıcı satılanı taşıyıcıya teslim etmemişse, bedel hasarı alıcıya geçmiş olmadığı için, satıcı da satış bedelini talep edemez. Satılan telef olmamış, fakat zarar görmüş (örneğin bozulmuş) ise; satılanın ayıpları, hasarın geçtiği ana göre saptana-

60 Söz konusu ayırt etme, hasarın intikalinin maddî koşuludur ve ileriye etkili olarak hüküm doğurur. Bu sebeple malların yüklenmesinden önce yükleme belgesi düzenlenmesi ve alıcıya gönderilmesi halinde, yüklemenin yapılmasıyla birlikte gerçekleşecek geriye etkili bir hasar intikali kabul edilmemektedir. **BRUNNER**, s. 376.

61 Doktrinde bu ihtimalde, alıcılar arasında bir “hasar ortaklığının” mevcudiyetinden bahsedilmektedir. **STAUDINGER/MAGNUS**, Art. 67 N. 28.

62 **Wilhelm-Albrecht ACHILLES**, Kommentar zun UN- Kaufrechtsübereinkommen, Neuwied, 2000, Art. 67 N.6.

çağından, hasarın geçtiği anda mal sözleşmeye uygunsa, bu andan itibaren gerçekleşecek bozulmalardan satıcı sorumlu olmaz. Bunun istisnası ise, satıcının meydana gelen zarardan sorumlu olması (örneğin malı kötü paketleme, kötü taşıyıcı seçme -ki esasen bu durumlarda bir hasar sorunu yoktur.) veya satıcının bu konuda özel bir garanti taahhüdünde bulunmuş olması halleridir.

Acaba, edim hasarının alıcıya geçtiği, fakat bedel hasarının geçmediğinin kabul edilebileceği hallerde, örneğin parça satımında sözleşmenin kurulması ise bedel hasarının geçişi ânı arasındaki dönemde satılanın telef olmayıp, zarara uğraması durumunda sonuç ne olacaktır? Eğer mal telef olsa idi, alıcı malı alamayacak, karşılığında da bedel ödemeyecekti⁶³. Bu durumda ise, satıcının borcunu gereği gibi ifa etmesi imkânsızlaşmıştır, bu durumda kanaatimizce dürüstlük kuralının da yardımıyla şöyle bir çözüm gündeme gelir: Eğer satılan maldaki zarar, maldan beklenen yararı neredeyse tamamen ortadan kaldırmakta ise, yani malın bozulma oranı adeta telef olma sonucunu doğuruyorsa, telef olmanın sonuçları uygulanmalıdır. Bu ihtimalde mal sanki telef olmuş gibi, alıcı malı teslim almaz ve karşılığında herhangi bir bedel ödemez. Satılan mal bozulmuş ise, henüz bedel hasarı kendisine geçmemiş olan alıcı, malı teslim almak zorunda olmayıp, bedelini de ödemek durumunda değildir⁶⁴. Eğer, malın zarara uğramasına rağmen, kullanımı mümkün ise ve özellikle alıcı malı teslim almak istiyorsa, artık alıcı malın zarara uğramış haliyle piyasa değerini ödeyecektir. Zira, edim hasarının alıcıya geçmiş olması, yeni satıcının yeni ve ayıpsız bir mal vermekle yükümlü olmaması, alıcının da yeni bir mal isteyememesi anlamını taşımaktadır, eğer zarar görmüş haliyle malı teslim alacaksa bunun bedelini ödemelidir çünkü henüz bedel hasarı kendisine geçmediği için, alıcı malı ayıpsız teslim etmiş gibi, bedelin tamamını ödememelidir. Bu sonuç, parça borcunda edim hasarının sözleşmenin kurulması ânında alıcıya geçmesinin bir sonucudur. Zira, malın tamamen telef olması halinde satıcı teslim yükümlülüğünden tamamen kurtulmaktadır⁶⁵. Alıcının bu ihtimâlde, CISG.m. 79 uyarınca mücbir sebep dolayısıyla tazminat talep edememesine karşılık, ayıplı ifadan doğan diğer haklarını özellikle onarım hakkını kullanabilmesi ise, kanaatimizce CISG.m. 46, hükmünün edim hasarına ilişkin olarak özel bir düzenleme olarak görülebilmesiyle açıklanabilece-

63 STAUDINGER/MAGNUS, Vorbem zu Art. 66, N. 9.

64 Satıcının teslim yükümlülüğü ile bedel hasarının farklı zamanlarda geçtiği hallerde, satıcının teslim yükümlülüğünden kurtulacağı fakat bedel hasarı alıcıya geçmediği için satış bedeli talep edemeyeceği hakkında bkz. STAUDINGER/MAGNUS, Vorbem zu Art. 66, N. 9.

65 STAUDINGER/MAGNUS, Vorbem. Zu Art. 66, N. 9.

ği gibi⁶⁶; kanaatimizce CISG.m. 36/1 uyarınca hasarın geçişi ânında malların ayıpsız olması gereğinin bedel hasarını ifade etmesi ve dolayısıyla edim hasarının geçmiş olup, bedel hasarının henüz geçmediği, böylece satıcının ayıplı satıştan sorumlu tutulabilmesi ile de açıklanabilir. Zira, belirtmek gerekir ki, CISG.m. 36 hükmünde ifade olunan “hasar“ kavramı, bedel hasarını ifade etmektedir⁶⁷.

Çeşit borcu açısından ise, edim hasarı satıcının satılanı teslim yükümlülüğü kapsamında alıcıya tahsis etmesi, bireyselleştirmesi ile geçeceğinden, edim hasarı satılanın ayırt edilerek bağımsız taşıyıcıya teslimi anında geçecektir. Böylece gönderme borcu doğuran satışlarda, edim ve bedel hasarının alıcıya geçişi aynı anda gerçekleşmektedir⁶⁸.

b. Nakil Halindeki Malları Konu Edinen Satışlarda Hasarın Alıcıya Geçişi

CISG, malların taşınması sırasında bu malları konu edinen bir satış sözleşmesinin yapılması hâlinde, hasarın geçişini özel bir hükümle düzenlemiştir. Anlaşmanın 68. Maddesi, nakil halindeki malların satışı halinde hasarın geçiş ânını düzenlemektedir. Madde metni şöyledir :

“Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin akdi anında malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır.”

Hükümde, satış konusu olan ve alıcıya gönderilmek üzere yola çıkarılan malların, alıcı tarafından henüz nakil halindeyken bir başka kişiye satılması

⁶⁶ KAROLLUS, s. 193. Aksi görüşte, STAUDINGER/MAGNUS, Vorbem. Zu Art. 66, N. 9; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 275.

⁶⁷ GRUBER, Art. 36, N. 3; BRUNNER, s. 207, 208; KAROLLUS, s. 193; ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 274. Anlaşmanın 36/2 hükmü ile 66. maddesinin birbiriyle çeliştiği ve anlaşmada hasarın alıcıya geçişinden sonra malın zarara uğramasından, herhangi bir yüküm ihlali bulunmadığı için satıcının sorumlu tutulamayacağı fakat satıcının da zararın kendi hâkimiyet alanında gerçekleşmesi dolayısıyla hasarın geçişine dayanamayacağı hallere ilişkin bir düzenlemenin bulunmadığı görüşü ve tartışmalar için bkz. HAGER, s. 37, dn. 6.

⁶⁸ KAROLLUS, s. 193.

yani aynı malların ikinci bir satışa konu olmaları durumunda, hasarın ikinci satışa ilişkin sözleşmenin yapılması ânında yeni alıcıya geçmesi öngörülmüştür⁶⁹. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, hükümde bahsedilen satıcının, ilk satış sözleşmesindeki alıcı olduğudur. Alıcı, daha önce satın almış olduğu ve kendisine (ya da başka bir yere) gönderilmekte olan malları bir başkasına satmakta, yani önceki alıcı, yeni satıcı konumuna geçmekte; hüküm de bu ihtimalde, hangi andan itibaren yeni alıcının hasara katlanacağını düzenlemektedir.

Düzenlemeye göre, satılanın hasarı sözleşmenin yapılması ânında yeni alıcıya geçmekte, bu andan itibaren malların bozulma ve telef olan riskine yeni alıcı katlanmaktadır. Hasarın bu şekilde intikalinin ilk şartı, malların kendisine (ikinci) sözleşmenin kurulmasından önce teslim edildiği ve malları sözleşmenin kurulması ânında nakletmekte olan taşıyanın bağımsız taşıyıcı olmasıdır⁷⁰.

Bununla birlikte, hükme göre durumun gerektirdiği hallerde, hasarın ilk sözleşmenin yapılmış olduğu andan itibaren yeni alıcıya ait olacağı düzenlenmiştir. Bu hallerde, alıcı sözleşme ile bağlı olmadığı döneme ait hasara da geriye etkili olarak katlanacaktır. Hükümün gerekisi olarak, malların telef olması veya zayi olması durumunda, buna sebep olan olayın gerçekleşme ânının tespitindeki zorluklar, özellikle sözleşmenin kurulması ânında malların hasara uğramış olup, olmadığının belirlenmesinin güçlüğü gösterilmektedir. Bu sebeple, durumun gerektirdiği hâllerde alıcının geriye etkili olarak, taşıma belgelerini düzenleyen taşıyıcıya malın teslim edilmesi ânından itibaren hasara katlanacağı öngörülmüştür. Durumun gerektirdiği bu hallerin tipik örneği olarak, malın sigortalı olduğu durumlar, örneğin CIF satışlar gösterilmektedir. Zira, yeni alıcı satış sözleşmesini akdettiği andan itibaren bu sigortadan yararlanmaya başlayabilecektir. Söz konusu taşıma belgelerinin, satış sözleşmesinin akdedilmiş olduğunu ispatlamaya yarayan belgeler olması yeterli görülmekte, mallar üzerinde tasarruf yetkisi de tanınması aranmamaktadır⁷¹.

⁶⁹ **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri, s. 267.

⁷⁰ **STAUDINGER/MAGNUS**, Art. 68, N. 6. **BRUNNER** ise, hasarın geçişi için malın bağımsız taşıyıcıya teslim edilmiş olmasını yeterli görmekte, sözleşmenin akdi ânında mal artık satıcının kontrolünden çıkmış olduğundan, malın yüklenmiş olması veya taşınma sırasında sözleşmenin akdedilmiş olmasının gerekli olmadığını ifade etmektedir. **BRUNNER**, s.377. Bu görüşün hükmün açık lâfzıyla çeliştiği ileri sürülebilir.

⁷¹ **BRUNNER**, s. 378.

Hükümün son cümlesinde, hasarın alıcıya intikal edebilmesi için, satıcının yani ilk sözleşmedeki alıcının, ikinci alıcıyla sözleşmeyi yaparken malların hasara uğradığını bilmiyor olması veya bilebilecek durumda olmaması öngörülmektedir. Bu ihtimalde, yani satıcının kötü niyetli olması ihtimalinde hasar satıcıda (ilk satıştaki alıcıda) kalmaya devam edecektir. Hükümde dikkati çeken ilk husus, Türk ve İsviçre Borçlar Kanunlarından farklı olarak, CISG uyarınca, satış sözleşmesinin yapılması ânında malların telef olmasının yani yok olmasının, sözleşmenin kurulması ânında bu malların tesliminin imkânsızlaşmış olması gerekçesiyle, yani başlangıçtaki ifa imkânsızlığı (sözleşme konusunun imkânsızlığı: TBK 27/1, OR 20/1) sebebiyle satış sözleşmesini hükümsüz hale getirmemesidir. Zira aksinin kabulü hâlinde, satıcının hasara katlanacağından bahsetmek mümkün bulunmamaktadır⁷².

72 CISG, Türk Hukuku açısından kanunlaşmış olduğundan, artık uluslararası taşınır satışlarında Türk Hukuku açısından, satılanın telef olduğu hallerde, satış sözleşmesinin konusundaki imkansızlık dolayısıyla sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmek mümkün bulunmamaktadır. Yine kanaatimizce, Türkiye’de yapılan bir satış sözleşmesinde, tarafların aralarındaki ilişkiye CISG hükümlerinin uygulanacağı konusunda anlaşmaları veya bu hükümleri sözleşme metnine taraflarca öngörölmüş hükümler olarak dercetmeleri halinde de artık sözleşmenin konudaki imkânsızlık yönünden geçersiz olacağını söylemek mümkün olmamalıdır. Zira bu ihtimalde taraflar, geçerli olarak bir yasa hükmünü sözleşme hükmü olarak kabul etmiş olmaktadır. Ne var ki bu konunun tartışmaya açık olduğu, zira TBK m. 27’deki hükmün kesin hükümsüzlüğü öngörmesi karşısında, uluslararası olmayan satış sözleşmelerinde CISG’ye atf yapılması hâlinde, uyumsuzluğa uygulanacak yasa hükümleri arasında açık bir çatışmanın söz konusu olacağı bir gerçektir; en azından CISG’nin uygulanmasının öngörüldüğü ve öngörülmeyp sadece TBK’nun uygulanacağı uyumsuzluklar arasında uygulanacak olan hükümler bakımından tutarsızlık ve adaletsiz sonuçlar gündeme gelebilecektir. Esasen 7 Nisan 2010 ‘da kabul edilerek kanunlaşan ve 1 Ağustos’ta yürürlüğe giren CISG’nin sözleşmede konudaki imkânsızlığı bir geçersizlik sebebi saymaması karşısında, TBK açısından da yasa koyucunun aynı çözümü benimsemesi ve başlangıçtaki imkânsızlığı bir hükümsüzlük sebebi olmaktan çıkarması beklenirdi. Nitekim Almanya’da 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren ve Alman Borçlar Hukukunda modernizasyon yapılmasını amaçlayarak, BGB. hükümlerinde değişiklikler öngören yasa ile BGB. 306 hükmü değiştirilmiş ve sözleşmenin konusunda başlangıçtaki imkânsızlık bir geçersizlik sebebi olmaktan çıkarılmıştır. Konu hakkında geniş açıklamalar ve başlangıçtaki imkânsızlığı hükümsüzlük sebebi olarak düzenlemenin sakıncaları için bkz. **SEROZAN**, § 14 N. 3. Kanaatimizce sözleşmelerin geçerliliğini ilgilendiren genel işlem şartları düzenlenirken Almanya örneğinden yararlanılmış olma çabası karşısında, hem Almanya örneği hem de TBK’nun yürürlüğe girmesinden bir yıl önce kanunlaşarak yürürlüğe girmiş olan ve böylece iç hukuk haline gelen CISG’den yararlanılması zorunluluk teşkil etmektedir. Belirtmek isteriz ki, bu görüşümüz hasar kavramının merkezinde edimin ifasındaki kısmen veya tamamen sonraki ifa imkânsızlığının bulunduğu yönündeki görüşümüzle çelişmemektedir. Çünkü hasara yol açan mücbir sebep, üçüncü kişinin ağır kusuru gibi kavramlar, borçlunun sorumluluğu bulunmaksızın borçtan kurtulmanın yani ifadaki sonraki kusursuz imkansızlığın malzemeleridir. Satılanın bozulması durumunda da, ayıp hükümleri

Doktrinde haklı olarak, hükmün son cümlesindeki bu istisnanın, ilk satış sözleşmesindeki alıcıya hasarı geçirip geçirmeyeceğinin tartışılmasının yer-siz olduğu kabul edilmektedir⁷³. Zira hüküm, sadece ikinci satış sözleşmesindeki hasarın yeni alıcıya geçişini düzenlemektedir. İlk satış sözleşmesinde hasarın alıcıya geçip, geçmediği hükmün düzenleme alanına dahil değildir. Esasen, ilk satış sözleşmesinin yapılması anında zaten mallar bozulmuş, zarar görmüş veya telef olmuşsa, bu durum ilk satış sözleşmesindeki satıcının ilk satış sözleşmesindeki alıcıya karşı ayıptan doğan sorumluluğuna yol açacaktır, zira hasarın geçişi anında mal ayıplıdır ve böylece ikinci alıcı açısından da bir hasarın geçişi sorunundan bahsetmek mümkün olmayacaktır. Belirtmek gerekir ki ikinci alıcı da malların ayıplı olması dolayısıyla satıcının sorumluluğuna başvurabilecektir. Ayrıca bu durumda, satıcının bu ayıpları bilmesinin veya bilecek durumda olmasının ise hukuken bir önemi bulunmamaktadır⁷⁴.

Bununla birlikte, hüküm özellikle kısmi bir hasarın gerçekleştiği hallerde gündeme gelebilir. Örnek olarak, sözleşme kurulduğu sırada, satılan malların yarısı telef olmuştur, fakat satıcı sadece malın tümünün $\frac{1}{4}$ 'ünün telef olduğunu bilmekte ve bilmesi gerekmekte, daha sonra ise kalan $\frac{1}{4}$ 'lük bölüm, kaza sebebiyle telef olmuştur. Bu ihtimalde satıcı sadece bildiği veya bilmesi gerektiği bölüm için hasar rizikosunu taşır ve hükmün ikinci cümlesi uyarınca geriye etkili bir hasar intikali ancak bu $\frac{1}{4}$ 'lük bölüm için söz konusu olmayacaktır. Fakat satıcının söz konusu aydınlatma yükümlülüğünü ihlâl etmesi sonucundaki $\frac{1}{4}$ 'lük sözleşme ihlâli esaslı ihlâl olarak görülebilir ve alıcı da sözleşmeden dönerse, satıcı tüm zarardan sorumludur. Bu durum, makûl bir alıcının, satıcı tarafından yapılacak doğru bir bilgilendirmenin sonucunda sözleşmenin kurulması ânında söz konusu zararı bilmesi durumunda, sözleşmeyi kurmayacağına kabul edileceği hâllerde söz konusu olacaktır. Hükümdeki “satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği” ifadesi, iyi niyete ilişkin TMK. 3 hükmüne paralel bir ifade olmakla birlikte, satıcının sorumluluğu için hafif ihmâlin yeterli olacağına işaret etmektedir. Buna göre satıcı tarafından bilinen şartlar ve olgular, böyle bir zararın meydana gelmiş olmasını ihtimal dahilinde gösteriyorsa, satıcı kötü niyetli kabul edilecektir. Satıcının kötü niyetini ispat yükü alıcıya düşmektedir⁷⁵.

devreye girmekte, fakat hasarın geçişi olgusu alıcının satıcının ayıp dolayısıyla sorumluluğuna başvurmasına engel olmaktadır.

73 Bkz. **ATAMER**, Satıcının Yükümlülükleri, s. 269.

74 **BRUNNER**, s. 379.

75 **BRUNNER**, s. 379.

Belirtmek gerekir ki, sözleşmenin kurulması ânı itibarıyla satılanın çeşit borcu niteliğinde olup, ayırt edilmiş olmadığı hallerde hasarın hükümdeki (ikinci) alıcıya geçmesi söz konusu olmayacağından, alıcı yeni parti mal talep edebilecektir⁷⁶. Nakil halindeki mallarda sözleşmenin kurulması ânında bedel hasarı alıcıya geçtiğinden, edim hasarı da alıcıya o anda geçmekte, bedel hasarının alıcıya geriye etkili olarak geçtiği hallerde, edim hasarı da geriye etkili olarak geçecektir. Zira yukarıda da açıklandığı gibi, edim hasarının en geç bedel hasarının alıcıya geçtiği anda geçmiş olması zorunludur⁷⁷.

c. Aranacak ve Götürülecek Borçlarda Hasarın Alıcıya Geçiş

CISG. 69 hükmü, 67 ve 68. Maddede öngörülmemeyen haller için genel bir düzenleme getirmektedir. Böylece hüküm, gönderilecek borcun ve nakil halindeki malların satışının söz konusu olmadığı hallerde, aksi kararlaştırılmadığı sürece devreye girecek olan hasarın alıcıya geçişine ilişkin kuralları içermektedir. Bu kurallar esasen, CISG’de hasarın geçişine ilişkin başlangıç noktasını ve genel ilkeyi ifade etmektedir⁷⁸. Gönderilecek borcun söz konusu olmadığı bu haller, aranacak, götürülecek veya depolanmış bir malın satışında olduğu gibi; ne alıcının, ne de satıcının ikametgâhı olan bir yerde teslim borcunu içeren satış sözleşmeleridir⁷⁹. Hüküm şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının malları teslim aldığı anda veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer.

Ancak alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal eder.

Sözleşmenin, henüz ayırdedilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir.”

⁷⁶ KAROLLUS, s. 200.

⁷⁷ ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 276; KAROLLUS, s.192, vd.

⁷⁸ HUBER, Art. 69 N. 3.

⁷⁹ BRUNNER, s. 381.

Hükümün ilk fıkrası, malların satıcının işyerinde teslim edilecek olduğu yani aranacak borcun söz konusu olduğu yerinde satım olarak da ifade edilen durumlarda hasarın intikalini düzenlemektedir. Hüküm uyarınca bu halde hasar, alıcının veya onun yerine ifayı kabul edecek kişinin (bu kişi alıcının bu konuda yetkilendirmiş olduğu herhangi bir kişi, örneğin malı teslim almak üzere satıcıya göndermiş olduğu nakliyecisi de olabilir) sözleşmeye uygun olarak, zamanında malı teslim almak için satıcının işyerine gitmiş olduğu hallerde, alıcıya (ya da bahis konusu ilgili kişiye) teslim ile geçecektir. Böylece satılan, satıcının hâkimiyetinden çıkarak, alıcının kontrolüne girer. Satıcının kendi işyerinde alıcıya malı teslim alması için sunması hasarı intikal ettirmez⁸⁰.

Alıcı, satılanı teslim almayarak sözleşmeye aykırı hareket ederse hasar teslim borcunun muaccel olduğu anda, satılanın satıcı tarafından kendi işyerinde teslim alınmak üzere hazır bulundurulmasıyla birlikte alıcıya geçecektir. Maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, satıcının hazır bulundurmuş sayılabilmesi için, çeşidiyle belirli satılanı ayırt etmiş ve alıcıya tahsis etmiş olması gereklidir. Anlaşmanın 53. Maddesinde malların teslim alınması alıcı için sadece bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülük olarak düzenlenmiştir; bu sebeple ilk fıkroda alıcının satılanı “*teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunması*” hasarı intikal ettiren bir olgu olarak ifade edilmektedir⁸¹. Alıcı söz konusu teslim yükümlülüğünü, malı teslim almak için varsa üzerine düşen hazırlık hareketlerini yerine getirmediğinde, ya da sözleşmeye uygun olarak kendisine sunulan malı satıcının iş yerinde kendisi ya da yetkili temsilcisi vasıtasıyla teslim almayarak ihlâl etmiş olur⁸².

Belirli vadenin söz konusu olmadığı hallerde, satıcının teslim borcu derhal muaccel olacağı için, satıcının edim hasarını alıcıya geçirmek için ifa fiillerini ne zaman tamamlamış sayılacağı tereddüt doğurmaya müsaittir. Satıcının tek taraflı ayırt etmesiyle edim hasarı geçer mi? Yoksa bu konuda alıcıya bildirim yapılması aranacak mıdır? Hükümde açıkça düzenlenmiş olmasa dahi, teslim için bir vade belirlenmemişse, satıcının malları hazırlamış olduğunu ve teslim

80 HUBER, Art. 69, N.1; BRUNNER, s. 382.

81 HUBER, Art. 69, N. 6.

82 BRUNNER, s. 382. Aranacak borçlarda edim hasarı ise, görüşümüz çerçevesinde parça satışlarında sözleşmenin kurulmasıyla birlikte alıcıya geçecek, böylece edim hasarı ile bedel hasarının geçişi farklı zamanlarda gerçekleşebilecek; çeşit satışlarında ise satıcının vadesinde malı ayırt ederek sözleşmeye tahsis etmesiyle, yani bedel hasarının geçişiyle aynı anda alıcıya geçecektir. Farklı görüşte ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 275. Çeşit borçlarında ise, satıcının malı ayırt edip alıcıya ihbarda bulunmasıyla edim hasarı intikal etmelidir.

alabileceğini alıcıya ihbar etmesinin gerekli olduğu kabul edilmektedir. Zira, teslim tarihi belirli olmadığına göre, alıcının satıcıdan bu konuda haber beklemesi hayatın olağan akışına uygun ve dürüst bir satıcıdan beklenecek davranıştır. Bu bildirim yapan satıcının, alıcının malı teslim alması için bildirimin varmasından itibaren makul bir süre beklemesi gereklidir. Satılan, ancak bu makul sürenin geçmesinden sonra alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş sayılabilir. Fakat bu durum, bedel hasarının geçişi açısından belirleyicidir. Makul sürenin geçmesine rağmen, alıcı satıcının işyerine gitmemiş ve malı öngörülen zamanda teslim almamış ise, bedel hasarı malın ayırt edilmiş olması şartıyla alıcıya geçecektir⁸³. Doktrinde, alıcının malı teslim alma yükümlülüğü dışındaki başka bir yükümlülüğünü ihlal etmesi ve bu ihlâlin alıcının 60. Maddede düzenlenen ifaya katılma yükümlülüğünün yanı sıra, doğrudan doğruya alıcının teslim alma yükümlülüğü ile bağlantılı olması hâlinde de birinci fıkranın kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir⁸⁴. Böylece, alıcı her ne kadar zamanında satılanı satıcının işyerine giderek teslim almayı istese de, satıcının teslim borcuyla bağlantılı kabul edilen örneğin akreditif açtırma yükümlülüğünü ihlâl etmek suretiyle sözleşmeye aykırı hareket ettiğinde, teslim gerçekleşmiş gibi hasara katlanacaktır⁸⁵. Belirttiğimiz gibi, çeşidin ancak fiilen ayırt edilmiş olması şartıyla, ihbarda bulunulması edim hasarını alıcıya geçirir. Bu sebeple, tereddüt halinde, satılanın telef olduğu veya zarara uğradığı an itibarıyla ayırt edilmiş olduğunu ispat yükü, edim hasarını alıcıya geçirmek isteyen satıcıya düşmektedir. Bu ihtimalde, edim hasarı alıcıya geçmiş, fakat makul süre henüz geçmiş olmadığından, bedel hasarı alıcıya geçmemiş olmaktadır. Böylece, satıcı teslim borcundan kurtulabilecek fakat makul sürenin geçmesinden önce bedel hasarı alıcıya geçmiş olmayacağı için satış bedelini alıcıdan talep edemeyecektir.

Hükmün ikinci fıkrası ise, satış konusu malların satıcının ikametgâhı (işyeri) dışında bir yerde teslim edileceği hallerde uygulama alanı bulacaktır. Bu hallerden ilki, satılanın alıcının ikametgâhında (iş yerinde) teslim edileceği dar ve gerçek anlamdaki götürülecek borçlardır. Bu tür satışlar için uzağa satış kavramı da kullanılmaktadır⁸⁶. Hükmün uygulama alanına giren diğer durum ise, satılanın satıcının veya alıcının ikametgâhı olmayan üçüncü bir yerde teslim edilecek olmasıdır. Satıcının satılanı, alıcının ve kendisinin işye-

83 **BRUNNER**, s. 382.

84 **STAUDINGER/MAGNUS**, Art 69 N. 16.

85 **BRUNNER**, s. 382.

86 **BRUNNER**, S. 383.

rinden başka bir yerde teslim edeceği hallerde, satıcı açısından götürülecek, alıcı açısından da aranılacak borç mevcuttur⁸⁷ ve satıcı belirlenen ifa yerinde malı teslim etmediği sürece, teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmaz. CISG.69/2 hükmünde, her iki durumu da içerecek şekilde “*Ancak alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde*” ifadesi kullanılmıştır. Özellikle malların, satıcıya ait olmayan bir depoda veya üçüncü kişiye ait bir yerde saklandığı ve malın buradan teslim alınacağı haller de ikinci fıkranın kapsamına girmektedir. Yine, satıcının malı alıcının işyeri olmayan belirli bir yere götürmeyi ve orada satılanın montajını gerçekleştirmeyi üstlendiği hâllerde de hüküm uygulama alanı bulacaktır. Satıcı malı belirli bir yerde bağımsız taşıyıcıya teslim ederek göndermeyi üstlenmişse, mallar o yere götürülene ve bağımsız taşıyıcıya teslim edilene kadar (örneğin işyeri Hannover’de bulunan satıcı, malı Hamburg limanındaki gemiye teslim etmeyi yani oradan göndermeyi taahhüt etmiştir.) hasar yine satıcıdadır. Zira burada dahi belirlenen yere kadar malın ulaştırılması satıcının sözleşmeyle üstlendiği bir yükümlülük olup, satıcı açısından götürme borcu teşkil eder; ne var ki bu ihtimal gönderme borcunun ifasına ilişkin olarak, Anlaşma m. 67/f. 1c.2’de açıkça düzenlenmiş olduğu için, bu konuda ayrıca bir yorum yapmaya da ihtiyaç kalmamaktadır.

Hükümün kapsamına giren yukarıdaki hâllerde, bedel hasarı satıcının malı, ifa yerinde alıcının teslim alması için hazır bulundurması ve alıcının bu durumdan haberdar olması ânında alıcıya geçmektedir. Teslim borcunun muaccel olmasından önce hasar her zaman satıcıdadır. Alıcı, zamanından önce yapılan bir ifayı kabul etmek zorunda olmadığından, vadeden önce yapılan davranış hasarı intikal ettirmez, zira alıcı açısından da Anlaşmanın 60. Maddesi uyarınca teslim alma yükümlülüğü muaccel olmamıştır. Haberdar olma şartı ise, mutlaka satıcının yapacağı bir ihbarı gerektirmeyebilir. Fakat her ihtimalde, alıcının haberdar olması, hasarın intikalinin objektif bir şartı olduğundan, tereddüt halinde satıcı ihbar gerekmez alıcının durumdan haberdar olduğunu ispatla mükellef olacaktır. Diğer yandan, satılanın teslim alınması için bir vade veya süre öngörülmemişse, satıcı mutlaka alıcıya ihbarda bulunmak zorundadır. Yukarıdaki açıklamalarımıza paralel olarak, satıcının yapmış olduğu ihbarın alıcıya varmasından itibaren malın teslim alınması için alıcıya makul bir süre verilmeli ve ancak bu makul, kısa sürenin geçmesinden sonra mallar tasarrufa hazır bulundurulmuş sayılmalıdır, böylece hasar da bu andan itibaren alıcıya intikal edecektir. Satılan mallar, belirli bir yerde muha-

87 BRUNO von BÜREN, Schweizerisches Recht Allgemeiner Teil, Zürich 1964, s. 444.

faza edilmekte ise, ayrıca alıcıya mal üzerinde tasarruf edebileceği ve söz konusu malları ardiye sahibinden (veya ilgili üçüncü kişiden) teslim alabileceği belgelerin kendisine verilmesiyle birlikte, mallar alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş sayılabilir⁸⁸. Satıcı, bu sonucu alıcıya mutlaka kıymetli evrak niteliğinde bir belge vererek değil, alıcının zilyetliğini tanıması şartıyla söz konusu üçüncü kişiye artık alıcının malların zilyedi olduğunu bildirmek suretiyle yani uzak elden teslim yoluyla da gerçekleştirebilir. Belirtmek gerekir ki, burada satıcının yükümlülüğünün kapsamı belirleyicidir. Örneği montaj edimini de içeren bir satış varsa, söz konusu montaj tamamlanmadan, satılan mal alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş sayılmaz⁸⁹.

İkinci fıkra yönünden de, genel bir ilke olarak alıcının malın teslim alınmasıyla bağlantılı olan yükümlülüklerine aykırı davranması dolayısıyla satıcı ayırt etmiş olduğu malı alıcının tasarrufuna hazır bulunduramıyorsa hasara alıcı katlanacaktır. Burada alıcının sözleşmeye aykırı davranışı ile satıcının malı alıcının tasarrufuna hazır hale getirmemesi arasında uygun nedensellik bağı aranacaktır. Yani alıcının söz konusu sözleşmeye aykırı davranışı olmasa idi, satıcının sözleşme uyarınca malı alıcının tasarrufuna hazır bulundurması gerekmeli ve satıcı bu engel olmasa idi malı alıcının tasarrufuna hazır bulundurabilecek durumda olmalıdır⁹⁰.

Edim hasarı yönünden ise, satıcının teslimе yönelik yükümlülüğü, malı alıcının teslim alması için ifa yerinde hazır bulundurmaktır. Satıcıya haberdar etme konusunda bir yükümlülük yüklenmediğine göre, teslim borcunun muaccel olduğu anda, satılanın ifa yerinde ayırt edilmiş bir şekilde hazır bulundurulmuş olmasının, edim hasarının geçişi açısından yeterli olacağı savunulabilir⁹¹. Bu görüşün kabulü halinde, haberdar olma durumundan önce edim hasarı alıcıya geçebilecek, fakat bedel hasarı, malların teslim yerinde hazır bulundurulduğundan haberdar olmasından itibaren alıcıya geçecektir.

3. SATICININ SÖZLEŞMEYE AYKIRI DAVRANIŞININ HASARIN GEÇİŞİNE ETKİSİ:

Anlaşmanın 70 maddesi “*Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hukukî*

⁸⁸ BRUNNER, s. 383; STAUDINGER/MAGNUS, Art. 69 N. 22.

⁸⁹ BRUNNER, s.383.

⁹⁰ BRUNNER, s. 384.

⁹¹ Farklı görüşte ATAMER, Satıcının Yükümlülükleri, s. 275.

imkânlara halel vermez.” hükmünü içermektedir. Hüküm TBK. 228’e paralel bir düzenleme getirmektedir. TBK. 228 uyarınca, “Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez. Bu durumda alıcı, satılardan elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür.”

CISG m. 70, satıcının sözleşmeyi esaslı olarak ihlâl etmiş olduğu hallerde, alıcının bu sebeple sahip olduğu hakları kullanabileceğini, hasarın alıcıya intikali olgusunun bu hakların kullanımını engellemeyeceğini ifade etmektedir. Buna göre, alıcı hasarın geçişi ânı itibarıyla sözleşmeyi 49. madde uyarınca ortadan kaldırma (dönme) veya Anlaşma m. 46/f.2 uyarınca ikame mal talebinde bulunma hakkına sahip olmuşsa⁹²; satılanın tarafların sorumluluğu bulunmaksızın bozulması veya telef olması alıcının bu haklarını kaybetmesine sebep olmayacaktır.

Alıcı hasar olgusu sebebiyle satılanı iade edebilecek durumda olmasa dahi esaslı ihlâlden doğan haklarını kullanabilecektir. Nitekim Anlaşmanın 82. Maddesinde de,

“(1) Alıcının, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade etmesi imkansızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşer.

(2) Önceki fıkra hükmü aşağıdaki hallerde uygulanmaz:

(a) malların iade edilmesinin veya teslim alındığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesinin imkansızlaşması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa;” denilmek suretiyle, alıcının satılanın iadesinin imkânsızlaşmasında alıcının kusurunun bulunmadığı hallerde, alıcının haklarının düşmeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Satılanın, satıcının veya alıcının sorumlu olduğu sebeplerle telef olması veya bozulması, kötüleşmesi durumlarında ise, hasar sorunu gündeme gelmeyeceğinden, Anlaşmanın 66-70. Madde hükümleri uygulanmayacaktır.

Düzenlemenin lâfzından da anlaşıldığı üzere; hasarın intikali olgusu ile satıcının esaslı ihlâl⁹³ niteliğindeki davranışı bir arada bulunabilmekte; satıcı-

⁹² CISG. m. 46/f.2 ve 3 ‘te düzenlenen ikame mal talebinin yani malın yenisi ile değiştirilmesi talebinin ve onarım talebinin, alıcının aynen ifayı talep hakkının birer görünümü olduğu hakkındaki açıklamalar ve hükümlerin yorumu için bkz. **BAŞAK BAŞOĞLU**, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012, s. 230.

⁹³ Doktrinde, temelli ifa etmemenin, borçlunun kesin olarak ifada bulunmayacağını beyan et-

nın esaslı ihlâlde bulunduğu hallerde dahi, hasar alıcıya intikal edebilmektedir. Yani alıcı, satıcının esaslı ihlâl içeren davranışlarda bulunduğunu ortaya koyarak, hasarın kendisine geçmediğini ileri süremez. Fakat alıcının esaslı ihlâl dolayısıyla sahip olduğu haklar öncelikle uygulama bulacak, sanki satılan mal hiç telef olmamış veya zarar görmemiş gibi, sözleşmeden dönebilecek ya da ikame mal talep edebilecektir. Hasarın kendisine geçmesinin hukukî sonucu olan satış bedelinin tamamını ödemekten kurtulabilmek için söz konusu haklardan birini kullanmak zorundadır. Alıcı bu haklardan birini kullanmaksızın satılanı kendinde tutarsa, malın bozulmuş olması dolayısıyla herhangi bir hak ileri süremeyecektir. Alıcı sözleşmenin ihlâl edilmesi dolayısıyla Anlaşmanın 50. Maddesi uyarınca satış bedelinde indirim veya Anlaşmanın 45/1.b.'nin atfı ile 74-77. hükümleri uyarınca tazminat talep ederse; hasarın geçişinin sonuçları alıcının bu hakları saklı kalmak kaydıyla uygulanacak; alıcı satış bedelini indirilmiş olarak ödeyecek veya tazminat talebiyle satıcının bedel alacağını takas edebilecektir. Alıcı, Anlaşmanın 46/f.3 hükmü uyarınca onarım hakkını kullanmak isterse, hasarın intikalinden önce mevcut olan ayıplar için bu hakkını kullanabilecektir. Fakat alıcı, hasarın intikalinden önce onarım hakkını seçmiş ve bunun arkasından mal telef olmuş ise; alıcı malın telef olması ânında mevcut olan esaslı ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hakları kullanarak, artık imkânsızlaşmış olan onarım yerine ikame mal talebinde bulunabilecek veya sözleşmeden dönebilecektir.

Esaslı ihlâlin söz konusu olmadığı hallerde de, alıcı hasarın geçişi ânı itibarıyla sahi olduğu hakları kullanabilir; mal telef olmamış ise onarım isteyebilir, satış bedelinden indirim veya tazminat haklarından birini seçebilir. Bununla birlikte hasarın geçişi olgusunun kendisine yüklediği hukuksal sonuçlara katlanacaktır. Zira, tesadüfen meydana gelen zararın olumsuz ekonomik sonuçları, hasarın intikalinden itibaren alıcıya yüklenmiş olup, satıcının sözleşme ihlali doğuran davranışları (hasar kavramının zorunlu kıldığı üzere, malın telef olmasına veya bozulmasına satıcı sebep olmadığı sürece)

mesinin, eksik ifade ifa edilen bölümün alıcı için hiçbir değer ifade etmiyor olmasının, alıcının semenin tenzili, ayıbın giderilmesi veya tazminat haklarına başvurduğu hallerde tatmin edilemeyecek olduğu hallerde ayıplı ifanın, kesin vadede teslimi gerçekleştirilmemesinin esaslı ihlâl oluşturduğu kabul edilmektedir. Sözleşmede Incoterms kullanılmış olması halinde, kesin vadeden bahsedilip, bahsedilemeyeceği tartışmalıdır. Ne var ki, uygulamaya yansıyan bir olayda Hamburg Yüksek Eyalet Mahkemesi, CIF (Cost Insurance Freight) klotunun kesin vadeye işaret ettiğini kabul etmiştir. Bkz. OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261, karar metni için bkz. <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=261>, açıklamalar için bkz. **Yavuz DAYIOĞLU**, Cısg Uygulamasında Sözleşmenin İhlâli Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011, s. 43.

bu konuda bir değişiklik meydana getirmez. Alıcı yine bu olumsuz tesadüfî olayın sonuçlarına katlanacaktır, ne var ki esaslı ihlâl mevcut olup, alıcı da zamanında ikame mal talep etmiş veya sözleşmeden dönmüş ise, söz konusu ekonomik sonuçların tamamı sadece satıcıya yükletilecektir. Alıcı, bu halde malı hasara uğraması dolayısıyla hiç veya teslim almış olduğu gibi iade edemeyecek olmasına rağmen, sözleşmeden dönme veya ikame mal talebinde bulunma hakkını kullanabilecek, satılanı iade borcundan kısmen veya tamamen kurtulabilecektir. Satıcı alıcının sözleşmeden dönmesi halinde, satış bedelini talep etme hakkını kaybeder, tahsil etmişse de tamamını iade eder⁹⁴. Esasen burada söz konusu olan, bir hasar dağılımı öngörmek değil, alıcıya sözleşmeye aykırı ifa dolayısıyla sahip olduğu hakları, mal kendi kusuru olmaksızın telef olsa veya bozulsa dahi kullandırmaktır. Anlaşma uyarınca, ancak esaslı ihlâl durumunda alıcı hasar kendisine geçmiş olsa dahi, zamanında ikame mal talebinde bulunmak veya sözleşmeden dönmek suretiyle, hasarın kendisine geçmiş olmasının olumsuz sonuçlarını tamamen bertaraf edebilecektir⁹⁵.

Satıcı satılanı teslim etmekte temerrüde düşmüş ve Anlaşmanın 49/1.b. hükmü uyarınca kendisine verilmiş olan mehil de, zararı doğuran tesadüfî olayın gerçekleştiği an itibarıyla semeresiz kalarak dolmuş ise (mehilin dolduğu an itibarıyla mal teslim edilmemiş veya mehilin dolmasından önce satıcı malı teslim etmeyeceğini açıklamışsa), alıcı sözleşmeden dönebilecektir. Satıcı tarafından satılanın ayıpsız fakat geç teslim edilmiş olması hâlinde, alıcı ancak Anlaşmanın 49/f.2.a hükmü uyarınca sözleşmenin ortadan kalktığını bildirme yani dönme hakkına sahip ise (alıcı gecikmiş teslim halinde, teslimin yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş ise), hasarın intikalinin tüm sonuçlarından kurtulabilir. Satıcı sözleşmeye uygun mal teslim etmez ve bu durum esaslı ihlâl teşkil ederse, alıcı zamanında ikame mal talebinde bulunmak veya sözleşmeden dönmek suretiyle hasarın kendisine geçmiş olmasının sonuçlarından kurtulabilir. Alıcı Anlaşmanın 52. Maddesi uyarınca, vadesinden önce yapılan ya da sözleşmede belirlenenden daha fazla miktardaki bir teslimi kabul etmek zorunda olmakla birlikte, eğer kabul ederse hasar kendisine intikal edecektir.

94 Sözleşmeden dönme imkânı veren esaslı ihlâl halleri hakkında bkz. **KUTLUHAN ERKAN**, CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2013, s. 78, vd. Alıcının dönme hakkını kullanmasından önceki ve sonraki duruma göre yapılan ayırım ve açıklamalar için bkz. **İşıl YELKENCİ**, CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s. 156, vd.

95 **KAROLLUS**, s. 191.

SONUÇ

CISG’de öngörülen hasarın geçişi rejimi, satıcının teslim yükümlülüklerinin kapsamı esas alınarak ve ifa modalitelerine bağlı olarak öngörülmüştür. Bu yönüyle anlaşmanın, 6098 sayılı TBK.’nın 208. Maddesinde kabul edilen teslim prensibine model oluşturduğu söylenebilir. Ne var ki, TBK. 208 hükmünün, hasarın geçişinde modern eğilimlerin gerektirdiği şekilde fiilî hakimiyeti esas almaktan ziyade mülkiyetin geçişini kriter alan bir anlayışı benimser gözükmese, multi modal taşımaların özelliklerini ve çeşidin ayırt edilmesi gereğini dikkate almaması dolayısıyla eleştirileri doğurmaktadır. Yine de, parça borçlarında hasarın geçişi açısından sözleşme prensibinin terkedilmiş olması önemli ve yerinde bir değişikliktir.

CISG’nin hasarın geçişine ilişkin hükümlerinin tamamında, teslim prensibinin geçerli olduğu söylenemez, bununla birlikte satıcının asıl ediminin çoğunlukla ifa yerinde malın teslim hazırlanması bulundurulması olduğu vurgulanmıştır. Anlaşmanın 68. Maddesindeki sözleşme prensibi nakil halindeki mallar yönünden ilişkinin yapısı gereği olmakla birlikte, bu konudaki ispat sorunları, hükmün uygulanmasına engel olacak niteliktedir. Diğer yandan Anlaşma m. 69/2 hükmünde aranan haberdar olma koşulu ise belirsizliğe ve spekülasyona müsaittir. Bununla birlikte, CISG’nin hasara ilişkin hükümlerinin yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğu ve aksine anlaşmaların çoğunlukla Incoterms yoluyla gerçekleşeceği unutulmamalıdır. Son olarak, uluslararası ticaretin gerekleri aksini öngörmedikçe ve Anlaşma hükümlerine hâkim olan ifa engelleri sistemine aykırı düşmedikçe, bazı hallerde satıcı teslim yükümlülüğünden kurtulurken, sözleşmeye uygun bir malı teslim alma hakkını kaybeden alıcının da satış bedeli ödememesinin uygun bir sonuç olabileceği, edim hasarının alıcıya geçtiği tüm hallerde, bedel hasarının da alıcıya geçişinin zorunlu olmadığı kanaatini taşımaktayız.

KAYNAKÇA

- ACHILLES Wilhelm-Albrecht:** Kommentar zum UN- Kaufrechtsübereinkommen, Neuwied, 2000.
- AKINTÜRK Turgut:** Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali, Ankara 1966.
- ALTAY Sabah:** Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş, İstanbul 2008.
- ATAMER M.Yeşim:** Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı- Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK.m.183'ün Farklı Okunması Gerektiği, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, s. 131-167, İstanbul 2000 (Kısaltma: Atamer, Oğuzman'a Armağan).
- ATAMER M. Yeşim:** “*Taşınır Satımı Sözleşmesi*”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, editör : M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012 (Kısaltma: Atamer, Taşınır Satımı Sözleşmesi).
- ATAMER M. Yeşim:** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 (Kısaltma: Atamer, Satıcının Yükümlülükleri).
- ATAMER M. Yeşim:** Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak- Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, BATIHA E Yayını, Ankara 2012.
- BAŞOĞLU Başak:** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012.
- BİNGÖL İtir:** Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep, Ankara 2011.
- BRIDGE Michael:** CISG Uyarınca Hasarın Geçiş, Milletlerarası Satım Hukuku, Editör: Yeşim M. ATAMER, İstanbul 2008.
- BRUNNER Christoph:** CISG Kommentar zum UN Kaufrecht, (swisslex), Bern 2004.
- BUCHHOLZ Christoph:** Konzentration und Gefahrübergang, Nürnberg 1986.
- von BÜREN Bruno:** Schweizerisches Recht Allgemeiner Teil, Zürich 1964.
- CANER Oğuz:** “10. Yıl'a Armağan” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:11 Sayı: 22 Güz 2012/2 s.223- 262.
- DAYIOĞLU Yavuz:** Cısg Uygulamasında Sözleşmenin İhlâli Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011.
- DURAL Mustafa:** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.
- EMMERICH Volker:** Münchener Kommentar zum BGB, zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432, 6. Auflage, München 2012.

- ERİŞGİN Özlem Söğütlü:** Tarihsel ve Dogmatik Açından Periculum Est Emptoris, İstanbul 2010.
- ERKAN Kutluhan:** CISG Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2013.
- ERNST Wolfgang:** Münchener Kommentar zum BGB, zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil: §§ 241-432, 6. Auflage, München 2012.
- FILIOS Paul:** Die Gefahrtragung beim Kauf im Rahmen Des Synallagmas, Berlin 1964.
- GERNHUBER Joachim:** Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, cilt 1, İstanbul 2012.
- HUBER Peter:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB Band 3, CISG Art. 45-101, 6. Auflage, München 2012.
- HAGER Günter:** Die Gefahrtragung beim Kauf, Frankfurt am Main, 1982.
- KAROLLUS Martin:** UN-Kaufrecht- Eine systematische Darstellung für studium und Praxis Vienna, New York, Springer 1991.
- KUYUCU Aslıhan Sevinç:** Incoterms, İstanbul 2011.
- MAGNUS Ulrich:** Kommentarzum Bürgerlichen Gesetzbuch Mit Einführungsgesetz Und Nebengesetzen -- Wiener Un-Kaufrecht (CISG) Berlin 2005.
- OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- ÖZDEMİR Hayrunnisa:** Satış Sözleşmesinde Yarar ve Hasarın İntikali, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi-Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, İstanbul 2011.
- SEROZAN Rona:** İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014, §7 N. 4 ve 9.
- SIEBER Liliane:** Gefahrtragung im Kaufrecht, Zürich 1993.
- TANDOĞAN Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, c. I/1, İstanbul 1988.
- WESTERMANN Harm Peter:** Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, München 2012.
- YAŞAR Tanju Oktay:** Übergang der Leistungsgefahr bei den Internationalen Kaufverträgen unter Berücksichtigung von Incoterms und WKR, Ankara 1998.
- YAVUZ Cevdet / ACAR Faruk / ÖZEN Burak:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2013.
- YELKENCİ Işıl:** CISG Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- ZEYTİN Zafer:** Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku, Ankara 2011.

Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması (VSA) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu ve Alıcının Hakları

Yard. Doç. Dr. Tuba AKÇURA KARAMAN*

I. GİRİŞ

Globalleşen dünyamızda tacirler arasında en yaygın olarak imzalanan satım sözleşmesinin kurallarının ve taraf menfaatlerinin yeknesak kurallara bağlanması hukuki güvenin sağlanması açısından önemlidir. Bu amaçla ortaya çıkmış bir çok çalışma bulunmakla beraber 11 Nisan 1980 tarihli “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması” bunlardan en kabul görmüş olanıdır. Bu Antlaşma sıkça “Viyana Satım Antlaşması” olarak da tanımlanmaktadır ve bu çalışma açısından da biz bu ifadeyi ve onun kısaltması olan “VSA”yı kullanmayı tercih etmiş bulunmaktayız. VSA Türkiye açısından da 7 Nisan 2010 tarihli RG’de yayınlanarak¹, 01.08.2011 tarihi itibarıyla iç hukukumuz haline gelmiştir².

VSA’nın uygulamaya girmesiyle, satım sözleşmeleri açısından VSA kapsamına giren satım sözleşmeleri ve diğerleri olarak ayrılan ikili bir sistem başlamıştır. VSA kapsamına girmeyen mal satımı sözleşmelerinden kaynaklanan

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

Bu çalışma yazarın “*Borçlar Kanunu ve Viyana Satım Antlaşması Çerçevesinde Ayıp Halinde Alıcının Hakları*” adıyla Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, XXVIII, Sayı 1, 2012, s. 193-254’de yayınlanmış olan makalesinden bu sempozyumun konusuna göre uyarlanıp, güncellenerek hazırlanmıştır. Bu çalışmadaki pek çok konuda daha geniş bilgi için bkz. anılan makale. RG 7 Nisan 2010, S. 27545.

1 VSA m. 99/f. 1 uyarınca, Antlaşma katılma belgesinin Birleşmiş Milletlere verilmesinden 12 ay sonra, ilk aybaşından itibaren yürürlüğe girmektedir.

Bu konuda bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

ihtilaflar eskiden olduğu gibi Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümlerine tabi olurken VSA kapsamına giren satım sözleşmeleriyle ilgili ihtilaflar VSA'nın rejimine tabi olacaktır. VSA hükümleri iç hukuk haline geldiğinden Türk mahkemeleri, VSA kapsamına giren bir satım sözleşmesi söz konusu olduğundan VSA hükümleri uyarınca karar oluşturmak zorundadırlar. Bu nedenle VSA'nın hem öğreti hem de mahkemeler tarafından iyi anlaşılıp öğrenilmesi gerekmektedir.

Bu çalışma ile VSA'nın uygulama alanına giren mal satımı söz konusu olduğunda, malın ayıplı olması halinde alıcının hakları ve satıcının sorumluluğu açısından tabi olunacak hukuki rejim belirlenmeye ve bu rejimin Borçlar Kanunundaki sisteminden farkları tespit edilmeye çalışılacaktır.

II. AYIPTAN SORUMLULUK MÜESSESESİNİN KANUN SİSTEMATİĞİ AÇISINDAN DÜZENLENİŞ FARKI

Satıcının “ayıptan sorumluluğu” müessesesi Borçlar Kanunu’nun 219 ila 231. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Burada satıcının söz konusu ayıp dolayısıyla sorumluluğunun koşulları, alacaklının hakları ve zaman aşımı gibi hususlar oldukça ayrıntılı ve özel bir rejime tabi tutulmuştur. Diğer taraftan VSA’ya bakıldığında farklı bir sistematik karşımıza çıkmaktadır. VSA’nın hiçbir hükmünde “ayıplı mal” veya “satıcının ayıptan sorumluluğu” ifadesine rastlanmamaktadır. Tabii ki bu durum VSA’da “satıcının ayıptan sorumlu” olmayacağı anlamına gelmemektedir!!! “Satıcının ayıptan sorumluluğu”, VSA’da satıcının “malların sözleşmeye uygun olarak teslim edilmesi borcu” içerisinde değerlendirilmiştir. “Ayıp” kavramı yerine “sözleşmeye uygunluk” kavramı ön plana çıkartılmıştır. Bu durum aslında VSA ile getirilmiş yeni bir rejim değil, ayıptan sorumluluğu genel sözleşmeye aykırılık içerisinde değerlendiren Common Law sisteminin bir yansımasıdır³. Bu şekilde ayıp hükümlerinin özel olarak düzenlenmeden sözleşmeye aykırılık içerisinde düzenleme eğilimi bir çok yeni uluslar arası anlaşmada tercih edilmiştir⁴.

VSA’da ayıp düzenlemesini de içerisinde barındıran “sözleşmeye uygun mal teslimi” rejimi BK’da alışılmışın tersine sözleşmeyi ihlal eden halleri (eksik ifa, geç ifa, ayıplı ifa, alud vb) saymamakta aksine “sözleşmeye uygun

3 Bu yönde bkz. *Atamer*, Y: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 182.

4 Bu yönde bkz. *Atamer*, s. 182, s. 27 vd.

ifanın” koşullarını belirlemekte. Bu koşullara uygun olmayan ifa “sözleşmeye aykırı” olup satıcının sorumluluğunu doğurmaktadır. VSA’da bunun dışında sözleşmeye uygun ifanın ne tür bir davranışla (ayıp, eksik ifa ...) ihlal edilmiş olduğuyula ilgilenilmemektedir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi “satıcının ayıptan sorumluluğu”nu BK’da ayrı bir başlık altında ve bağımsız bir hukuki rejime tabi olarak kolayca tesbit edebilmemize rağmen, VSA’da “satıcının ayıptan sorumluluğu” satıcının sözleşmeyi ihlal sorumluluğunu düzenleyen genel hükümler arasından bulup çıkarmamız gerekmektedir. VSA açısından “satıcının ayıptan sorumluluğu”-nun mahiyeti ve alıcının haklarının ne olduğu genel sözleşmeyi ihlal hükümleri arasına dağılmış olduğundan görülmesi BK’daki kadar kolay olmamaktadır. Aşağıda konu daha detaylı incelenecektir.

III. AYIPTAN SORUMLULUĞUN KOŞULLARI AÇISINDAN BORÇLAR KANUNU VE VSA’NIN KARŞILAŞTIRILMASI

Borçlar Kanunu çerçevesinde satıcının ayıptan sorumluluğunun doğması için *“malın ayıplı olduğunun”, “ayıbın yarar ve hasarın alıcıya geçmesinden önce mevcut olduğunun”* ispatlanması ve alıcının *“gözden geçirme ve ayıp bildirimi külfetlerini”* zamanında yerine getirmiş olması gerekmektedir. Aşağıda detaylı olarak aktarılacağı gibi VSA çerçevesinde de ayıplı mal teslim eden satıcının sorumluluğunun doğması için BK’da aranan bu üç koşulun gerçekleşmiş olması gerekmektedir. VSA çerçevesinde satıcının ayıptan sorumluluğu özel olarak düzenlenmediği için bu koşullar genel sözleşmeye aykırılık hükümleri arasından ayıklanmaktadır.

Aşağıda satıcının ayıptan sorumluluğunun doğması için Borçlar Kanunu sistemindeki koşulların VSA’daki görünümünün nasıl olduğu yakından değerlendirilecektir.

1. “Malın ayıplı olması” – “Sözleşmeye uygun olmaması”

Ayıplı malın tanımı BK m. 219/f.1’de yapılmıştır. Hüküm şu şekildedir:

“Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılarda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddî, hukukî ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.”

Hükümde ayıplı malın iki şekilde ortaya çıktığı belirtilmiştir. Birincisi satıcı tarafından bildirilen niteliklerin malda bulunmaması; ikincisi ise, maldan beklenen faydaları ortadan kalkması veya önemli ölçüde azaltması halidir⁵. Bu ikisinden birinin söz konusu olması halinde mal ayıplı sayılmakta ve satıcının ayıp sorumluluğu doğmaktadır.

VSA'nın hiçbir hükmünde "ayıplı mal" terimi kullanılmamış olduğunu ve bu hususun, VSA m. 35 vd. hükümleri ile "malların sözleşmeye uygun olması" hükümleri kapsamında değerlendirildiğini yukarıda belirtmiştik. Dolayısıyla VSA hükümlerine tabi bir ilişki çerçevesinde kendisine ayıplı mal teslim edilmiş olan bir alıcı, satıcıya karşı haklarının ne olduğunu belirleyebilmek için öncelikle teslim edilen malın VSA m. 35 çerçevesinde de sözleşmeye uygun olup olmadığına bakması gerekecektir. VSA m. 35 şu şekildedir:

"(1) Satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır.

(2) Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, mallar ancak aşağıdaki hallerde sözleşmeye uygun sayılırlar:

(a) aynı türden malların mutad olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler;

(b) sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılsın;

(c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler;

(d) ilgili türden mallar için mutad sayılan şekilde veya böyle mutad bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler.

(3) Alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2'nin (a) ilâ (d) bendleri çerçevesinde sorumlu değildir."

Yukarıda belirtildiği gibi BK m. 219'da ayıplı mal belirlemede "satıcı tarafından belirtilen niteliklerin bulunmaması" ya da "maldan beklenen fayda-

5 Bkz. *Zevkliler, A./Gökyayla, E*; Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013, s. 118 vd.

ların ortadan kalkması veya önemli ölçüde azalması” açısından ikili bir ayırım yapılmaktaydı. VSA m. 35’de ise “malın niteliklerinin sözleşmede açıkça belirlenmiş olup olmamasına” göre ikili bir ayırımı gidilmiştir. Maddenin birinci fıkrasında malla ilgili olarak sözleşmede taraflarca belirleme bulunması halinde bu belirlemelere uygun mal teslim edilmesi gerektiği belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise sözleşmede bu konuda açık bir belirleme olmadığı zaman teslim edilen malın nasıl olması gerektiği yönünde kurallar getirilmiştir. Burada sadece malın mutad olarak aranan özelliklerine sahip olması değil, somut sözleşme ile aranan özelliklere (implied warranties) de sahip olması aranmıştır.

Burada kısaca VSA m. 35/f.1’deki tercüme hatasına dikkat çekmekte fayda vardır. Birinci fıkra okunduğunda sanki fıkra satıcının “ambalaj sorumluluğu”ndan bahsediyormuş gibi duruyor. Asıl metne uygun Türkçe tercümesi “Satıcı malı sözleşmede öngörülen miktarda, nitelikte ve tanımlanan şekilde ve yine sözleşmede belirtildiği tarzda ambalajlanmış olarak teslim etmekle yükümlüdür.” şeklinde olmalıydı.

VSA m. 35/f.1’deki “malların sözleşmeye uygun olmaması” terimi “malların ayıplı olması” teriminden çok daha geniş kapsamlıdır. Nitekim VSA m. 35/f.1’de “sözleşmede öngörüldüğü **miktarda, kalitede, türde ve mufahaza içinde** teslim edilen malın” sözleşmeye uygun mal olacağı belirlenmiştir. Maddede belirtilmiş olan malın sözleşmede belirtilmiş olan “miktardan eksik teslim” edilmiş olması Borçlar Hukuku açısından ayıplı ifa değil eksik ifa; “sözleşmede belirtilmiş olan türden farklı” mal teslim edilmesi de BK’da ayıplı mal teslimi olarak değil başka bir mal verilmesini diğer bir ifade ile “aluid mal” teslimini⁶; “sözleşmede öngörülmüş olan muhafaza içinde” teslim edilmemesi de ayıplı mal teslimi niteliğinde olmayan tüm bu haller BK kapsamında BK m. 112 vd. daki sözleşmeye aykırılık hükümlerinin uygulanmasını gerektirecektirler⁷. VSA m. 35/f.1’de belirtilen hallerden sadece “öngörülen **kalitede** mal teslim edilmemesi” Borçlar Kanunu kapsamında “ayıplı mal” niteliğindedir.

VSA m. 35/f.2 ile, taraflar sözleşmede aksine başka bir belirleme yapmadıkları takdirde malın mutad olan veya taraflarca açık veya zımnî olarak

⁶ Türk hukukunda öğreti baskın olarak, “aliud ifanın” “kötü ifa” olarak değil “ifa etmeme” olarak kabul edileceği görüşündedir. Bu yönde bkz. *Yavuz, C.*: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar Özel), İstanbul 2007, s. 101; *Tandoğan, H.*: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul 2008, s. 172. Aksi görüşte bkz. *Serozan, R.*: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar Özel), İstanbul 2006, s. 140, 141.

⁷ Bu yönde bkz. *Zevkliler/Gökyayla*, s. 120.

bildirilen her türlü kullanım amacına uygun; model malın kalitesinde ve uygun şekilde paketlenmiş olması gerektiği belirtilmiştir. VSA m. 35/f.2’deki bu hüküm ile “malın mutad veya bildirilen kullanım amacına uygun olması” kavramı karşımıza çıkmaktadır. Bu fıkra malın mutad olan alışılmış kullanımı dışında da özellikle somut olay açısından alıcının aradığı özelliklere sahip olmasına da önem atfettiğinden önemlidir. BK m. 219’daki ayıplı mal tanımına bu gözle baktığımızda, maddede “kullanım amacı bakımından alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran” ifadesinin VSA’daki kadar açıklayıcı olmadığı görülmektedir. BK m. 219’daki “kullanım amacı” kriterinin mutad kullanım amacı mı yoksa somut olayın şartlarına göre mi belirleneceği ayırt edilmemiştir.

VSA m. 35/f.2’de ayrıca alıcıya teslim edilen malın kalitesinin daha önce sunulmuş olan örnek malın kalitesi ile aynı olması gerektiği ve de malın muhafazasına uygun paketlenmiş olması gerektiği belirtilmektedir. Aksi takdirde teslim edilen mal “sözleşmeye aykırı” mal sayılacaktır.

2- “Ayıp/ Sözleşmeye uygunsuzluk”, yarar ve hasarın geçişinden önce mevcut olmalı

Borçlar Kanunu kapsamında satıcının ayıplı maldan sorumlu olması için ayıbın, hasar ve yararın alıcıya geçmeden önce mevcut olması gerekmektedir. Hasar ve yarar ise alıcıya, malın zilyedliğinin devriyle geçmektedir (BK m. 208). VSA açısından da satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesinden sorumlu tutulabilmesi için sözleşmeye aykırılığın hasar ve yararın alıcıya geçmesinden önce mevcut olması aranmıştır (VSA m. 36/f.1). Hüküm şu şekildedir:

VSA m. 36/f.1:

“Satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa dahi, sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca sorumludur.”

Görüldüğü gibi maldaki sözleşmeye aykırılı hali hasarın alıcıya geçme anından önce mevcut ise bu aykırılıktan satıcı sorumlu tutulmuştur. Peki hasar ne zaman alıcıya geçecektir? Sözleşmede aksine bir düzenleme bulunmadıkça, hasarın ne zaman alıcıya geçeceği VSA m. 67-70 hükümleri çerçevesinde belirlenmektedir. Bu hükümlerdeki temel prensip hasarın malların teslimiyle alıcıya geçeceğidir (m. 68) ki bu da BK m. 208’deki hüküm ile uyumludur. Bu genel kural dışında hem BK’da hem de VSA’da hasar ve yararın geçmesinde-

ki bazı özel durumlar da düzenlenmiştir. Bu konu sempozyumdaki bir diğer tebliğde detaylı olarak inceleneceğinden burada yer verilmemiştir.

3- Alıcı” gözden geçirme ve bildirim” külfetlerini yerine getirmiş olmalı

a. Genel Olarak:

Satıcının ayıptan sorumluluğuna başvurulabilmesi için alıcının malı gözden geçirip ayıplı olduğu yönünde satıcıya bildirimde bulunması gerekmektedir. Söz konusu “gözden geçirme ve bildirim” koşulu, alıcının ayıp hükümlerine başvurabilmesi için yerine getirmesi gereken külfetlerdir. Alıcının bu külfetleri yerine getirmemesi onu sorumluluğuna sebep olmaz sadece ayıp halinde tanınmış imkanlara başvurma hakkını yitirir.

Gözden geçirme ve bildirim külfetleri Borçlar Kanunu m. 223’de düzenlenmiştir. Buna göre alıcı satın aldığı malın ayıplı olup olmadığını “işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmeli” ve ayıplı olduğu ortaya çıkarsa durumu satıcıya “uygun bir süre içinde bildirmelidir”. Olağan bir gözden geçirme ile ortaya çıkmayan ayıplar açısından ayıp bildiriminin ise, ayıbın sonradan ortaya çıkmasının ardından hemen yapılması gerekmektedir (BK m. 223/f.2).

Tacirler arasında akdedilen ticari satımlar açısından gözden geçirme ve bildirim süreleri Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmiştir (TK m. 23(c)).

6102 sayılı yeni TK m. 23 (c): “Malın ayıplı olduğu teslim sırasında açıkça belli ise alıcı **iki gün** içinde durumu satıcıya ihbar etmelidir. Açıkça belli değilse alıcı malı teslim aldıktan sonra **sekiz gün** içinde incelemek veya incelettirmekle ve bu inceleme sonucunda malın ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, haklarını korumak için durumu bu süre içinde satıcıya ihbarla yükümlüdür. Diğer durumlarda, Türk Borçlar Kanununun 223 üncü maddesinin ikinci fıkrası uygulanır.”

Görüldüğü gibi tacirler arasında akdedilen ticari satım sözleşmelerinde maldaki ayıp açıkça belli ise, teslimden itibaren iki gün içinde, açıkça belli değilse teslimden itibaren 8 gün içerisinde hem muayene yapılmalı hem de satıcıya ayıp bildiriminde bulunulmuş olmalıdır. Olağan bir gözden geçirme ile ortaya çıkmayacak, kullanımla belli bir süre sonra ortaya çıkacak ayıplar açısından TK’da özel bir düzenleme bulunmamakta, maddede BK’ya yapılan atıf sonucu, bu durumlarda da ayıp ortaya çıkar çıkmaz ihbar yapılması gerekecektir.

Viyana Satım Sözleşmesi(VSA)'nde de alıcının ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilmesi için alıcının gözden geçirme (muayene) külfeti m. 38'de, bildirim külfeti m. 39'da düzenlenmiştir. Özellikle gözden geçirme külfeti ile ilgili madde, Borçlar Hukukundaki düzenlemeye nazaran oldukça kapsamlıdır.

VSA m. 38 (gözden geçirme/muayene)

(1) Alıcı, malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır.

(2) Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, muayene, malların varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir.

(3) Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkânâna sahip olmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilir veya onun tarafından başka bir yere gönderilirse ve satıcı sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, muayene, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir.

VSA m. 39 (ayıp bildirimi)

“Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptandığı veya saptanması gerektiği tarihten itibaren **makul bir süre** içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder.

Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğerki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun.”

VSA m. 38'deki “gözden geçirme/muayene” külfetiyle ilgili düzenlemede genel kural “**alıcının malları koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde**” gözden geçirmesi gerektiği olarak belirlenmiştir. Bu ifade, Borçlar Kanunundaki “işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz” (m. 223) ifadesine çok yakındır. Dolayısıyla, VSA gözden geçirme açısından ilke olarak BK'dan farklı bir düzenleme getirmemektedir.

Hem BK hem de VSA'da gözden geçirme yeri, ilke olarak, malların alıcıya teslim edildiği yerdir⁸. Hal böyle olmakla beraber VSA m. 38/f.3 ile bu

⁸ Bu durum BK m. 223/f.1'deki “alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz gözden geçirmeyle ...” ifadesinden anlaşılmaktadır.

kurala açık bir istisna getirilmiştir. Buna göre, “malların alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkânâ sahip olmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere gönderilmesi veya onun tarafından başka bir yere gönderilmesi” halinde, satıcı da sözleşme kurulurken böyle bir ihtimali biliyor ise, muayenenin yeni varma yerinde yapılması kabul edilmektedir. BK’da bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır.

VSA kapsamına giren bir satım sözleşmesinde malın sözleşmeye aykırı olduğu yönünde bildirimin “malın ayıplı olduğunun saptandığı veya saptanması gerektiği tarihten itibaren **makul bir süre içinde**” yapılması gerekmektedir (VSA m. 39).

Görüldüğü gibi, VSA da, BK m. 223’deki “uygun süre” kriterine çok benzer şekilde, ayıp bildirimi için “makul süre” kriteri benimsenmiş ve **tacirler arası satışlar açısından Ticaret Kanunu’nda getirilmiş olan 2 - 8 gibi kesin süreler vermekten kaçınmıştır**. Danışma Konseyi’nin yayınladığı 2004 tarihli raporda, “makul süre”nin olay bazında belirleneceğini, bu belirlemede malın niteliği, ayıbın niteliği, tarafların durumu gibi benzer ticari hususların dikkate alınacağı ve bu sürenin, duruma göre bazen bir gün bazen de bir ay veya daha fazla dahi olabileceği belirtilmiştir⁹. Dolayısıyla, “makul süre” ifadesiyle neyin kastedildiğinin yorumu, olay bazında, VSA’yı uygulayacak olan ulusal mahkemeye bırakılmıştır. Burada ayrıca, Alman Mahkemelerinin, mal çabuk bozulacak nitelikte bir mal değilse ve olağanüstü bir durum bulunmuyorsa, ayıbın ihbarı için “makul süre”yi “bir ay (noble month)” olarak belirleme eğiliminde olduğunu¹⁰ belirtmekte fayda olduğu kanaatindeyiz.

VSA m.39/f.2’de satıcıya ayıp bildirilmesi için iki yıllık bir üst limit getirilmiştir. Buna göre alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren

⁹ CISG Advisory Council Opinion No. 2 - Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity Articles 38 and 39, 16 Pace Int’l L. Rev. 377 (2004), s. 379 (<http://digitalcommons.pace.edu/pilr/vol16/iss2/6> - erişim tarihi: 4.12.2012).

¹⁰ Bu yöndeki bir Alman Mahkeme Kararı için bkz. Stuttgart Yerel Mahkemesi, Almanya 15.10.2009 (*Printing machine case*), I, 2 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091015g1.html> - erişim tarihi: 3.12.2012); aynı karar için ayrıca bkz. www.cisg-online.ch: Germany, 15-Oct-2009, CISG-online 2019, 39 O 31/09 KfH . Bu konuda bkz. *Baasch Andersen, C.*: “Reasonable time in Article 39(1) of The CISG-Is Article 39 (1) Truly A Uniform Provision?”, *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998*, Hague 1999, s. 130-132 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen.html> - erişim tarihi: 28.09.2011); *Flechtner, M. H.*: “Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi”, *Milletlerarası Satım Hukuku*, Yeşim M. Atamer (editör), İstanbul 2008, s. 178 vd.

en geç iki yıllık bir süre içinde ayıbı satıcıya bildirmediği takdirde bu ayıba dayanma hakkını yitirmektedir. BK’da ayıbın bildirimi açısından bu şekilde bir üst süre açıkça düzenlenmemiş olmasına rağmen, BK m. 231 ile getirilmiş olan iki yıllık zaman aşımı süresi “bildirim” açısından da üst limit olarak kabul edilebilir. BK m. 231 uyarınca alıcının her türlü dava hakkı, malın alıcıya devrinden itibaren iki yıl geçmekle dolar. Dolayısıyla, malın alıcıya tesliminden iki yıldan fazla bir zaman geçmişse, maldaki ayıp daha sonraki bir tarihte çıkmış olsa dahi, artık alıcı açısından dava zamanaşımı dolmuş olacağından, alıcının bu tarihten sonra ayıp bildirimi yapmasının bir hükmü bulunmayacaktır. Ancak burada belirtelim ki eski BK 207’de dava zamanaşımı süresi 1 yıl ve ticari satımlar açısından eski TK m. 25/b.4’de dava zamanaşımı süresi 6 ay ile sınırlandırılmış idi. Ancak yeni 6098 sayılı BK ile dava zamanaşımı süresi iki yıla uzatılarak TK’daki 6 aylık kısa süre de tamamen kaldırılmış ve bu yeni düzenleme ile dava zamanaşımı süreleri VSA m. 39’daki iki yıllık ayıbı bildirim süresi ile eşitlenmiştir.

Burada ayrıca önemle belirtelim ki, VSA’da düzenlenmiş olan gözden geçirme ve bildirim külfeti, ayıplı satım dolayısıyla alıcıya tanınan tazminat talebi dâhil tüm hakların kullanılabilmesi açısından önemlidir. VSA’da bu külfetler yerine getirilmezse alıcı, tazminat talep etme hakkını dahi yitirir¹¹. Diğer taraftan Borçlar hukuku açısından gözden geçirme ve bildirim külfetleri yerine getirilmemiş ise, alıcının tazminat talebine başvurabilip vuramayacağı hususu oldukça tartışmalıdır¹². Alıcının ayıp dolayısıyla satıcıdan tazminat talep etme hakkı, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesini düzenleyen genel hüküm olan BK m. 112’ya dayanmaktadır. Öğretide bazı yazarlar¹³, alıcının özel hüküm niteliğinde olan satıcının ayıptan sorumluluğu (BK m. 219 vd.) imkânından faydalanma hakkını yitirince artık genel hükümlere de başvuramayacağını savunmakta; diğer bir kısım yazarlar¹⁴ ise, ayıbatan sorumluluk hükümlerine başvurma imkânı yitirilmiş olsa dahi alıcının genel hükümler (BK m. 112 vd.) uyarınca tazminat talep etme imkânının her zaman bulunduğunu belirtmektedir. Bu konuda henüz bir fikir birliği sağlanmış değildir.

¹¹ Bu yönde bkz. *Baasch Andersen*, s. 79.

¹² Bu tartışmalar açısından bkz. *Oğuzman, K./ Öz, T.*: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 11. bası, İstanbul 2013, s. 486, dn. 468; *Gümüş, A.*: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul 2008, s. 115 – 117.

¹³ Bu görüşten olarak bkz. *Oğuzman/Öz*, C. 1, s. 486, dn. 468.

¹⁴ Bu görüşten olarak bkz. *Serozan, R.*: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar Özel), İstanbul 2006, s. 133; *Yavuz, C.*: Satıcının Satılanın (malın) Ayıplarından Sorumluluğu (Ayıp), İstanbul 1989, s. 232; *Gümüş, C.1*, s. 116.

Yargıtay'ın ise karma bir sistem benimseyerek, muayene ve ihbar külfetinin zamanında yerine getirilmiş olması kaydıyla alıcının BK m. 112 kapsamında tazminat talebini kabul ettiğini söyleyebiliriz¹⁵. VSA kapsamına giren davalar açısından ise, bu tartışmaların önemi olmayacağı kanaatindeyiz. Zira, VSA'da alıcının tazminat talebinde bulunabilmesi için gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmiş olması gerekmektedir. Bu özel düzenleme karşısında artık alıcının, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmeden, ayıplı malın sebebiyet verdiği zararlarla ilgili olarak genel hükümler uyarınca tazminat talep edebilmesi kanaatimizce mümkün değildir¹⁶. Aksine bir yorum, VSA hükümlerinin ihlal edilmesi anlamına gelecektir.

VSA m. 39'da, alıcı tarafından yapılacak olan **ibildirim**in içeriği açısından da bir sınırlandırma bulunmaktadır. Maddede satıcıya yapılan ihbarda “sözleşmeye aykırılığın türünün (nature of the lack of conformity) de belirtilmesi gerektiği” belirtilmiştir. Bu ifadeyle neyin kastedildiği öğretide tartışmalara neden olmuştur. Satıcıya yapılan ihbarda sözleşmeye aykırılığın türünün yani konumuz açısından sadece malın ayıplı teslim edilmiş olduğunun belirtilmiş olması yeterli olacak mıdır? Yoksa maldaki ayıbın neden kaynaklandığının da açıklanması gerekecek midir? Söz konusu 39. maddenin sözleşmenin her türlü ihlali için satıcıya bildirim yükümlülüğünü düzenlediği dikkate alındığında ve maddenin lafzına bakıldığında, yapılan ihbarda sadece ihlalin türünün mesela “malların ayıplı” olduğunun belirtilmesinin yeterli olacağı sonucuna varılmaktadır. Bazı hukukçular bu görüşte¹⁷ olmakla beraber, öğretideki baskın görüş ve mahkemeler, ayıp ihbarı ile, ayıbın neden kaynaklandığının elden geldiğince tanımlanması gerektiği kanaatinde¹⁸. Özellikle Alman Mahkemeleri bu konuda oldukça katı bir tutum izlemekte, ayıp ihbarında ayıbın neden kaynaklandığının tanımlanması gerektiğini kabul

15 13. HD, 19.3.1992, E.384, K.2617 (www.kazanci.com).

16 Bu görüşten olarak bkz. *Schlechtriem, P. / Schwenzer, I. H.*: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Ingeborg Schwenzer (editör), 3. ed., Oxford University Press, New York 2010, Art 45, N. 30, 31, 32, s.701.

17 Bu yazarlar için bkz. *Atamer*, s. 230, dn. 540.

18 Ürünün sunulmuş olan verilere uygun imal edilmemiş olduğu; ürünün kalitesinin düşük olduğu; çiçeklerin berbat durumda olduğu; hazırlanan sergi katalogunun ayıplı ifa edilmiş olduğu gibi ihbarların içerik olarak yeterli sayılmadığı kararlar için bkz. *Atamer*, s. 229, dn. 534. *Atamer* (s. 229), bu görüşün biraz da Almanya, İsviçre ve Avustralya hukuklarındaki bu yöndeki eğilimden kaynaklandığını belirtmektedir. Yazar da sadece malın ayıplı olduğu veya ikinci sınıf olduğu veya bozuk olduğu gibi ifadelerin ihbar külfetini gereği gibi yerine getirmek açısından yeterli sayılmayacağı kanaatinde.

etmektedirler¹⁹. Stuttgart yerel mahkemesi²⁰, bir yazı makinesi ile ilgili olarak önüne gelmiş olan davada, alıcının satıcıya göndermiş olduğu ihtarı ayıbın yeterince tanımlanmamış olduğu gerekçesiyle yetersiz bulmuştur. Mahkeme kararda, gönderilen ayıp ihbarının, satıcının, konuyla ilgili olarak, alıcıya temsilci gönderme malın ayıpsızıyla değiştirme, tamiri teklif etme veya malın ayıpsız olduğuyla ilgili delilleri saklama, kendi sağlayıcısına dava açma gibi çeşitli önlemlerden hangisine başvuracağına karar vermesine yardımcı olacak şekilde yeterli açıklıkta olması gerektiğini belirtmektedir.

VSA m. 39 kapsamında “ayıp bildirimi”nin içeriği açısından yapılan bu tartışma, Borçlar Hukukumuzda da yabancı değildir. Öğreti²¹ ve mahkeme kararları²² baskın olarak, ayıp ihbarında ayıpların belirlenmesinin ve nitelenmesinin gerektiği kanaatindedir. Sadece “malın tatmin edici olmadığı”, “müşterilerin şikâyet ettiği” gibi genel ifadelerin yetmeyeceği ayrıca, ihbarda alıcının malı böylece kabul etmek istemediği yönündeki iradesinin açıklanması gerekmektedir.

Burada ayrıca belirtelim ki, ayıp ihbarında ayıbın belirlenmesi gerektiği kabul edilmekte ise, bu ihbar ile, seçimlik haklardan hangisinin kullanılacağının belirtilmesi gerekmemektedir²³. Bu durum VSA açısından da aynıdır.

Satıcıya yapılacak ayıp bildirimi, bir **şekle tabi değildir**. Tacirler arası satım sözleşmelerinde dahi TK ayıp ihbarı için bir şekil öngörmemiştir²⁴. Hal böyle olmakla beraber, Yargıtay’ın son yıllarda, tacirler arasındaki ticari sa-

19 Bu yöndeki Alman Mahkeme kararlarına olan atıf için bkz. *Baasch Andersen*, s. 103-108.

20 Stuttgart Yerel Mahkemesi, Almanya 15.10.2009 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/091015g1.html>)

21 Bu görüşte bkz. *Tandoğan*, C.I/1, s. 180; *Tercier*, P: Les contrats spéciaux, Zurich 2003, N. 703, 704, s. 107; *Gauch*, P: Le contrat d’entreprise, (Fransızca’ya çev.: Benoît Carron), Zurich 1999, N. 2130, p. 579.

22 Bu konuda Yargıtay tarafından verilmiş bir karara rastlayamadık. Mehzan kanunumuz olan İsviçre Borçlar Kanunu açısından İsviçre Federal Mahkemesi’nin ise, ayıp ihbarında maldaki her ayıbın yeterli belirlemeyi sağlayacak şekilde tanımlanması gerektiği yönünde birçok kararı bulunmaktadır. Federal mahkeme mesela, “mallarda önemli ayıpların mevcut olduğunun”, “şeylerin sözleşmeye uygun olmadığı”, “eserin ayıplı olduğu”, “tatmin edici olmadığı” yönündeki genel bir bildirimi yeterli görmemektedir. Bu yönde bkz. ATF 107 II 175 = JdT 1981 I 600. Ayrıca İsviçre Fed. Mahkemesinin bu yöndeki kararlarına yapılan atıf için bkz. *Tercier*, N. 703, 704, s. 107; *Gauch*, N. 2130, p. 579.

23 Bkz. *Tercier*, N. 703, s. 107; aynı yönde SJ 1992 103, DC 1992 38/73 (*Tercier*, s. 107’den naklen).

24 Bu yönde *Tandoğan*, C.I, s. 180; *Gümüç*, C.I, s. 156.

tımlardaki ayıp bildiriminin, TK m. 18/f. 3 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda, noter kanalıyla, taahhütlü mektupla veya telgrafla vb. yapılmasını aradığını görmekteyiz²⁵.

Diğer taraftan VSA’da ayıp bildiriminin şekle tabi kılınmamıştır. Sözlü olarak da yapılabilir.

Ayıp bildiriminin **ne zaman hüküm ifade edeceği** Borçlar Hukuku öğretisinde tartışmalıdır. Öncelikle belirtelim ki, ayıp bildirimini ile bir iradenin açıklanmadığı bu nedenle de bildirimin, bir “irade açıklaması” niteliğinde olmayıp sadece durum bildirilmesi anlamına gelen bir “tasavvur açıklaması” niteliğinde olduğu kabul edilmektedir²⁶. Türk BK’da irade veya tasavvur açıklamalarının ne zaman (gönderilme anında mı yoksa varma anında mı) hüküm ifade edeceği ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır²⁷. Oğuzman, “varma” esasının her zaman en doğru çözüm olmayacağı, her hukuki muamelede o muamelenin mahiyeti ve hangi tarafın menfaatinin korunması gerektiği göz önünde tutularak bir sonuca varılması gerektiği kanaatindedir²⁸. “Ayıp bildiriminin” hüküm ifade edeceği an açısından da alıcının menfaatini koruyan “ayıp bildiriminin gönderilmekle hüküm ifade edeceği”ni benimseyen görüş baskın olarak benimsenmiştir²⁹. Alıcıya ayıp bildirimini yapması için tanınan sürenin kısalığı ve bu sürenin kaçırılması halinde ayıptan doğan haklarını kaybedecek olması gibi katı düzenlemeler karşısında en azından ihbarın hüküm ifade etmesi açısından alıcının menfaatini koruyan görüşün seçilmesi uygun olacaktır.

25 19. HD, 16.3.2006, E. 2005/6939, K. 2006/2620 (www.kazanci.com); 19 HD, 22.01.2004, E. 2003/2208, K.2004/366(www.kazanci.com); 19 HD, 20.03.2003, E.2002/287, K.2003/2427 (www.kazanci.com). Bu konuda bilgi için ayrıca bkz. *Oktay Özdemir, S.: “Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak için Uyulması Gereken Külfetler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul 2007, s. 55 dn 36’daki kararlar; Gümüş, C.1, s. 157.*

26 Yavuz, Ayıp, s. 114.

27 Oğuzman, K./Barlas, N.: Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 19. Bası, İstanbul 2013, s. 196, 197.

28 Oğuzman./Barlas,s. 197.

29 Yavuz, Ayıp, s. 114; Tandoğan, C. 1/I, s. 181. TANDOĞAN da, ihbarın hüküm ifade edebilmesi için zamanında gönderilmiş olmasının yeteceği kanaatindedir. Yazar bu durumda, BK m. 5/f.2’nin kıyasen uygulanması sonucu, alıcının onun zamanında ulaşacağını kabul etmeye hakkı olduğunu belirtmektedir. Aksi fikirde Gümüş, C.1, s. 155. GÜMÜŞ, ayıp ihbarının karşı tarafa ulaşmakla hüküm ifade edeceği kanaatindedir. Yazar’a göre ihbarın satıcıya ulaşmamasının veya geç ulaşmasının sonuçlarına alıcı katlanır.

VSA'da ihbarının hüküm ifade etmesi için “gönderme anı”nın esas alındığı 27. maddedeki³⁰ ifadeden açıkça anlaşılmaktadır. VSA m. 27 aslında sadece ayıp ihbarıyla değil tüm irade beyanları, bildirim ve açıklamaları kapsayan genel bir hükümdür. Maddenin ifadesinden, gönderilmiş olan açıklamanın karşı tarafa geç ulaşma riskini alıcının taşımadığı anlamı çıkmaktadır.

b. Gözden geçirme ve bildirim külfetini yerine getirmenin istisnaları

Gözden geçirme ve bildirim, hem BK hem de VSA açısından alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi için yerine getirilmesi gereken külfetler olduğuna; alıcının bu külfetlerini yerine getirmemesi halinde kendisine tanınan haklara başvuramayacağına yukarıda değinmiştik. Hal böyle olmakla beraber, VSA'da, bildirim külfeti yerine getirilmemiş olsa dahi bazı durumlarda alıcının “satış bedelinin indirilmesini” veya “yoksun kalınan kâr dışında zararın tazminini” talep etmesine imkân tanınmıştır (m. 44). Maddede bu imkândan yararlanabilmesi için alıcının, ayıp bildirimini vaktinde yapmamış olmasına ilişkin olarak “makul bir özür savunması” yapabilmesi şartı aranmıştır. Maddedeki “makul özür” ifadesiyle, “mücbir sebep” dışındaki hastalık, hukuki durumdan haberdar olmama gibi sübjektif sebepler kastedilmektedir³¹. Zira, mücbir sebepler zaten bildirim süresinin hesabında dikkate alınmaktadır. Bu hüküm özellikle alıcının kişisel durumuyla alakalı sebeplere dayanarak VSA'daki katı ihbar kuralından haberdar olmayan küçük çaplı ve tecrübesiz satıcıları korumak amacıyla getirilmiştir³². Alman Yüksek Mahkemesi'nin 1995 tarihli bir kararında³³ da, alıcının büyük bir şirket olduğu gerekçesiyle VSA m. 44'deki hükme dayanamayacağı, bu hükmün daha küçük çaplı perakende satıcı, zanaatkâr gibi alıcılar açısından getirilmiş olduğu belirtilmiştir. Ayrıca, ayıp bildirimini yapılmamış olmasına rağmen alıcının “bedelden indirim” talep edebilmesi, ayıplı mal için değerinden fazla ödenmeyi engellediği

30 VSA m. 27: “Antlaşmanın bu kısmında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz.”

31 Bu konuda bkz. *Atamer*, s. 389

32 *Honnold*, O. J.: “Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention”, 3rd ed. (1999), s. 283, 284 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>, erişim tarihi: 3.01.2012)

33 Münih Yüksek Mahkemesi Almanya, 8.02.1995, 7 U 3758/94 (*Plastic granulate case*), II 3 (b) (cc), (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950208g2.html>)

ve taraflar arası menfaat dengesini sağladığından oldukça hakkaniyete uygun bir düzenleme olmuştur.

VSA alıcının gözden geçirme ve bildirim külfeti açısından m. 40'da³⁴ bir istisna daha getirmiştir. Bu hüküm uyarınca, malın ayıplı olduğunu “satıcı biliyor veya bilmemesi mümkün değilse ve durumu alıcıya açıklamamışsa”, bu tür durumlarda da artık, satıcı alıcının gözden geçirme ve bildirim külfetlerini zamanında yerine getirmedeği savunmasına başvuramayacaktır. BK m. 225'de de benzer bir hüküm bulunmaktadır. Maddede ağır kusurlu olan satıcının, ayıbın kendisine süresinde bildirilmemiş olduğunu ileri sürerek sorumluluktan kısmen de olsa kurtulamayacağı belirtilmiştir. Maddede bahsedilen “kusur”, satıcının ayıbın meydana gelmesindeki şahsi kusuru değildir; “kusur”, satıcının ayıbı bilmesi veya bilmesi gerekmesine rağmen alıcıyı durumdan haberdar etmekteki ihmalidir.

IV. AYIP HALİNDE ALICININ HAKLARI AÇISINDAN BK VE VSA’NIN KARŞILAŞTIRILMASI

A- Genel olarak

Borçlar Kanunu satın alınan malın ayıplı olması halinde satıcının sorumluluğunu özel olarak düzenlemiştir (BK m. 219 vd.). Bu hükümler uyarınca, malın ayıplı olması halinde, satıcının kusurundan bağımsız olarak, alıcıya dört seçimlik hak tanınmıştır (BK m. 227): Alıcı satımdan dönebilir veya bedelin indirilmesini veya satılanın onarılması veya ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini talep edebilir. Alıcı bu dört haktan istediğini seçmek bakımından serbesttir, alıcıya kanunen seçimlik yetki tanınmıştır. BK m. 227 ile ayrıca alıcının, söz konusu seçimlik haklarıyla birlikte veya ayrı olarak, genel hükümler uyarınca tazminat talep edebileceğini de açıkça belirtilmiştir.

Borçlar Kanunu'ndaki sistemden farklı olarak, **VSA**'da, satıcının ayıplı maldan sorumluluğu ile ilgili hükümler “sözleşmenin ihlali” başlığı altında genel rejime tabi kılınmıştır. VSA, satıcının sözleşmeyi ihlal etmiş olduğu tüm durumlarda (ihlalin geç ifa, ayıplı ifa veya imkânsızlık gibi bir sebepten kaynaklanmasını ayırt etmeden) alıcıya şu 4 imkânı tanımaktadır: (1) aynen ifa/değişim/ onarım, m. 46; (2) sözleşmeden dönme, m. 49; (3) semenin tenzili, m. 50; (4) tazminat talebi, m. 74-77.

34 VSA m. 40: “Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz.”

Yukarıda sayılan imkanlardan VSA m. 46’da belirtilmiş olan “alıcının ayenen ifayı talep” etmesi ayıplı mal teslim edilmiş olan durumlarda uygulama bulmayacağından alıcıya tanınan “aynen ifa talebi” bu çalışmanın konusu dışında kaldığından burada incelenmeyecektir.

Dolayısıyla sözleşmenin ihlali halinde alıcıya tanınan VSA kapsamındaki haklar arasından şu beş tanesine alıcıya ayıplı mal teslim edilmesi halinde başvurulabilecektir:

- Değişim (ikame mal teslimi) (m. 46/f.2)
- Onarım (m. 46/f.3)
- Sözleşmeden dönme (m. 49/f. 2 (b) (i))
- Bede indirimi (m.50)
- (ve/veya) Tazminat talebi (m. 45, m. 74-77)

Görüldüğü gibi VSA kapsamında alıcı 5 talep imkânına sahiptir. Alıcı bu talep imkânlarından “malın ayıpsızıyla değiştirilmesi” ve “dönme” imkânına ancak, sözleşmeye esaslı aykırılığın söz konusu olması halinde başvurabilmektedir. Malın onarılması, semenin tenzil edilmesi ve tazminat talebi açısından ihlalin esaslı olması aranmamaktadır. Ayrıca, VSA uyarınca talep edilen tazminat, BK’dan farklı olarak, alıcının diğer talepleri gibi bir kusursuz sorumluluk halidir ve satıcının sözleşmeyi ihlal ettiğinin (konumuz açısından ayıplı mal teslim ettiğinin) belirlenmesiyle, alıcı tazminat talep etme imkânı kazanır.

Burada ayrıca belirtelim ki, tazminat talebi, diğer 4 imkândan farklı olarak, bu 4 imkândan biriyle birlikte veya ayrı olarak (ve/veya) kullanılabilir. Dolayısıyla, alıcının tazminat talep etmesi onun diğer 4 imkâna başvurmaya engel değildir. Oysa, diğer 4 imkândan biri seçilmesi halinde, kural olarak, diğer 3 imkâna artık başvurulamaz. Bu durum Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki tazminat talebi açısından da aynıdır.

Yukarıda anlatılanlardan alıcının haklarının çeşitliliği açısından BK ve VSA’da fark olmadığı her iki sistemde de alıcının aynı 5 imkândan (değişim, onarım, indirim, dönme, tazminat) faydalanılabileceği görülmektedir. Bu noktada önemli olan alıcının bu hakları kullanabilmesinin koşullarının ne ölçüde değiştiği olacaktır ki konu aşağıda detaylı bir şekilde ele alınacaktır. Çalışmanın sonundaki tabloda (Tablo 1) da VSA açısından ayıp halinde alıcının seçimlik haklarını gösteren genel bir şema bulunmaktadır.

B- Alıcının Haklarını Kullanmasının Sınırları:

a- Süre ve Şekil Açısından Sınırları

Borçlar Kanunu, alıcının ayıby satıcıya belli bir süre içerisinde bildirmesini aramasına rağmen, alıcının hangi hakkı kullanacağı yönündeki bildirimi için benzer bir süre sınırlaması belirlememiştir. Alıcı, satıcıya ayıp ihbarında bulunmuşsa, artık bu haklardan biri için 2 yıllık dava zaman aşımı süresi içerisinde dava açmış olması yeterlidir (BK m. 231).

VSA'da ise, alıcının “onarım”, “değişim” ve “sözleşmeden dönme” hakkını kullanabilmesi için, bu yöndeki beyanının “makul bir süre”³⁵ içerisinde satıcıya yönlendirilmiş olmasını aramaktadır. Makul süre, “onarım” ve “değişim” talepleri açısından “ayıp bildiriminin” yapılmasından sonra başlamaktadır (VSA m. 46). Diğer taraftan, VSA m. 49/f.2'de, “dönme beyanı”nın yapılması için söz konusu olan “makul süre”nin başlangıcı, değişim ve sözleşmeden dönme beyanından farklı olarak, “alıcının malın ayıplı olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği an” başlamaktadır. Diğer bir ifade ile dönme beyanındaki makul sürenin başlangıcı ayıp bildirimi için VSA m. 39'da aranan makul sürenin başlangıcıyla aynıdır. Dolayısıyla alıcının, malın ayıplı olduğunu tespit ettiği andan itibaren aynı makul sürenin içinde hem ayıp bildirimi yapması hem de dönme beyanında bulunması gerekmektedir.

Diğer taraftan, alıcının “satış bedelinin indirimi” veya “tazminat” talep etmesi “makul süre” sınırlandırmasına tabi tutulmamıştır. Hatta, “bedelin indirilmesi” hakkı açısından istisnai bir düzen getirilerek, alıcının “ayıp bildirimi”nin yapılmamış olduğu bazı durumlarda dahi bu hakkın kullanılabilceği hükme bağlanmıştır (VSA m. 44). Zira bedel indirilmesi seçimlik hakkı, edimlerin karşılıklı olması ve alıcının malın değerinden daha fazla bir ödemede bulunmaması gibi temel ilkeleri sağlamak, dengeyi kurmak amacıyla getirilmiş bir seçimlik hakkıdır.

Alıcının kendisine tanınan hakların yenilik doğuran haklar olduğu öğretide baskın olarak kabul edilmektedir³⁶. Eski BK m. 202, 203 ve 206'nın

35 HUBER sürenin 1 ay gibi uzun bir süre olması gerektiğini ancak her olay açısından ayrı ayrı değerlendirilme yapılması gerektiğini belirtiyor (Huber, P.: “CISG-Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları”, Milletlerarası Satım Hukuku, Yeşim M. Atamer (editör), İstanbul 2008, s. 276). Süreyle ilgili olarak öğretideki tartışmalar için bkz Huber, s. 276; Atamer, s. 381. Öğretide bir kısım yazarlar, sözleşmeye aykırılık ihbarı ile aynı sürenin tanınması gerektiği ve iki haftaya kadar bir sürenin makul olacağı belirtilmekte iken bir kısım yazarların da daha fazla bir süre tanına bileceği kanaatinde dirler.

36 Gümüş, C. 1, s. 167; Edis, S.: Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül

lafzından bu hakların dava yoluyla kullanılması gerekiyormuş gibi bir ifade çıksa da, bu durum öğretide kabul edilmemektedir. Alıcının seçimlik hakkını bildiren beyanın şekle tabi olmadığı, sözlü veya delalet edici hareketlerle dahi yapılabileceği baskın olarak kabul edilmektedir³⁷. Nitekim 6098 sy yeni BK'daki muadil maddelerin (m. 227, 228, 230) lafzından “dava yoluyla talep edileceği” yönündeki ifadeler çıkarılmıştır.

Ancak belirtelim ki, tacirler arası sözleşmelerde “sözleşmeden dönme” hakkının kullanılması TK m. 18/f.3'de şekil şartına tabi tutulmuştur. Bu şartın geçerlilik şartı mı ispat şartımı olduğu yönünde öğretide tartışma bulunmaktaydı. Zira hükmün eski TK'daki metninde aranan şeklin “geçerlik şartı” olduğu yönünde bir ifade kullanılmaktaydı. Ancak 6102 sy TK m. 18/f.3³⁸ ile bu ifade metinden çıkartılmıştır. Maddenin gerekçesinde de değişiklikle şekil şartının geçerlilik şartı olmaktan çıkarılıp ispat şartına dönüştürüldüğü belirtilmektedir.

Sözleşmeden dönme beyanı ile ilgili bu özel hal dışında alıcının haklarından hangisini seçtiğini belirten beyanın, tüm diğer “yenilik doğuran beyanlarda” olduğu gibi, karşı tarafa yani satıcıya ulaşmakla, kendiliğinden sonuç doğur³⁹. Mesela, alıcının satım bedelinde indirim talep etmesi halinde bu yöndeki beyanın satıcıya ulaşması ile birlikte satım bedelinde indirim kendiliğinden meydana gelecektir. Yine baskın olarak kabul edildiği gibi, seçim hakkı “yenilik doğuran bir beyan” olduğundan bu beyan, satıcıya ulaşmadan önce bu seçimden dönülebilir ancak, beyan karşı tarafa ulaştıktan sonra artık seçim hakkı düşer ve seçilen yoldan dönülemez⁴⁰.

VSA'da yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi bir tarafın yaptığı tüm bildirimler, açıklamalar VSA m. 27'deki hükme tabidir. Dolayısıyla, yukarıda “ayıp bildirimi” ile ilgili olarak tespit etmiş olduğumuz; şekle tabi olmadığı,

Borcu, Ankara 1963, s. 97, 98. Bu görüşten olanlara yapılan atıf için bkz. *Buz*, V.: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 171 dn. 116. Aksi görüş için bkz. *Buz*, s. 171-173.

37 *Gümüş*, C. 1, s. 167; *Buz*, s. 180; *Yavuz*, Borçlar Özel, s. 117; *Tandoğan*, C.I/1, s. 188; *Zevkiler*, A./ *Havutçu*, A.: Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007, s. 114; *Edis*, s. 98.

38 TK m. 18/f.3: “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.”

39 *Buz*, s. 255, 256; *Gümüş*, C. 1, s. 167; *Edis*, s. 98.

40 *Tandoğan*, C.I/1, s. 188; *Gümüş*, C. 1, s. 170; *Edis*, s. 98; *Oğuzman/Barlas*, s. 165; *Buz*, S. 256 vd. Bu kuralın istisnaları ve öğretideki yeni görüşler için bkz. *Buz*, s. 443 vd.

alıcı tarafından gönderildiği an itibariyle hüküm ifade ettiği ve satıcıya ulaşmama riskinin satıcıda olduğu yönündeki açıklamalarımız alıcının “seçim beyanı” için de aynen geçerli olacaktır.

Burada ayrıca belirtelim ki VSA m. 47 ile alıcıya ek süre verme imkânı düzenlenmiştir. Buna göre, alıcı satıcıya yükümlülüklerini ifa etmesi için ek bir süre tanıyabilir. Böyle bir süre tanınmışsa, o zaman, satıcı ayıp dolayısıyla kendisine tanınan seçimlik haklarına ancak bu sürenin sonunda başvurabilecektir. Ancak bu ek süre geçmeden satıcı yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini bildirmişse, o zaman, seçimlik haklarının seçilmesi için sürenin bitiminin beklenmesine gerek kalmamaktadır.

b- Alıcının Haklarını Kullanmasının Hâkimin Müdahalesi, Satıcının Teklifi veya Kanunda Belirtilen Diğer Bir Sebep Sınırlandırılması

Borçlar Kanunu uyarınca, tarafların seçilen yol üzerinde uyuşamaması halinde, hâkimin alıcının seçim hakkını sınırlama hakkı bulunmaktadır (BK m. 227/f. 4). Maddede alıcının sözleşmeyi sona erdirilmesi hakkını seçmiş olduğu bir davada, durum bu seçimi haklı göstermiyorsa hakim bedel indirim veya ayıbın onarılmasına da karar verebileceği belirtilmiştir. VSA’da, BK m. 227/f.4’deki gibi hâkimin alıcının seçmiş olduğu hakka müdahale etmesine imkân tanıyan bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum VSA’nın tarafların iradelerine vermiş olduğu önceliğe dayandırılabilir.

BK m.227/ f. son’de, maldaki değer eksikliğinin semene eşit olduğu durumlarda, alıcının bedelden indirimi değil sadece sözleşmenin sona ermesini veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini seçebileceği belirtilmiştir. VSA’da böyle bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Nitekim Alman Mahkemesi 2005 tarihli bir kararında⁴¹ alıcının “semenin 0’a indirilmesini” talep edebileceğini dahi kabul etmiştir.

BK m. 228/f.2 uyarınca, mal alıcının kusuruyla yok olmuş veya alıcı tarafından başkasına temlik veya şekli değiştirilmiş olduğu hallerde, alıcı ancak semenin indirimini isteyebilecektir. VSA’da da BK 228’e benzer şekilde, alıcının bazı durumlarda, sözleşmenin sona erdirilmesi ve malın değiştirilmesi imkânlarına başvuramayacağını, dolayısıyla da, bu durumlarda sadece semenin indirilmesi seçimlik hakkına başvurulabileceğini düzenlenmiştir (VSA m.

⁴¹ Almanya Federal Yüksek Mahkemesi, 02.03.2005 (donmuş domuz davası), II, 3, a (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>)

82)⁴². Bu hükme göre, malın alıcı tarafından teslim alındığı duruma yakın bir durumda satıcıya iadesi mümkün değilse, alıcı ne sözleşmeden dönme ne de değişim talebinde bulunamamaktadır. VSA m. 82/f. 2’de işte bu genel kuralın istisnaları üç bent halinde sayılmıştır. Bu istisnalardan ilki, malların teslim alındığı durumda iade edilememesinin alıcıya isnat edilemediği hallerdir (VSA m. 82/f.2 (a)). İsviçre Federal Mahkemesi’nin⁴³ önüne gelen bir olayda davacı, baskı makinesinin alıcı tarafından kullanılmış ve eskitilmiş olduğu dolayısıyla, VSA m. 82/f.2 uyarınca alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı savunmasında bulunmuştur. Federal Mahkeme ise, VSA m. 82’deki “malın teslim alındığı andaki durumda olmama”sı şeklindeki ifadenin malın, “alıcıdan kabul etmesinin beklenemeyeceği bir durumda olmasını” ifade ettiği yoksa, makul bir kullanmanın sonucu olan eskimenin, alıcının sözleşmeden dönme hakkını ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir.

VSA m. 82/f.2 ile genel kurala getirilen istisnalardan özellikle (c) bendinde sayılan durum Türk hukuku açısından önem arz etmektedir. Bu bent uyarınca, malların hepsi veya bir bölümü ayıp tespit edilmeden önce ticari faaliyetin olağan akışı içinde satılmış veya olağan kullanım kapsamında alıcı tarafından tüketilmiş veya şekli değiştirilmişse dahi alıcı sözleşmeden dönebilecek veya değişim talep edebilecektir. Tabii böyle bir durumda alıcı, satım, kullanım gibi faaliyetlerden elde ettiği yararları satıcıya iade etmek zorunda kalacaktır (VSA m. 84). VSA m. 82/f.2 (c) ile getirilen bu düzenleme 6098 sy. yeni BK m. 228’den farklılaşmaktadır. Zira, 6098 sy. BK m. 228’de malın alıcı tarafından başkasına devredilmiş ya da biçiminin değiştirilmiş olması hallerinde alıcının sözleşmeden dönme veya değişim talep etme imkânı elinden alınmıştır.

Yukarıda alıcının seçim hakkına getirilen kanuni sınırlandırmalara değindik. Burada ayrıca alıcının seçim hakkının, satıcı tarafından sınırlandırılmasının da mümkün olduğuna değinmek gerekir. Bu imkân satıcıya hem BK’da hem de VSA’da tanınmıştır.

BK uyarınca satıcı, malın ayıpsız bir benzerini hemen vermek ve alıcının zararlarını hemen karşılamak suretiyle alıcının seçimlik haklarını kullanma-

42 Bu konuda bkz. CISG-AC Opinion No. 9, Consequences of Avoidance of the Contract 3.11, Rapporteur: Professor Michael Bridge, London School of Economics, London, United Kingdom. Adopted by the CISG-AC following its 12th meeting in Tokyo, Japan on 15 November 2008. (<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op9.html>)

43 İsviçre Federal Mahkemesi (*Bundesgericht*) 18 Mayıs 2009 (*Packaging machine case*) 9 (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090518s1.html> - erişim tarihi: 4.12.2012).

sına engel olabilmektedir (BK m. 227/f.3). Bu imkan eski BK’da mesafeli satımlar açısından kabul edilmemekteyken 6098 say yeni BK ile malın başka yere gönderilmiş olup olmaması ayrımı kaldırıldı ve tüm satım sözleşmelerinde satıcıya ikinci bir ifa imkânı tanınmış oldu.

BK m. 227/f. 3 ile satıcıya tanınmış olan bu genel ikinci ifa imkânı, VSA’da oldukça detaylı olarak düzenlenmiştir. VSA’da ifanın vadeden önce gerçekleştirilmiş olduğu ve ayıbın vadeden önce ortaya çıktığı durumlar ile ayıbın vadeden sonra ortaya çıktığı durumlar ayrı ayrı değerlendirilmiştir. VSA m. 37’de, teslim tarihinden önce teslim edilen mallar açısından satıcının teslim tarihine kadar ayıbı giderme imkânı olduğu düzenlenmiştir. VSA m. 48/f.1 ise, vadesinde teslim edilmiş ayıplı mallar açısından, satıcının maldaki ayıpları alıcı için makul olmayan bir gecikmeye yol açmamak kaydıyla giderebileceğini belirtmiştir. Ayrıca, her iki durumda da satıcının bu hakkı kullanımının alıcı için makul olmayan zahmet ve masraflara yol açmaması gerektiği, alıcının tazminat talep hakkının saklı olduğu da belirtilmiştir. Öğretide satıcının ikinci ifa imkânı bulunduğu sürece, alıcının seçimlik haklarını kullanamayacağını kabul etmektedir⁴⁴.

V. ALICININ SEÇİMLİK HAKLARININ İRDELENMESİ

Yukarıda belirttiğimiz gibi ayıplı mal teslim edilmesi halinde alıcıya VSA’da tanınan imkanlar BK’da tanınan imkanlarla sayı olarak aynıdır: Malın ayıpsız bir benzeriyle değişimi; onarım; sözleşmeden dönme; bedelin indirimi; tazminat talebi. VSA’da bu haklarda değişim ve sözleşmeden dönme seçimlik hakkının seçilebilmesi için “sözleşmenin esaslı ihlal”inin söz konusu olması aranmıştır. Bu fark dolayısıyla bu iki hakkı ayrı olarak incelemeyi daha uygun bulduk.

A. “Sözleşmenin esaslı ihlali” kavramı ve “değişim” ile “sözleşmeden dönme” seçimlik hakları

1- “Sözleşmenin esaslı ihlali” kavramı

VSA’da hem malın değiştirilmesi (m. 46/f.2) hem de sözleşmeden dönme (m. 49/f.1 a) seçimlik hakkının kullanılabilmesi için somut olayda “sözleşmeye esaslı aykırılığın” bulunması aranmıştır.

⁴⁴ Bu konudaki tartışmalar ve aksi görüş için bkz *Atamer*, s. 347, 352 vd.

“Sözleşmeye esaslı aykırılık”⁴⁵ ifadesiyle neyin kastedildiği VSA’nın 25. maddesinde tanımlanmıştır⁴⁶. Buna göre esaslı aykırılıktan söz edebilmek için, sözleşmedeki bir yükümlülüğe aykırı davranılmasının *diğer tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep olması ve bu sonucun makul bir kişi tarafından öngörülebilir olması gerekmektedir*. Bu husus belirlenirken özellikle; ayıbın önemli olup olmadığı mesela, sözleşmede kararlaştırılmış olan değerlerden sapmanın az mı çok mu olduğu gibi veya ayıplı malın başka türlü değerlendirilme imkânının bulunup bulunmadığı mesela, malın o şekilde piyasada satılma ihtimalinin yüksekliği gibi kriterler göz önünde tutulacaktır⁴⁷. VSA m. 25 kapsamında “esaslı aykırılık” bulunup bulunmadığı değerlendirmesi yapılırken bu dört kriter esas alınmaktadır⁴⁸: (1) sözleşme hükümleri, (2) malın satın alınma amacı, (3) tamir, değiştirilme veya başka türlü değerlendirilmesi imkânı bulunup bulunmaması (4) sözleşmeden dönme sonucu ortaya çıkacak masraflar ve başka uygun olmayan sonuçlar. Dolayısıyla teslim edilen malın ayıplı olması da, otomatik olarak, VSA m. 25 kapsamında sözleşmeye aykırılığın esaslı olduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin bir seri katalogdaki küçük bir basım hatası esaslı ihlal olarak kabul edilmemiştir⁴⁹. VSA’da alıcının değişim veya sözleşmeden dönme talebinde bulunabilmesi için, “sözleşmenin esaslı ihlali”nin gerçekleşmiş olması arandığından, sözleşmenin esaslı ihlali teşkil etmeyen durumlarda alıcı ancak, maldaki ayıbın tamir edilmesi veya bedel indirimi seçimlik haklarından birine başvurabilecektir. Dolayısıyla,

45 Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Koch, R.: “The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods”, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998, Hauge 1999, s. 177 vd.; Atamer, s. 292-311; Dayıoğlu, Y.: CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011, s.35-43.

46 VSA m. 25: “Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun.”

47 Bu kriterler için bkz. Koch, s. 215-228.

48 CISG Advisory Counsel Opinion no 5, The buyer’s right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents 7 May 2005, Badenweiler (Germany). (Rapporteur: Professor Dr. Ingeborg Schwenzer, LL.M., Professor of Private Law, University of Basel) (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op5.html#1>). Bu konuda ayrıca bkz. Huber, s. 280 vd.; Atamer, s. 399.

49 Zürih Ticaret Mahkemesi, İsviçre, 21.09.1998 (Catalogue case)(<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980921s1.html>)

maldaki ayıbın “sözleşmenin esaslı ihlali” teşkil etmediği durumlarda, ayıbın tamir edilerek giderilme imkânı yoksa artık sadece semenin indirilmesi talep edilebilecektir⁵⁰. Ancak belirtmek gerekir ki mesela, sözleşmede malda herhangi bir ayıbın mevcudiyetinin esaslı aykırılık teşkil edeceği açıkça yazılmışsa veya alıcı malların açıkça belli bir amaca uygun olacağını belirtmiş ve o amaca uygun olarak kullanılamıyorsa bu gibi durumlarda, malın ayıplı teslim edilmiş olmasının, başkaca kritere bakılmadan “sözleşmeye esaslı aykırılık” teşkil edeceği kabul edilmektedir⁵¹.

Türk Borçlar Kanunu’nda alıcının, dönme veya değişim talebi ayrı tutulmadan, tüm seçimlik haklarını kullanabilmesi, aynı koşullara tabi tutulmuştur ve bu koşullar arasında ayıplı mal teslim edilmesinin “sözleşmeye esaslı aykırılık” teşkil etmesi gerektiği yönünde bir koşul bulunmamaktadır.

Burada hemen belirtelim ki, VSA’daki “sözleşmeye esaslı aykırılık” koşulu, özellikle milletlerarası satımlarda ayıplı malın geri gönderilmesindeki zorluklar dikkate alınarak getirilmiş olduğundan⁵², bu koşulun dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir⁵³. Zira, sözleşmenin esaslı ihlali teşkil eden hallerin dar tutulması, alıcının dönme veya değişim talebine başvurma imkânını azaltacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında⁵⁴, sözleşmeye esaslı aykırılık kavramının dar yorumlanması gerektiğini, şüphe halinde koşullarının gerçekleşmediğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

2- “Malın ayıpsız bir benzeriyle değişimi” ile “Sözleşmeden dönme” Seçimlik Hakları

Ayıplı teslim edilmiş olan malın benzer cinsiyle **değiştirilmesi talebi**, eski BK’nun 203. maddesi uyarınca, sadece ayıplı mal mislen belirlenmiş bir mal ise söz konusu olabilmekteyken 6098 sayılı yeni BK bu ayırımı kaldırdı ve ayıplı malın misli bir mal olup olmadığına bakılmaksızın, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesinin, mümkün olan herhalde istenebileceği hükme bağlanmıştır (BK m. 227 b. 4).

⁵⁰ Atamer, s. 399.

⁵¹ Koch, s. 218.

⁵² Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Atamer, s. 292 vd.

⁵³ Bu konuda bkz. Erdem, E.: “Viyana Satım Antlaşmasında Sözleşmeden Dönme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 864-867.

⁵⁴ İsviçre Federal Mahkemesi, 15 Eylül 2000, 4C.105/2000, FCF S.A. v. Adriafile Commerciale S.r.l. (<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000915s2.html>)

Ayıplı malın benzeriyle değiştirilmesini talep imkânı da, malın çeşidiyle belirlenmiş olup olmamasına bakılmadan, **VSA'nın** 46. maddesinin 2. fıkrasında da tanınmıştır. Hüküm şu şekildedir:

“Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun **esaslı bir sözleşmeye aykırılık** oluşturmaları ve 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilir.”

Görüldüğü gibi VSA m. 46/f.2'nin metninde, alıcının değişim talebinde bulunabilmesi için malın misli bir mal olup olmaması açısından bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Hal böyle olmakla beraber, parça borcu açısından malın değişim imkânının bulunmaması gerektiğinin öğretide yoğun bir şekilde savunulduğunu da belirtmek gerekir⁵⁵.

Hükümden de görüldüğü, gibi alıcının malın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini talep etmesi üç koşulun gerçekleşmesine bağlanmıştır: 1) malların sözleşmeye uygun olamaması, (2) sözleşmeye esaslı aykırılık (3) makul süre içerisinde ayıplı malın değişimi talebinde bulunulması.

Alıcının **sözleşmeden dönme** hakkı ise BK m. 227/f.1,b.1 ile düzenlenmiştir. Maddede alıcının satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönebileceği belirtilmektedir. VSA'da sözleşmeden dönme hakkı m. 49/f.1a'da düzenlenmiştir ve ilgili diğer hükümler göz önünde tutularak, ayıplı mal teslim edilmesi halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için aranan koşulları şu şekilde toparlamak mümkündür: (1)sözleşmeye esaslı bir aykırılık olmalı (2) makul süre içerisinde sözleşmeden dönme bildirimi yapılmalı (VSA m. 49/f.2'deki sürelerle uyularak).

Sözleşmeden dönülmekle sözleşme geriye dönük olarak ortadan kalkar ve tarafların elde ettiklerini iade yükümlülükleri ortaya çıkar. Bu durum BK m. 229'de düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca alıcı, satılanı ondan elde ettiği menfaatlerle birlikte geri vermekle yükümlüdür. Diğer taraftan satıcının ise, elde ettiği semeni faiziyle birlikte geri vermesi ve yargılama giderleri ile satılan için alıcı tarafından yapılmış olan giderleri de ödemesi gerekmektedir (BK m. 229/f.1, b.2). Satıcının bunlardan başka BK m. 229/f. 1, b.3 ve f.2'de tazminat ödeme borcu da özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, alıcının ayıplı maldan doğan doğrudan zararlarının giderilmesinden satıcının kusuru bulunmasa da sorumlu olduğu; alıcının dolaylı zararları açısından da kusur esasına dayanarak sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Hükümdeki doğrudan doğruya

⁵⁵ Bu görüşler için bkz. Atamer, s. 374, dn. 487'de belirtilen eserler.

zarar ile dolaylı zarar ifadeleriyle neyin kastedildiğinin öğretide yoğun tartışmalara⁵⁶ sebebiyet verdiğini ve bir görüş birliği bulunmadığını söylemek gerekir⁵⁷. Alıcının dolaylı zararlarını talep etmesi açısından aranan kusur, satıcının sözleşmenin kötü ifasına ilişkin bir kusurudur. Satıcının, satılanın ayıplı olduğunu bildiği veya meslekten satıcıya da üretici olduğu için ayıbı bilmesi gerektiği durumlarda, kusurlu olduğu kabul edilmektedir⁵⁸.

VSA'da sözleşmenin sona ermesinin sonuçları 81-84. maddeler arasında 4 hüküm olarak düzenlenmiştir⁵⁹. Sözleşmenin sona erdirilmesinin sonuçlarını genel olarak ortaya koyan 81. madde uyarınca, Borçlar hukukundaki sisteme paralel olarak, sözleşmeden dönülmekle tarafların yükümlülükleri sona erer; sözleşme tamamen veya kısmen ifa edilmiş ise bunların iade edilmesi gerekir. VSA m. 81 ile, BK'ya paralel olarak, sözleşmeden dönme halinde, sözleşme uyarınca ifa edilenlerin ve bunun yanı sıra bunlardan elde edilen yararların da iadesi gerektiği belirtilmiştir.

VSA'da BK'dan farklı olarak, sözleşmeden dönme halinde özel bir tazminat imkânı getirilmemiştir. VSA'da, ayıplı mal teslim edilmesi durumunda alıcının hangi seçimlik hakkı seçmiş olduğundan bağımsız olarak tüm tazminat talepleri aynı rejime tabi tutulmuştur. Böylece, BK m. 229 ile ilgili olarak hukukumuzda yapılmakta olan “dolaylı zarar /doğrudan zarar” tartışmalarına VSA'da rastlanmamaktadır. VSA uyarınca tazminat talebi aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

B. “Onarım” Seçimlik Hakkı

Eski **Borçlar Kanununda** ayıplı malın onarılmasını talep etme seçimlik hakkı bulunmamaktayken 6098 sayılı yeni BK m. 227/f.1, b.3 ile alıcının haklarına onarımı talep hakkı da ilave edilmiştir.

VSA m. 46/f. 3'de alıcıya onarım talep etme hakkı tanınmıştır. Hüküm şu şekildedir:

⁵⁶ Bu tartışmalar için bkz. *Gümüş*, C.1, s. 177-180; *Tandoğan*, C.I/1, s. 192, 193, 194.

⁵⁷ Yargıtay, dönmeye bağlı ister doğrudan zarar talebi ister dolaylı zarar talebi olsun, son kararlarında menfi zarar kalemleriyle sınırlamış gibi görünmektedir: Bu yönde bkz. 13. HD., 9.10.2003, E. 8441, K.11576 (www.kazanci.com); 13. HD., 6.12.1990, E.4611, K.8265 (www.kazanci.com).

⁵⁸ Satıcının kusurunun nasıl belirleneceğiyle ilgili olarak bkz. *Yavuz*, Borçlar Özel, s. 150; *Yavuz*, Ayp, §2, VII, 3, d, aa.

⁵⁹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. *Schlechtriem/Schwenzer*, Art. 81-84, s. 1095 vd.

“Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı, satıcıdan sözleşmeye aykırılığın **onarım** yoluyla giderilmesini isteyebilir; meğerki tüm koşullar göz önüne alındığında bu, makul olmayan bir talep oluştursun. Onarım talebi ya 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde yöneltilmelidir.”

Alıcının onarım hakkına başvurabilmesi için VSA m. 46/f.3’de öncelikle “onarım talebinin makul olması” gerektiği belirtilmiştir. Bu talebin makul olup olmadığı, tüm koşullar göz önünde bulundurularak alıcının onarım menfaati karşısında satıcının yapacağı masrafların ve yaşayacağı güçlüklerin değerlendirilmesiyle belirlenecektir⁶⁰. Özellikle tamiratın yenisiyle değiştirme-ye nazaran daha masraflı olduğu durumlarda satıcın, alıcıya yeni mal vererek ayıbı gidermeyi teklif etmesi mümkündür. Ancak bu durumda satıcı, tamiratın tüm masraflarını bizzat karşılamalı ve tamirat alıcı için makul olmayan bir gecikmeye veya başkaca bir zahmete sebebiyet vermemelidir (m. 48/f.1).

C- “Satış Bedelinin İndirilmesi” Seçimlik Hakkı

Yürürlükteki **BK’nun 227/f.1, b.2’de** satın alınan malın ayıplı olması halinde alıcının satış bedelinin indirilmesini talep edebileceği belirtilmiştir. Hal böyle olmakla beraber, ayıplı malın ayıp nedeniyle söz konusu olan değer eksikliği miktarının satış bedeline çok yakın olması halinde alıcı, bedelin indirilmesini değil ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız benzeriyle değiştirilmesini talep edebilmektedir (BK m. 227/ f. Son).

VSA’nın 50. maddesinde alıcıya teslim edilen malın sözleşmeye uygun olmaması halinde alıcıya “bedelin indirilmesini talep etme hakkı” tanınmıştır. Ancak alacaklının bu talep hakkı önemli bir sınırlandırmaya tabi kılınmıştır. Alıcının semenin indirilmesini talep edebilmesi için, satıcının m. 37. ve 48’de düzenlenmiş olan tüm eksiklikleri giderme hakkını kullanmamış olması gerekir. Alıcı ayıplı mal teslim edildikten hemen sonra semenin indirilmesi seçimlik hakkını seçmiş ve bildirmiş olsa dahi satıcı malın tamirini veya yenisi ile değiştirilmesini teklif ederek bu hakkın kullanılmasını engelleyebilir. Zira VSA m. 50’de satıcının bu hakkına öncelik tanınmıştır. BK m. 227/f.3’de de satıcıya paralel bir imkan tanınmaktadır.

⁶⁰ Huber, s. 277, 278.

D- Tazminat Talebi

Tazminat talebi hem Türk Borçlar Kanunu açısından hem de VSA açısından alıcının seçimlik hakkı niteliğinde düzenlenmemiştir; yani, alıcının tazminat talebinde bulunması diğer seçimlik haklardan birini seçmesine engel teşkil etmemektedir. Alıcı malın değiştirilmesi, onarılması, semenin indirilmesi, sözleşmeden dönme seçimlik haklarından biriyle birlikte tazminat da talep edebilmektedir.

Borçlar Hukukumuz uyarınca alıcının diğer seçimlik haklarının yanında genel hükümler uyarınca tazminat talep edebilme hakkı her zaman mevcuttur. Bu husus yürürlükteki BK'nunda açıkça ifade edilmemekteyse de öğreti ve mahkemelerce kabul edilmekteydi. Bu konu 6098 sayılı yeni BK m. 227/f.2'ye bu yönde bir ilave getirilerek açıkça ifade edilmiştir. Satıcının, ayıp dolayısıyla ortaya çıkan zararları tazmin sorumluluğunun, objektif bir sorumluluk mu olduğu yoksa genel hükümler uyarınca kusura mı dayandığı meselesi tartışmalara sebep olmuştur⁶¹. 6098 sayılı yeni BK m. 227'nin madde gerekçesinde⁶² kanun koyucu bu tartışmalara son verir şekilde, alıcının tazminat talebinin genel hükümlere tabi olduğu belirtilerek, kanaatimizce, satıcının tazminat sorumluluğunun bir "kusur sorumluluğu" olduğu vurgulanmaya çalışılmıştır.

Kısacası Borçlar Kanunu açısından alıcının zararını tazminat talebinin, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının seçilmiş olması durumu (BK m. 229) hariç, genel hükümler uyarınca yapılacağını belirlemiştir. Böylece satıcının tazminat sorumluluğu, sözleşmeye dayalı sorumluluğun genel hükmü olan ve kusur sorumluluğuna dayanan BK m. 112 vd. hükümlerine tabi tutulmuştur. BK m.112 borçlu aleyhine "kusur karinesi" getirmektedir. Bu hüküm uyarınca, borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan mütevellit zararı tazmine mecburdur. Hükmün satıcının ayıba karşı sorumluluğuna uygulanmasıyla, satıcının *malın ayıplı teslim edilmiş olmasında kusuru* bulunmadığını ispat edemedikçe alıcının zararlarından sorumlu olacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Satıcı kusursuzluğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır. Satıcının kusuru, öğretide malın ayıplı olduğunu bilmesi veya bilmesi gerekmesi kriterlerine bakılarak belirlenmektedir. Satıcının bu işi meslek olarak yapıyor olması veya o malın üreticisi olması durumları, maldaki ayıbı bilmesi gerektiği durumlardan kabul edilmektedir⁶³. Dolayısıyla

⁶¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. *Atamer*, s. 317, dn. 187.

⁶² Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/kanunlasan/2011y/6098ss.pdf>.

⁶³ Bu konuda bkz. *Yavuz*, Borçlar Özel, s. 150; *Yavuz*, Ayıp, §2, VII,3,d,aa.

satıcının, malın ayıplı olduğunu bilmediği ve meslekten satıcı veya üretici olmaması dolayısıyla da bilmesi gerekmediği durumlarda, malın ayıplı teslim edilmiş olmasında kusuru bulunmadığı savunmasında bulunulabilecektir.

VSA ile getirilen tazminat sorumluluğu, kusur sorumluluğu olarak değil kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmiştir. VSA kapsamında alıcının satıcıdan tazminat talep edilebilmesi için satıcının sözleşmeye aykırı davranmış olması yeterlidir. Satıcı, kural olarak, kusursuz olduğunu ispatlayarak dahi sorumluluktan kurtulamaz. Hal böyle olmakla beraber, VSA’da satıcıya tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için bazı imkânlar da getirilmiştir. Satıcının tazminat sorumluluğundan kurtulabilme imkânları, VSA m. 79 ve m. 80’de düzenlenmiştir. Bu konu da sempozyumda başka bir tebliğin konusunu oluşturduğundan burada konuya değinilerek geçilecektir.

Ayrıca, VSA’da düzenlenmiş olan tazminat talep hakkı, alıcının tüm zararının tazmin edilmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Bu düşüncenin sonucu olarak da VSA kapsamında tazmini talep edilen zararlar “müspet-menfi” veya “dolaylı-doğrudan” gibi ayrımlara tabi tutulmamıştır. VSA ile alıcının, ayıp dolayısıyla ortaya çıkmış olan tüm zararlarının tazmin edilmesi hedeflenmektedir.

Burada tekrar hatırlatmakta fayda var ki, VSA kapsamında alıcı, “değişim-onarım-bedel indirimi-sözleşmeden dönme” seçimlik haklarında olduğu gibi, tazminat hakkına da başvurabilmek için “bildirim ve gözden geçirme külfetlerini” gereği gibi yerine getirmiş olması gerekmektedir. Diğer taraftan, yukarıda “muayene ve gözden geçirme” başlıklı bölümde açıkladığımız gibi, Türk Borçlar Kanunu kapsamında alıcının ayıp dolayısıyla tazminat talebinde bulunabilmesi için “muayene ve ihbar külfetlerini” yerine getirmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Kanunda bu konuda açıklık bulunmamaktadır.

VI. DAVA ZAMANAŞIMI

Borçlar Kanunu m. 231/f.1, c.1 uyarınca, satılanın ayıplı olması dolayısıyla alıcının açacağı her türlü dava satılandaki ayıp daha sonra ortaya çıksa bile, satılanın alıcıya devrinden başlayarak 2 yıl geçmekle zamanaşımına uğramaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, maddedeki 2 yıllık süre, sadece zamanaşımı bakımından öngörülen süre değil, aynı zamanda alıcının ayıp bildiriminde bulunma ve seçimlik haklarını kullanma açısından da üst limit teşkil etmektedir.

Satıcı, satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise bu iki yıllık za-

manaşımından yararlanamamaktadır (BK m. 231/f.2). Bu takdirde alıcının taleplerinin BK m. 125 uyarınca 10 yılda zamanaşımına uğrayacağı kabul edilmektedir⁶⁴.

Tacirler arası ticari satımlarda, eski TK m. 25/b.4’de bulunan 6 aylı kısa zaman aşımı 1.07.2012’de yürürlüğe girmiş olan 6102 sayılı yeni TK m. 23 ile kaldırılmış ve tacirler açısından da ayıp dolayısıyla sahip olunan seçimlik haklar açısından dava zaman aşımı BK’daki hükme tabi tutulmuştur.

Diğer taraftan **VSA**’ye bakıldığında, dava zamanaşımı sürelerinin bu sözleşmede düzenlenmemiş olduğu görülür. Böyle VSA’da hiç düzenlenmemiş bir konuyla ilgili boşluklar, mahkemenin ulusal hukukunun devletler özel kuralları uyarınca çözüme kavuşturulmaktadır⁶⁵. Dolayısıyla dava zamanaşımıyla ilgili olarak da, davayı gören mahkemenin ihtilafa uygulayacağı hukuk kurallarına bakılacaktır⁶⁶. Türk mahkemesinin önüne gelen ihtilaf açısından mahkeme, ihtilafa VSA uygulanmasaydı devletler özel hukuku kapsamında hangi hukuku uygulayacaksa o hukuka göre zamanaşımı meselesini çözüme kavuşturacaktır.

VII. SONUÇ

VSA’nın uygulama alanına giren bir satım sözleşmesinde alıcıya ayıplı bir mal teslim edildiğinde, alıcının ayıplı mal dolayısıyla başvurabileceği imkanlar acaba Borçlar Kanunundaki rejimden çok mu farklıdır?

VSA hükümlerine “satıcının ayıptan sorumluluğu” açısından ilk bakıldığında tedirgin olmamak mümkün değildir zira antlaşmanın hiçbir maddesinde “ayıplı mal” terimine dahi rastlanmamaktadır. Zira VSA’da “ayıptan sorumluluk” BK’daki gibi özel olarak düzenlenmiş bir rejime tabi değil aksine sözleşmenin ihlal edilmesinin tabi olduğu genel hukuki rejime dahil edilmiştir. VSA’da ayıptan sorumluluk rejiminin düzenleniş biçimi BK’dan çok farklılaşsa da, alıcıya tanınan haklarda ve hükümlerin uygulanmasıyla ortaya çıkan sonuç açısından büyük ölçüde BK ile paraleldir. Hal böyle olmakla beraber, tatbikatta VSA’nın hükümlerinin nasıl uygulanacağı ve uygulanma koşulların neler olduğunun benimsenip kolay uygulanabilir hale gelmesi zaman alacaktır.

⁶⁴ Tandoğan, C.I/1, s. 203; Gümüş, C.1, s. 196.

⁶⁵ Bu konuda ayrıca bkz. *Atamer*, s. 68; *Tiryakioğlu*, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 115, 116.

⁶⁶ Bu yönde bkz. *Atamer*, s. 343.

Hem BK hem VSA’da, ayıplı mal teslim edilmiş olması durumunda alıcının başvurabileceği 5 hak bulunmaktadır: (1)malın değiştirilmesi **veya** (2) onarılması **veya** (3)bedel indirimi **veya** (4)sözleşmeden dönme **ve/veya** (5) tazminat (tazminat hakkını alıcı diğer haklarla beraber de isteyebilir).

Her bir talep açısından koşullarda farklılık olsa da, temeldeki ilkenin ve dolayısıyla alacaklının elde edebileceklerinin çok benzer olduğunu söyleyebiliriz (tazminat talebi dışında). Bu konuda mahkemeler açısından zorluk yaratacak husus, VSA kapsamında her bir hakkın koşulunun ne olduğunun belirlenmesi olacaktır. Çalışmamız kapsamında detaylı olarak incelemiş olduğumuz VSA ve BK arasındaki farklardan en belirgin olanlarının burada bir kez daha altının çizilmesi faydalı olacaktır.

Alıcının haklarını kullanabilmesi için, VSA’da malların muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Bu konuda VSA ve BK açısından bir fark bulunmamaktadır. Keza, alıcının bu külfetleri yerine getirmediği ayıptan kaynaklanan haklarına başvuramayacağı kuralı, VSA açısından da kabul edilmektedir. Ancak VSA bu kurala bir istisna kabul etmiş ve “ayıp bildirimi”nde bulunulmamasının “makul bir özrü” olması halinde alıcının “semenden indirim” talep edebileceğini kabul etmiştir (VSA m. 44). Ayrıca önemli bir değişiklik ticari satımlar açısından TK m. 23’de ayıp bildiriminin 2 ve 8 günlük kısa süreleri VSA çerçevesinde uygulanmamakta VSA ayıp bildirimi için “makul süre” kriterini kabul etmektedir.

VSA ile BK, alıcının hangi hakkı seçtiği ile ilgili bildirimin zamanı açısından da farklılaşmaktadır. BK’da alıcının hangi seçimlik hakkını seçmiş olduğunu, dava zamanaşımı içerisinde bildirmesinin yeterli olacağı kabul edilmektedir. Oysa, VSA’da, “değişim”, “onarım”, “dönme” haklarını seçmesi halinde bu yöndeki bildirimin, kural olarak, makul süre içerisinde yapılması gerekmektedir (VSA m. 46, m. 49).

Hem VSA’da hem BK’da alıcıya diğer 4 seçimlik hakla beraber veya tek başına tazminat talep etme imkânı tanınmıştır. Satıcının tazminat sorumluluğu VSA’da kusura dayanmamaktadır. Diğer taraftan BK’daki tazminat sorumluluğunun, BK m. 229’daki sözleşmeden dönme hakkının kullanılması hali dışında, kusura dayanmaktadır (BK m. 227).

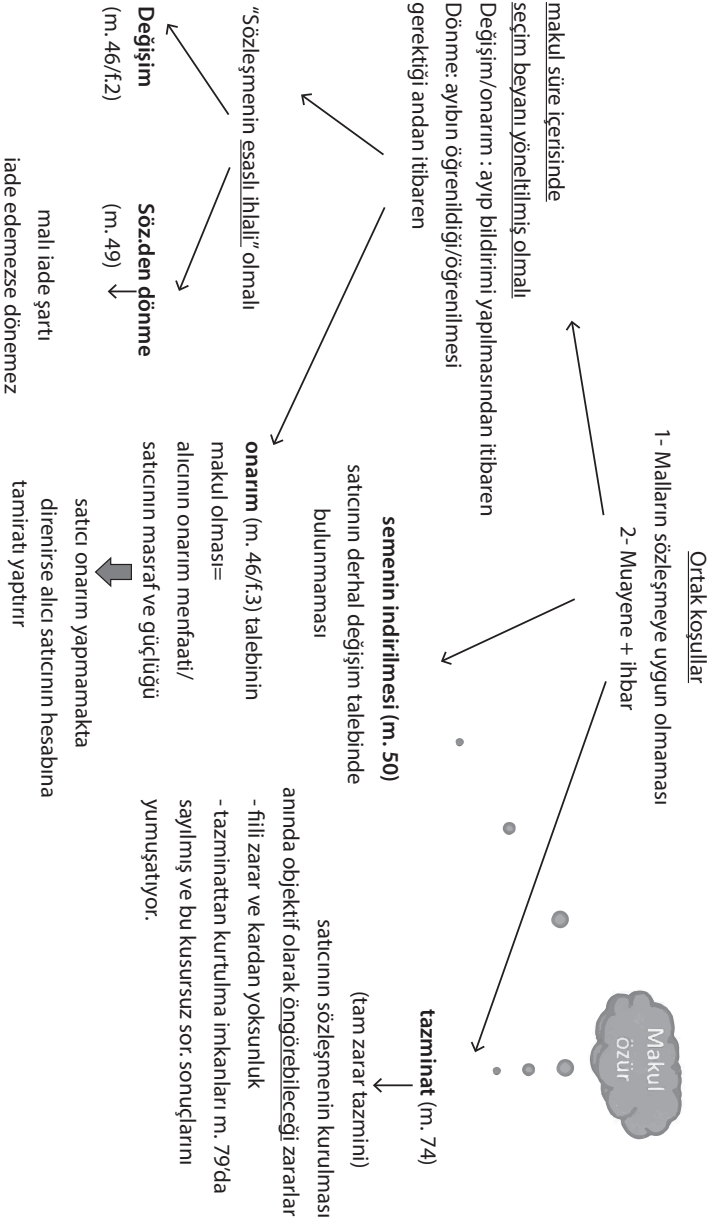
Burada VSA’daki tazminat hakkı açısından önemle vurgulanması gereken diğer bir nokta da, alıcının tazminat talep edebilmesi için, 4 seçimlik hakta (değişim-onarım-bedel indirimi-dönme) olduğu gibi, muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş olması gerekmektedir. BK kapsamında ise, alıcının

ayıp dolayısıyla tazminat talep edebilmesi için “muayene ve ihbar külfetlerini” yerine getirmesi gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bu tartışmanın VSA kapsamına giren satım sözleşmeleri açısından çözümlenmiş olduğunu söyleyebiliriz. Zira kanaatimizce, VSA hükümleri 1 Ağustos 2011 itibariyle iç hukukumuz haline geldiği için artık VSA’nın kapsamına giren ihtilaflarda tazminat talebi de, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmiş olması koşuluna bağlanmıştır.

Bu sonuç kısmı ile sadece BK ve VSA arasında bulunan bazı önemli farkları hatırlatmakla yetiniyoruz. Belirttiğimiz gibi her iki sistem açısından, alıcının hakları sayı olarak aynı olsa da bu hakların koşulları, uygulama yöntemi ve birçok başka detay da farklılıklar bulunmaktadır. Önümüzdeki birkaç yıl, VSA hükümlerinin uygulanması açısından tüm hukukçular ve özellikle hâkimler için zorlu bir geçiş süreci yaşanacaktır. Bu hususta dış ticaretle uğraşanlara da iş düşmekte, bundan sonra akdedilecek satım sözleşmelerinde, VSA hükümlerinin dikkate alınması onlar açısından da atılması gerekli ilk adım olacaktır.

VSAd'a alıcıya tanınan hakları kullanabilmenin koşulları

Tablo 1



KAYNAKÇA

- ATAMER, Y:** Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005
- BAASCH ANDERSEN, C.:** “Reasonable time in Article 39(1) of The CISG-Is Article 39 (1) Truly A Uniform Provision?”, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998, Hauge 1999, s. 130-132 (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/andersen.html> - erişim tarihi: 28.09.2011);
- BUZ, V.:** Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005
- DAYIOĞLU, Y.:** CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011
- EDİS, S.:** Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963
- ERDEM, E.:** “Viyana Satım Antlaşmasında Sözleşmeden Dönme”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. I, İstanbul 2010.
- FLECHTNER, M. H.:** “Malların Sözleşmeye Uygunluğu, Üçüncü Kişilerin Talepleri ve Alıcının İhlal Bildirimi”, Milletlerarası Satım Hukuku, Yeşim M. Atamer (editör), İstanbul 2008, s. 178 vd.
- GAUCH, P.:** Le contrat d’entreprise, (Fransızca’ya çev.: Benoît Carron), Zurich 1999
- GÜMÜŞ, A.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.1, İstanbul 2008
- HONNOLD, O. J.:** “Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention”, 3rd ed. (1999) (<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>, erişim tarihi: 3.01.2012)
- HUBER, P.:** “CISG-Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları”, Milletlerarası Satım Hukuku, Yeşim M. Atamer (editör), İstanbul 2008
- KOCH, R.:** “The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods”, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998, Hauge 1999
- OĞUZMAN, K./ÖZ, T.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 11. bası, İstanbul 2013
- OĞUZMAN, K./BARLAS, N.:** Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 19. Bası, İstanbul 2013
- OKTAY Özdemir, S.:** “Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp

Kavramı ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak için Uyulması Gereken Külfetler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.I, İstanbul 2007

SEROZAN, R.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar Özel), İstanbul 2006, s

SCHLECHTRIEM, P. / SCHWENZER, I. H.: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), Ingeborg Schwenzer (editor), 3. ed., Oxford University Press, New York 2010

TANDOĞAN, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, İstanbul 2008

TERCIER, P.: Les contrats spéciaux, Zurich 2003

TİRYAKİOĞLU, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996

ZEVLİLİLER, A./GÖKYAYLA, E.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2013

ZEVLİLİLER, A./ HAVUTÇU, A.: Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007

YAVUZ, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (Borçlar Özel), İstanbul 2007

YAVUZ, C.: Satıcının Satılanın (malın) Ayıplarından Sorumluluğu (Ayıp), İstanbul 1989

Viyana Satım Antlaşması'na Göre Alıcı ve Satıcının Borçlarının İhlalinin Sonuçları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması

Prof. Dr. H. Ercüment ERDEM*

I. Genel Olarak Viyana Satım Antlaşması ve Türkiye'de Yürürlüğe Girişi

11 Nisan 1980 tarihinde Birleşmiş Milletlerin himayesinde Viyana'da toplanan diplomatik konferans Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nı, uygulamadaki yaygın ismiyle Viyana Satım Antlaşması'nı¹ ("**Antlaşma**") kabul etti. Milletlerarası mal satımlarına uygulanacak kuralların yeknesaklaştırılması konusunda uzun yıllardan beri süregelen zahmetli çalışmalar, bu Antlaşma'nın kabulü ile sonuçlandı ve yıllar içerisinde pek çok ülkenin Antlaşma'ya taraf olması ile pekişti². Antlaşma Ocak 2014 itibarıyla içlerinde Türkiye'nin de bulunduğu 80 ülke tarafından kabul edildi³.

* Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı E. Öğretim Üyesi. Bu makale 20 Ocak 2014 tarihindeki mevzuat dikkate alınarak hazırlandı. Kaynaklara ulaşamadaki yardımları için Av. Leyla Orak ve Av. Ecem Süsoy'a teşekkür ederim.

1 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. Antlaşma'nın İngilizce metni için bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf> (Erişim tarihi: 17.01.2014), Antlaşma'nın Türkçe metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/04/20100407-1.htm> (Erişim tarihi: 17.01.2014).

2 **Bilgin Tiryakioğlu**, "11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1989-1990, s. 192, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/301/2825.pdf> (Erişim tarihi: 08.05.2013).

3 Dolayısıyla, dünya ticaret hacminin yaklaşık %80'inin Antlaşma hükümlerine tabi olduğu hakkında bkz. **İpek Sağlam**, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Bir-

Türkiye, Antlaşma'yı 5870 sayılı Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun ile kabul etti⁴ ve 7 Temmuz 2010 tarihi itibarıyla Antlaşma'ya taraf oldu. Bununla birlikte, Antlaşma Türkiye'de 1 Ağustos 2011 tarihinde yürürlüğe girdi. Türkiye'nin Antlaşma'ya 2010 yılında taraf olmasıyla beraber, taraflar açıkça aksini düzenlemediği sürece Türklerin taraf olduğu milletlerarası satım sözleşmelerine doğrudan uygulanmaya başladı⁵.

II. Antlaşma ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması

Antlaşma'nın Türkiye tarafından kabulü ile Türk satım hukuku çok başlı hale geldi⁶. Milletlerarası satımlara Antlaşma m. 30-88 uygulanırken, iç satımlara 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ("TBK") m. 207-236 ve ticari satımlar açısından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 23, tüketici satımları açısından 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu m. 4 uygulanır oldu⁷. Bu hükümlerin kısmen örtüştüğünü söylemek mümkünken kısmen de özellikle Antlaşma ve TBK arasında farklılıkların olduğunu belirtmek gerekir.

leşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14-24), İstanbul 2013, s. 1. Antlaşma'ya taraf olan devletler ve Antlaşma'nın yürürlük tarihlerinin güncel listesi için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (Erişim tarihi: 17.01.2014).

4 RG. 14 Nisan 2009, S. 27200.

5 Antlaşma m. 1 uyarınca, işyeri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satım sözleşmeleri, bu devletlerin Antlaşma'nın akit devleti olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının akit devlet hukukuna atıf yapması halinde Antlaşma'ya tabidir. Antlaşma m. 6: "Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler." hükmünü içerir. Antlaşma'nın uygulanması hakkında bkz. **H. Ercüment Erdem**, "Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı", İzmir Barosu Dergisi, Y. 54, S. 1, Ocak 1989, s. 90 vd.; **Ali Gümrak Tokar**, 11 Nisan 1980 tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Vienna Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005.

6 Antlaşma metninin Türk Hukuku'nun bir parçası olduğu ve iç hukuka göre öncelikli olarak uygulanması gerektiği hakkında bkz. **Sağlam**, s. 3.

7 **H. Ercüment Erdem**, "Vienna Satım Antlaşması'na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, der. Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012 (Anılış: **Erdem**, Genel Bakış), s. 150. 4077 sayılı Kanun, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun tarafından ilga edildi (RG. 28 Kasım 2013, S. 28835). Ayrıllı mallara ilişkin 6502 sayılı Kanun'un 8 ve devamı maddeleri uygulanır.

TBK'nın hazırlık çalışmaları sürecinde Antlaşma'dan yararlanılmadığı ve Antlaşma'nın dayandığı ilke ve kurallara TBK'da yer verilmediği görülür⁸. Hal böyle olunca, Antlaşma hükümleri ile TBK hükümlerinin farklı sistemlere dayanmaları sonucu hükümler arasında bir paralellikten söz etmek olası değildir⁹.

Antlaşma hükümleri ile TBK'nın satıma ilişkin hükümleri karşılaştırıldığında öncelikle TBK'nın satıma ilişkin olarak genel hükümlerinin mi yoksa özel hükümlerinin mi uygulanacağı sorusu sorulabilir. Bu belirsizliğin nedeni ise TBK'nın yeknesak bir sözleşmeye aykırılık sistemi benimsememiş olmasıdır¹⁰. Borcun hiç veya zamanında, yerinde ve konusuna uygun olarak ifa edilmemesi borca aykırılık oluşturur. TBK borcun ifa edilmemesi ve temerrüdü sonuçlarını genel hükümlerde (m. 112 vd.) inceler¹¹.

Öğretideki bazı görüşlere göre, eğer Antlaşma hükümleri ile bir karşılaştırma yapılacak ise satım sözleşmesine ilişkin TBK'nın özel hükümlerinin değil, satıma da uygulanacak olan TBK genel hükümlerinin ele alınması gerekir. Bunun yanı sıra, TBK'nın satıma ilişkin hükümleri ile Antlaşma hükümleri arasında doğrudan bir karşılaştırma yapmanın da mümkün olmadığı ileri sürülür¹².

Her ne kadar Antlaşma hükümleri ile TBK hükümleri arasında doğrudan bir karşılaştırma yapmak zor olsa da, Antlaşma'ya göre satıcı ile alıcının borçlarının ihlalinin sonuçları incelenirken, Türk Hukuk sistemi altında öncelikle TBK genel hükümleri olmak üzere bunlar ile ilişkili olan özel hükümlere de değinilmelidir.

8 **Erdem**, Genel Bakış, s. 150.

9 **M. Yeşim Atamer**, “*Taşınır Satımı Sözleşmesi*”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, der. M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012 (Anılış: **Atamer**, *Taşınır Satımı Sözleşmesi*), s. 188.

10 **M. Yeşim Atamer**, “*Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış*”, Milletlerarası Satım Hukuku, der. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008 (Anılış: **Atamer**, *İfa Engelleri*), s. 222 vd.

11 **Ahmet M. Kılıçoğlu** *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, Genişletilmiş 15. Bası, Ankara 2012, s. 619-620.

12 **Turgut Öz**, “*Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Satım Sözleşmelerine İlişkin Temel Değişiklikler ve Yenilikleri*”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, der. Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012, s. 9.

III. Tarafların Borçlarının İhlali Halinde Antlaşma Uyarınca Diğer Tarafın Hakları ve Türk Hukuku ile Karşılaştırılması

A. Genel Olarak

Antlaşma tarafların sözleşmeyi ihlal etmeleri durumunda hem satıcı hem de alıcı için geçerli genel bir düzenleme yerine her bir taraf için ayrı düzenlemeler getirir. Ancak tazminat ve sözleşmeden dönmeye ilişkin sonuçlar ortak hükümler altında düzenlenir.

Satıcının sözleşmeden veya Antlaşma'dan doğan borçlarını ifa etmemesi durumunda alıcı kural olarak iki tür imkânâ sahiptir¹³. Bunlardan ilki ifaya yönelik tedbirler (m. 46-52) başlığı altında toplanan (i) aynen ifayı istemek (m. 46/1), (ii) ayıplı malların yerine yenilerini istemek (m. 46/2), (iii) ayıbın giderilmesini istemek (m. 46/2), (iv) semenin indirilmesini istemek (m. 50) ve (v) sözleşmeden dönmektir (m. 49/1). İkinci imkân ise tazminat ödenmesini istemektir (m. 74-77).

Alicının sözleşmeden dönme hakkını da içeren bu haklar bazı özellikler gösterir. Bu özellikler özetle şunlardır¹⁴:

- Tüm sözleşmeye aykırılıklar ve bütün borçlar için geçerlidirler;
- İfaya yönelik talepler ayrıca tazminat talebi ile de birleştirilebilir;
- Alicının Antlaşma'dan doğan haklarını kullanması satıcının kusuruna bağlı değildir ve
- Alıcı, kural olarak haklarını kullanmak için satıcıya ek bir süre vermek zorunda değildir.

Antlaşma'nın yaptırım sisteminin en belirgin özelliği sözleşmenin sona erdirilmesinden kaçınmak için sözleşmeyi ayakta tutma ilkesini benimsemesidir. Bu durumun en temel sonucu sözleşmeden dönmeye ancak son çare olarak başvurulmasıdır¹⁵.

¹³ **H. Ercüment Erdem**, La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne – Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises, Fribourg 1990 (Anılış: **Erdem**, Livraison), no. 686 vd.; **Peter Huber**, “CISG- Sözleşmeye Aykırılık Hainde Alicinin Hakları”, çev. Başak Başoğlu, Milletlerarası Satım Hukuku, der. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 267.

¹⁴ **H. Ercüment Erdem**, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1992, Cilt XVI, S. 3 (Anılış: **Erdem**, Viyana Satım Sözleşmesi), s. 75, 76. Ayrıca bkz. **Atamer**, İfa Engelleri, s. 228 vd.

¹⁵ **Erdem**, Livraison, no. 249 vd.; **Atamer**, İfa Engelleri, s. 231; **Huber**, s. 268; **İşıl Yelkenci**,

Antlaşma uyarınca, alıcının hakları tüm sözleşme ihlalleri ve bütün borçlar için geçerlidir¹⁶. İfaya yönelik tedbirler ile birlikte tazminat de istenebilir. Bununla birlikte, alıcının Antlaşma'dan doğan haklarını kullanması satıcının kusuruna bağlı değildir. Bu nedenle satıcının ihlali halinde alıcının sahip olduğu tazminat talep etmek hakkı dâhil diğer seçimlik haklarının kullanabilmesi için satıcının kusurlu olması aranmaz¹⁷. Satıcının sorumluluğu bakımından kusur aramayan Antlaşma bu yönüyle *Common Law* sisteminden etkilenmiştir¹⁸. Ayrıca alıcı, kural olarak haklarını kullanmak için satıcıya ek bir süre vermek durumunda değildir¹⁹.

Alıcının Antlaşma'dan doğan haklarını kullanabilmesi için öncelikle, satıcı tarafından sözleşmeye bir aykırılık yaratılmalıdır ve satıcının sözleşmeye aykırılığı haksız olmalıdır²⁰.

Sözleşmeye aykırılık kavramı Antlaşma çerçevesinde açıklanmaz. Genel olarak, taraflardan birinin satım sözleşmesi ile yüklendiği edimi sözleşmede öngörülen şekilde ifa etmemesi durumunda sözleşmeye aykırılıktan söz edilir²¹.

Sözleşmeye aykırılığın türü de önemli değildir. Geçici veya daimi olması, miktar veya kaliteye ilişkin olması fark etmez. Hatta aykırılığın sözleşmeden doğan esaslı borçlara, yan edim yükümlülüklerine veya genel işlem şartlarına ilişkin olması dahi önemli değildir²².

Bununla beraber, tarafların bazı haklarını kullanmaları her sözleşmeye aykırılık hali için geçerli iken, bazıları daha ağır sözleşmeye aykırılık halleri-

“Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, der. Tufan Ögüz, İstanbul 2013, s. 1339-1340.

16 Antlaşma yaptırım sistemini ifa etmeme, geç ifa ve ayıplı ifa arasında bir farklılık gözetmek-sizin düzenler. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdem**, *Livraison*, no. 698 vd.; **Atamer**, *İfa Engelleri*, s. 225, 228, 229.

17 Sözleşmeye aykırılığın her durumda, kusurdan bağımsız olarak, satıcının sorumluluğunu doğuracağı hakkında bkz. **Atamer**, *İfa Engelleri*, s. 226, 228 vd.

18 **Erdem**, *Livraison*, no. 705; **H. Bernstein/J. Lookofsky**, *Understanding the CISG in Europe*, 2. Basım, Kopenhag 2003, s. 117.

19 **Erdem**, *Livraison*, no. 708 vd.; **Selin Sert**, *Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları*, İstanbul 2013, s. 104.

20 **Erdem**, *Livraison*, no. 716 vd.

21 **Erdem**, *Livraison*, no. 717; **Atamer**, *İfa Engelleri*, s. 227.

22 **Erdem**, *Livraison*, no. 717.

nin varlığını gerektirir. Bu sistem genel olarak, sözleşmeye esaslı aykırılık (m. 25) ve esaslı olmayan aykırılık ayrımı üzerine oturur²³. Sözleşmeden dönmek sadece diğer yaptırımların yetersiz kalması halinde başvurulacak bir çaredir²⁴ ve kural olarak, ancak esaslı aykırılık hallerinde mümkündür (m. 49/1, a). Bununla birlikte, malın yenisi ile değiştirilmesi halinde de, satıcının sözleşmeye esaslı aykırı hareket etmesi aranır²⁵. Ancak, satıcının borçlarını ihlal etmesi halinde alıcının sahip olduğu diğer haklar bakımından esaslı aykırılık şart değildir.

Antlaşma m. 80 “Bir taraf kendi fiili veya ihmalden kaynaklandığı takdirde diğer tarafın âdem-i ifasından yararlanamaz” hükmünü getirir. Bir taraf, karşı tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesi kendisinden kaynaklandığı hallerde ifa etmemeden kaynaklanan haklarını kullanamaz²⁶. Böylece anılan hüküm sözleşmeye aykırılığın haksız olması ile ilgili olarak, satıcının ediminin ifasının alıcının bir ön ifasına bağlı olduğu veya satıcının sözleşmeye aykırılığının alıcının kendi fiilinden doğduğu hallerde, satıcının sözleşmeye aykırılığının “haklı” sayılacağını ve alıcının sözleşmeye aykırılık nedeni ile kendisine tanınan hakları kullanamayacağını belirtir.

Antlaşma bütün sözleşme ihlallerini, sözleşmeye aykırılık kavramı altında toplayarak, Türk Hukukunda benimsenen sistemden farklı bir yol izler. Antlaşma tıpkı *Common Law* sisteminde olduğu gibi yeknesak bir sözleşmeye aykırılık sistemi kabul eder ve hukuki olgular aşamasında bir ayırım yapmaz²⁷. Oysaki Türk Hukukunda sözleşmeye aykırılığın çeşitli türleri vardır²⁸. TBK m. 112 vd. hükümleri çeşitli sözleşmeye aykırılık halleri arasında ayırım yapar ve özellikle temerrüt (TBK m. 117 vd; m. 121 vd.) ve kusursuz imkânsızlık (TBK m. 136) ve ayıplı ifa (TBK m. 219 vd.) hallerini farklı hükümlere bağlar²⁹.

23 **Erdem**, *Livraison*, no. 718. Esaslı ihlal şartları hakkında aşağıda “Sözleşmeden Dönme” başlığı altında incelenen “Sözleşmeye Esaslı Aykırılık” bölümünde detaylı açıklamalar bulunmaktadır. Ayrıca bkz. **Atamer**, *İfa Engelleri*, s. 230 vd.; **Huber**, s. 279 vd.; **Sert**, s. 66 vd.; **Yelkenci**, s. 1333 vd.

24 **Huber**, s. 269.

25 **Yelkenci**, s. 1338.

26 **Erdem**, *Viyana Satım Sözleşmesi*, s. 77; **Huber**, s. 273.

27 **Fritz Enderlein**, “*Rights and Obligations of the Seller Under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”, *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Petar Sarcevic & Paul Volken eds., 1996, s. 133-201, s. 187.

28 **Fikret Eren**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2012, s. 1027.

29 Ayıplı ifadan doğan sorumluluk ile gereği gibi ifa etmemeden doğan sorumluluk ve TBK m. 112 vd. hükümleri ile m. 219 vd. hükümleri arasındaki ilişki hakkında bkz. **Fahrettin Aral**/

Bununla birlikte, sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur aramayan bir sistemi benimseyen Antlaşma, kural olarak kusur sorumluluğunu benimseyen Türk Hukuk sisteminden³⁰ ayrılır.

Türk Hukuk düzeninde TBK'nın genel hükümlerinde düzenlenen borç ilişkisinin ifa edilmemesi ve buna ilişkin sonuçlar Antlaşma sistematigi ile birebir örtüşmez ve farklılıklar gösterir.

TBK uyarınca, borcunu ifa etmeyen borçluya karşı alacaklının alacağını elde etmek konusunda üç olanağı bulunur. Bunlar (i) aynen ifa, (ii) sözleşmeden dönme ve (iii) tazminat olarak sıralanır³¹.

Aşağıda Antlaşma ile Türk hukuku arasındaki farklılıklar ve benzerliklere dikkat çekilecektir. Bu kapsamda taraflardan birinin borçlarını ifa etmemesi halinde diğer tarafın sahip olduğu haklar incelenecektir. Antlaşma'nın taraflara vadeden önce sözleşmeye aykırılık halinde tanıdığı haklar ile tazminata ilişkin hususlar ise, alıcı ve satıcıya ilişkin ortak hükümler kapsamında ele alınacaktır.

B. Antlaşma'ya Göre Satıcının Borçlarını İfa Etmemesi Durumunda Alıcının Sahip Olduğu İfaya Yönelik Tedbirler

1. Aynen İfa

Antlaşma'nın birçok ülke hukuklarını birleştirmek yolundaki en zorlu çabası aynen ifayı istemek konusunda oldu. Zira *Common Law* üyesi ülkeler için âdem-i ifa halinde başvurulacak ilk imkân tazminat istemek iken, Kara Avrupası Hukuk sisteminde ise aynen ifadır³². Bu tür bir imkânı tanımayan ülkelerin baskısı karşısında m. 28 hükmü ile aynen ifayı isteyebilmek yetkisi bu talebin yapıldığı iç hukukun bunu tanıması şartına bağlandı³³.

Satıcının borçlarını ifa etmemesi durumunda alıcının aynen ifa talebinde bulunabilmesi için, öncelikle ifanın hiç gerçekleşmemesi ve alıcının aynen ifa talebi ile bağdaşmayan başka bir hakkını kullanmaması (m. 46/1) gerekir³⁴.

Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2012, s. 151 vd.

30 **Fahrettin Aral**, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s. 181.

31 **Eren**, s. 1028; **Kılıçoğlu**, s. 621 vd.

32 **Erdem**, *Livraison*, no. 730 vd.; **Atamer**, İfa Engelleri, s. 225.

33 **Atamer**, İfa Engelleri, s. 263; **Sert**, s. 93, 94.

34 **Huber**, s. 272; **Erdem**, *Livraison*, no. 736 vd.

Bu nedenle alıcı sözleşmeden dönme veya semenin indirilmesi gibi aynen ifa ile bağdaşmayan haklarını kullanmamalıdır. Ayrıca, alıcının ifa talebinde bulunabilmesi için, aynen ifa talebinin yapıldığı devletin iç hukuku da bu yolda bir talebi tanımalıdır (m. 28). Bu hüküm uyarınca bir hâkim ancak kendi iç hukuk kuralları uyarınca da aynen ifaya hükmedebilecekse alıcının aynen ifa talebine karar verebilir³⁵.

Türk Hukukuna göre, borçlu, borçlanılan edimi ifa etmediği takdirde, alacaklı kendi gücüne dayanarak ifayı zorla gerçekleştiremez³⁶. Bunun için alacaklının borçlu aleyhine bir ifa davası açarak onu borçlanılan edimi ifaya mahkûm ettirmesi gerekir³⁷. İfa davası, ilke olarak her türlü borcun ifası için açılır. Borçlu, ifa hükmüne rağmen borcunu kendi arzusuyla yerine getirmediği takdirde, alacaklıya yetkili organlardan ifa hükmünün icrasını talep etme, kararı icraya koyma hakkının tanınması gerekir³⁸. Alacaklı, yapma ve yapmama borçları bakımından, borçlu yerine ifada bulunma yetkisinin kendisine tanınmasını talep edebilir (TBK m. 113)³⁹.

Aynen ifa talebinin en önemli sonucu, satıcının edimini başlangıçta yükümlendiği şekilde ifa etmek zorunda olmasıdır⁴⁰. Antlaşma'ya göre, aynen ifa talebinde bulunan alıcı kural olarak, satıcıya ek bir süre vermek zorunda değildir. Antlaşma m. 47 alıcının ek bir süre verebileceğinden söz etse de bir zorunluluk öngörmez⁴¹. Böylece Türk Hukuku ile önemli bir farklılık oluşur. Zira, Türk Hukuku açısından TBK m. 124'deki hallerin haricinde, alıcı, satıcıyı temerrüde düşürmek için satıcıya ek bir süre vermek veya bir sürenin verilmesini hâkimden istemek zorundadır (TBK m. 123)⁴².

Antlaşma uyarınca süre verilmesinin iki açıdan önemi olabilir: bir yandan satıcıya borcunu ifa imkânı verirken diğer yandan bu sürede de teslim olma-

35 **Erdem**, *Livraison*, no. 740 vd.; **Huber**, s. 272.

36 **Kılıçoğlu**, s. 621.

37 **Erdem**, *Livraison*, no. 740 vd.

38 **Eren**, s. 1029, 1030.

39 **Kılıçoğlu**, s. 621.

40 **Erdem**, *Livraison*, no. 745 vd.

41 **Erdem**, *Livraison*, no. 772; **Peter Schlechtriem/Claude Witz**, *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Merchandises*, 2008 (Anılış: **Schlechtriem/Witz**) s. 259; **Sert**, s. 168, 169. Antlaşma'da temerrüde düşürmek için süre verilme şartının aranmadığı hakkında bkz. **Atamer**, *İfa Engelleri*, s. 249 vd.

42 **Kılıçoğlu**, s. 673 vd.; **Safa Reisoğlu**, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 1.7.2012'de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış 23. Bası, İstanbul 2012, s. 381 vd.

ması durumunda alıcıya, ortada sözleşmeye esaslı bir aykırılık olmasa dahi, sözleşmeden dönme hakkı verir (m. 49/2). Alıcı süreyi kendisi saptar, herhangi bir makam veya kişiye başvurmak zorunda değildir. Süre, içinde bulunulan duruma ve ifa edilecek borcun niteliğine uygun olmalıdır⁴³. Alıcı bu konuda taraflar arasında yerleşmiş teamülleri ve dürüstlük kuralını da göz önünde bulundurmalıdır. Türk hukukunda da sürenin ne kadar olacağı konusunda kanunda bir hüküm yoktur, TBK m. 123 uyarınca uygun bir süre verilmelidir. Verilen sürenin uygun olup olmadığı somut olaya ve dürüstlük kuralına göre belirlenir⁴⁴.

Antlaşma uyarınca alıcı tarafından açıkça bir süre verilmese dahi bazı hallerde satıcı dürüstlük kuralı gereğince belli bir süreden yararlanır⁴⁵. Gerçekten aynen ifa talebi, ayrıca belirtilmemiş olsa dahi, alıcının dürüstlük kuralı uyarınca makul bir süre beklemeyi kabullendiği varsayımını da içerir.

Aynen ifa için süre veren alıcı, bu süre geçinceye kadar Antlaşma'dan doğan diğer haklarını kullanmaktan mahrum kalır (m. 47/2); meğerki satıcı bu süre içinde dahi ifada bulunamayacağını alıcıya bildirmiş olsun⁴⁶. Ancak alıcının gecikme nedeni ile tazminat isteme hakkı saklıdır (m. 47/2).

Cebri icraya ilişkin sorunlar Antlaşma'da ayrıca düzenlenmediğinden iç hukuklara göre çözümlenir. Satım sözleşmesinin kısmen âdem-i ifası halinde aynen ifa talebi ancak ifa edilmeyen kısım için kullanılabilir (m. 51/1).

Satıcının haiz olduğu eksiklikleri tamamlama, düzeltme yetkisi de (m. 48/1) gerçekte aynen ifanın bir uzantısıdır.

Alıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde Antlaşma m. 62 uyarınca satıcıya tanınan aynen ifa hakkı da m. 46 hükmüne paralel niteliktedir⁴⁷.

⁴³ **Erdem**, *Livraison*, no. 779 vd; **Ulrich Huber**, in *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Überinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG Kommentar – edit. Schlechtriem, Münih 1990* (Anılış: **Slechtriem/Huber**), Art. 47, CISG No. 14.

⁴⁴ **Kılıçoğlu**, s. 673-674.

⁴⁵ **Erdem**, *Livraison*, no. 787 vd.

⁴⁶ **Bernard Audit**, *La vente internationale de marchandises - Convention des Nations-Unies de 11 avril 1980, Paris 1990*, s. 127; **Erdem**, *Livraison*, no. 790 vd.; **Erdem**, *Viyana Satım Sözleşmesi*, s. 79.

⁴⁷ **Sert**, s. 231.

2. Ayıplı Mallar Yerine Yenilerinin Verilmesi, Ayıbın Giderilmesi veya Semen'in İndirilmesi Talebi

Antlaşma m. 35, satım konusu malın ne zaman sözleşmeye uygun olacağını düzenleyerek ayıbı belirler. Buna göre satılan mal hem sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri hem de Antlaşma m. 35 uyarınca malda bulunması gereken özellikleri karşılamalıdır. Bu özelliklerin olmaması halinde ayıplı mal söz konusudur⁴⁸.

Ayıplı malların yerine yenilerini istemek, ayıbın giderilmesini istemek ve semen'in indirilmesini istemek satıcının borçlarını ifa etmemesi durumunda alıcının sahip olduğu ifaya yönelik tedbirler başlığı altında sıralanır.

Gerçekte ayıplı mallar yerine yenilerini istemek bir aynen ifa talebinden farklı değildir⁴⁹. Bu hakkın kullanılabilmesi, aynen ifa talebi için geçerli genel şartlara ek olarak, başlıca üç şartın yerine getirilmesine bağlıdır (m. 46/2): (i) mallar sözleşmeye uygun olmamalıdır, (ii) sözleşmeye esaslı bir aykırılık olmalıdır ve (iii) alıcı ayıp ihbarında bulunduğu sırada veya bu ihbardan itibaren makul bir sürede bu hakkını kullanmalıdır⁵⁰.

Alıcının kendisine teslim edilen maldaki ayıbın giderilmesini istemek hakkı (onarım hakkı) da, aynen ifa talebi için geçerli genel şartlara ek olarak, başlıca üç şarta bağlıdır (m. 46/3): (i) teslim edilen mallar sözleşmeye uygun olmamalıdır, (ii) bu hak ayıp ihbarının yapıldığı sırada veya bu ihbardan makul bir süre sonra kullanılmalıdır ve (iii) durum ve şartların gereklerine göre böyle bir istem makul görülmelidir⁵¹.

Fransız Versay Temyiz Mahkemesinde görülen bir davada, alıcı Antlaşma'nın 46/3 maddesi uyarınca ayıbın giderilmesini talep eder. Satıcı, satılan makineleri tamir etmek istediğini bildirir ve alıcı satıcının borçlarını yerine getirmesi için ek bir süre tanır. Alıcı tarafından belirlenen makul ek süre zarfında satıcı borçlarını yerine getiremez. Bunun üzerine Mahkeme, "*alıcının sözleşmeden beklediği faydayı elde edemediği ve satılan ayıplı makinaları*

48 **Pelin Baysal**, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayıptan Sorumluluğu", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG'e Göre Satış Sözleşmeleri, der. Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012, s. 222 vd.

49 **Erdem**, *Livraison*, no. 815; **Schlechtriem/Huber**, in: CISG Kommentar, Art. 47, CISG No. 14.

50 **Erdem**, *Viyana Satım Sözleşmesi*, s. 79; **Huber**, s.274; **Sert**, s. 174, 175; 177 vd.

51 **Erdem**, *Viyana Satım Sözleşmesi*, s. 79, 80; **Huber**, s.277, 278; **Sert**, s. 175, 181 vd.

umduğu şekilde kullanamayacağı gerekçesiyle alıcının sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu” belirtir⁵².

Alıcının ayıbın giderilmesini istemek hakkının satıcının ayıbı gidermek yetkisiyle çakışmasını önlemek amacıyla Antlaşma m. 48/2, 3 ve 4 ayrıntılı hükümler getirmiştir.

Alıcı, ayıplı mal teslimi halinde semenin indirilmesini istemek hakkına da sahiptir. Ayıplı mal teslimi halinde alıcı, semen ödenmiş olsun veya olmasın ayıplı malların teslim sırasındaki değeri ile sözleşmeye uygun malların değeri arasındaki fark ile orantılı olarak indirim yapabilir (m. 50). Antlaşma’da açıkça belirtilmese dahi teslim yerindeki değer esas alınmalıdır⁵³.

Alıcının semeni indirmek hakkı iki açıdan kısıtlıdır: satıcı m. 37 veya 48’e uygun olarak ayıbı gidermişse veya alıcı bu maddelere uygun olarak satıcının ifa teklifini reddetmişse artık semenin indirilmesi istenemez.

Avusturya Oberster Gerichtshof Mahkemesinde görülen bir davada Mahkeme, öğretide savunulan baskın görüşe uygun olarak alıcının sözleşmeden dönme imkânının olmadığı hallerde semenin indirilmesi hakkının kullanılması gerektiğine hükmeder. Semen indirilmesinin sözleşmeden dönmeye koşullarına bağlı olmadığını belirterek, Antlaşma’nın 50. maddesi çerçevesinde satılan malların tamamen değerinin kaybolması halinde dahi semenin indirilmesinin olanaklı olduğunu vurgular. Mahkeme bu kararını verirken Antlaşma’nın yerel hukuka atıfta bulunmadan özerk biçimde yorumlanması ve m. 50 uyarınca semenin indirilmesi halinin belirli sebeplerle kısıtlanmaması gerektiğinin altını çizer⁵⁴.

Türk hukukunda, ayıp halinde alıcının hakları TBK m. 291 vd. da ayrıca ve özel olarak düzenlendiğinden⁵⁵, Antlaşma’nın yukarıda özetlenen hükümleri ile bu maddelerin de karşılaştırılması gerekir.

Türk Hukukunda, malın objektif olarak kendisinden beklenen özelliklere ve sübjektif olarak alıcıya bildirilen özelliklere sahip olmaması halinde ayıplı

52 Fransız Versay Temyiz Mahkemesi (Cour d’Appel de Versailles), 12. Daire (12^{ème} chambre), 1. Bölüm (1^{ère} section) tarafından verilen No. 56 sayılı ve 29 Şubat 1998 tarihli karar, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=280>, (Erişim tarihi: 29.04.2013).

53 **Erdem**, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 80; **Huber**, s. 285; **Sert**, s. 184, 185.

54 Avusturya Oberster Gerichtshof Mahkemesi tarafından verilen, No. 3Ob193/04k sayılı ve 23 Mayıs 2005 tarihli karar, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1040>, (Erişim tarihi: 29.04.2013).

55 **Kılıçoğlu**, s. 653-654.

olduğu kabul edilir⁵⁶. TBK m. 227, satıcının satılanın ayıplarından sorumlu olduğu hallerde alıcının sahip olduğu seçimlik hakları düzenler⁵⁷.

Bunlar; (i) satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme, (ii) satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinde indirim isteme, (iii) aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretiz onarılmasını isteme ve (iv) imkân varsa satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme olarak sıralanır⁵⁸.

Antlaşma sisteminde m. 46/3 ile alıcıya tanınan ayıbın giderilmesini talep etme hakkı ise yalnızca 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun m. 4/2 uyarınca tüketici satımlarında düzenlenir⁵⁹. TBK’da alıcıya bu seçimlik hak tanınmaz.

Alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır⁶⁰. Satıcı, alıcıya aynı malın ayıpsız bir benzerini hemen vererek ve uğradığı zararın tamamını gidererek seçimlik haklarını kullanmasını önleyebilir.

3. Sözleşmeden Dönme

20. yüzyıl ile uluslararası öğretide eğilim, sözleşmeden dönmeyi yaptırımlar sistemi içinde en son çare olarak gören daha sınırlayıcı bir yaklaşıma yöneldi. Birçok modern satım hukuklarında (Alman ve İskandinav hukuku gibi) ve uluslararası metinlerde (mesela Antlaşma, Unidroit İlkeleri ve Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri gibi) sözleşmeden dönme sadece diğer yaptırımların (ifa, semenin tenzili veya tazminat) yetersiz kalması halinde başvurulacak son çare olarak kabul edilir. Antlaşma da açıkça bu uluslararası eğilimin bir parçasıdır⁶¹.

Sözleşmeden dönmeye karşı çıkmamanın bir nedeni de ekonomiktir. Örne-

56 **Atamer**, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 198; **Kadir Berk Kapancı**, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul 2013, s. 42 vd.

57 **Cevdet Yavuz**, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011, s. 80 vd.

58 Ayıp halinde seçimlik haklar ile ayıba ilişkin düzenlemelerde özel bir hükmün bulunmadığı hallerde TBK’nın genel hükümleri uygulanacağı hakkında bkz. **Kılıçoğlu**, s. 654.

59 **Yavuz Dayıoğlu**, CISG Uygulamasında Sözleşmesinin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011, s. 162; **Kapancı**, s. 50. 6502 sayılı Kanun’da tüketicinin seçimlik hakları m. 11’de düzenlenir.

60 **Atamer**, Taşınır Satımı Sözleşmesi, s. 213; **Kapancı**, s. 58 vd.

61 **Erdem**, Livraison, no. 249 vd.; **Huber**, s. 269; **Sert**, s. 189, 190.

ğin ayıplı mal tesliminde sözleşmeden dönme, teslim edilmiş mallar ile alıcı tarafından ödenmiş bedelin iadesini gerektirir. Özellikle malların iadesi, büyük masraflara ve risklere neden olabilir. Oysaki alıcının sözleşmeye uygun mal teslim alma konusundaki menfaati onarım veya tamirat talepleri ile karşılanabilecekse, sözleşmeden dönülmemiş olsaydı bu masraflardan ve risklerden kaçınılması mümkün olacaktır⁶².

Satıcının dönme hakkının sınırlanmasının değil de alıcının dönme hakkının sınırlanmasının ele alınmasının başla haklı nedenleri de vardır. Alıcının semeni ödememesine veya malı teslim almamasına dayanan satıcının dönme hakkı önemli sorunlar doğurmaz. Buna karşın satıcının çok değişik sözleşmeye aykırılıklardan ötürü alıcının sözleşmeden dönme hakkının sınırları, özellikle de alıcının dönme üzerine malı iade olanaksızlığı yüzünden dönme hakkının etkisizleşmesi, özel ve pratik sorunlar yaratır⁶³.

Antlaşma, taraflar arasındaki satım sözleşmesinin kendiliğinden hükümden düşmesi yönünde bir düzenleme getirmediğinden⁶⁴, dönme mutlaka bir ihbar (m. 26) vasıtasıyla yapılmalıdır. Bu açıdan ihbar, sözleşmeden dönme için geçerlilik şartıdır. Tarafların sözleşmelerinde bu konuyu başka türlü düzenlemedikleri hallerde ihbar, durumunun getirdiği uygun şekilde yapılmalıdır ve gönderilmekle hüküm doğurur (m. 27)⁶⁵. İspanya Pontevedra Temyiz Mahkemesi, 2002 tarihli kararında dönme ihbarının satıcıya ulaşmasıyla, dönme işleminin otomatik şekilde gerçekleşeceğini belirtir⁶⁶. Öğretide, Antlaşma'nın 47. Maddesinde öngörülen ihbar süresinin esaslı aykırılığın tam olarak ne zaman gerçekleştiğine ilişkin belirsizliği ortadan kaldırmayı amaçladığı ileri sürülür⁶⁷. Dönme ihbarının nasıl yapılacağı Antlaşma'nın 26. ve 27. maddelerinde düzenlenir. Bu maddelerde herhangi bir şekil şartının yer almaması, ihbarın dürüstlük kuralına uygun yapılması gerektiği gerçeğini or-

62 C. M. Bianca./M. J. Bonell, Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffré Milano 1987 (Anlaş: Bianca/Bonell), Art. 49 N. 2.1.2.

63 Rona Serozan, "CISG ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", İÜHFİM C. LXX, S. 2, s. 207-220, 2012, s. 209, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmecmua/article/download/19534/18584>, (Erişim tarihi: 28.04.2013).

64 Enderlein, s. 195.

65 Erdem, Livraison, no. 855, 864 vd.

66 İspanya Pontevedra Temyiz Mahkemesi (Audiencia Provincial de la Pontevedra , sección 6ª) tarafından verilen No. 3036/2002 sayılı ve 3 Ekim 2002 tarihli karar, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021003s4.html>, (Erişim tarihi: 10.05.2013).

67 Audit, s. 131.

tadan kaldırmaz⁶⁸. Gerçekten, esas olan karşı tarafa borcunu ifa etme imkânının tanınmasıdır⁶⁹.

Ayrıca, m. 82/1 uyarınca eğer satıcı malları teslim aldığı şekle yakın bir şekilde iade edemezse sözleşmeden dönme hakkını kaybeder⁷⁰. Alıcı, ayrıca sözleşmeden dönme hakkını kaybetmesi halinde, satıcıdan kendisine ikame malları da iade etmesini talep edemez⁷¹. Ancak alıcı, kendisine yükletilemeyecek bir sebepten dolayı teslim edemiyorsa, sözleşmeden dönme hakkını kaybetmiş sayılmaz⁷².

Alıcı tarafından sözleşmeden dönülmesi (m. 49/1, a) kural olarak ancak iki halde mümkündür⁷³: birincisi, sözleşmeye esaslı aykırılık olmalıdır (m. 49/1, a); ikincisi ise hiç teslim yapılmamalı ve satıcı kendisine verilen süre içinde malları teslim etmemeli veya teslim etmeyeceğini bildirmelidir (m. 49/1, b).

Alıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde satıcıya Antlaşma m. 64'te tanınan dönme hakkı da m. 49 hükmüne paralel niteliktedir⁷⁴.

a. Sözleşmeye Esaslı Aykırılık

Sözleşmeye esaslı aykırılıktan söz edilebilmesi için satıcı kendisine düşen borçları yerine getirmemeli ve bu durum alıcıda sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluk yaratmalıdır⁷⁵. Ancak bunların yanı sıra aynı durum ve şartlar altında makul bir kimsenin de böyle bir sonucu öngörmemiş olması gerekir (m. 25)⁷⁶.

Yeknesak bir esaslı aykırılıktan söz etmek pek olası değildir; zira sözleşmeye esaslı aykırılık olup olmadığı ancak somut olayın özelliklerine göre belirlenir⁷⁷.

68 **Erdem**, *Livraison*, no. 875.

69 **Vincent Heuze**, *La Vente Internationale de Merchandises – Droit uniforme*, Paris 2000, s. 385.

70 **H. Ercüment Erdem**, “*Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmeden Dönme*”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt 1 (Anılış: **Erdem**, *Sözleşmeden Dönme*), s. 857-890, s. 863.

71 **Audit**, s. 183.

72 **Erdem**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 864.

73 **Erdem**, *Livraison*, no. 852, 853; **Sert**, s. 190, 191.

74 **Sert**, s. 231.

75 **Erdem**, *Sözleşmeden Dönme*, s. 864.

76 **Philippe Kahn**, *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les Contrats de Vente Internationale de Merchandises*, Rev. int. de. comp. 33/1981, s. 951 vd., s. 976.

77 Taraflar sözleşmede hangi yükümlülüklerin esaslı olduğunu kararlaştırabilir. Ayrıca, sözleş-

İsviçre Aargau Kantonu Handelsgericht Mahkemesinin bir kararı uyarınca, “*ciddi bir ayıp, onarılacak ya da malın ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi yoluyla giderilebildiği müddetçe, satıcının sözleşmeyi ifa etmesi mümkündür ve alıcının da ifadan menfaati henüz kesin olarak tehlikeye düşmemiştir*”⁷⁸.

Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü de 2007 tarihli kararında Antlaşma’nın 25. maddesinde yer alan esaslı aykırılık kavramının dar kapsamda düzenlendiğini vurgular. Bir aykırılığın esaslı olarak değerlendirilebilmesi için, sözleşmenin temel içeriğiyle ilgili olması gerekir⁷⁹.

Öğretide, dönme hakkının ancak ihlal edilen sözleşmesel yüküme uymanın dürüstlük kuralına göre alacaklının gözünde bir olmazsa olmaz koşul önemi ve ağırlığı taşıdığı ya da alacaklının sözleşmeyle izlediği çıkarı ve amacı çöktüğü ve böyle bir ihlalden sonra artık alacaklından sözleşme ilişkisine katlanmasının beklenemeyeceği durumda kullanılabileceği⁸⁰, aksi halde dönme işlemi hükümsüz sayılacağı savunulur⁸¹.

Sözleşmeye aykırılık nedeni ile dönmenin bazı özel uygulamaları vardır; vadeden önce sözleşmeye esaslı aykırılık olduğunda, alıcı sözleşmeden dönebilir (m. 72/1). Ancak bunu yapmadan önce, satıcının ifayı gereken şekilde yapacağı hakkında yeterli teminatlar verebilmesi için bu niyetini satıcıya ihbar etmelidir (m. 72/2)⁸². Kısmi ifa olduğu takdirde bir ayırım yapmak gerekir. Eğer ifa edilmeyen kısım bir önemli aykırılık oluşturuyorsa alıcı sözleşmenin tamamından dönebilir (m. 51/2)⁸³. Art arda teslimli bir sözleşmenin ifa edil-

meye aykırılığın ciddiyeti de önem taşır. Satıcının onarım hakkı ve ayıplı malın değerlendirilmesi imkânı gibi tartışmalı kıstasların da dikkate alınması gerektiği ileri sürülür; bkz. **Huber**, s. 279 vd. Esaslı ihlale ilişkin aranan kıstaslar hakkında bkz. **Erdem**, *Livraison*, no. 926 vd.; **Atamer**, *İfa Engelleri*, s. 230 vd.; **Yelkenci**, s. 1333 vd., **Sert**, s. 66 vd.

78 İsviçre Aargau Kantonu Ticaret Mahkemesi (Handelsgericht Commercial Court of the Canton of Aargau) tarafından verilen No. OR.2001.00029 sayılı ve 5 Kasım 2002 tarihli karar, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021105s1.html#ctoc>, (Erişim tarihi: 06.05.2013).

79 Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (Arbitral Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) tarafından verilen 05 April 2007 tarihli karar, <http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1194&step=Abstract>, (Erişim tarihi: 10.05.2013).

80 **Erdem**, *Livraison*, no. 923.

81 **Yeşim M. Atamer**, *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları*, Beta, İstanbul 2005 (Anılış: **Atamer**, *Satıcının Yükümlülükleri*), s. 397.

82 **Erdem**, *Livraison*, no. 946 vd.

83 **Erdem**, *Livraison*, no. 968 vd.

memesi halinde, alıcı sözleşmeden ifa edilmeyen teslim için, gelecek teslimler için ve/veya ifa edilmiş teslimler için dönebilir (m. 73/3)⁸⁴.

Türk hukukunda ise sözleşmeden dönme, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borcunu ifa etmeyen borçluya karşı bir seçimlik hak olarak TBK m. 125’de düzenlenir⁸⁵. Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir⁸⁶. Ayıplı ifa halinde alıcının dönme hakkı TBK m. 227 hükmü ile ayrıca düzenlenmiştir⁸⁷.

Antlaşma’nın sözleşmeden dönebilmek için aykırılığın esaslı olması koşuluna denk düşen bir uygulama TBK m. 219’da yer alır. Madde uyarınca, *“satıcı satılanın değerini de alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur”*. Bu hükümden yola çıkarak Antlaşma’da belirtilen esaslı aykırılık kavramına denk düşen bir uygulamanın TBK’da da bulunduğu söylenebilir.

Türk hukuku açısından öğretide, satılan şeydeki ayıp nedeniyle satış akdinin feshi davasının (*“actio redhibitoria”*) mutlaka *“teleojik redüksiyon”* yoluyla düzeltilmesi ve salt somut olayda ölçüsü kaçmış dönmenin haksızlığını ve hükümsüzlüğünü tespit etme yetkisi vermekle kalan bir usulü kurala indirgenmesi gerektiği ileri sürülür⁸⁸.

b. Hiç Teslim Olmaması

Sözleşmeye esaslı aykırılık dışındaki tek dönme imkânı satıcının teslim borcunu hiç yerine getirmemiş olmasıdır⁸⁹. Satıcının diğer borçlarının âdem-i ifası bir esaslı aykırılık hali oluşturmadıktan sonra ödeme hakkı vermez⁹⁰.

84 Erdem, *Livraison*, no. 987 vd.

85 Kılıçoğlu, s. 714 vd.; Aral, s. 195 vd.

86 Reisoğlu, s. 388, 389.

87 Yavuz, s. 88 vd.

88 Serozan, s. 211.

89 Peter Schlechtriem, *“The Seller’s Obligations under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”*, in; *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, edit. Galston/Smit, Parker School of Foreign and Comparative Law, New York 1984, s. 6-1 vd. in CISG Kommentar, Art. 49 CISG no. 34 vd.

90 Schlechtriem/Huber, in CISG Kommentar, Art. 32 CISG No. 4.

Hiç teslim olmaması nedeniyle dönme için alıcının mutlak olarak satıcıya ifa için ek bir süre vermesi ve satıcının bu süre içinde borcunu ifa etmemesi veya ifa etmeyeceğini açıkça bildirmesi gerekir (m. 49/1, b)⁹¹.

Avusturya Oberster Gerichtshof Mahkemesinin 2000 tarihli kararına göre, satıcıya ek süre verilmesinden sonra satıcının hala malları teslim etmemesi veya malların önemli ölçüde kullanılamaz halde olması durumunda alıcının en son çare olarak Antlaşma'nın en temel ilkelerinden biri olan sözleşmeden dönme hakkına başvurması gereklidir. Eğer sözleşmeden dönme hakkı sınırlanırsa, alıcı en azından tazminat isteme hakkına sahip olmalıdır⁹².

C. Antlaşma Uyarınca Alıcının Borçlarının İhlali Halinde Satıcının Hakları ve Türk Hukuku İle Karşılaştırılması

Alıcının sözleşmeyi ihlali halinde satıcının sahip olduğu haklar Antlaşma'nın 61 ila 65. maddeleri arasında düzenlenir ve müşterek hükümlerle de tamamlanır.

Antlaşma'nın satıcıya tanıdığı hakların incelenmesine geçmeden iki önemli konu hatırlatılmalıdır. İlk olarak, alıcının bütün borçları aynı şekilde değerlendirilir. Bir başka deyişle yaptırımların uygulanmasında esaslı borç, tali borç ayrımı yapılmaz⁹³. Semeni ödemek borcu ne ölçüde önemli ise, sözleşmede öngörülen bir başka borç da o derecede önemlidir. İkinci olarak ise, satıcının sahip olduğu bütün haklar, ayıba karşı tekeffülden doğanlar bir tarafa bırakılacak olursa, alıcının sahip olduğu hakların aynıdır⁹⁴. Ayıba karşı tekeffül konusunda ise kendilerini daha çok alıcı gören devletlerin baskısı ile farklı bir yaptırım sistemi getirilmiştir⁹⁵.

Alıcının âdem-i ifası halinde satıcının sahip olduğu haklara ilişkin sistem şu şekilde özetlenebilir: satıcı, alıcıdan borçların aynen ifasını isteyebilir (m. 62) ve bu amaçla alıcıya ek bir süre verebilir (m. 63), fakat böyle bir süre bir hâkim veya hakem tarafından verilemez (m. 62). Satıcı sözleşmeye esaslı ay-

⁹¹ **Erdem**, *Livraison*, no. 1010, 1011; **Huber**, s. 284; **Sert**, s. 193.

⁹² Avusturya Oberster Gerichtshof Mahkemesi tarafından verilen, No. 8Ob 22/00v sayılı ve 7 Eylül 2000 tarihli karar, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=473>, (Erişim tarihi: 06.05.2013).

⁹³ **Michael Joachim Bonell**, *La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Dr. et. pr. comm. int. 7/1981, s. 25; **Peter Schlechtriem**, *Uniforme Sales Law*, Vienna 1986, s. 84

⁹⁴ **Erdem**, *Viyana Satım Sözleşmesi*, s. 87, 88.

⁹⁵ **Bonell**, s. 25; **Kahn**, s. 982.

kırılık veya verilen ek sürede de ifa olmaması halinde sözleşmeden dönebilir (m. 64). Satıcı da alıcıdan tazminat isteyebilir (m. 63/2).

İlk bakışta Türk hukukundaki durum da bu sistemden farklı değildir. TBK m. 123'te belirtildiği üzere, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde, diğeri borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir. Satıcı da aynen ifayı isteyebilir⁹⁶.

Bununla birlikte ve özel bazı şartların varlığında satıcı sözleşmeden dönebilir. Satıcının dönme hakkı TBK m. 235'de düzenlenir⁹⁷. Buna göre, satılanın ancak satış bedeli ödendikten sonra veya ödenme anında devredilmesi gereken durumlarda alıcı temerrüde düşerse satıcı, herhangi bir işlem gerek-meksizin satıştan dönebilir. Bu hakkını kullanmak isteyen satıcı, durumu gecikmeksizin alıcıya bildirmek zorundadır.

Bunların yanı sıra Antlaşma'dan farklı olarak, alıcının borçlarını ifa etmemesi durumunda masrafı alıcıya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir (TBK m. 113)⁹⁸.

Satıcının tazminat istemek hakkı aynen Türk hukukunda da tanınır (TBK m. 236).

IV. Borcun İhlal Edilmesi Hali Açısından Antlaşma'nın Alıcı ve Satıcıya İlişkin Ortak Hükümleri

A. Vadeden Önce Sözleşmeye Aykırılık

Satım sözleşmesinden doğan borçlar hemen her zaman bir vadeye bağlı ve birbirini takip eder şekilde ifa edilirler ise de, sözleşmenin kurulmasından sonra oluşan durumlar taraflardan birinin sözleşmeyi kötü veya eksik ifa edeceğini veya hiç etmeyeceğini ortaya koyabilir (öne alınmış sözleşme ihlali)⁹⁹. İşte bu durumlarda Antlaşma vadeden önce sözleşmeye aykırılık olduğundan hareketle m. 71 ve m. 72'de özel düzenlemeler getirir.

Bu hükümlerden m. 71, edimlerin karşılıklı ifasına ilişkin bir düzenleme

⁹⁶ Kılıçoğlu, s. 713, 714.

⁹⁷ Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borcunun temerrüde düşmesi halinde seçimlik haklar ve dönme hakkı ile ilgili olarak bkz. Kılıçoğlu, s. 708 vd.

⁹⁸ Kılıçoğlu, s. 621.

⁹⁹ Erdem, Viyana Satım Sözleşmesi, s. 88; satıcının ifayı kesin olarak yapmayacağını bildirmesinin esaslı ihlal olarak değerlendirileceği hakkında bkz. Sert, s. 192.

getirerek taraflardan birinin edimini ifa etmemesi halinde diğ erinin de ifadan çekinebileceğini ö ngörür. Diğ er bir hüküm olan m. 72 ise sözleşmeden dönmenin özel bir düzenlemesi niteliğindedir.

1. İ fanın Askıya Alınması

Antlaşma m. 71 hük mü uyarınca, taraflardan birinin satım sözleşmesinden doğ an edimleri ifa etmeyeceğ i anlaşı lırsa, diğ er taraf kendi edimlerini askıya alabilir¹⁰⁰. Hatta ifaya hazırlık eylemlerini dahi durdurabilir¹⁰¹.

İ fanın askıya alınması iki ş arta bağı ldır. İlk olarak, ifa veya ödeme yeteneğ inde önemli bir sakatlık var olmalıdır. Bu halde objektif ş artlar söz konusudur¹⁰². Satıcı tarafından sık sık teslimlerin geciktirilmesi veya faaliyetlerin sürekli veya geçici olarak durması (grev, iç karışıklıklar veya tabii afetler gibi nedenlerle) ifa yeteneğ inde önemli sakatlık hallerine örnek olarak verilebilir.

İ kinci olarak, satım sözleşmesinin ifa ediliş veya ifa edilmeye hazırlanış şekli, ifanın sözleşmeye uygun yapılacağı konusunda kuş kular yaratmalıdır. Antlaşma madde 71/1-b’de düzenlenen bu hal sübjektif bir ş art ö ngörür. Tarafların sözleşmeyi ifa ediş veya ifa etmeye hazırlanış şekli karşı tarafta kötü, eksik veya hiç ifa etmeme konusunda kuvvetli kuş kular uyandırmalıdır¹⁰³. Satıcı açısından gönderilen malları ayırt etmemek (m. 32/1), taşıma sözleşmesi akdetmemek (m. 32/2) veya malları sigorta ettirmemek; alıcı açısından ödeme için gerekli tedbirlerin alınmaması, akreditifin süresinde açılmaması (m. 54) örnek olarak gösterilebilir.

Yukarıda açıklandığı şekilde m. 71, a ve b bentlerinde söz konusu edilen nedenlerin varlığı halinde taraflardan her biri kendi ediminin ifasını askıya alabilir. Ancak bunun için karşı tarafa derhal bir ihbarda bulunması zorunludur (m. 71/3)¹⁰⁴. Kendisine ihbarda bulunulan taraf ifada bulunacağı hakkın-

100 **M. Gilbey Strub**, “*The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries*”, in: *International and Comparative Law Quarterly* 38/1989, s. 495; **Schlechtriem/Witz**, s. 274.

101 **Erdem**, *Livraison*, no. 721; **Sert**, s. 162.

102 **Erdem**, *Viyana Satım Sözleşmesi*, s. 89; **Schlechtriem/Witz**, s. 334. Borcu yerine getirememenin sebebinin önemsiz olduğı hakkında bkz. **Karl H. Neumayer/Catherine Ming**, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Commentaire, éd. François Dessemontet, Lozan 1993, s. 460.

103 **Erdem**, *Livraison*, no. 725; **Schlechtriem/Witz**, s. 336; **Neumayer/Ming**, s. 461.

104 **Neumayer/Ming**, s. 464.

da yeterli teminat gösterirse, ifayı askıya almak mümkün olmaz (m. 71/3)¹⁰⁵. Eğer bu teminatlara rağmen ifada bulunulmazsa bu defa, ifayı askıya alan taraf kendisi sözleşmeye aykırı davranmış ve diğer tarafa bu konuda kendisine tanınan yetkileri kullanmak hakkını vermiş olur¹⁰⁶.

Hollanda Tahkim Enstitüsü'nün bir kararına göre, alıcı, kalitenin önemli ölçüde düşmesi olasılığının tekrar edebileceğini yeterli ölçüde ispat ettiği takdirde, Antlaşma'nın 71/1. maddesi uyarınca borçlarının ifasını askıya almak hakkına sahiptir¹⁰⁷.

4. Sözleşmeden Dönme

Vadeden önce sözleşmeye aykırılık nedeniyle sözleşmeden dönme gerçekte her iki tarafın da haiz olduğu dönme hakkının (m. 49/1, a; m. 64/1, a) özel bir uygulamasıdır. Şu farkla ki, kural olarak sözleşmeden ancak gerçekleşmiş bir aykırılık sonucu dönülebilirken bu halde henüz 'muhtemel' bir aykırılık halinde dönme de mümkündür¹⁰⁸.

Türk hukukunun aksine¹⁰⁹, bu hakkın vadeden önce de, olası bir aykırılık nedeniyle kullanılması mümkündür¹¹⁰. Alıcı ve satıcının vadeden önce sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, başlıca iki şartın gerçekleşmesi aranır.

Bu şartlardan ilki sözleşmeye muhtemel bir esaslı aykırılık şartıdır. Bu şart ile taraflardan birinin ifa zamanını beklemesi durumunda mevcut koşulların ışığı altında diğerinin sözleşmeye esaslı bir aykırılık yapacağı haller kastedilir. Böyle bir kanıya varmak objektif bazı olayların varlığını gerektirir, kuşku ve endişeler yeterli değildir¹¹¹. Objektif olayların neler olduğu konu-

¹⁰⁵ Neumayer/Ming, s. 465, 466.

¹⁰⁶ Erdem, *Livraison*, no. 721.

¹⁰⁷ Hollanda Tahkim Enstitüsü (Netherlands Arbitration Institute) tarafından verilen, No: 2319 sayılı ve 15 Ekim 2002 tarihli karar, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=836>, (Erişim tarihi: 06.05.2013).

¹⁰⁸ Erdem, *Sözleşmeden Dönme*, s. 869; Neumayer/Ming, s. 469.

¹⁰⁹ Türk hukukunda, satıcının temerrüde düşürülmesi ve temerrüdün sonucunda seçimlik haklardan dönme hakkının doğması için süre verilmesinin gerekmediği haller TBK m. 124'te düzenlenir. Buna göre süre vermenin faydasız olacağı hallerde, borcun aynen ifasının faydasız hale gelmesi durumunda veya vade belirliyse ek süre verilmesi aranmaz (bkz. **Reisoğlu**, s. 382-383). Ancak bu hüküm alıcıya vadeden önce sözleşmeden dönme hakkını tanımaz.

¹¹⁰ Erdem, *Viyana Satım Sözleşmesi*, s. 90.

¹¹¹ **Hans G. Leser**, in: *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der*

sunda m. 71/1, a ve b bentlerinde sayılan hallerin kıyas yoluyla uygulanması düşünülebilir: ifa veya ödeme yeteneğinde önemli sakatlık (grev, üretimde yetersizlik, uzman personel eksikliği, vb.) veya satım sözleşmesinin ifa edilişi veya ifa etmeye hazırlanış şekli¹¹².

Fransız Grenoble Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi, 1999 tarihli Ego Fruits SARL v. La Verja kararında, esaslı aykırılığın “*yerine getirilmeyen yükümlülük alıcı tarafından esaslı görülüyor ve (bu yükümlülük) borcu tarafından da (aynı önemde) değerlendiriliyorsa*” söz konusu olduğunu belirtir¹¹³. 2001 yılında ise Amerika Birleşik Devletleri Michigan Bölge Mahkemesi, Suhttle Packaging Systmes, L.L.C v. Jacob Tsonakis, INA S.A., ve diğerleri hakkındaki kararında, mal bedelinin ödenmemesinin esaslı aykırılığın en belirgin şekli olduğunu, bu durumda satıcının, ihbar göndermeksizin, sözleşmeden dönme imkânına sahip olduğunu hükmeder¹¹⁴. Bununla birlikte sözleşmeye muhtemel esaslı aykırılık tarafların iradeleri dışındaki olaylardan da kaynaklanabilir (ihracat ve ithalata ilişkin sınırlamalar, tabii afetler, savaş, vb.).

Alıcı ve satıcının vadeden önce sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için ikinci şart ise ihbardır. Antlaşma m. 72/2 uyarınca sözleşmeden bu madde hükmüne dayanarak dönmek niyetinde olan taraf yeterli zaman olduğu takdirde karşı tarafa, sözleşmenin gereği gibi ifası konusunda teminat vermesine imkân verecek şekilde, bu niyetini ihbar etmelidir¹¹⁵. Aksi belirtilmediğine göre burada ihbar gönderilmekle hüküm doğurur.

Türk hukukunda bu konuda herhangi bir düzenleme olmamakla beraber, doktrinde farklı gerekçelerle de olsa alacaklıya bu hakkın verilmesi gerektiği ileri sürülür¹¹⁶.

Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf -CISG- Kommentar, edit. Schlechtriem, Münih 1990, s. 122; **Schlechtriem/Witz**, s. 340; **Audit**, s. 158.

112 **Erdem**, Livraison, no. 951; **Neumayer/Ming**, s. 470.

113 Fransız Grenoble Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi (Cour d’Appel de Grenoble, Chambre Commerciale) tarafından verilen, No. RG 97008146 sayılı ve 04 Şubat 1999 tarihli karar, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=361&do=case>, (Erişim tarihi: 10.05.2013).

114 Amerika Birleşik Devletleri Michigan Bölge Mahkemesi Michigan (U.S. District Court, S.D. Michigan) tarafından verilen, No. 1:01-CV-691 sayılı ve 17 Aralık 2001 tarihli karar, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=732&do=case>, (Erişim tarihi: 10.05.2013).

115 **Erdem**, Livraison, no. 952 vd.

116 **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri, s. 409, dn. 687; **Neumayer/Ming**, s. 471; **Schlechtriem/Witz**, s. 352.

D. Tazminat

Taraflardan birinin yükümlülüklerini ihlal etmemesi sonucunda diğer tarafın zarara uğraması tazminat hakkının doğmasına sebep olur. Antlaşma, m. 45/1, b ile m. 61/1 b’de tazminat hakkının doğumunu alıcı ve satıcı bakımından ayrı ayrı düzenler¹¹⁷. Ancak tazminata ilişkin kurallar genel olarak ve birlikte Antlaşma m. 74 ile m. 77 arasında düzenlenir. Antlaşma uyarınca, tazminat daima bir miktar paradır¹¹⁸. Antlaşma’nın tazminata ilişkin hükümleri sadece satım sözleşmesinin taraflarına ilişkindir; üçüncü kişiler bu sözleşme nedeniyle zarar görseler dahi bu hükümlere dayanamazlar, taleplerini devletler özel hukuku kurallarına göre saptanacak milli hukuka dayandırmak zorundadır¹¹⁹. Antlaşma ile düzenlenmeyen konulardan doğan tazminat taleplerine de bu hükümler uygulanmaz¹²⁰.

Antlaşma’nın tazminata ilişkin düzenlemesi önce m. 74 altında genel bir kural getirir, daha sonra da zararın saptanmasına ilişkin iki özel hal öngörür (m. 75-76). Ayrıca zararın azaltılması borcuna ilişkin bir hüküm vardır (m. 77).

Tazminat talebine ilişkin genel kural Antlaşma m. 74’de belirtilmiştir: Tazminat, sözleşmeye aykırılıktan doğan, fiili zarar ve mahrum kalınan kara eşittir¹²¹. Tazminat, ancak sözleşmeye aykırı davranan tarafın sözleşmenin kuruluşu sırasında bildiği olayların ışığı altında sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını öngörebileceği veya öngörmesi gereken hallerde fiili zarar ve mahrum kalınan karı aşabilir¹²². Ancak tazminat zararı aşmamalı ve zarar göreni zenginleştirmemelidir¹²³.

117 **Ulrich Magnus**, “CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma”, çev. Cüneyt Süzel, Milletlerarası Satım Hukuku, der. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 288, 289.

118 **Erdem**, *Livraison*, no. 1067; **Magnus**, s. 290.

119 **Victor Knapp** in: *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, edit. Bianca/Bonell, Milano 1987, s. 539; **H. Stoll**, *Kommentar zum Einheitlichen UN Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG - Kommentar*, Münih 1990 in: *CISG Kommentar*, Art. 74 CISG no. 3 (Anlış: **Schlechtriem/Stoll**), in: *CISG Kommentar*, Art. 24 CISG no. 20 vd.

120 **Erdem**, *Livraison*, no. 717.

121 **Erdem**, *Viyana Satım Sözleşmesi*, s. 92; **Magnus**, s. 291.

122 Tazminatın kapsamına giren kalemler ve ayrıntılı açıklamalar hakkında bkz. **Magnus**, s. 294, 295; **Sert**, s. 209.

123 Antlaşma’daki tazminat hükümlerinin cezalandırıcı tazminatı (*punitive damages*) kapsamadığı hakkında bkz. **Magnus**, s. 290.

Antlaşma, tazminat talebini bazı şartlara dayandırır. Bu şartlardan ilki sözleşmeye aykırılıktır¹²⁴. Taraflar ancak diğer tarafın sözleşmeye aykırı bir davranışı olması ve bu davranışın haksız bulunması durumunda tazminat isteyebilirler. Sözleşmeden dönmeden farklı olarak, tazminat talebi için aykırılığın ağırlığı veya derecesi önemli değildir; esaslı ve esaslı olmayan aykırılık ayrımı yapılmaz. Sözleşmeye aykırılığın hiç ifa etmeme, kötü ifa etme veya temerrüitten ileri gelmesi farksızdır¹²⁵.

İkinci olarak, sözleşmeye aykırılık bir zarara neden olmalıdır¹²⁶. Antlaşma fiili zarar ve mahrum kalının kardan söz etmekle birlikte bu kavramları açıklamaz; kavramlar iç hukukta olduğu gibi anlaşılmalıdır¹²⁷. Antlaşma uyarınca zarar, malvarlığının hali hazır durumuyla sözleşmeye aykırılık olmayı saydı alacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Söz konusu olan zarar sadece maddi zarardır, ölüm veya yaralanma nedeniyle manevi zarar kapsam dışıdır. Türk hukukunun aksine¹²⁸ sözleşmeye aykırılık halinde manevi tazminat istenmesi mümkün değildir (TBK m. 114)¹²⁹.

Üçüncü olarak, öngörülebilirlik dikkate alınmalıdır. Taraflar ancak sözleşmenin kuruluşu sırasında öngördükleri veya öngörmeleri gereken zararlardan sorumludurlar (m. 74/2)¹³⁰. Bu sınır milletlerarası ticaret hayatının gereklerinden doğar ve tarafları öngörmeyecekleri ağır bir tazminat sorumluluğundan kurtarır. Taraflar doğrudan zararlardan olduğu kadar sözleşmenin kuruluşu sırasında öngörülebilir dolaylı zararlardan da sorumludur¹³¹.

Dördüncü olarak, zarar ile sözleşmeye aykırılık arasında bir illiyet bağı

¹²⁴ **Erdem**, *Livraison*, no. 1077 vd; **Sert**, s. 212.

¹²⁵ **Message du Conseil Federale** du Janvier 1989 concernant la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, FF 1989 I (Anılış: Message), s. 732; **Schlechtriem/Stoll**, in: CISG Kommentar, Art. 74 CISG no. 6 vd. Ancak, alıcının sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi sebebiyle tazminat talep etmesi halinde alları muayene etme ve sözleşmeye aykırılığı doğru ve zamanında bildirme yükümlülüklerini yerine getirmesi gerekir, bkz. **Magnus**, s. 289.

¹²⁶ **Erdem**, *Livraison*, no. 1081; **Sert**, s. 213.

¹²⁷ **Erdem**, *Livraison*, no. 1082 vd.

¹²⁸ Sözleşmeye aykırılık halinde alacaklının kişilik hakları tecavüze uğrarsa manevi tazminata hükmedilebileceği hakkında bkz. **Reisoğlu**, s. 353.

¹²⁹ **Erdem**, *Livraison*, dn. 737; ancak manevi değerlerde itibar kaybı gibi ekonomik karşılığın bulunması halinde manevi tazminatın da talep edilebileceği hakkında **Sert**, s. 211.

¹³⁰ **Erdem**, *Livraison*, no. 1087 vd.; **Magnus**, s. 290, 291; **Sert**, s. 70-72.

¹³¹ **Knapp**, s. 540; **Erdem**, *Viyana Satım Sözleşmesi*, s. 93.

var olmalıdır¹³². Gerçekte zararın öngörülebilir olması uygun illiyet bağı teorisinin uygulanmasına benzer bir durum yaratır¹³³. Tazminat isteyen taraf karşı tarafın sözleşmeye aykırılığının sonucunu öngördüğünü veya öngörebilecek durumda olduğunu ispatlamalıdır¹³⁴.

Beşinci olarak, sorumluluktan kurtulma nedeni ileri sürülmemelidir¹³⁵. Bu olumsuz şart m. 74'den değil fakat m. 79 ve 80'den kaynaklanır. Sözleşmeye aykırılık tarafların hâkimiyet alanı dışında kalan ve sözleşmenin kuruluşu sırasında öngörülemeyen, kaçınılmaz ve önüne geçilmez bir engelden doğmuşsa (m. 79/1)¹³⁶ veya sözleşmenin ifası ile görevli üçüncü bir kimsenin âdem-i ifasından doğmuşsa (m. 79/2)¹³⁷ veya karşı tarafın bir eylemi veya ihmaliinden kaynaklanmışsa (m. 80)¹³⁸ tazminat sorumluluğundan söz edilemez¹³⁹.

Sözleşmeye aykırılıkta bulunan taraf, hâkim tarafından hükmolunan miktarı tazminat olarak öder. Türk hukukundan farklı olarak, Antlaşma genel indirim nedenleri öngörmediğinden tazminatta indirim yapılmaz ve hükmolunan miktarın tamamı ödenir¹⁴⁰ (krş. TBK m. 44/1). Zira TBK'na göre zarar gören zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir¹⁴¹.

Tazminatın ödenmesinde bir gecikme olması durumunda, ayrıca faiz ödenmesi istenebilir (m. 78). Söz konusu faiz temerrüt faizidir¹⁴². Antlaşma faizin hesaplanması konusunda herhangi bir hüküm getirmediğinden faiz ora-

132 **Erdem**, *Livraison*, no. 1094 vd.

133 **Schlectriem/Stoll**, in: *CISG Kommentar*, Art. 74 CISG no. 22; *Message*, s. 782; **Knapp**, s. 541.

134 **Erdem**, *Livraison*, no. 1094.

135 **Erdem**, *Viyana Satım Sözleşmesi*, s. 94.

136 **Magnus**, s. 304.

137 **Magnus**, s.305.

138 **Magnus**, s.307.

139 **Erdem**, *Livraison*, no.1096 vd.

140 **Schlectriem/Stoll** in: *CISG Kommentar*, Art. 74 CISG no. 3. Bununla beraber, müterafık kusur halinde tazminat miktarından indirim yapılacağı hakkında bkz. **Erdem**, *Livraison*, no. 1111 vd.; **Magnus**, s. 293.

141 **Kılıçoğlu**, s. 413 vd.

142 **Pierre Tercier**, *Droits et obligations de l'acheteur*, in *Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises*, *Colloque de Lausanne des 19 et 20 Novembre 1984*, *Zürich 1985*, *Colloque de Lausanne*, s. 126; *Scheifele*, s.106 vd.; **Magnus**, s. 296 vd.

nı ve hesap tarzı devletler özel hukuku kuralları uyarınca belirlenecek milli hukuka tabidir¹⁴³.

TBK ise özellikle iki halde alacaklıya tazminat davası açma imkânı tanır¹⁴⁴. Bu haller, (i) önce borçlunun kusurlu olarak borcunu ifada gecikmesi ve (ii) borçlunun temerrüdü halleridir. Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ile bağımsız bir yapmama borcunun ihlali halinde de borçlu, alacaklının uğramış olduğu zararı gidermek zorundadır¹⁴⁵. Zararın tazmin edilmesi için borçlunun kusurlu olması aranır¹⁴⁶. Borçlu, borcun ifa edilmemesinde kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat ederse, giderim borcundan kurtulur. TBK m. 112 borçlu aleyhine, aksini her zaman ispat edebileceği bir kusur karinesi koymuştur¹⁴⁷.

V. Sonuç

Antlaşma hükümleri milletlerarası satım hukukunun birleştirilmesi açısından, milletlerarası camianın genel kabulünü ve modern eğilimleri yansıtır. Bu nedenle TBK'nın hazırlanış sürecinde Antlaşma'nın dikkate alınmaması büyük bir eksikliktir. Her ne kadar, TBK Genel Gereğesinde Antlaşma'dan da yararlanıldığı belirtilmekteyse de, TBK'nın genel hükümleri veya satış sözleşmesine ilişkin hükümleri incelendiğinde böyle bir yararlanmanın söz konusu olmadığı kolayca anlaşılır. Bununla beraber yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak Antlaşma milletlerarası satım ilişkilerine uygulanmasının yanında Türk borçlar hukuku sisteminde de etkiler göstermektedir.

Antlaşma hükümleri gerekli olan hallerde, hâkim tarafından kanun boşluğu doldurma amacıyla dikkate alınabilir ve iç satımda karşılaşılabilecek sorunlara da çözüm getirebilir. Bu kapsamda, Antlaşma hükümlerinin milletlerarası satım ile sınırlı kalmayıp iç satım ilişkilerini de etkileyip satım hukukunun gelişimine büyük katkı sağlayacağı kuşkusuzdur.

¹⁴³ Erdem, *Livraison*, no. 1120; Magnus, s. 298, 299.

¹⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 625.

¹⁴⁵ Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku*, İstanbul 2010, s. 405; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 5. Bası, İstanbul 1995, s. 281; Aral, s.195 vd.

¹⁴⁶ Kılıçoğlu, s. 628; Reisoğlu, s. 356.

¹⁴⁷ Zarife Şenocak, *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Ankara 1995, s. 83.

KAYNAKÇA

1. KİTAP VE MAKALELER (alfabetik sıra ile)

ARAL Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.

ARAL F./AYRANCI H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2012.

ATAMER M. Yeşim, “*Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’ in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış*”, Milletlerarası Satım Hukuku, der. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008 (Anılış: **Atamer**, İfa Engelleri).

ATAMER M. Yeşim, “*Taşınır Satımı Sözleşmesi*”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler, der. M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012 (Anılış: **Atamer**, Taşınır Satımı Sözleşmesi).

ATAMER M. Yeşim, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005 (Anılış: **Atamer**, Satıcının Yükümlülükleri).

AUDIT Bernard, La Vente Internationale de Marchandises- Convention des Nations-Unies de 11 Avril 1980, Paris 1990.

BAYSAL Pelin, “*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Çerçevesinde Satıcının Ayağından Sorumluluğu*”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, der. Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012.

BERNSTEIN H./LOOKOFSKY J., Understanding the CISG in Europe, 2. Basım, Kopenhag 2003.

BIANCA C. M./BONELL M. J., Commentary on the International Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè Milano 1987 (Anılış: **Bianca/Bonell**).

BONELL Michael Joachim, La nouvelle Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, Dr. et. pr. comm. int. 7/1981.

DAYIOĞLU Yavuz, CISG Uygulamasında Sözleşmesinin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011.

ENDERLEIN Fritz, “*Rights and Obligations of the Seller Under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”, International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Petar Sarcevic & Paul Volken eds. , 1996, s. 133-201.

ERDEM H. Ercüment, La livraison des marchandises selon la Convention de Vien-

ne – Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises, Fribourg 1990 (Anılış: **Erdem**, Livraison).

ERDEM H.ERCÜMENT, “Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi)”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Haziran 1992, Cilt XVI, S. 3 (Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2007) (Anılış: **Erdem**, Viyana Satım Sözleşmesi).

ERDEM H.ERCÜMENT, “Viyana Satım Antlaşması’nda Sözleşmeden Dönme, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt 1, İstanbul 2010, s. 857-890 (Anılış: **Erdem**, Sözleşmeden Dönme).

ERDEM H.ERCÜMENT, “Viyana Satım Antlaşması’na Genel Bakış ve Maddi Uygulama Alanı”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, der. Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012 (Anılış: **Erdem**, Genel Bakış).

ERDEM H.ERCÜMENT, “Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı”, İzmir Barosu Dergisi, Y. 54, S. 1, Ocak 1989 (Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2007).

EREN FİKRET, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2012.

HEUZE VINCENT, La Vente Internationale de Merchandises – Droit uniforme, Paris 2000.

HUBER PETER, “CISG- Sözleşmeye Aykırılık Hainde Alıcının Hakları”, çev. Başak Başoğlu, Milletlerarası Satım Hukuku, der. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008.

HUBER ULRICH: in Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf – CISG Kommentar – edit. Schlechtriem, Münih 1990 (Anılış: **Slechtriem/Huber**).

KAHN PHILIPPE, La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les Contrats de Vente Internationale de Merchandises, Rev. int. de. comp. 33/1981.

KAPANCI KADIR BERK, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Satış Hukukunda Ayıptan Doğan Sorumluluk ve Sözleşmesel Garanti Taahhütleri, İstanbul 2013.

KILIÇOĞLU, AHMET M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 15. Bası, Ankara 2012.

KNAPP VICTOR, in: Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Saled Convention, edit. Bianca/Bonell, Milano 1987.

LESER Hans G., in: Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf -CISG- Kommentar, edit. Schlechtriem, Münih 1990.

MAGNUS Ulrich, “*CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma*”, çev. Cüneyt Süzel, Milletlerarası Satım Hukuku, der. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008.

Message du Conseil Fédérale du Janvier 1989 concernant la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, FF 1989 I (Anılış: Message).

NEUMAYER K.H./MING C., Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire, éd. François Dessemontet, Lozan 1993.

OĞUZMAN K./ÖZ T., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 1995.

ÖZ Turgut, “*Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Satım Sözleşmelerine İlişkin Temel Değişiklikler ve Yenilikleri*”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve CISG’e Göre Satış Sözleşmeleri, der. Şükran Şıpka/Ahmet Cemil Yıldırım, İstanbul 2012.

REİSOĞLU Safa, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 1.7.2012’de yürürlüğe giren Yeni Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış 23. Bası, İstanbul 2012.

SAĞLAM İpek, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14-24), İstanbul 2013.

SCHLECHTRIEM Peter, (Heraus.), Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf -CISG- Kommentar, Münih 1990 (Anılış: CISG Kommentar).

SCHLECHTRIEM Peter, “*The Seller’s Obligations under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*”, in; The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, edit. Galston/Smit, Parker School of Foreign and Comparative Law, New York 1984.

SCHLECHTRIEM Peter, Uniforme Sales Law, Vienna 1986.

SCHLECHTRIEM P./WITZ C., Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Merchandises, 2008 (Anılış: **Schlechtriem/Witz**).

SEROZAN Rona, “*CISG ve TBK’na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları*”, İÜ-HFM C. LXX, S. 2, s. 207-220, 2012, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/tr/index.php/hukukmeczua/article/download/19534/18584>.

SERT Selin, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013.

STOLL H., Kommentar zum Einheitlichen UN Kaufrecht, Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf -CISG- Kommentar, Münih 1990 (Anılış: **Schlectriem/Stoll**).

STRUB M. Gilbey, “*The Convention on the International Sale of Goods: Anticipatory Repudiation Provisions and Developing Countries*”, in: International and Comparative Law Quarterly 38/1989.

ŞENOCAK Zarife, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.

TANDOĞAN Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul 2010, s. 405;

TERCIER Pierre, “*Droits et obligations de l’acheteur, in Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale de marchandises*”, Colloque de Lausanne des 19 et 20 Novembre 1984, Zürich 1985.

TİRYAKİOĞLU Bilgin, “*11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1989-1990, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/301/2825.pdf>.

TOKER Ali Gümrah, 11 Nisan 1980 tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005.

YAVUZ Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011.

YELKENCİ Işıl, “*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali*”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, der. Tufan Öğüz, İstanbul 2013.

2. MAHKEME KARARLARI (makalede geçtiği sıra ile)

Fransız Versay Temyiz Mahkemesi (Cour d’Appel de Versailles), 12. Daire (12^{ème} chambre), 1. Bölüm (1^{ère} section) tarafından verilen No. 56 sayılı ve 29 Şubat 1998 tarihli karar, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=280>, (Erişim tarihi: 29.04.2013).

Avusturya Oberster Gerichtshof Mahkemesi tarafından verilen, No. 3Ob193/04k sayılı ve 23 Mayıs 2005 tarihli karar, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=1040>, (Erişim tarihi: 29.04.2013).

İspanya Pontevedra Temyiz Mahkemesi (Audiencia Provincial de la Pontevedra, sección 6^a) tarafından verilen No. 3036/2002 sayılı ve 3 Ekim 2002 ta-

rihli karar, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021003s4.html>, (Erişim tarihi: 10.05.2013).

İsviçre Aargau Kantonu Ticaret Mahkemesi (Handelsgericht Commercial Court of the Canton of Aargau) tarafından verilen No. OR.2001.00029 sayılı ve 5 Kasım 2002 tarihli karar, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021105s1.html#ctoc>, (Erişim tarihi: 06.05.2013).

Stokholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü (Arbitral Institute of the Stockholm Chamber of Commerce) tarafından verilen 05 April 2007 tarihli karar, <http://unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1194&step=Abstract>, (Erişim tarihi: 10.05.2013).

Avusturya Oberster Gerichtshof Mahkemesi tarafından verilen, No. 8Ob 22/00v sayılı ve 7 Eylül 2000 tarihli karar, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=473>, (Erişim tarihi: 06.05.2013).

Hollanda Tahkim Enstitüsü (Netherlands Arbitration Institute) tarafından verilen, No: 2319 sayılı ve 15 Ekim 2002 tarihli karar, <http://www.unilex.info/case.cfm?id=836>, (Erişim tarihi: 06.05.2013).

Fransız Grenoble Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi (Cour d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale) tarafından verilen, No. RG 97008146 sayılı ve 04 Şubat 1999 tarihli karar, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=361&do=case>, (Erişim tarihi: 10.05.2013).

Amerika Birleşik Devletleri Michigan Bölge Mahkemesi Michigan (U.S. District Court, S.D. Michigan) tarafından verilen, No. 1:01-CV-691 sayılı ve 17 Aralık 2001 tarihli karar, <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&id=732&do=case>, (Erişim tarihi: 10.05.2013).

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi

Yrd. Doç. Dr. Ahu AYANOĞLU MORALI*

I. GİRİŞ - ANTLAŞMA'NIN SORUMLULUKTAN KURTULMA REJİMİNE İLİŞKİN GENEL TESPİTLER

Tarafların iradesi dışında ortaya çıkan bazı durumlar, olaylar bazen sözleşmeden doğan edim borcunun ifasını imkansızlaştırabilir veya taraflardan birinin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesini zorlaştırabilir. Bu bağlamda; savaşlar, grevler, iç karışıklıklar, deprem, sel gibi doğal olaylar, yangınlar, hammadde fiyatlarında hiç beklenmeyen artışlar, siyasi veya ekonomik konjonktürde meydana gelen değişimler, beklenmedik şekilde ortaya çıkan aşırı enflasyon veya devalüasyonlar, beklenmedik şekilde ortaya çıkan ağır hastalık, hırsızlık, terörist eylemler ve deniz korsanlığı uluslararası satım sözleşmelerinin ifasını güçleştiren hallere örnek olarak gösterilebilir. Uzun süreli akdedilen tedarik sözleşmelerinde, ifa için kararlaştırılan vadelerin uzun dönemlere yayıldığı uluslararası satım sözleşmelerinde -özellikle satıcının veya alıcının kontrolü dışında gelişen- bu gibi olumsuz durumların ortaya çıkması olasılık dahilindedir.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın veya uygulamada sıkça kullanılan şekliyle Viyana Satım Sözleşmesi'nin (bundan böyle *Antlaşma* olarak anılacaktır) uygulanacağı bir satım akdinde, yukarıda sayılan durumlardan birinin veya benzerlerinin ortaya çıkması halinde, bunların tarafların sözleşmeden doğan ifa borcuna bir etkisinin olup olmayacağı, tarafların ifayı engelleyen bu hallere dayanarak sorumluluktan kurtulup kurtulamayacağı meselesinin çözümü tüm hukuk dü-

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

zenlerinde olduğu gibi Antlaşma hükümlerinin uygulandığı sözleşmeler bakımından da büyük önem taşımaktadır.

Antlaşma sisteminde kusura dayanmayan, kusurdan bağımsızlaştırılmış bir sorumluluk rejimi öngörülmüştür. Tarafların kusursuz sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir¹. Taraflardan birinin borcunu ifa etmemiş, akde aykırı davranmış olması Antlaşma hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulması için yeterlidir. Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde kabul edilen, sözleşmesel sorumluluğun dayandığı temel kusura dayalı sorumluluk ilkesinden farklı olarak (TBK m. 112 / İsv. BK m. 97), edim borcunu ifa etmeyen tarafın ifa etmemede kusurunun olmadığını ispat etmek suretiyle sorumluluktan kurtulması, Antlaşma hükümleri çerçevesinde mümkün değildir.

Antlaşma sisteminin dayandığı temel ilke bu şekilde olmakla birlikte, bu esas borçlunun Antlaşma hükümleri doğrultusunda sınırsız şekilde sorumlu olduğu şeklinde de algılanmamalıdır. Bir kere, tarafların satım sözleşmesine koyacakları “mücbir sebep”, “beklenmeyen hal” ve “yeniden pazarlık/uyarlama” olarak adlandırılan klozlarla sözleşmenin akdedilmesinden sonra ortaya çıkabilecek mücbir sebep ve beklenmeyen hal durumlarını tespit etmeleri ve bunların sözleşmeye ve tarafların sorumluluklarına -akdi ilişkinin sona erdirilmesi veya uyarlama şeklinde- olası etkilerini düzenlemeleri mümkündür². Antlaşma’da bu klozlara ilişkin açık bir düzenleme yer almadığı için tarafla-

¹ Yeşim M. ATAMER, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 311-313, 453; Ulrich MAGNUS, CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma, Milletlerarası Satım Hukuku, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008, s. 302; Selin SERT, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013, s. 238; Pascal PICHONNAZ, Impossibilité et exorbitance, Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM), Fribourg 1997, p. 1600; Pierre TERCIER/Pascal G. FAVRE, Les Contrats Spéciaux, 4e édition, Schulthess 2009, p. 1689; Harry FLECHTNER, Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods, 19 Pace International Law Review 2007/1, www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner7.html, s. 33.

² Vincent HEUZÉ, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Paris 2000, p. 467; ATAMER, s. 455; PICHONNAZ, p. 1675.

Satım sözleşmesine tam tersi yönde konulacak hükümlerle tarafların satım sözleşmesinden doğan sorumluluğunun genişletilmesi de mümkündür. Örneğin, satıcı belli bir tarihte muhakkak malı teslim edeceğini, gecikmesi durumunda gecikmeden kaynaklanan tüm riskin kendisine ait olduğunu ayrıca ve özel olarak alıcıya karşı garanti etmiş de olabilir. Böyle bir ihtimalde belirlenen tarihte borcunu ifa edemeyen satıcının m. 79’a dayanamayacağı yönünde bkz. HEUZÉ, p. 468, dn. 434.

rın satım sözleşmesinde yer verdikleri bu tip klotların geçerliliği meselesinin Antlaşma'nın 7/2'nci maddesi uyarınca³ sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre tespit edilmesi gereklidir. Satım sözleşmesine konulan bu düzenlemeler *lex contractus*'a göre geçerliyse⁴, taraflar arasındaki akdi ilişkide Antlaşma hükümlerinden önce uygulanacaktır⁵. Tarafların sorumluluğun dağılımına ilişkin herhangi bir akdi düzenleme öngörmedikleri, bu tip bir düzenlemenin ihmal edildiği ihtimallerde ise Antlaşma'nın III. Kısım, V. Bölüm, Ayrım IV'de "Sorumluluktan Kurtulma" başlığı altında yer alan m. 79-80 uyarınca bir değerlendirme yapmak ve borçlunun sorumluluktan kurtulup kurtulmadığını belirlemek gerekecektir. Antlaşma sisteminde ifa engelleri kurdan bağımsız şekilde düzenlendiğinden, bu temel ilkeyle uyumlu şekilde sorumluluktan kurtulma rejimini düzenleyen m. 79-80'de de kusur kavramına yer verilmemiştir.

Antlaşma'nın 79'uncu maddesinde taraflar bakımından temel sorumluluktan kurtulma rejimi düzenlenmiştir⁶. Buna göre, borca aykırı davranan taraf, yükümlülüğünü ifa etmemesinin kendi etki alanı dışında kalan bir engelden kaynaklandığını, sözleşmenin kurulması esnasında bu engeli hesaba katmasının mümkün olmadığını ve bu engeli ve sonuçlarını önlemenin veya bunları aşmanın kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatladığı takdirde tazminat sorumluluğundan kurtulur⁷. Antlaşma m. 79(1) ve (2)'deki şartlar ger-

3 Antlaşma, m. 7/f.2: "Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir."

4 Bu bağlamda, sözleşmeye uygulanacak hukukun Türk hukuku olması ihtimalinde sorumsuzluk anlaşmasını düzenleyen TBK m. 115 ve yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk halinde sorumluluktan kurtulmayı düzenleyen TBK m. 116 hükümlerinin göz önünde tutulması gerekecektir.

5 HEUZÉ, p. 467.

6 Antlaşma m. 74/f.1, c.2 hükmü; "Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz." hükmünü içermektedir. Satıcının sadece satım sözleşmesinin akdedilmesi anındaki öngörülebilir zarar açısından sorumlu tutulabileceğini öngören Antlaşma'nın 74'üncü maddesi, esas itibarıyla, tazminat sorumluluğunun kapsamına ilişkin bir sınırlama getirmekteyken, Antlaşma'nın 79'uncu maddesi sorumluluğun varlığı aşamasına ilişkin sınırlama getirmektedir; bkz. ATAMER, s. 453.

7 Sorumluluktan kurtulmanın her zaman ileri sürülebileceği teorik olarak kabul edilmekle birlikte, Antlaşma uygulamasında tarafların sorumluluktan kurtulmak için m. 79-80 çerçevesinde yaptıkları taleplerin çoğu davada reddedildiği yönündeki tespit için bkz. MAGNUS, s. 288, 302-303; Giuseppe DONATIELLO, Responsabilité du débiteur: de la délégation à l'organi-

çekleştigi takdirde, sonuçları m. 79(3) ve (5)'de düzenlenmiştir. Antlaşma m. 79(4)'te ise borçlu bakımından ek bir yükümlülük getirilmektedir; buna göre, borçlu karşı tarafı ifa engeli konusunda bilgilendirme yükümlülüğü altındadır.

Antlaşma'nın 80'inci maddesinde ise ifa engelinin ortaya çıkmasına alacaklı tarafın sebep olması hali özel olarak düzenlenmiştir. Antlaşma m. 80 hükmü şu şekilde bir düzenleme içermektedir;

“Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz.”

Buna göre, bir taraf diğer tarafın borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesine kendi davranışıyla sebep olmuşsa, bir başka deyişle bir tarafın sözleşmeye aykırı davranışının sebebi diğer tarafın eylemi ya da eylemsizliği ise⁸, bu durumda, sözleşmeye aykırılığa kendi davranışıyla sebep olan tarafın karşı tarafı sorumlu tutması mümkün değildir⁹. Bu ihtimalde, borçlu sadece tazminat talebi bakımından değil; m. 79(5)'deki düzenlemeden farklı olarak diğer talepler bakımından da sorumluluktan kurtulur¹⁰. Alıcının ithalat iznini almakta gecikmesi, akreditifi açmaması, mala ilişkin talimatları geciktirmesi ya da yetersiz bir şekilde yerine getirmesi, bu bağlamda teslimatın yapılacağı yerin bildirilmemesi alıcının sözleşmeye aykırılığa sebep olduğu hallere örnek olarak sayılabilir¹¹.

Antlaşma'nın sorumluluktan kurtulma rejimini incelemeyi hedefleyen bu çalışma kapsamında özellikle temel düzenleme niteliğindeki 79'uncu madde üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede, öncelikle, borçlunun sorumluluktan kur-

sation de l'exécution des obligations, Codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse, Schulthess 2010, p. 166; 2008 Uncitral Digest of Article 79 Case Law, p. 7 (www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-art-79.html).

⁸ SERT, s. 243.

⁹ ATAMER, s. 470-471.

¹⁰ Karl H. NEUMAYER/Catherine MING, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire, Lausanne 1993, art. 80, s. 539; Yavuz DAYIOĞLU, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011, s. 140; Belin KÖROĞLU, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s. 795.

¹¹ NEUMAYER/MING, art. 79, s. 539.

tulması için m. 79’da açıklanan ve kümülatif olarak gerçekleşmesi gereken şartlar incelenmiş; daha sonra, sırasıyla, ifa aşamasında kullanılan üçüncü kişilerin fiillerinden sorumluluk ve sorumluluktan kurtulmanın karşı tarafın taleplerine etkisi açıklanmıştır. Metin içinde yeri geldikçe ve ayrıca en son paragrafta özel olarak, Antlaşma’nın 79’uncu maddesinde düzenlenen sorumluluktan kurtulma rejimi temel ilkeler bakımından Türk Borçlar Hukuku sistemi ile karşılaştırılmıştır.

II. ANTLAŞMA HÜKÜMLERİ UYARINCA TARAFLARIN SORUMLULUKTAN KURTULMASI İÇİN GERÇEKLEŞMESİ GEREKEN ŞARTLAR

1. Genel Olarak

Taraflardan birinin sözleşmesel sorumluluktan tamamen veya kısmen kurtulması ile kastedilen ilgili tarafa, belirli şartlar altında sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin tamamını veya bir kısmını ifa etmeme olanağını veren bir durumun mevcut olmasıdır. Antlaşma hükümleri çerçevesinde borçlunun sorumluluktan kurtulması için gerçekleşmesi gereken şartları ortaya koyan m. 79 (1) hükmü şu şekilde bir düzenleme içermektedir :

“Taraflardan biri, yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulamaz.”

Antlaşma’nın 79(1)’inci maddesinden hareketle borçlunun sorumluluktan kurtulması için gerçekleşmesi zorunlu unsurlar¹² şu şekilde belirlenebilir:

- Hiç veya gereği gibi ifa etmemenin sebebinin borçlunun etki / hakimiyet alanı dışında gerçekleşen bir engelden kaynaklanması.
- Sözleşmenin kurulması esnasında bu engelin borçlu tarafından hesaba katılmasının mümkün olmaması.
- Söz konusu engelden ve sonuçlarından kaçınmanın veya bunları aşmanın borçludan makul olarak beklenemez olması.

¹² HEUZÉ, p. 469-472; MAGNUS, s. 303-305; ATAMER, s. 314; SERT, s. 84, 239 vd.; DONATIello, p. 164 vd.; DAYIOĞLU, s. 140; KÖROĞLU, s. 777.

Borçlunun sorumluluktan kurtulması için tespit edilen bu unsurların somut olayda kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir; gerçekleştiğini ispat yükü borçlunun üzerindedir. Bunlara bir de son bir unsur olarak Antlaşma m. 79 (4) ile düzenlenen makul süre içerisinde karşı tarafa bilgi verme yükümlülüğünü eklemek mümkündür.

Antlaşma uyarınca borçlunun sorumluluktan kurtulması için yukarıda sayılan ve kümülatif olarak gerçekleşmesinin zorunlu olduğu belirtilen şartları tek tek incelemeye geçmeden önce bir kaç noktanın vurgulanması Antlaşma'nın sorumluluktan kurtulma sistemini anlamak bakımından önemlidir. Öncelikle, 79'uncu madde Antlaşma'nın III. Kısım'ında "*Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine İlişkin Ortak Hükümler*" başlığını taşıyan V. Bölüm altında yer alır ve madde düzenlemesinde sözleşmeye aykırılığı gerçekleştiren taraf bakımından bir ayırım yapılmamıştır¹³. Bunun yanı sıra, ifa edilmeyen borcun niteliği önemli olmadığı gibi, borcun kaynağına ilişkin bir ayırıma da madde de yer verilmemiştir. Antlaşma ile düzenlenen bir borcun ifa edilmemesi halinde m. 79'a dayanılabileceği gibi, sözleşmesel borçların ifa edilmemesi halinde de bu maddeye dayanılabilir¹⁴.

Bu bağlamda, sorumluluktan kurtulma bakımından borca aykırılığın türünün önem taşıyıp taşımadığı meselesine de değinmek gereklidir. Özellikle ayıplı mal teslimi halinde m. 79 çerçevesinde sorumluluktan kurtulmanın mümkün olup olmayacağı meselesi doktrinde tartışılmaktadır. Baskın görüş, -Antlaşma m. 79(1)'in şartları çerçevesinde ancak çok sınırlı bir takım hallerde uygulanma imkânı bulacak olmakla birlikte¹⁵- m. 79'daki şartların gerçekleşmiş olması kaydıyla, borçlunun ayıplı ifa halinde bu maddeye dayanarak sorumluluktan kurtulmasının prensip olarak mümkün olması gerektiği yönündedir¹⁶. Antlaşma m. 79 (1)'de "*yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin*"

13 HEUZÉ, p. 468; John O. HONNOLD, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd Ed., The Hague 1999, p. 423; Dionysios FLAMBOURAS, The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis, 13 Pace International Law Review, 2001, s. 264.

14 HEUZÉ, p. 468.

15 MAGNUS, s. 303-304; ATAMER, s. 466. Örnekler için ayrıca bkz. ATAMER, s. 466-469.

16 Bu görüşte ATAMER, s. 454-455; FLAMBOURAS, s. 277; FLECHTNER, s. 48-49; HEUZÉ, p. 468; PICHONNAZ, p. 1670; MAGNUS, s. 304; NEUMAYER/MING, art. 79, s. 518; DAYIOĞLU, s. 145; SERT, s. 242-243; KÖROĞLU, s. 783; DONATIELLO, p. 148-152; TERCIER/FAVRE, p. 1649. Aksi görüşte HONNOLD, p. 427.

tabiri kullanılmıştır ve ayıplı mal teslimi de borcun gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelir¹⁷. Dolayısıyla, ifa engelinin türünün sorumluluktan kurtulma rejiminin uygulanması açısından önem taşımadığı sonucuna varmak mümkündür: Hiç ifa etmeme, kısmi ifa, geç ifa veya gereği gibi ifa etmeme -bu bağlamda ayıplı ifa- hallerinde Antlaşma m. 79'un uygulanabileceği kabul edilmelidir¹⁸.

Borçlunun aşırı ifa güçlüğü¹⁹ sebebiyle m. 79'a dayanarak sorumluluktan kurtulmasının mümkün olup olmadığı meselesi, bu maddeye ilişkin bir diğer önemli tartışma konusunu oluşturmaktadır. Özellikle uzun süreli mal tedarik sözleşmelerinde, işbirliği anlaşmalarında, uzun süreli proje finansman, üretim, dağıtım sözleşmelerinin söz konusu olduğu ihtimallerde işin maliyetinin aşırı ölçüde artması veya işin bedelinde büyük düşüşlerin olması gibi durumlarla karşılaşılması olasılığı yüksektir²⁰. Aşırı ifa güçlüğü kavramına Antlaşma hükümlerinde yer verilmemiştir. Mesele doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, baskın olarak nitelendirilebilecek görüş, çok dikkatli uygulanmak ve sınırlı hallere inhisar edilmek kaydıyla, sözleşmenin kurulması esnasındaki şartlarda borçlunun altından kalkamayacağı, ekonomik olarak mahvına yol açacak beklenmedik bir değişme yaşanmışsa, borçlunun edimi ifası aşırı ölçüde güçleşmişse, bu taktirde bir anlamda borçludan aşması, kaçınması makul olarak beklenemeyecek bir ifa engelinin mevcut olduğu²¹ kabul edilmekte ve

¹⁷ FLAMBOURAS, s. 277.

¹⁸ HEUZÉ, p. 468; DONATIELLO, p. 147, 152; ATAMER, s. 466; DAYIOĞLU, s. 145; KÖROĞLU, s. 782.

Bu bağlamda, başlangıçtaki imkânsızlık Antlaşma kapsamında sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasına engel olmaz. Başlangıçtaki imkânsızlığın kesin hükümsüzlük sebebi sayılması da mümkün değildir. Hata gibi iradeyi sakatlayan haller nedeniyle sözleşmenin iptal edilmesi imkânı da Antlaşma'da öngörülmemiştir. Buna göre, başlangıçtaki imkânsızlığa rağmen sözleşme kurulmuştur, geçerlidir ve hata nedeniyle iptal edilemez. Satıcının hakimiyet alanı dışında gerçekleşen ve satıcının haberdar olmadığı, tümüyle onun bilgisi dışında gelişen bir başlangıçtaki imkânsızlık durumunun söz konusu olması ihtimalinde satıcının Antlaşma m. 79'dan faydalanabileceği ifade edilmektedir; bkz. ATAMER, s. 457-458; KÖROĞLU, s. 786; PICHONNAZ, p. 1663. FLAMBOURAS, sözleşmeye uygulanacak hukuk düzeninin başlangıçtaki objektif imkansızlığı bir geçersizlik sebebi olarak düzenlediği hallerde Antlaşma hükümlerinin uygulanmayarak, hakim ve hakemler tarafından, uygulanacak hukuka yollama yapılmasının yerinde olacağını ifade etmektedir; bkz. s. 269.

¹⁹ Kavram için bkz. M. Kemal OĞUZMAN/M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 11. Bası, İstanbul 2013, s. 579 vd.; Başak BAYSAL, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009, s. 154.

²⁰ FLAMBOURAS, s. 278.

²¹ Aşırı ifa güçlüğü hallerinde, Antlaşma m. 79(1)'in aradığı üçüncü koşula, yani ifa engelinden

böyle bir halde borçlunun Antlaşma m. 79(1) uyarınca sorumluluktan kurtulmasına imkân tanınabileceği yönündedir²².

Antlaşma m. 79 çerçevesinde aşırı ifa güçlüğüne dayalı olarak sorumluluktan kurtulmanın mümkün olduğunu düşünenler de kendi içlerinde sorumluluktan kurtulmanın sözleşmeye etkisi konusunda ayrılmaktadır. Bir başka deyişle, aşırı ifa güçlüğünün sözleşmeye etkisi meselesi de tartışmalıdır²³. Bir görüşe göre, sadece sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir²⁴. Zira, Antlaşma'yı hazırlayanlar tarafından emprevizyon, işlem temelinin çökmesi gibi teoriler bilinçli olarak Antlaşma kapsamına alınmamıştır²⁵. Bir diğer görüşe göre ise somut olayın şartları dahilinde Antlaşma m. 7'den hareketle -sözleşmeye hakim genel hukuk ilkeleri çerçevesinde (m. 7/2) veya milletlerarası ticaretteki dürüstlük kuralı uyarınca (m. 7/1)- hakime sözleşmeyi uyarlama imkânı da tanınmalıdır²⁶.

Aşırı ifa güçlüğü kavramı, yürürlükten kalkan Borçlar Kanunu'nda genel bir hükümle düzenlenmemiş olmakla birlikte, TBK m. 138'de bu kavrama ilişkin genel bir düzenleme yer almaktadır. Anılan hüküm uyarınca, borcun ifası imkânsızlaşmış olmamakla birlikte, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve borçlunun sorumlu olmadığı bazı sebepler borcun ifasını

ve sonuçlarından kaçınmanın veya bunları aşmanın borçludan makul olarak beklenemez olması unsuruna benzer bir durumun mevcut olduğu yönünde bkz. PICHONNAZ, p. 1769.

22 PICHONNAZ, p. 1771 vd.; ATAMER, s. 466; BAYSAL, s. 72; DAYIOĞLU, s. 147; SERT, s. 242.

23 ATAMER, s. 466; FLAMBOURAS, s. 279-280; BAYSAL, s. 72; DAYIOĞLU, s. 147.

24 PICHONNAZ, p. 1821; Ercüment ERDEM, *La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne, Fribourg 1990*, p. 1205.

25 Antlaşma m. 79'un düzenlenme sürecine ilişkin açıklamalar için bkz. Dionysios FLAMBOURAS, *Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108*, s. 3; <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html>.

26 Bkz. NEUMAYER/MING, art. 79, s. 535-538; ATAMER, s. 466, dn. 988-989'daki yazarlar. BAYSAL, Antlaşma'da bu konuda bir boşluk olduğunun kabul edilip, PICC ve PECL düzenlemeleri dikkate alınarak bu boşluğun doldurulmasının yerinde olacağını ifade etmektedir; bkz. s. 73.

Belçika Yüksek Mahkemesi, çelik boru satımını konu alan bir sözleşmeye ilişkin önüne gelen ihtilâfta, sözleşmenin kurulmasından sonra ancak ifasından önce çelik fiyatlarında beklenmedik şekilde meydana gelen %70'lik artışı değerlendirmiş; bu bağlamda, aşırı ifa güçlüğü meselesinin Antlaşma'da düzenlenmediğini, bu meseleye ilişkin bir boşluk olduğunu ve bu boşluğun uluslararası ticaretin genel prensipleri uyarınca doldurulması gerektiğini belirtmiştir; *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* kararı, case no: C.07.0289.N; bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>.

borçlu açısından dürüstlük kurallarına aykırı düşecek şekilde aşırı derecede güçleştirirse, borçlu hakimden sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilir veya eğer uyarlama mümkün değilse sözleşmeden dönebilir²⁷.

2. Antlaşma m. 79(1)'de Öngörülen Şartlar

a. Satıcının Etki / Hakimiyet Alanı Dışında Kalan Bir İfa Engelinin Varlığı:

Antlaşma m. 79(1) uyarınca, borçlunun kendi etki -sorumluluk, hakimiyet- alanı dışında kalan bir engel nedeniyle borcunu hiç ya da gereği gibi ifa edememiş olması gereklidir. Eğer borçlu etkili olduğu, organize edebildiği, denetleyebildiği, kendi etki, hakimiyet alanı içinde gerçekleşen bir engel nedeniyle borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemiş ise bu durumda Antlaşma m. 79(1)'e dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün olmaz. Dolayısıyla, sorumluluktan kurtulmak isteyen tarafın öncelikle hiç veya gereği gibi ifa etmemesine sebep olan bir engelin varlığını ve bu engelin kendi hakimiyet alanı dışında, harici bir olgudan kaynaklandığını ispat etmesi gerekmektedir.

Engelin (impediment, empêchement) tanımı Antlaşma'da yapılmamıştır. Engel deyince, akla ilk gelen klasik mücbir sebep halleridir²⁸. Bu bağlamda, sel, deprem, fırtına gibi doğal felaketler, salgın hastalık, savaş, terörist saldırılar, darbe, öngörülemeyen genel grev gibi insan kaynaklı felaketler veya ambargo, müsadere, yabancı sermaye girişinin yasaklanması, ithalat ihracat rejimindeki engelleyici düzenlemeler gibi kamu makamlarının yasaklamaları sayılabilir²⁹. Antlaşma'da, engelin gerçekleşme anına ilişkin bir ayırma gidilmemiştir; engelin sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olması veya sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkması; geçici veya sürekli olması önem taşımaz³⁰.

Borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesine sebep olan engel aynı zamanda satıcının kendi etki, denetim, sorumluluk, daha genel bir ifadeyle kontrol alanı dışında kalan bir olaydan kaynaklanmalıdır. Borçlunun et-

²⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 579 vd.

²⁸ ATAMER, s. 456; TERCIER/FAVRE, p. 1691; NEUMAYER/MING, art. 79, s. 519; DAYIOĞLU, s. 141.

²⁹ NEUMAYER/MING, art. 79, s. 519-520; FLAMBOURAS, s. 267. MTO tarafından tavsiye niteliğinde hazırlanan "ICC Force Majeure Clause 2003" kitapçığının 3. paragrafında mücbir sebep hallerinin detaylı bir listesi verilmiştir; bkz. ICC Force Majeure Clause 2003, Developed by the ICC Commission on Commercial Law and Practice, Paris 2003 (www.iccwbo.org).

³⁰ DAYIOĞLU, s. 142.

kili olduğu, organize edip, denetleyebildiği, kontrol edebildiği alanda gerçekleşen bir ifa engeli borçlunun sorumluluğunun ortadan kaldırmaz³¹. Borçlu kendi etki alanında gerçekleşen borca aykırılıklar nedeniyle oluşan zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu bağlamda, borçlunun işyeri, fabrikası veya ticari işletmesi örnek olarak gösterilebilir³². Borçlu, bu yerlerde yürüttüğü ticari faaliyetin gereği gibi görülebilmesi için gereken tüm tedbirleri almalı, işgücü ve teknik teçhizat bakımından gereken altyapıyı kurmalı, gerek ifa yardımcılarını gerek teknik teçhizatı sürekli denetlemeli, çıkabilecek sorunlara karşı önceden gereken tedbirleri almalıdır. Borçlu işyerinde, ticari işletmesinde üstlendiği borçların gereği gibi ifa edilmesine olanak sağlayacak bir sistem kurmakla yükümlüdür. Aynı zamanda borçlu, gereken mali güce, likiditeye de sahip olmalıdır³³. Ödemezlik içinde olduğu iddiası borçlunun etki alanında gerçekleşen bir olgu olarak nitelendirileceğinden, bu iddiaya dayalı sorumluluktan kurtulma talebi -örneğin, bir mücbir sebep halinin sonucu olarak ortaya çıktığı istisnai haller dışında- kabul edilmez³⁴.

Borçlunun ifa yardımcılarının borca aykırı fiilleri nedeniyle doğan sorumluluktan kurtulması da, bu fiiller esasen borçlunun kendi hakimiyet, etki alanında gerçekleşen bir ifa engeli olarak nitelendirileceği için m. 79(1)'de öngörülen şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu çerçevede; çalışanlarının ölümü, sakatlanması, hastalık, fabrikadaki makinaların hacedilmesi, arızalanması, yetersiz kalması, üretim veya muhasebe sistemindeki aksaklıklar, başvuru alan araçlardan kaynaklanan sebepler, kendi tedarikçilerinin malları hiç veya süresinde göndermemesi³⁵ borçlunun ifa engelinden sorumluluğunu ortadan kaldırmaya yetmez.

31 ATAMER, s. 459; HEUZÉ, p. 469; DAYIOĞLU, s. 141.

32 ATAMER, s. 459; FLAMBOURAS, s. 267.

33 KÖROĞLU, s. 778.

34 HEUZÉ, p. 469 ve aynı paragrafa ilişkin dn. 440.

Satıcının Hong-Kong, alıcının da Alman firması olduğu ve Çin mallarının satım ve dağıtımını konu alan bir sözleşmeye ilişkin çıkan ihtilâfta, Alman (Hamburg) Hakem Mahkemesi, alt tedarikçi konumundaki Çin'deki imalatçının satıcının sorumluluk alanına dahil olduğu gerekçeyle, satıcının Antlaşma m. 79 çerçevesinde ileri sürdüğü alt tedarikçisinin içinde bulunduğu finansal güçlüklerle dayalı sorumluluktan kurtulma talebini reddetmiştir; bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960321g1.html>.

35 FLAMBOURAS, s. 267-268.

Satıcının kendi tedarikçisinin ifa etmeme riskini taşıdığı, sadece aynı veya benzer nitelikteki malı piyasadan tedarik imkânının kalmaması durumunda satıcının sorumluluktan kurtulabileceği yönünde bir karar için bkz. Oberlandesgericht Hamburg, iron molybdenum kararı, Case no: 1 U 167/95 (28 February 1997); bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>.

Borçlunun hakimiyet alanı dışında kalan bir engel söz konusu olsa bile, edime ilişkin hasarı satıcı taşıdığı müddetçe satıcının ifa engeline ilişkin savunması cins borçları bakımından dinlenmez. Adi (basit) cins borçlarında satıcı, söz konusu cins ortadan kalkmadıkça tedarik borcu altındadır; edime ilişkin hasarı kural olarak satıcı taşır³⁶. Adi (basit) cins borçlarında satıcının sorumluluktan kurtulması için söz konusu çeşidin tümüyle ortadan kalkmış, piyasadan silinmiş olması gereklidir. Ancak, borçlu sözleşmeye bir sorumsuzluk kaydı koymak suretiyle, kendi etki alanında gerçekleşen ifa engelinden sorumluluğunu sınırlandırabilir.

b. Sözleşmenin Kurulması Esnasında Bu Engelin Öngörülemez Olması:

Antlaşma m. 79(1) uyarınca, ikinci olarak, sözleşmenin kurulması esnasında engelin öngörülemez olması gereklidir. Öngörülemezlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediği tespit edilirken, somut olayın şartları çerçevesinde objektif bir değerlendirme yapılmalıdır³⁷. Aynı tür işlerde faaliyet gösteren makul, özenli birinin benzer nitelikte bir sözleşme akdederken söz konusu engeli öngörebileceği, hesaba katabileceği söylenebiliyorsa, o takdirde artık borçlunun ifa engeli dolayısıyla Antlaşma m. 79(1)'e dayanarak sorumluluktan kurtulması mümkün olmaz³⁸.

Öngörülemezlik değerlendirmesi sözleşmenin kurulma anı itibarıyla yapılır. Bir başka deyişle, borcun hiç veya gereği ifa edilmemesine yol açan ifa engelinin sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış olması aranır³⁹. Sözleşmenin kurulması esnasında mevcut olguların, örneğin, ithalat ve ihracat yasaklarının, para politikasına ilişkin devlet kararlarının borçlu tarafından hesaba katılması gerektiğinden, sonradan bunların öngörülemez olduğunun iddia edilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, hammadde fiyatlarındaki artışa bağlı olarak malın sonradan pahalılaşması ve karşı edimin değerinin malın değeri karşısında düşük kalmasının, hammadde temininin güçleşmesinin, piyasadaki arza bağlı olarak malın değerinin düşmesinin hep borçlu tarafından hesaba katılmış olması beklenir ve bu gibi sebepler kural olarak satıcıyı borcundan kurtarmaya yeterli olmaz. Genellikle bir doğal felaketi ya da bir kamusal yasağı borçlunun öngörmesinin, hesaba katmasının mümkün olama-

³⁶ ATAMER, s. 462; NEUMAYER/MING, art. 79, s. 533.

³⁷ SERT, s. 88; KÖROĞLU, s. 779.

³⁸ HEUZÉ, p. 470; NEUMAYER/MING, art. 79, s. 521; SERT, s. 88; DAYIOĞLU, s. 143.

³⁹ HEUZÉ, p. 470; FLAMBOURAS, s. 270; DAYIOĞLU, s. 143; KÖROĞLU, s. 780.

yacağı ifade edilmektedir. Ancak, yukarıda da belirtildiği üzere, somut olayda ortaya çıkan engelin objektif değerlendirilmesi neticesinde varılacak sonuç öngörülemezlik unsurunun gerçekleşip, gerçekleşmediğinin tespiti açısından belirleyici olacaktır. Bu bağlamda, bir mücbir sebep hali nedeniyle dahi borçlunun sorumlu tutulması söz konusu olabilir⁴⁰. Örneğin, bir bölgede düzenli olarak meydana gelen sel, kasırga, hortum vb. doğal felaketler nedeniyle satım konusu ürünlerin zarar görmüş olması halinde, bunlara dayanılarak yapılacak bir sorumluluktan kurtulma talebi kabul edilmeyecektir. Bu doğal felaketler yüzyılın seli ya da kasırgası şeklinde nitelendirilmediği müddetçe, borçlu bakımından öngörülebilir niteliktedir⁴¹; borçlunun satım sözleşmesini akdederken bunları öngörmüş ve sözleşmeye buna ilişkin bir sorumsuzluk kaydı koymuş olması aranır⁴².

40 PICHONNAZ, p. 1721.

41 MAGNUS, s. 305; NEUMAYER/MING, art. 79, s. 521. Deprem örneği üzerinden benzer bir değerlendirme için bkz. FLAMBOURAS, s. 272.

3000 ton ayçekirdeği satımını konu alan bir sözleşmeden kaynaklanan ihtilâfta, Yunan Yüksek Mahkemesi, satıcının m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulma talebini dayandırdığı, mevcut mahsulün büyük bölümünün mahvolmasına yol açan uzun süreli kuraklık iddiasını, satıcının üretimin ve arzın o seneye mahsus olmak üzere kuraklığa dayalı olarak sınırlı olacağını bildiği gerekçesiyle reddetmiştir. Satıcının sorumluluktan kurtulma talebine dayanak gösterdiği Danube nehrinin su seviyesinin azaldığı, buna bağlı olarak ürünleri tesislere yakın nehir limanından gemiye yüklemenin mümkün olmayıp, Karadeniz kıyısındaki limana götürme zorunda kaldığı ve bu durumun taşıma masraflarını büyük ölçüde artırdığı yönündeki ikinci iddiasını da birkaç yıl önce benzer durumun gene gerçekleştiği, dolayısıyla satıcının öngörmesi gereken bir engelin söz konusu olduğu gerekçesiyle kabul etmemiştir; Court of Appeals of Lamia, case no: 63/2006; bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060001gr.html>.

42 NEUMAYER/MING, art. 79, s. 521.

Nitekim, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin verdiği bir karara konu olan olayda, üretici İsviçre firması ile alıcı Fransız taşıeron şirket arasında, 26.4.1991 tarihinde, özel olarak nihai müşteri Fransız kamyon üreticisi firma için klimalarda kullanılmak üzere köpükten kapak imalini konu alan bir sözleşme akdedilmiştir. Anılan sözleşme uyarınca nihai müşteri Fransız kamyon üreticisi firmanın ihtiyaçları doğrultusunda 8 yıllık bir süreçte en az 20.000 adet mal teslim edilecektir. 6.12.1996 tarihinde Fransız alt taşıeron firma, nihai müşteri Fransız kamyon üreticisi firmanın satın alma şartlarında radikal değişiklikler olduğu -bu bağlamda fiyatlarda indirim gittiği- gerekçesiyle artık sözleşme konusu aksama ihtiyacı kalmadığını belirtmiştir. Bunun üzerine, İsviçre firması sözleşmenin erken sona erdirilmesi nedenine dayalı olarak uğradığı zararların tazmin edilmesini talep etmiştir. Meseleyi inceleyen Yüksek Mahkeme, nihai alıcının satın alma şartlarında değişiklikler yapmış olmasına rağmen, alıcı taşıeron firmanın uluslararası ticarete deneyimli bir firma olarak sözleşmesinde garanti veya uyarılma mekanizmalarına yer vermesi gerektiğini; bu tip hükümleri sözleşmeye koymamakla nihai alıcının ifa etmeme riskini üstlendiğini ve bu nedenle Antlaşma m. 79'a dayanarak sorumluluktan kurtulamayacağını karara bağlamıştır; Société Romay AG v. SARL Behr France kararı, 30 June 2004, appeal no: Y 01-15.964; bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040630f1.html>.

Satıcının sözleşmeye bir sorumsuzluk kaydı koymak suretiyle, kendi etki alanında gerçekleşen ifa engelinden sorumluluğunu sınırlandırması mümkündür.

c. İfa Engelinden ve Sonuçlarından Kaçınmanın veya Bunları Aşmanın Borçludan Makul Olarak Beklenemez Olması

Antlaşma m. 79(1) uyarınca, borçlunun sorumluluktan kurtulması için diğer ikisiyle birlikte gerçekleşmesi gereken üçüncü şart, ifa engelinden ve sonuçlarından kaçınmanın veya bunları aşmanın borçludan makul olarak beklenemez olmasıdır. Borçlu, ortaya çıkan ifa engeline rağmen, eğer somut olayın şartları dahilinde olanak varsa, borcunu başka bir şekilde, başka bir yöntem bularak gereği gibi ifa etmek için gereken çabayı göstermekle; her türlü makul ekonomik tedbiri almakla yükümlüdür⁴³.

Bu noktada, somut olayın şartları çerçevesinde objektif bir değerlendirme yapılması gerekmektedir⁴⁴. Bununla kastedilen, aynı tür işlerde faaliyet gösteren makul, özenli birinin benzer nitelikte bir durum karşısında alacağı tedbirlerin alınıp, alınmadığının değerlendirilmesinin gerektiğidir⁴⁵.

Dolayısıyla, önüne gelen ihtilâfta, somut olayın tüm şartlarını değerlendirmek suretiyle ifa engelinden ve sonuçlarından kaçınmanın veya bunları aşmanın borçludan makul olarak beklenip, beklenemeyeceği ihtilâfa bakan mahkeme tarafından belirlenecektir. Gereken tüm makul tedbirler alınmış olmasına rağmen, ifa engelinin sonuçlarından kaçınmak veya bunları aşmak mümkün olmuyorsa, bu takdirde bu unsurun gerçekleştiği kabul edilebilir. Bu çerçevede, somut olayın şartları dahilinde, borçlunun nakliye ya da para transferini farklı bir yoldan gerçekleştirmeyi denemesi, malı başka bir yerden tedarik etmesi, ikame mal teslim etmeyi teklif etmesi vb. ihtimaller söz konusu olabilir. Alternatif yöntemlerin borçlu açısından daha masraflı olması veya borçlunun yükünü artırması tek başına borçluyu ifa engeli sebebine dayalı olarak sorumluluktan kurtarmaya yeterli olmaz⁴⁶.

3. Makul Süre İçerisinde İhbar Yükümlülüğü

Antlaşma'nın 79(4)'üncü maddesinde;

⁴³ NEUMAYER/MING, art. 79, s. 521-522; KÖROĞLU, s. 781.

⁴⁴ NEUMAYER/MING, art. 79, s. 520; SERT, s. 91.

⁴⁵ HEUZÉ, p. 471; FLAMBOURAS, s. 272; NEUMAYER/MING, art. 79, s. 520; SERT, s. 91.

⁴⁶ HEUZÉ, p. 471; ATAMER, s. 461; DAYIOĞLU, s. 144.

“İfa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır.”

şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Borcunu bir ifa engeli nedeniyle hiç ya da gereği gibi ifa edemeyen taraf, engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren⁴⁷ makul süre içinde bu konuda karşı tarafı bilgilendirmelidir. Bu çerçevede, borçlu özellikle engelin kapsamı, ağırlığı, süreklilik taşıyıp taşımadığı, eğer geçici ise tahminen ne kadar süreceği gibi hususlarda⁴⁸ karşı tarafı bilgilendirmelidir ki karşı taraf da gereken tedbirleri almak suretiyle zararını azaltmak imkânına sahip olsun.

Bildirimin geçerliliği herhangi bir şekle bağlanmamıştır. Karşı tarafa ulaşma ile hüküm ifade eder; burada Antlaşma m. 27’deki genel kuraldan ayrılmıştır. Karşı tarafa yapılacak bu bildirimin makul bir süre içinde yapılması gereklidir. Makul sürenin ne şekilde belirleneceğine ilişkin bir açıklamaya Antlaşma’da yer verilmemiştir; dürüstlük kuralı ışığında mümkün olan en kısa süre yapılması yerinde olacaktır.

Bildirimin makul bir süre içinde yapılmaması -birinci paragrafta öngörülen şartların tümünün gerçekleşmiş olması kaydıyla- borçlunun Antlaşma m. 79 çerçevesinde sorumluluktan kurtulmasına engel olmaz⁴⁹. Ancak, bildirimin hiç veya süresinde yapılmaması nedeniyle karşı taraf bir zarara uğrayacak olursa, borçlu bu zararı tazmin etme yükümlülüğü altındadır.

Türk hukukunda tüm borca aykırılık hallerini kapsayacak şekilde genel bir bildirim yükümlülüğü öngörülmemiştir. TBK m. 136/f.3’de sonraki ifa imkânsızlığı bakımından Antlaşma m. 79(4)’dekine benzer bir bildirim yükümlülüğü kabul edilmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, borçlu, borcun ifasının imkânsızlaştığını alacaklıya bildirmek ve zararı azaltıcı tedbirleri almak zorundadır. Bu yükümlülüğe aykırı hareket etmesi halinde, alacaklının bu yüzden doğan zararını tazmin yükümlülüğü altına girer⁵⁰. Yürürlükten kalkan

47 SERT, bu bildirimin engelin ortadan kalktığı tarihten itibaren makul bir süre içerisinde yapılmasının öngörüldüğünü ifade etmektedir; bkz. s. 91.

48 ATAMER, s. 474; DAYIOĞLU, s. 146; NEUMAYER/MING, art. 79, s. 532.

49 ATAMER, s. 474; DAYIOĞLU, s. 146; KÖROĞLU, s. 792; NEUMAYER/MING, art. 79, s. 532. SERT, s. 92.

50 OĞUZMAN/ÖZ, s. 574-575.

BK m. 117’de benzer bir düzenleme olmamakla birlikte, doktrinde⁵¹, dürüstlük kuralından (MK m. 2) hareketle, borçlunun ifa imkânsızlığını karşı tarafa bildirmesinin gerektiği ifade edilmektedir.

III. İFA AŞAMASINDA KULLANILAN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN FİİLLERİNDEN SORUMLULUK

Antlaşma m. 79(2) uyarınca;

“Taraflardan birinin ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak;

(a) Fıkra 1 uyarınca sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde ve,

(b) Görevlendirmiş olduğu kişiye fıkra 1 uygulanacak olsaydı o da sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.”

Satıcı işyerinde, ticari işletmesinde başvurduğu ifa yardımcılarının sözleşmeye aykırı fiillerinden esasen bunlar kendi hakimiyet alanında gerçekleşen bir ifa engeli olarak nitelendirileceği için sorumludur. Satıcının işçileri, çalışanları, memur ve müstahdemleri, görevlileri, satıya hammadde, yarı işlenmiş ürün veya malın kendisini sağlayan tedarikçiler⁵² hep ifa yardımcısı olarak kabul edilir ve bu bağlamda, borçlunun bu kişilerin sözleşmeye aykırı fiilleri nedeniyle doğan sorumluluktan kurtulması m. 79(1)’de öngörülen şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Dolayısıyla, m. 79(2)’de yer verilen “üçüncü

51 OĞUZMAN/ÖZ, s. 574; Mustafa DURAL, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s. 131.

52 Tedarikçilerin Antlaşma m. 79(1) mi, yoksa Antlaşma m. 79(2) kapsamında mı değerlendirilmesi gerektiği meselesi tartışılmıştır. Antlaşma m. 79(2)’nin lafzı bu konuda bir açıklık içermemekle birlikte, çoğunlukla kabul edilen görüş m. 79(1) kapsamında değerlendirilmeleri gerektiği yönündedir; bkz. ATAMER, s. 472; PICHONNAZ, p. 1704; NEUMAYER/MING, art. 79, s. 530; DAYIOĞLU, s. 148.

Tedarikçinin karşı tarafça belirlenmiş olması ihtimalinde, borçlunun Antlaşma m. 80’e dayanabileceği yönünde bkz. NEUMAYER/MING, art. 79, s. 524.

Tedarikçiden kaynaklanan bir borca aykırılığın söz konusu olduğu bir olayda, Alman Yüksek Mahkemesi’nin -m. 79(1)’in mi, yoksa m. 79(2)’nin mi kapsamına girdiği yönünde bir belirleme yapmaksızın- tedarikçilerin borçlunun etki alanına dahil olduğu gerekçesiyle borçlunun sorumluluktan kurtulma talebini reddettiği bir karar için bkz. vine wax kararı, Bundesgerichtshof, 24 March 1999, case no: VIII ZR 121/98; bkz. www.cisgw3.law.pace.edu/cisgw/wais/db/cases2/990324g1.html.

kişi” ifadesinin kapsamına esasen borçlunun borcunun ifasını kısmen veya tamamen onun adına gerçekleştirmeyi üstlenen, borçlunun sorumluluk alanına dahil olmayan bağımsız üçüncü kişiler -ikame şahıslar- girer⁵³. Örneğin, banka, malların saklanması üstlenen antrepocu, alt sözleşen, taşıyıcı bu kapsamda değerlendirilmektedir⁵⁴.

İfa aşamasında başvurulmuş bu üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırı davranması durumunda, borçlunun, sorumluluktan kurtulabilmek için m. 79(1)’de öngörülen koşulların (etki alanı dışında kalan ifa engelinin mevcudiyeti, bu engelin öngörülememesi, engelin önlenemez ve aşılamaz olması) hem kendisi hem de üçüncü kişi bakımından gerçekleştiğini ispat etmesi aranmıştır. Dolayısıyla, ifaya katılan bağımsız üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle sorumluluktan kurtulma, ifa yardımcılarının sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle sorumluluktan kurtulmaya nazaran daha zorlaştırılmıştır⁵⁵.

IV. SORUMLULUKTAN KURTULMANIN KARŞI TARAFIN TALEPLERİNE ETKİSİ

Antlaşma m. 79(5) uyarınca;

“Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.”

Buna göre, borçlunun m. 79(1) uyarınca sorumluluktan kurtulduğu hallerde, engel ile nedensellik bağı içinde olan sözleşmeye aykırılıklar bakımından karşı tarafın tazminat talep etme hakkı ortadan kalkar⁵⁶; ancak karşı tarafın mümkün olduğu ölçüde diğer taleplere başvurma imkânı Antlaşma ile saklı tutulmuştur⁵⁷. Borçlunun sözleşmeye aykırı davranması halinde Antlaşma hükümleri çerçevesinde alacaklının elindeki imkânlar aynen ifa talebi -bu bağlamda tamiri isteme ve bir başkasıyla değiştirmeyi talep-, semenin tenzili talebi, sözleşmeden dönme ve tazminat talebidir. Sözleşmeye aykırı davranan

53 ATAMER, s. 472; KÖROĞLU, s. 789; PICHONNAZ, p. 1695 vd.; NEUMAYER/MING, art. 79, s. 524, 526; FLAMBOURAS, s. 274; TERCIER/FAVRE, p. 1692.

54 HEUZÉ, p. 473; DAYIOĞLU, s. 148.

55 ATAMER, s. 472.

56 HEUZÉ, p. 472, 476. Antlaşma m. 79(4) uyarınca bildirimde bulunmayan tarafın bu nedenle ödemesi gereken tazminat bu kapsamda değildir.

57 ATAMER, s. 475; DAYIOĞLU, s. 149; PICHONNAZ, p. 1806; HEUZÉ, p. 476; NEUMAYER/MING, art. 79, s. 533.

borçlu, m. 79'daki şartların gerçekleştiğini ispatlarsa, karşı taraf artık borçludan tazminat talep edemez. Bununla birlikte -borca aykırılığın türüne göre mümkün olduğu ölçüde- aynen ifa⁵⁸, dönme ve semenin tenzili taleplerinin hala geçerli olduğu esas kabul edilmiştir; karşı taraf borca aykırılık hali ile bağdaştığı ölçüde bu talepleri ileri sürebilmelidir⁵⁹. Bu bağlamda, örneğin, ifa imkânsızlığı halinde malın tamirini, bir başkasıyla değiştirilmesini ve aynen ifayı talep etmek ifa engelinin niteliği ile bağdaşmayacağı belirtilmektedir⁶⁰.

Antlaşma m. 79'daki şartların somut olayda gerçekleştiğini ispat etmek suretiyle sorumluluktan ve bu çerçevede, esasen, tazminat borcundan kurtulan borçlunun, sözleşmesel cezai şartı veya sözleşmeyle öngörülen götürü tazminatı ödemekten de kurtulup, kurtulamayacağı meselesi Antlaşma kapsamında düzenlenmemiştir ve tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, bu meselenin Antlaşma'nın dışında bırakıldığını ve sözleşmeye uygulanacak hukuka göre çözümlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir⁶¹. Baskın olarak nitelendirilebilecek diğer bir görüş ise, meselenin öncelikle tarafların iradesi esas alınarak taraflar arasında akdedilen sözleşme hükümleri uyarınca çözümlenmesinin yerinde olacağını kabul etmektedir⁶². Eğer taraflar cezai şart veya götürü tazminatın her halükârda -borçlunun sorumsuzluğu halinde dahi- ödenmesini öngörmüşlerse, -bu sözleşme klotlarının lex contractus'a göre geçerli olması kaydıyla- borçlu tazminat borcundan kurtulsa dahi, öngörülen cezai şartı veya götürü tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır. Tarafların aksini öngördükleri sonucuna varılması ihtimalinde, bir başka deyişle cezai şartın veya götürü tazminatın Antlaşma uyarınca ödenmesi gerekecek tazminatın yerine kararlaştırıldığı hallerde ise borçlu cezai şartı veya götürü tazminatı ödeme yükümlülüğünden de kurtulacaktır.

58 Aynen ifa talebinin devam etmesinin, teminatların ve diğer yan taleplerin sona ermesinden çekinildiği için kabul edildiği yönünde bkz. ATAMER, s. 315, dn. 181 ve s. 479. Yazar, ayrıca, imkânsızlaşan edimin yerini alan ikame değerini talep edilebilmesi açısından da aynen ifa talebinin korunmasının yerinde olduğunu ifade etmektedir; bkz. s. 479.

59 ATAMER, s. 478; HEUZÉ, p. 476; NEUMAYER/MING, art. 79, s. 533; FLAMBOURAS, s. 275; HONNOLD, p. 435.5.

60 ATAMER, s. 478-479; FLAMBOURAS, s. 275; FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 4; DAYIOĞLU, s. 149; KÖROĞLU, s. 794. Aşırı ifa güclüğü haline ilişkin olmak üzere aynı tespit için ayrıca bkz. ATAMER, s. 478-479; FLAMBOURAS, s. 275; FLAMBOURAS, Comparative Remarks, s. 4.

61 Bu görüşe ilişkin açıklama için bkz. FLAMBOURAS, s. 281.

62 HEUZÉ, p. 476; FLAMBOURAS, s. 281; DONATIELLO, p. 163; DAYIOĞLU, s. 149; ATAMER, s. 477; KÖROĞLU, s. 794.

V. TÜRK BORÇLAR HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMA

Türk ve İsviçre hukuk düzenlerinde, sözleşmesel sorumluluğun esas itibarıyla kusur sorumluluğu ilkesine dayandığını söylemek mümkündür. Alacaklının, borçludan borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilmesi için borçlunun borcun ifa edilmemesi nedeniyle sorumlu tutulabiliyor olması gereklidir. Sözleşmeye aykırı davranan borçlu hiç veya gereği gibi ifa etmemede kusuru olmadığını kanıtlamak suretiyle sorumluluktan kurtulur (TBK m. 112). Bir başka deyişle, borçlunun sorumlu tutulabilmesi için esasen kusurlu olması şarttır. Ancak, kusurun varlığını kanun karine olarak kabul etmiştir; sorumluluktan kurtulmak için kusursuzluğunu ispat külfeti altında olan borçludur⁶³. Temel prensip bu yönde olmakla birlikte, Türk borçlar hukuku sistemi içinde sözleşmesel sorumluluk alanında borçlunun kusuru olmadığı halde sorumlu tutulduğu, kusur sorumluluğu prensibini zayıflatan haller de mevcuttur⁶⁴. Bu bağlamda, ayıplı ifa halinde, borçluya tanınan tazminat talebi dışındaki seçimlik imkanlardan borçlu kusuru olmasa dahi sorumlu tutulmuştur⁶⁵. Aynı şekilde borçlu sadece kendi borca aykırı fiillerinden değil, aynı zamanda ifa yardımcılarının borca aykırı fiillerinden de -kusuru olmasada- sorumludur (TBK m. 116)⁶⁶. Oysa, yukarıda da ifade edildiği üzere, Antlaşma sisteminde borçlunun sözleşmeye aykırı davranmış olması yeterlidir; borçlunun sorumlu tutulması için kusur şartı öngörülmediğinden, sorumluluktan kurtulma rejimini düzenleyen Antlaşma m. 79-80’de de kusur kavramına yer verilmemiştir.

Türk ve İsviçre borçlar hukuklarında borcun ifa edilmemesi hallerinden her biri açısından sorumluluktan kurtulma rejimi farklı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, somut ihtilâfta öncelikle borcun ifa edilmemesi hallerinden hangi

63 OĞUZMAN/ÖZ, s. 414-415; Fikret EREN, -6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış- Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 1059-1060, 1065.

64 OĞUZMAN/ÖZ, s. 425-426.

65 Alıcının kendisine tanınan seçimlik haklardan sözleşmeden dönme imkânını kullanması durumunda, satıcı alıcının uğradığı doğrudan zararları kusuru olmasa bile tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak, satıcı alıcının uğradığı dolayısıyla zararları tazmin yükümlülüğünden kusursuz olduğunu ispatlamak suretiyle kurtulabilir; bkz. Mustafa Alper GÜMÜŞ, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012, s. 114; Aydın ZEVLİLİLER/K. Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Baskı, Ankara 2013, s. 128; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 157.

Ayıplı ifa halinde alıcının sahip olduğu seçimlik haklara ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. GÜMÜŞ, s. 112 vd.; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 126 vd.; EREN, Özel Hükümler, s. 157 vd.

66 OĞUZMAN/ÖZ, s. 436-437; Rona SEROZAN, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engel-leri-Haksız Zenginleşme, Üçüncü Cilt, İstanbul 2014, s. 284 vd.; EREN, s. 1067.

tipin mevcut olduğunu tespit etmek ve ondan sonra borçlunun sorumluluktan kurtulması için öngörülen şartların somut olay bakımından gerçekleşip gerçekleşmediğini değerlendirmek gereklidir. Bu çerçevede, temerrüt halinde borçlu kusursuzluğunu ispatlamak suretiyle karşı tarafın -seçtiği imkâna göre olumlu ya da olumsuz- zararlarını tazmin etme yükümlülüğünden kurtulur. Öte yandan, karşı tarafa tanınan aynen ifayı talep etme veya sözleşmeden dönme imkânları borçlunun kusursuzluğundan etkilenmez. İfa imkânsızlığında ise, eğer borçlunun kusuru olmaksızın edim imkânsızlaşmışsa, borç sona erer; borçlu tazminat ödemekle de yükümlü tutulamaz (TBK m. 136). Sonraki kusurlu ifa imkânsızlığında ise imkânsızlığa yol açan taraf kural olarak TBK m. 112 uyarınca karşı tarafın uğradığı olumlu zararı tazmin etmekle yükümlüdür; kusuru olmadığını ispatlayarak tazminat ödemekten kurtulur⁶⁷. Başlangıçtaki objektif ifa imkânsızlığı sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını engeller; TBK m. 27 uyarınca konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Başlangıçtaki sübjektif ifa imkânsızlığı ise TBK m. 112 uyarınca tazminat sorumluluğuna yol açar⁶⁸. Bu ihtimalde de borçlu kusuru olmadığını ispatlayarak tazminat ödemekten kurtulur. Oysa Antlaşma sisteminde ifa engellerinin tümü tek bir sözleşmeye aykırılık kavramı altında toplanmıştır ve sorumluluktan kurtulma rejimi bakımından borcun ifa edilmemesi hallerinden hangisinin somut olayda mevcut olduğunun tespiti esas itibarıyla önem taşımaz. Sorumluluktan kurtulma rejimi düzenlenirken başlangıçtaki ya da sonraki ifa imkânsızlığı, temerrüt, kısmi ifa, gereği gibi ifa etmeme, bu bağlamda ayıplı ifa gibi ayırımlara yer verilmemiştir. Antlaşma m. 79'un ilke olarak tüm borca aykırılık hallerini kapsayacak şekilde uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁹.

Türk hukukunda borçlu, borcun ifa edilmemesinin mücbir sebepten veya fevkalâde halden ileri geldiğini ispat ederse, bir anlamda kusuru olmadığını

67 OĞUZMAN/ÖZ, s. 461 vd., 570-571.

Sonraki kusurlu ifa imkânsızlığında borcun sona erip ermeyeceği meselesi tartışmalıdır. Bir görüşe göre, borç sona ermez, edimin sadece içeriği değişir, ifası imkânsızlaşan edimin yerini alacaklının zararını tazmin yükümlülüğü alır; bkz. bu görüşte Selahaddin Sulhi TEKİNAY/ Sermet AKMAN/Halûk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 903-904; SEROZAN, s. 200-201. Diğer görüşe göre ise borçlunun ister kusuru olsun ister olmasın her türlü imkânsızlık halinde borç sona erer. Bu açıdan kusurlu ve kusursuz imkânsızlık arasında bir fark yoktur. Fark kusurlu imkânsızlıkta alacaklının zararını tazmin yükümlülüğü varken, kusursuz imkânsızlıkta böyle bir tazmin yükümlülüğünün olmamasıdır; bkz. bu görüşte OĞUZMAN/ÖZ, s. 462 vd.

68 OĞUZMAN/ÖZ, s. 89-90, 459.

69 Bkz. yukarıda dn. 17-19'a ait metin.

ispat etmiş olur ve borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulmaz⁷⁰. Mücbir sebep veya fevkalâde hal, ifayı imkânsız kılmışsa kusuru olmayan borçlu imkânsızlık nedeniyle doğan zararlardan sorumlu değildir. Mücbir sebep veya fevkalâde hal geçici nitelik taşıyorsa, borcun zamanında ifasına engel olmuş ise, ifa mümkün hale geldikten sonra borçlu halen ifası mümkün borcu ifa ile yükümlüdür; ancak, gecikmeden sorumlu olmaz⁷¹. Oysa, Antlaşma hükümleri uyarınca, borçlunun sorumlu tutulduğu borca aykırılık hallerinin çevresi daha geniş tutulmuştur⁷². Bu çerçevede, beklenmeyen bir hastalık, tüm güvenlik tedbirlerine rağmen gerçekleşen hırsızlık veya yerine göre deprem, sel, hortum gibi mücbir sebep niteliğindeki doğal afetler borçlunun sorumluluktan kurtulması için yeterli olmayabilir⁷³.

Türk Borçlar Kanunu'nda tüm borca aykırılık hallerini kapsayacak şekilde Antlaşma m. 79(4)'dekine benzer genel bir bildirim yükümlülüğü öngörülmemiştir. Ancak, TBK m. 136/f.3'de kusursuz ifa imkânsızlığında borçluya imkânsızlığı gecikmeksizin karşı tarafa bildirme ve karşı tarafın zararının artmaması için gereken tedbirleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu yükümlülüğe aykırı hareket eden borçlu, alacaklının bu yüzden doğan zararlarını tazmin yükümlülüğü altına girer⁷⁴. Yürürlükten kalkan BK m. 117'de benzer bir düzenleme olmamakla birlikte, doktrinde⁷⁵, dürüstlük kuralından (MK m. 2) hareketle, borçlunun ifa imkânsızlığını karşı tarafa bildirmesinin gerektiği ifade edilmektedir.

70 OĞUZMAN/ÖZ, s. 418; ayrıca bkz. SEROZAN, s. 188-189.

71 OĞUZMAN/ÖZ, s. 418, dn. 170.

72 ATAMER, s. 454.

73 Bkz. yukarıda dn. 40-42'ye ait metin.

74 OĞUZMAN/ÖZ, s. 574-575.

75 OĞUZMAN/ÖZ, s. 574; EREN, s. 1299; DURAL, s. 131.

KAYNAKÇA

- ATAMER Yeşim M.**, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005.
- BAYSAL Başak**, Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009.
- DAYIOĞLU Yavuz**, CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı, İstanbul 2011.
- DONATIELLO Giuseppe**, Responsabilité du débiteur: de la délégation à l'organisation de l'exécution des obligations, Codifications supranationales récentes (CVIM, Principes d'UNIDROIT, Principes européens) et Code des obligations suisse, Schulthess 2010.
- DURAL Mustafa**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976.
- ERDEM Ercüment**, La livraison des marchandises selon la Convention de Vienne, Fribourg 1990.
- EREN Fikret**, -6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış- Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.
- EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- FLAMBOURAS Dionysios**, The Doctrines of Impossibility of Performance and clausula rebus sic stantibus in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis, 13 Pace International Law Review, 2001.
- FLAMBOURAS Dionysios**, Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles 6:111, 8:108, <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html>
- FLECHTNER Harry**, Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) as Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods, 19 Pace International Law Review 2007/1, www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner7.html, s.29-51.
- HEUZÉ Vincent**, La vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Paris 2000.
- HONNOLD John O.**, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 3rd Ed., The Hague 1999.
- GÜMÜŞ Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2012.

- KÖROĞLU Belin**, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Y. 2013, S. 1-2, s.775 vd.
- MAGNUS Ulrich**, CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma, Milletlerarası Satım Hukuku, Editör: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2008.
- NEUMAYER Karl H. / MING Catherine**, Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, Commentaire, Lausanne 1993.
- OĞUZMAN M. Kemal/ ÖZ M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013.
- PICHONNAZ Pascal**, Impossibilité et exorbitance, Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM), Fribourg 1997.
- SEROZAN Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, Üçüncü Cilt, İstanbul 2014.
- SERT Selin**, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013.
- TEKİNAY Selahaddin Sulhi/ AKMAN Sermet/ BURCUOĞLU Halûk/ ALTOP Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TERCIER Pierre/ FAVRE Pascal G.**, Les Contrats Spéciaux, 4e édition, Schulthess 2009.
- ZEVKLİLER Aydın/ GÖKYAYLA K. Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013.

**Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler
Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına
Katılmamızın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun**

**Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler
Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması
Resmî Metni**

KANUN NO: 5870

**MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER
HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASINA
KATILMAMIZIN UYGUN BULUNDUĞUNA DAİR KANUN**

Kabul Tarihi: 2 Nisan 2009

Resmi Gazete ile Neşir ve İlânı: 14 Nisan 2009 - Sayı: 27200

MADDE 1 - (1) 11 Nisan 1980 tarihinde Viyana’da imzaya açılan “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması”na katılmamız uygun bulunmuştur.

MADDE 2 - (1) Bu Kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

MADDE 3 - (1) Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI

Bu Antlaşmaya taraf Devletler

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Yeni Milletlerarası Ekonomik Düzen'in kurulmasına ilişkin altıncı özel oturumunda kabul edilmiş olan kararlardaki genel hedefler çerçevesinde, milletlerarası ticaretin eşitlik ve karşılıklı menfaatler temelinde gelişmesinin Devletler arasındaki dostane ilişkilerin teşvik edilmesinde önemli bir unsur olduğunun bilincinde, milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak ve farklı sosyal, ekonomik ve hukuki sistemleri dikkate alacak yeknesak kuralların kabul edilmesinin milletlerarası ticarete hukuki engellerin kaldırılmasına yardımcı olacağı ve milletlerarası ticaretin gelişmesini teşvik edeceği inancı içinde, aşağıdakileri kararlaştırmışlardır:

Kısım I

Uygulama Alanı ve Genel Hükümler

Bölüm I

Uygulama Alanı

Madde 1

(1) Bu Antlaşma, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine,

(a) bu devletlerin âkit devletlerden olması veya

(b) milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması

halinde uygulanır.

(2) Tarafların işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması olgusu sözleşmeden veya sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde gerçekleşmiş olan görüşmelerden veya verilmiş olan bilgilerden anlaşılmadıkça dikkate alınmaz.

(3) Bu Antlaşmanın uygulanmasında ne tarafların vatandaşlığı, ne tacir olup olmadıkları, ne de sözleşmenin adî veya ticarî nitelikte olması dikkate alınır.

Madde 2

Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz:

- (a) Kişisel veya ailevî ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin;
- (b) Açık artırma yoluyla yapılan satımlar;
- (c) Cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satımlar;
- (d) Menkul kıymet, kambiyo senedi ve para;
- (e) Gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satımı;
- (f) Elektrik satımı.

Madde 3

(1) İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esaslı bir bölümünün teminini taahhüt etmiş olsun.

(2) Bu Antlaşma, mal temin eden tarafın ediminin, ağırlıklı olarak, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından oluştuğu sözleşmelere uygulanmaz.

Madde 4

Bu Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler. Antlaşmada aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, özellikle;

- (a) sözleşmenin veya sözleşmenin hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği;
- (b) sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri düzenlenmemiştir.

Madde 5

Bu Antlaşma satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmaz.

Madde 6

Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.

Bölüm II **Genel Hükümler**

Madde 7

(1) Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.

(2) Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelere mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.

Madde 8

(1) Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın.

(2) Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.

(3) Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır.

Madde 9

(1) Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır.

(2) Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır.

Madde 10

Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde,

(a) taraflardan birinin birden fazla işyerinin olması halinde, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde taraflarca bilinen veya dikkate alınan koşullar değerlendirilerek sözleşme ve sözleşmenin ifası ile en yakın irtibat içinde olan işyeri esas alınır,

(b) taraflardan birinin hiçbir işyerinin olmaması halinde mutlak meskeni esas alınır.

Madde 11

Satım sözleşmesinin kurulması veya ispatı yazılı şekilde yapılmak zorunda olmadığı gibi başka herhangi bir şekil hükmüne de bağlı değildir. Sözleşme, tanık dahil her usulle ispat edilebilir.

Madde 12

Taraflardan birinin işyeri, 96. madde uyarınca beyanda bulunmuş âkit bir devlette bulunduğu takdirde, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya

mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan bu Antlaşmanın 11. ve 29. maddesinin veya II. Kısımının hükümleri uygulanmaz. Taraflar bu maddeye istisna getiremeyecekleri gibi maddenin etkilerini de değiştiremezler.

Madde 13

Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde “yazılı” terimi telgraf ve teleksle yapılan bildirimleri de kapsar.

Kısım II

Sözleşmenin Kurulması

Madde 14

(1) Bir veya birden çok belirli kişiye sözleşmenin kurulması için yöneltilen bir teklif, yeterince kesin olması ve teklifte bulunanın, kabul halinde bağlanma iradesini yansıtmaması durumunda icap sayılır. Malların saptandığı ve açık veya örtülü olarak miktar ve semenin belirlendiği veya belirlenmesi için gerekli düzenlemenin yapıldığı teklifler yeterince kesin sayılır.

(2) Belirli olmayan kişilere yöneltilmiş teklif sadece icaba davet sayılır; meğerki, teklifte bulunan aksini açıkça belirtmiş olsun.

Madde 15

(1) İcap muhataba vardığı anda hükümlerini doğurur.

(2) İcap geri alınamaz nitelikte olsa bile, geri alma beyanının muhataba, icaptan önce veya icapla aynı anda varması halinde geri alınabilir.

Madde 16

(1) İcapta bulunanın geri alma beyanı, muhatabın kabul beyanını göndermesinden önce muhataba ulaşmış olmak koşuluyla, icap, sözleşme kuruluncaya kadar geri alınabilir.

(2) Ancak;

(a) icapta kabul için kesin bir süre öngörülmüş veya icabın geri alınmaz olduğu başka bir şekilde ifade edilmişse veya

(b) muhatap açısından icabın geri alınamaz olduğuna güvenmek makul sayılıbiliyorsa ve muhatap bu icaba güvenerek hareket etmişse icap geri alınamaz.

Madde 17

İcap geri alınamaz olsa bile, red beyanı icapta bulunana vardığı anda hükmünü yitirir.

Madde 18

(1) Muhatabın icaba onay verdiğini ifade eden herhangi bir beyanı veya diğer davranışı kabul hükmündedir. Susma veya eylemsizlik tek başına kabul sayılmaz.

(2) Bir icabın kabulü, kabul açıklamasının icapta bulunana varması anında hüküm doğurur. Bir kabul, kabul açıklamasının icapta bulunana, tespit ettiği süre içinde veya süre tespit edilmemesi halinde, icapta bulunan tarafından kullanılan iletişim araçlarının hızı da dahil olmak üzere işlemin koşulları dikkate alındığında, makul bir süre içinde ulaşmazsa, hüküm doğurmaz. Aksi hal ve şartlardan anlaşılmadıkça sözlü icap derhal kabul edilmelidir.

(3) Ancak taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar, teamüller veya icap nede niyle, muhatap, icapta bulunana haber vermeksizin malın gönderilmesi veya seme nin ödenmesi gibi bir eylem icra etmek suretiyle muvafakatini ifade etmişse, kabul, fıkra 2’de öngörülen müddet içinde yapılmak kaydıyla eylem anından itibaren hü küm doğurur.

Madde 19

(1) Bir icabın kabulüne yönelik, fakat eklemeler, sınırlamalar veya başkaca değişiklikler içeren cevap, icabın reddi olup bir karşı icap oluşturur.

(2) Buna karşılık, kabul beyanı oluşturması düşünülen, fakat icabın şartlarını esaslı olarak değiştirmeyen eklemeler veya sapmalar içeren icaba yönelik cevap, kabul sayılır; meğerki icapta bulunan, haklı bir gecikme olmaksızın bu uyumsuz luklara sözlü olarak itiraz etmiş veya bu yönde bir bildirim göndermiş olsun. Bunu yapmadığı takdirde icabın şartları kabul beyanındaki değişikliklerle birlikte sözleş menin içeriğini oluşturur.

(3) Özellikle, semene, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğerine karşı sorumluluğunun kapsamına veya uyuş mazlıkların çözümüne ilişkin tamamlayıcı veya farklı hükümler icabın şartlarını esaslı şekilde değiştirmiş sayılır.

Madde 20

(1) Bir telgraf veya mektupta icapta bulunan kimse tarafından belirlenmiş olan kabul süresi, telgrafın gönderilmek üzere verildiği tarihten veya mektupta gösteri len tarihten veya bu yoksa zarf üzerindeki tarihten itibaren işlemeye başlar. Telefon, teleks veya eşzamanlı diğer haberleşme araçları yoluyla icapta bulunan tarafından belirtilen kabul süresi icabın muhataba vardığı andan itibaren işlemeye başlar.

(2) Kabul süresi içine düşen resmi tatil veya iş günü dışındaki günler bu sü renin hesabına dahil edilir. Ancak, kabul bildirimi, sürenin son gününün icapta bulunanın işyerinin bulunduğu yerde resmi tatil veya işgünü dışındaki günlerden birine rastlaması nedeniyle, icapta bulunanın adresine teslim edilmezse süre, takip eden ilk iş gününe uzar.

Madde 21

(1) Gecikmiş bir kabul ancak icapta bulunanın gecikmeksizin muhatabı bu yönde sözlü olarak haberdar etmesi veya bu içerikli bir bildirim göndermesi halinde kabul gibi hüküm doğurur.

(2) Gecikmiş bir kabul içeren mektup veya başkaca yazılı belgeden, gereğince iletilmiş olsaydı, icapta bulunana zamanında ulaşacak koşullarda yollanmış olduğu anlaşılıyorsa, gecikmiş kabul de geçerli bir kabul gibi hüküm doğurur; meğerki, icapta bulunan, icabını düşmüş addettiğini muhataba gecikmeksizin sözlü olarak bildirmiş veya bu içerikli bir bildirim göndermiş olsun.

Madde 22

Geri alma beyanı, icapta bulunana, kabulün hüküm doğurma anından önce veya aynı anda varmışsa kabul beyanı geri alınabilir.

Madde 23

Kabul beyanının, bu Antlaşmaya uygun olarak hüküm doğurduğu anda sözleşme kurulmuş sayılır.

Madde 24

Antlaşmanın bu Kısımının amacı çerçevesinde; icap, kabul beyanı ve diğer tüm irade açıklamaları muhataba sözlü olarak yapıldıkları veya diğer herhangi bir yoldan şahsen kendisine veya işyerine veya posta adresine, bunlar da yoksa, mutat meskenine teslim edildiklerinde «varmış» sayılırlar.

Kısım III**Malların Satımı****Bölüm I****Genel Hükümler****Madde 25**

Taraflardan birinin sözleşme ihlâli, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun.

Madde 26

Sözleşmenin ortadan kaldırılması beyanı, ancak diğer tarafa bildirimle yapılması halinde hüküm ifade eder.

Madde 27

Antlaşmanın bu Kısımında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısma uygun bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya

ulaşmamış olması açıklamada bulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz.

Madde 28

Antlaşma hükümleri uyarınca taraflardan biri diğer tarafın belirli bir yükümlülüğü ifa etmesini talep hakkına sahip ise, mahkemenin aynen ifaya hükmetmesi ancak, bu Antlaşmanın uygulama alanına girmeyen benzer satım sözleşmelerinde kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür.

Madde 29

(1) Bir sözleşme, tarafların salt anlaşması ile değiştirilebilir veya sona erdirilebilir.

(2) Her türlü değişiklik veya sona erdirmeye anlaşmasının, yazılı yapılması gerektiği hükmünü içeren yazılı bir sözleşme, başka şekilde bir anlaşmayla değiştirilemez veya ortadan kaldırılamaz. Ancak taraflardan biri, kendi davranışı ile diğer tarafın bu davranışa güven duymasına yol açtığı ölçüde bu hükme dayanamaz.

Bölüm II

Satıcının Yükümlülükleri

Madde 30

Satıcı sözleşmede ve bu Antlaşmada öngörüldüğü şekilde malları teslim etmek, onlara ilişkin belgeleri vermek ve malların mülkiyetini geçirmekle yükümlüdür.

Ayrım I

Malların Teslimi ve Belgelerin Verilmesi

Madde 31

Satıcı malları belirli başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse, teslim borcu aşağıdaki gibidir:

a) satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermek;

b) önceki bendin kapsamına girmeyen hallerde; sözleşmenin, ferdin belirlenmiş mallara veya belirli bir stoktan karşılanacak nevi belirlenmiş mallara veya imal edilecek veya üretilecek mallara ilişkin olması ve tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretileceğini bilmeleri durumunda malları bu yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak;

c) diğer hallerde, sözleşmenin kurulduğu sırada satıcının işyerinin bulunduğu yerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak.

Madde 32

(1) Satıcı, sözleşmeye veya bu Antlaşmaya uygun olarak, malları bir taşıyıcıya vermiş ancak mallar, üzerlerine ayırt edici bir işaret konulmak suretiyle, taşıma belgeleriyle veya başka herhangi bir şekilde açıkça sözleşmeye tahsis edilmemişse, satıcının göndermeyi alıcıya bildirmesi ve malları özel olarak belirlemesi gerekir.

(2) Satıcı, malların taşınmasını sağlamayı üstlenmiş ise, taşımanın kararlaştırılan yere kadar, koşulların gerektirdiği nakil araçlarıyla ve böyle bir naklin mutat şartlarına uygun bir biçimde gerçekleşmesi için gerekli sözleşmeleri yapmak zorundadır.

(3) Satıcı, malların taşınması ile ilgili sigortayı yaptırmak zorunda değilse, alıcının talebi üzerine, onun böyle bir sigortayı yaptırmak için ihtiyaç duyacağı mevcut bütün bilgileri alıcıya vermek zorundadır.

Madde 33

Satıcı malları

(a) sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir tarih varsa bu tarihte;

(b) sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir zaman dilimi varsa, koşullardan tarih saptama yetkisinin alıcıda olduğu anlaşılacakça, bu zaman dilimi içinde herhangi bir anda;

(c) diğer tüm hallerde, sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde

teslim etmek zorundadır.

Madde 34

Satıcının mallara ilişkin vermesi gereken belgeler varsa, bunları sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde vermesi gerekir. Belgelerin erken verilmesi halinde, satıcı, belgelerin verilmesi için öngörülen ana kadar, belgelerdeki tüm sözleşmeye aykırılıkları gidermek hakkına sahiptir, yeter ki bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmete veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır.

Ayrım II

**Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin
Hak veya Talepleri**

Madde 35

(1) Satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır.

(2) Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, mallar ancak aşağıdaki hallerde sözleşmeye uygun sayılırlar:

(a) aynı türden malların mutaat olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler;

(b) sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılsın;

(c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler;

(d) ilgili türden mallar için mutaat sayılan şekilde veya böyle mutaat bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler.

(3) Alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2'nin (a) ilâ (d) bendleri çerçevesinde sorumlu değerdir.

Madde 36

(1) Satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa dahi, sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca sorumludur.

(2) Satıcı, fıkra 1'de belirtilen andan sonra ortaya çıkan ve malların belirli bir süre için, mutaat amaçlarına veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlâli de dahil olmak üzere herhangi bir yükümlülüğünün ihlâline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur.

Madde 37

Malların teslim tarihinden önce teslim edilmesi halinde satıcı, teslim tarihine kadar, eksik bölümleri veya eksik kalan miktarı teslim edebilir veya sözleşmeye uygun olmayan malları ikame eden yeni mallar teslim edebilir veya malların diğer sözleşmeye aykırılıklarını giderebilir; yeter ki, bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmet veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır.

Madde 38

(1) Alıcı, malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır.

(2) Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, muayene, malların varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir.

(3) Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkânâ sahip olmaksızın, taşıma halindeyken başka bir yere yönlendirilir veya onun tarafından başka bir yere gönderilirse ve satıcı sözleşme kurulurken böyle bir yönlendirme veya başka

yere gönderme ihtimalini biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, muayene, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasına ertelenebilir.

Madde 39

(1) Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder.

(2) Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğerki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun.

Madde 40

Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz.

Madde 41

Satıcı, üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden ari mallar teslim etmek zorundadır, meğerki, alıcı bu hak ve taleplere konu malları almayı kabul etmiş olsun. Bununla birlikte, bu hak veya talep sınaî ya da diğer bir fikrî mülkiyete dayanmaktaysa, satıcının borcu 42. maddeye tabidir.

Madde 42

(1) Satıcı, üçüncü kişilere ait sınaî veya diğer bir fikrî mülkiyete dayanan ve sözleşmenin akdedilmesi sırasında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak veya taleplerden ari mallar teslim etmek zorundadır, şu şartla ki, hak ya da talep,

(a) malların yeniden satılacağı veya diğer bir şekilde kullanılacağı devletin hukukuna göre mevcut olan bir sınaî veya fikrî mülkiyete dayansın ve taraflar sözleşmenin kurulması sırasında malların bu devlette yeniden satılacağını veya kullanılacağını hesaba katmış olsun; veya

(b) bunun dışındaki her halde, alıcının işyerinin bulunduğu devletin hukukuna göre mevcut olan bir sınaî veya fikrî mülkiyete dayansın.

(2) Satıcının fıkra 1 uyarınca yükümlülüğü,

(a) sözleşmenin kurulduğu anda alıcının hakkı ya da talebi bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı halleri; veya

(b) hak ya da talebin, alıcının, satıcının kullanımına sunduğu teknik çizim, tasarım, veya başkaca veriden kaynaklandığı halleri

kapsamaz.

Madde 43

(1) Alıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini öğrendikten veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren, makul bir süre içinde satıcıya bu hak veya talebin mahiyetini belirten bir bildirimde bulunmazsa 41. veya 42. madde hükümlerine dayanma hakkını kaybeder.

(2) Satıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini ve bunun mahiyetini biliyor idiyse fıkra 1'e dayanamaz.

Madde 44

Alıcının, gerekli bildirimini yapmama konusunda makul bir özrü varsa, 39. maddenin 1. fıkrası ile 43. maddenin 1. fıkrası hükümlerine bakılmaksızın 50. madde uyarınca semende indirim yapması veya yoksun kalınan kâr dışındaki zararının tazminini talep etmesi mümkündür.

Ayrım III

Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlâli Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukukî İmkânlar

Madde 45

(1) Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse, alıcı:

(a) Madde 46 ilâ 52'de öngörülen haklarını kullanabilir.

(b) Madde 74 ilâ 77'de öngörülen tazminatı talep edebilir.

(2) Alıcı diğer hukukî imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez.

(3) Alıcı, sözleşmenin ihlâl edilmesi halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan birine başvurduğu takdirde, satıcıya, bir mahkeme veya hakem tarafından ek süre tanınmaz.

Madde 46

(1) Alıcı, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukukî imkândan yararlanmış olsun.

(2) Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması ve 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilir.

(3) Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı, satıcıdan sözleşmeye aykırılığın onarım yoluyla giderilmesini isteyebilir; meğerki tüm koşullar gözönüne alındığında bu, makul olmayan bir talep oluştursun. Onarım talebi 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde yöneltilmelidir.

Madde 47

(1) Alıcı satıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre tanıyabilir.

(2) Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda satıcıdan bir bildirim almadıkça, alıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden alıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez.

Madde 48

(1) 49. madde saklı kalmak üzere satıcı, yükümlülüklerinin ifasına ilişkin her türlü eksikliği, masrafları kendisine ait olmak üzere teslim tarihinden sonra da giderebilir; yeter ki bu, makul olmayan bir gecikmeye yol açmasın ve alıcı için, makul olmayan zahmete veya onun tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda bir tereddüde sebep olmasın. Ancak, alıcının bu Antlaşma uyarınca tazminat talep etmeye ilişkin her türlü hakkı saklıdır.

(2) Satıcı, alıcıdan, ifayı kabul edip etmeyeceğini kendisine açıklamasını talep ederse ve alıcı makul bir süre içinde bu talebe cevap vermezse, satıcı, talebinde ifade ettiği süre içinde ifayı gerçekleştirebilir. Alıcı bu süre içinde, satıcının ifası ile bağdaşmayacak bir hukukî imkâna başvuramaz.

(3) Satıcının belirli bir süre içinde ifa edeceğine ilişkin bildirimının, fıkra 2 uyarınca, alıcının kararını açıklamasına ilişkin bir talep içerdiği varsayılır.

(4) Satıcının 2. veya 3. fıkra çerçevesindeki talep veya bildirimleri alıcıya ulaşmış olmadıkça hüküm doğurmaz.

Madde 49

(1) Alıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir:

(a) Satıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa veya

(b) Teslim etmeme durumunda satıcı, alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde malları teslim etmez veya verilmiş süre içinde bunları teslim etmeyeceğini açıklarsa.

(2) Ancak, satıcının malları teslim ettiği hallerde alıcı, sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını yitirir; meğerki

(a) gecikmiş teslim halinde, teslimin yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun,

(b) gecikmiş teslimden farklı bir sözleşmeye aykırılık halinde,

(i) bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren;

(ii) alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş herhangi bir ek

sürenin geçmesinden sonra veya satıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra; veya

(iii) satıcı tarafından 48. maddenin 2. fıkrası uyarınca belirlenmiş sürenin tamamlanmasından sonra veya alıcının ifayı kabul etmeyeceğini açıklamasından sonra;

sözleşmenin ortadan kalktığını makul bir süre içinde beyan etmiş olsun.

Madde 50

Malların sözleşmeye uygun olmaması durumunda semen ödenmiş olsun veya olmasın alıcı semeni, fiilen teslim edilen malların teslim anındaki değeri ile sözleşmeye uygun malların aynı andaki değeri arasındaki farkla orantılı olarak indirebilir. Ancak satıcı 37. veya 48. maddeler uyarınca yükümlülüklerinin ifasındaki bütün eksiklikleri giderirse veya alıcı, satıcının bu maddelere uygun olarak yaptığı ifayı red ederse, alıcı semeni indiremez.

Madde 51

(1) Satıcı malların yalnızca bir kısmını teslim etmiş ise veya teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmı sözleşmeye uygun ise, 46 ilâ 50. maddeler eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısım için uygulanır.

(2) Eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamının ortadan kalktığını beyan edebilir.

Madde 52

(1) Satıcı, malları belirlenen tarihten önce teslim ederse, alıcı bu teslimi kabul veya red edebilir.

(2) Satıcı, sözleşmede belirtilenden daha fazla miktarda mal teslim ederse, alıcı bu fazla miktarı kabul veya red edebilir. Alıcı, fazlayı kısmen veya tamamen teslim alırsa, bunun için sözleşmede öngörülen fiyat üzerinden ödeme yapması gerekir.

Bölüm III

Alıcının Yükümlülükleri

Madde 53

Alıcı, sözleşme ve bu Antlaşmanın gerektirdiği şekilde semeni ödemek ve malları teslim almakla yükümlüdür.

Ayrım I

Semenin Ödenmesi

Madde 54

Alıcının semeni ödeme borcu, sözleşmede veya mevzuatta öngörülmüş olan,

semenin ödenmesini sağlayacak önlemleri almayı ve formaliteleri gerçekleştirmeyi içerir.

Madde 55

Sözleşme, açıkça veya örtülü olarak semen belirlenmeksizin veya semenin belirlenmesini sağlayacak bir düzenleme içermeksizin geçerli olarak kurulmuşsa, aksine herhangi bir emare bulunmadıkça, tarafların sözleşmenin kurulduğu anda ilgili ticari branşta benzer koşullarda satılan aynı türden mallar için uygulanan cari fiyata örtülü olarak gönderme yapmış oldukları varsayılır.

Madde 56

Semen, malların ağırlığına göre belirlenmişse, şüphe halinde, net ağırlık esas alınarak saptanır.

Madde 57

(1) Alıcı semeni belirli başka bir yerde ödemekle yükümlü değil ise, bunu satıcıya:

(a) onun işyerinde, veya

(b) ödemenin, malların veya belgelerin verilmesi karşılığında yapılması gerekiyor ise, verme yerinde ödemelidir.

(2) Sözleşmenin kuruluşundan sonraki iş yeri değişikliğinden kaynaklanan ödemeye ilişkin ek masrafları satıcı taşır.

Madde 58

(1) Alıcının semeni belirli başka bir anda ödeme yükümlülüğü yoksa, satıcının sözleşme veya bu Antlaşma uyarınca malları veya malları temsil eden belgeleri tasarrufuna hazır bulundurduğu anda ödemeyi yapması gerekir. Satıcı, malların veya belgelerin verilmesini, ödemenin yapılması koşuluna bağlayabilir.

(2) Sözleşme, malların taşınmasını gerektiriyorsa, satıcı göndermeyi, malların veya malları temsil eden belgelerin alıcıya ancak semenin ödenmesi karşılığında verilmesi koşulu ile gerçekleştirebilir.

(3) Alıcı, semeni, malları muayene olanağına sahip olmadan önce ödemekle yükümlü değildir, meğerki taraftarca üzerinde anlaşılmış olan teslim veya ödeme usulleri buna olanak tanımasın.

Madde 59

Alıcı, satıcının hiçbir talebine veya başka bir formaliteye uymasına gerek olmaksızın, sözleşmede tespit edilen veya sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca belirlenebilen tarihte semeni ödemelidir.

Ayrım II

Teslim Alma

Madde 60

Alıcının teslim alma borcu

- (a) satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için kendisinden makul olarak beklenilecek her türlü eylemde bulunmayı ve
- (b) malları fiilen devralmayı kapsar.

Ayrım III

Sözleşmenin Alıcı Tarafından İhlali Halinde Satıcının Sahip Olduğu Hukukî İmkânlar

Madde 61

(1) Alıcı sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemezse, satıcı:

- (a) Madde 62 ilâ 65'te öngörülen hakları kullanabilir.
- (b) Madde 74 ilâ 77'de öngörülen tazminatı talep edebilir.

(2) Satıcı diğer hukuki imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez.

(3) Satıcı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde sahip olduğu hukuki imkânlardan birine başvurduğu takdirde, alıcıya, bir mahkeme veya bir hakem tarafından ek süre tanınmaz.

Madde 62

Satıcı alıcıdan semeni ödemesini, malları teslim almasını veya diğer yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu taleplerle bağdaşmayan bir hukuki imkândan yararlanmış olsun.

Madde 63

(1) Satıcı alıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre verebilir.

(2) Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda alıcıdan bir bildirim almadıkça, satıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden satıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez.

Madde 64

(1) Satıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir:

(a) Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa, veya

(b) Alıcı, satıcı tarafından 63. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde semeni ödeme borcunu yerine getirmez veya malları teslim almaz veya verilmiş süre içinde bunu yapmayacağını açıklarsa.

(2) Ancak, alıcının semeni ödediği hallerde, satıcı, sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını yitirir; meğerki

(a) alıcının gecikmiş ifası halinde, ifanın gerçekleşmiş olduğunu öğrenmeden önce sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun, veya

(b) alıcının gecikmiş ifa dışındaki bir sözleşmeye aykırılığı halinde,

(i) bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde veya

(ii) satıcı tarafından 63. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş herhangi bir ek sürenin geçmesinden sonra veya alıcının bu ek süre içinde yükümlülüklerini yerine getirmeyeceğini açıklamasından sonra makul bir süre içinde

sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmiş olsun.

Madde 65

(1) Sözleşme uyarınca malların şeklini, ölçüsünü veya diğer niteliklerini alıcının belirlemesi gerekiyor ise ve alıcı bu belirlemeyi kararlaştırılan tarihte veya satıcının talebinin ulaşmasından itibaren makul bir süre içinde yapmamışsa, satıcı, sahip olduğu diğer haklara halel gelmeksizin, alıcının, kendisi tarafından bilinebilecek ihtiyaçlarına göre bu belirlemeyi bizzat yapabilir.

(2) Satıcı belirlemeyi bizzat yaparsa, bunun ayrıntıları hakkında alıcıyı bilgilendirmesi ve ona farklı bir belirleme yapması için makul bir süre tanınması gerekir. Alıcı, satıcının açıklamasının ulaşmasından sonra, bu olanağı, verilmiş süre içinde kullanmazsa, satıcı tarafından yapılmış belirleme bağlayıcı olur.

Bölüm IV

Hasarın İntikali

Madde 66

Hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayi olması veya zarar görmesi, alıcıyı semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz, meğerki, ziya veya zarar satıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklansın.

Madde 67

(1) Satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa ve satıcı malları belirli bir yerde vermeye mecbur değilse hasar, malların, alıcıya ulaştırılması amacıyla, satım sözleşmesine uygun olarak ilk taşıyıcıya verilmesi ile alıcıya geçer. Satıcının malları belirli bir yerde taşıyıcıya vermesi gerekiyorsa malların o yerde taşıyıcıya verilmesine kadar hasar alıcıya geçmez. Satıcının malları temsil eden belgeleri alıkoyma hakkı olsa bile, bu, hasarın intikaline etki etmez.

(2) Ancak mallar, üzerlerindeki ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez.

Madde 68

Taşıma halindeyken satılan mallara ilişkin hasar, satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren alıcıya geçer. Ancak koşulların haklı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin akdi anında malın zayi olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır.

Madde 69

(1) Madde 67 ve 68 kapsamına girmeyen hallerde hasar, alıcının malları teslim aldığı anda, veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer.

(2) Ancak alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal eder.

(3) Sözleşmenin, henüz ayırdedilmemiş mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir.

Madde 70

Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hukukî imkânlarla hâlel vermez.

Bölüm V

Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine İlişkin Ortak Hükümler

Ayrım I

Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılıklar ve Art Arda Teslimli Sözleşmeler

Madde 71

(1) Taraflardan biri, sözleşmenin kurulmasından sonra, karşı tarafın;
(a) ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle, veya
(b) sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle

yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir.

(2) Satıcı, I. fıkradaki nedenlerin ortaya çıkmasından önce, malları göndermiş olduğu takdirde, malların alıcıya verilmesini, alıcının elinde kendisine bu malları edinme hakkı veren bir belge bulursa dahi engelleyebilir. Bu fıkra hükümleri, sadece alıcı ve satıcı arasında mallar üzerindeki haklara ilişkindir.

(3) Malların gönderilmesinden önce veya sonra sözleşmenin ifasını askıya alan taraf, askıya alma keyfiyetini derhal karşı tarafa bildirmek ve karşı tarafın sözleşmeyi ifa edeceğine dair yeterli teminat göstermesi durumunda ifaya devam etmek zorundadır.

Madde 72

(1) Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği aşıkâr ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.

(2) Sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmek niyetinde olan taraf, süre el-verdiği takdirde karşı tarafa, yükümlülüklerinin ifasına dair yeterli teminat göstermesine olanak tanımak amacıyla, keyfiyete ilişkin makul bir bildirimde bulunmalıdır.

(3) Karşı taraf yükümlülüklerini ifa etmeyeceğini beyan ettiği takdirde 2. fıkra hükümleri uygulanmaz.

Madde 73

(1) Malların art arda teslim edilmesinin öngörüldüğü bir sözleşmede, taraflardan birinin münferit teslimatlardan birine dair yükümlülüklerini ifa etmemesinin bu teslimata dair sözleşmenin esaslı şekilde ihlâlini teşkil etmesi halinde, karşı taraf, bu teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.

(2) Taraflardan birinin münferit teslimatlardan herhangi birine dair yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi, karşı taraf açısından, gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlâl edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ettiği takdirde, karşı taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kalktığını beyan edebilir.

(3) Münferit bir teslimata ilişkin olarak sözleşmenin ortadan kalktığını beyan eden alıcı, aynı zamanda, gerçekleşmiş teslimatlara ve gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak da sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir, yeter ki teslimatlar arasındaki bağlantı nedeniyle bunlar artık sözleşmenin kurulması sırasında taraflarca öngörülen amaç doğrultusunda kullanılamayacak olsun.

Ayrım II **Tazminat**

Madde 74

Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına

eşittir. Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.

Madde 75

Sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde, ortadan kaldırmadan itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde alıcının ikame mallar satın alması veya satıcının malları yeniden satması durumunda, tazminat talep eden taraf, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir.

Madde 76

(1) Sözleşmenin ortadan kaldırıldığı ve mallar için cari bir fiyatın var olduğu hallerde, tazminat talep eden taraf, 75. madde uyarınca ikame alış veya satış yapmamış olsa da, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyat arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir. Bununla birlikte, tazminat talep eden taraf, malları devraldıktan sonra sözleşmeyi ortadan kaldırırsa, ortadan kaldırma anındaki cari fiyat yerine devir Alma anındaki cari fiyat uygulanır.

(2) Fıkra 1 anlamında cari fiyat, malların teslim edilmesi gereken yerde geçerli olan fiyattır; ancak, o yerde bir cari fiyat mevcut değilse, makul ikame yeri kabul edilebilen diğer bir yerdeki fiyat, malların taşıma masraflarındaki farklılıklar gözetilerek, esas alınır.

Madde 77

Sözleşmenin ihlâlüne dayanan taraf, mahrum kalınan kâr dahil, ihlâlden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır. Bu önlemleri almaması halinde, ihlâl eden taraf, zararın azaltılabilecek olduğu miktarda tazminattan indirim yapılmasını isteyebilir.

Ayrım III

Faiz

Madde 78

Taraflardan biri semeni veya muaccel diğer bir meblağı ödemezse diğer taraf, 74. madde uyarınca talep etme hakkına sahip olduğu tazminata hâlel gelmeksizin, bu meblağ üzerinden faize hak kazanır.

Ayrım IV

Sorumluluktan Kurtulma

Madde 79

(1) Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması

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

(2) Taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak;

(a) Fıkra 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu takdirde ve,

(b) Görevlendirmiş olduğu kişiye 1. fıkra hükmünün uygulanması durumunda görevlendirilen kişi de sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.

(3) Bu maddede öngörülen sorumluluktan kurtulma, engelin var olduğu dönem için geçerlidir.

(4) İfa etmeyen taraf, engeli ve kendisinin ifa kabiliyeti üzerindeki etkilerini diğer tarafa bildirmek zorundadır. Bu bildirim, ifa etmeyen tarafın engeli bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde karşı tarafa ulaşmazsa, ulaşmama olgusundan kaynaklanan zararı ifa etmeyen taşır.

(5) Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.

Madde 80

Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz.

Ayrım V

Sözleşmenin Ortadan Kaldırılmasının Sonuçları

Madde 81

(1) Sözleşmenin ortadan kaldırılması, tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla her iki tarafı da sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtarır. Sözleşmenin ortadan kaldırılması, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerini veya sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrasında tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen diğer sözleşme hükümlerini etkilemez.

(2) Sözleşmeyi tamamen veya kısmen ifa eden taraf, sözleşme uyarınca ifa ettiklerinin veya ödediklerinin iadesini karşı taraftan talep edebilir. Her iki taraf da iade borcu altında ise, edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerekir.

Madde 82

(1) Alıcının, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade etmesi imkansızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşer.

(2) Önceki fıkra hükmü aşağıdaki hallerde uygulanmaz:

(a) malların iade edilmesinin veya teslim alındığı andaki duruma esaslı surette yakın bir durumda iade edilmesinin imkansızlaşması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa;

(b) mallar veya malların bir bölümü 38. maddeye dayalı olarak yapılan muayene sonucunda ziyaıa veya hasara uğramışsa; veya

(c) mallar veya malların bir bölümü sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten önce ticarî faaliyetin olağan seyri içinde satılmış veya olağan kullanım kapsamında alıcı tarafından tüketilmiş veya şekil değiştirmişse.

Madde 83

Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkını 82. maddeye göre kaybeden alıcı, sözleşmede ve bu Antlaşmada tanınan diğer bütün imkanlardan yararlanma hakkını muhafaza eder.

Madde 84

(1) Satıcı semeni geri ödeme borcu altında ise, bu meblağın kendisine ödendiği tarihten itibaren faizini de ödemesi gerekir.

(2) Aşağıdaki hallerde alıcı, mallardan veya malların bir bölümünden elde ettiği yararların karşılığını satıcıya ifa borcu altındadır:

(a) alıcı malların tamamını veya bir bölümünü iade etmekle yükümlü ise; veya

(b) malların tamamen veya kısmen iade edilmesinin veya tamamen veya kısmen teslim alındığı andaki duruma yakın bir durumda iade edilmesinin imkânsızlaşmasına rağmen alıcı sözleşmeyi ortadan kaldırmış veya satıcıdan ikame mal teslim etmesini talep etmişse.

Ayrım VI

Malın Muhafazası

Madde 85

Alıcı malları teslim almakta geciktiği veya bedelin ödenmesi ile malların teslimi borçlarının aynı anda ifa edilmesi gerektiği hallerde bedeli ödemediği takdirde, malların zilyetliğini halen elinde bulunduran veya başka şekilde onları kontrol edebilecek durumda olan satıcının, malların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alması gerekir. Yapmış olduğu makul masraflar alıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir.

Madde 86

(1) Malları teslim almış olan alıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan, malları reddetme hakkını kullanmak isterse, onların muhafazası için koşulların gerekli kıldığı makul önlemleri alması gerekir. Yapmış olduğu makul masraflar satıcı tarafından karşılanıncaya kadar malları alıkoyabilir.

(2) Alıcıya gönderilen mallar, varış yerinde alıcının tasarrufuna hazır bulunmuş ve alıcı bunları reddetme hakkını kullanmışsa, bunların zilyetliğini satıcı adına devralması gerekir. Şu kadar ki devralmak, semenin ödenmesini gerektirsin ve makul olmayan zahmet veya masraflara sebep olmasın. Bu hüküm, varma yerinde satıcı veya malları satıcı adına hâkimiyeti altına almaya yetkili bir kimsenin bulunduğu hallerde uygulanmaz. Alıcı malların zilyetliğini bu fıkra uyarınca devralırsa hakları ve borçları 1. fıkraya göre belirlenir.

Madde 87

Malların muhafazası için önlem almakla yükümlü olan taraf bunları, masrafı karşı tarafa ait olmak üzere üçüncü bir kişinin ardiyesine tevdi edebilir; meğerki doğan masraflar makul olmasın.

Madde 88

(1) 85 veya 86. madde uyarınca malları muhafaza etmekle yükümlü olan taraf, diğer taraf, malların zilyetliğini devralmakta veya bunları geri almakta veya semeni veyahut muhafaza masraflarını ödemekte makul olmayan ölçüde geç kalmış ise bunları uygun bir şekilde satabilir. Şu kadar ki, satma niyetine ilişkin olarak diğer tarafa makul bir bildirimde bulunulmuş olsun.

(2) Mallar çabuk bozulacak türdence veya bunların muhafazası makul sayılamayacak masrafı gerektirecekse, 85 veya 86. madde uyarınca malları muhafaza etmekle yükümlü olan taraf, bunları satmak için uygun önlemleri almak zorundadır. Mümkün olduğu ölçüde diğer tarafa satma niyetine ilişkin bildirimde bulunulmalıdır.

(3) Malları satan tarafın, malların muhafazası ve satımı için yapılan makul masraflara eşit bir miktarı satımdan elde edilen gelirden alıkoyma hakkı vardır. Bakiyeyi diğer tarafa borçludur.

Kısım IV Son Hükümler

Madde 89

Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri işbu Antlaşmanın tevdi makamı olarak atanmıştır.

Madde 90

Bu Antlaşma, akdedilmiş veya akdedilebilecek olan ve işbu Antlaşmanın düzenlediği konulara ilişkin hükümler içeren uluslararası Antlaşmaların, tarafların işyerlerinin o Antlaşmaya taraf olan Devletlerde bulunması kaydıyla uygulanmasını etkilemez.

Madde 91

(1) Bu Antlaşma, Milletlerarası Mal Satımına ilişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Konferansının sonuç toplantısında imzaya açılmıştır ve 30 Ey-

lül 1981 tarihine kadar Birleşmiş Milletler'in New York'taki Merkezinde tüm Devletlerin imzasına açık olacaktır.

(2) Bu Antlaşma, imzacı Devletlerin onay, kabul veya uygun bulmasını gerektirir.

(3) Bu Antlaşma, imzaya açıldığı tarihten itibaren, imzacı olmayan tüm Devletlerin katılımına açıktır.

(4) Onay, kabul, uygun bulma ve katılma belgeleri Birleşmiş Milletler Genel Sekreterine tevdi edilecektir.

Madde 92

(1) Her bir taraf Devlet imza, onay, kabul, uygun bulma veya katılım anında bu Antlaşmanın II. Kısım ile bağlı olmayacağını veya bu Antlaşmanın III. Kısım ile bağlı olmayacağını beyan edebilir.

(2) Bu Antlaşmanın II. Kısım veya III. Kısım hakkında yukarıdaki fıkra uyarınca bir beyanda bulunan taraf Devlet, beyanın ilgili olduğu Kısımda düzenlenen konular bakımından, bu Antlaşmanın 1. maddesinin 1. fıkrası anlamında taraf Devlet olarak kabul edilemez.

Madde 93

(1) Bir taraf Devletin, bu Antlaşmada ele alınan konularla ilgili olarak kendi anayasası uyarınca değişik hukuk sistemlerinin uygulandığı iki veya daha fazla ülkesel birimi varsa, taraf Devlet imza, onay, kabul, uygun bulma veya katılım anında bu Antlaşmanın tüm ülkesel birimlere veya bunlardan sadece bir veya birkaçına teşmil edileceğini beyan edebilir ve herhangi bir zamanda yapacağı başka bir beyan ile, bu beyanını değiştirebilir.

(2) Bu beyanlar tevdi makamına bildirilecek ve beyanlarda, Antlaşmanın uygulanacağı ülkesel birimlerin hangileri olduğu açıkça belirtilecektir.

(3) Bu Antlaşma, bu madde uyarınca yapılmış bir beyan nedeniyle bir âkit Devletin ülkesel birimlerinin tümüne değil sadece bir veya birkaçına uygulanıyorsa ve bir tarafın işyeri o Devlette bulunuyorsa, bu işyeri Antlaşmanın uygulandığı bir ülkesel birimde bulunmadıkça, Antlaşmanın amaçları çerçevesinde bir âkit Devlette bulunmuyor kabul edilir.

(4) Bir taraf Devletin bu maddenin 1. fıkrası uyarınca hiçbir beyanda bulunmaması halinde, Antlaşma o Devletin tüm ülkesel birimlerine uygulanır.

Madde 94

(1) Bu Antlaşmada düzenlenen konular hakkında aynı veya birbirine çok yakın hukukî kurallara sahip olan iki veya daha fazla âkit Devlet, bu Antlaşmanın, işyeri o Devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine veya bunların kurulmasına uygulanmayacağını her zaman beyan edebilir. Bu tür beyanlar birlikte veya karşılıklı tek taraflı beyanlarda bulunulması yoluyla yapılabilir.

(2) Bu Antlaşmada düzenlenen konular hakkında, Antlaşmaya taraf olmayan bir veya birden fazla Devletle aynı veya birbirine çok yakın hukukî kurallara sahip olan bir âkit Devlet, bu Antlaşmanın, işyeri o Devletlerde bulunan taraflar arasındaki satım sözleşmelerine veya bunların kurulmasına uygulanmayacağını her zaman beyan edebilir.

(3) Fıkra 2'deki beyanın konusu olan bir Devlet, sonradan bir taraf Devlet haline gelirse, yapılan beyan, Antlaşmanın yeni taraf Devlet bakımından yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1. fıkra uyarınca yapılmış bir beyan hükmünde olur; şu kadar ki, yeni taraf Devlet bu beyana katılmalı veya tek taraflı bir karşı beyanda bulunmalıdır.

Madde 95

Her Devlet, onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edilmesi sırasında, bu Antlaşmanın 1. maddesinin 1. fıkrasının b bendi ile bağlı olmayacağını beyan edebilir.

Madde 96

Mevzuatı, satım sözleşmelerinin yazılı olarak kurulmasını veya ispat edilmesini şart kılan bir taraf Devlet, her zaman 12. madde uyarınca, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan bu Antlaşmanın 11. ve 29. maddesinin veya II. Kısımının herhangi bir hükmünün, taraflardan birinin işyerinin bu Devlette olması durumunda uygulanmayacağına ilişkin bir beyanda bulunabilir.

Madde 97

(1) Bu Antlaşma uyarınca imza esnasında yapılan beyanların, onay, kabul veya uygun bulma anında teyit edilmesi gerekir.

(2) Beyanlar ve beyanların teyitleri, yazılı olarak yapılacak ve tevdi makamına resmi olarak bildirilecektir.

(3) Beyan, ilgili Devlet bakımından bu Antlaşmanın yürürlüğe girdiği anda hüküm ifade eder. Ancak yürürlüğe girdikten sonra tevdi makamına resmi bildirimi ulaşan beyanlar, tevdi makamına ulaştığı tarihten itibaren altı ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde hüküm ifade etmeye başlar. 94. madde uyarınca yapılan karşılıklı tek taraflı beyanlar, sonuncu beyanın tevdi makamına ulaşmasından itibaren altı ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde hüküm ifade etmeye başlar.

(4) Bu Antlaşma uyarınca bir beyanda bulunan Devlet, tevdi makamına yapacağı yazılı bir resmi bildirimle herhangi bir zamanda bunu geri çekebilir. Böyle bir geri çekme, bildirimin tevdi makamına ulaştığı tarihten itibaren altı ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde hüküm ifade eder.

(5) 94. madde uyarınca yapılmış bir beyanın geri çekilmesi, diğer bir Devlet

tarafından aynı madde uyarınca yapılmış herhangi bir karşı beyanı, geri çekmenin hüküm ifade ettiği tarihten itibaren etkisiz hale getirir.

Madde 98

Bu Antlaşmada açıkça izin verilmiş olanlar dışında hiçbir çekince kabul edilemez.

Madde 99

(1) Bu Antlaşma, bu maddenin 6. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, 92. madde uyarınca yapılmış bir beyanı içeren bir belge dahil olmak üzere, onuncu onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer.

(2) Bir Devletin, onuncu onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edilmesinden sonra bu Antlaşmayı onaylaması, kabul etmesi, uygun bulması veya Antlaşmaya katılması halinde, bu Antlaşma, hariç bırakılan Kısım dışında, bu maddenin 6. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, o Devlet bakımından, onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer.

(3) 1 Temmuz 1964 tarihinde Lahey'de hazırlanan Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma (1964 Lahey Kurulma Antlaşması) veya 1 Temmuz 1964 tarihinde Lahey'de hazırlanan Milletlerarası Mal Satımı Hakkında Yeknesak Kanuna İlişkin Antlaşma (1964 Lahey Satım Antlaşması)ıdan herhangi birine veya her ikisine taraf olan ve bu Antlaşmaya onay veren veya kabul eden, uygun bulan veya bu Antlaşmaya katılan Devlet, aynı anda, 1964 Lahey Kurulma Antlaşması veya 1964 Lahey Satım Antlaşmasından, duruma göre birini veya her ikisini, Hollanda hükümetine bu yönde yapacağı bir bildirimle feshedecektir.

(4) 1964 Lahey Satım Antlaşmasına taraf olup işbu Antlaşmaya onay veren veya kabul eden, uygun bulan veya bu Antlaşmaya katılan ve işbu Antlaşmanın II. Kısım ile bağlı olmayacağını 92. madde uyarınca beyan eden veya beyan etmiş bulunan bir Devlet onay, kabul, uygun bulma veya katılma anında, Hollanda hükümetine bu yönde yapacağı bir bildirimle 1964 Lahey Satım Antlaşmasını feshedecektir.

(5) 1964 Lahey Kurulma Antlaşmasına taraf olup işbu Antlaşmaya onay veren veya kabul eden, uygun bulan veya bu Antlaşmaya katılan ve işbu Antlaşmanın III. Kısım ile bağlı olmayacağını 92. madde uyarınca beyan eden veya beyan etmiş bulunan bir Devlet, onay, kabul, uygun bulma veya katılma anında, Hollanda hükümetine bu yönde yapacağı bir bildirimle 1964 Lahey Kurulma Antlaşmasını feshedecektir.

(6) Bu maddenin amaçları çerçevesinde, 1964 Lahey Kurulma Antlaşmasına

veya 1964 Lahey Satım Antlaşmasına taraf olan Devletler bakımından anılan iki Antlaşma ile ilgili olarak gerekebilecek fesihler hüküm ifade etmeden, söz konusu Devletlerin bu Antlaşmayı onayı, kabulü, uygun bulması ve katılması hüküm ifade etmeyecektir. Bu Antlaşmanın tevdi makamı bu noktada koordinasyonu sağlamak amacıyla, 1964 Antlaşmasının tevdi makamı olan Hollanda Hükümetiyle irtibata geçecektir.

Madde 100

(1) Bu Antlaşma bir sözleşmenin kurulmasına ancak, o sözleşmenin akdi konusundaki icabın, 1. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde anılan taraf Devletler veya 1. fıkrasının (b) bendinde anılan taraf Devlet bakımından bu Antlaşmanın, yürürlüğe girdiği tarihte veya bu tarihten sonra yapılması halinde uygulanır.

(2) Bu Antlaşma, sadece 1. maddenin 1. fıkrasının (a) bendinde anılan taraf Devletler veya 1. fıkrasının (b) bendinde anılan taraf Devlet bakımından Antlaşmanın yürürlüğe girdiği tarihte veya bu tarihten sonra akdedilen sözleşmelere uygulanır.

Madde 101

(1) Bir taraf Devlet, tevdi makamına yapacağı yazılı bir resmi bildirimle bu Antlaşmayı veya bu Antlaşmanın II. Kısımını veya III. Kısımını feshedebilir.

(2) Fesih, bildirimin tevdi makamına ulaşmasından itibaren on ikinci ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde hüküm ifade eder. Bildirimde, feshin hüküm ifade etmeye başlaması için daha uzun bir sürenin belirtilmiş olması halinde, fesih, tevdi makamına bildirimin ulaşmasından itibaren anılan daha uzun sürenin geçmesi ile hüküm ifade eder.

1980 yılının 11 Nisanında Viyana'da, her bir metin aynı derecede muteber olmak üzere Arapça, Çince, İngilizce, Fransızca, Rusça ve İspanyolca tek bir nüsha halinde tanzim edilmiştir.

Bunu belgelemek üzere, hükümetleri tarafından usulünce yetkilendirilmiş aşağıda imzaları bulunan temsilciler bu Antlaşmayı imzalamıştır.

GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

1. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki kez yayınlanır.
2. Dergiye gönderilen yazılar, başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
3. Yazı, dergisu@gmail.com adresine Word formatında gönderilmelidir. Gönderilen metin, yazarın kimliğini belirleyecek herhangi bir ifade içermemelidir. Yazar, gönderdiği e-posta içinde, adını-soyadını, akademik unvanını, çalıştığı kurumu, iletişim adresini, telefon numarasını ve e-posta adresini bildirmelidir.
4. Metin Türkçe veya yabancı dilde olabilir. İngilizce, Fransızca, Almanca ve İtalyanca dışındaki yabancı dil eserlerinin kabulü Yayın Kurulu kararına bağlıdır. Her yazı, en az 100 en fazla 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce kısa özet (*abstract*), her iki dilde başlık ve beşer anahtar kelime içermelidir. Her eserin sonunda aşağıda belirtilen kurallara uygun kaynakça yer almalı, kullanılan kaynaklar dipnotta veya metin içinde kısa olarak yer almalıdır.
5. Metin, 12 punto boyutunda Times New Roman yazı karakteri kullanılarak, dik ve normal harflerle yazılır. Dipnotlar ise, 10 punto boyutunda, Times New Roman yazı karakterinde, dik ve normal harflerle yazılır. Aynen veya kısaltılarak yapılan alıntılar tırnak içinde ve italik karakter kullanılarak belirtilir. Koyu (bold) harfler başlıklarda, yatık (italik) yazı yabancı dildeki deyim ve özel isimlerde, alıntılarda kullanılır. Virgöl, nokta ve öteki noktalama işaretlerinden sonra bir karakter boşluk bırakılır.
6. Yayın Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, açıkça yayım ilkelerine uyulmadığı saptanan yazılar hakeme gönderilmeden önce gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.
7. Yayın Kurulu tarafından uygun bulunan yazılar kör hakemlik usulüne uygun olarak en az bir hakemin incelemesine sunulur. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, düzeltilmesine ya da geri çevrilmesine karar verilir. Yazar, bu durumdan derhal haberdar edilir. Düzeltme talep edilmesi halinde gerekli düzeltmeler yapıldıktan sonra, yazı bir kez daha hakem incelemesinden geçirilir.
8. Yayın Kurulu, yazının birden çok hakem tarafından ayrı ayrı incelenmesine karar verebilir.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen yazılar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi, çeviri türünde yazılara da yer verilebilir. Bu nitelikteki yazıların kabul edilmesi Yayın Kurulu'nun yetkisindedir. Hangi yazıların hakem incelemesinden geçmediği dergi içinde açıkça belirtilir.
10. Yayınlanmak üzere kabul edilen yazıların basılı-elektronik tüm yayın hakları Galatasaray Üniversitesine aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.