

Yard. Doç. Dr. Yeşim M. Atamer
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Öğretim Üyesi

**Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin
Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)
Uyarınca
Satıcının Yükümlülükleri ve
Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**

Beta

Yayın No : 1577
Hukuk Dizisi : 703

1. Bası - İSTANBUL 2005

ISBN 975 - 295 - 462 - 6

Copyright© Bu kitabın bu basısı için Türkiye'deki yayın hakları BETA Basım Yayın Dağıtım A.Ş.'ye aittir. Her hakkı saklıdır. Hiçbir bölümü ve paragrafı kısmen veya tamamen ya da özet halinde, fotokopi, faksimile veya başka herhangi bir şekilde çoğaltılamaz, dağıtılamaz. Normal ölçüden aşan iktibaslar yapılamaz. Normal ve kanunî iktibaslarda kaynak gösterilmesi zorunludur.

Dizgi : Beta Basım A.Ş.
Baskı - Cilt : Beta Basım A.Ş.
Vize/KIRKLARELİ
Kapak Tasarım : Gülgonca Çarpık

Beta BASIM YAYIM DAĞITIM A.Ş.
Himaye-i Etfal Sokak Talas Han No. 13-15
Cağaloğlu - İSTANBUL
Tel : (0-212) 511 54 32 - 519 01 77
Fax: (0-212) 511 36 50
e-mail: betakitap@betakitap.com
www.betakitap.com

ÖNSÖZ

Tam 25 yıl önce, 1980 yılında Viyana'da kabul edilmiş olan *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması*, günümüzün en önemli hukuk uyumlaştırması projelerinden biri sayılmaktadır. Bugün 66 ülkenin taraf olduğu bu Antlaşma, ifa engelleri hukuku gibi, gelişimi ulusal hukukların tarihi ile yakından bağlantılı olan bir alanda, uluslararası bir hukuk düzeni yaratmayı başarmış; hem *common law* hem de *civil law* hukuk çevrelerine hitap edebilecek, onları orta noktada birleştirecek çözümlerle, bir "dünya satım hukuku"nun oluşmasını sağlamıştır. Amerika Birleşik Devletleri, Çin, Rusya, Avrupa Birliği ülkeleri gibi dünya ticaretinin baş aktörlerinin imzaladığı bu Antlaşma, milletlerarası satım sözleşmelerinden doğan ihtilaflara uygulanacak bir örnek kurallar tespit etmek suretiyle, ulusal satım hukuku kurallarına başvurulması gereğini ortadan kaldırmaktadır. Bu sayede sözleşenler, aralarındaki milletlerarası satım sözleşmesinin tabi olacağı hukuki rejimi baştan bilebilmekte; bir ihtilaf çıkması halinde ise hakim, uygulanacak yabancı hukuku tespit ve tatbik etme konusunda yaşanan zorluklarla hiç karşılaşmadan doğrudan Antlaşma kurallarını uygulayabilmektedir. Hukuk güvenliğini artırmak suretiyle dünya ticaretini kolaylaştıran bu Antlaşmaya Türkiye'nin de yakında taraf olması beklenmektedir. Nitekim bu çalışmanın amacı, Türkiye'nin taraf olması ile, milletlerarası satım sözleşmeleri açısından yürürlüğe girecek olan bu yeni hukuki rejimi takdim etmek ve Antlaşmanın üzerine kurulu olduğu ifa engelleri sistemini, satıcının borçları ve borca aykırı davranışlarının sonuçları örneğinde incelemektir.

Doçentlik tezi olarak Üniversitelerarası Kurul'a sunulmak üzere hazırlanmış olan bu çalışmanın ortaya çıkmasında bir çok kişi ve kurumun büyük yardımları oldu. Bunların başında, sağlamış oldukları burslarla iki yılı aşkın bir süre Hamburg Max-Planck Enstitüsünde (*Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*) araştırma yapma imkanını yaratmış olan *Alexander von Humboldt-Stiftung* ve *Max-Planck-Gesellschaft* gelmektedir. İki kuruma da bana vermiş oldukları destek için müteşekkirim. Yabancı bilim insanlarının teşviki konusunda Almanya'nın gösterdiği büyük duyarlılığın özellikle vurgulanması gerektiğine inanıyorum.

Max-Planck Enstitüsü Direktörlerinden *Prof. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt*'un, buralarda bursları alabilmem konusundaki desteğini, gerekse Hamburg'da bulunduğu süre içinde adeta bir tez danışmanı gibi beni yönlendirmesini, cesaret vermesini ve yolunu açmasını ise asla unutamam. Minnet duygumu kelimelerle ifade etmem güç. Bilim insanının sorumlulukları ve sahip olması gereken vizyon konusunda kendisinden işittiklerim bana hep yol gösterici olacaktır.

Aynı enstitünün diğer iki Direktörü, *Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow* ve *Prof. Dr. Dr. h.c. Dr. h.c. Reinhard Zimmermann*, katılmama fırsat tanıdıkları sayısız seminer, toplantı ve konferans sayesinde, oluşmakta olan "Avrupa Özel Hukukunu" keşfetmemi sağlamış, bilimde sınırların olmadığını, bütünleşmenin en güzel örneklerinin zaten bu alanda verilmekte olduğunu bana göstermişlerdir. *Prof. Zimmermann*'ın "Perşembe toplantıları"nda, dünyanın her yerinden hukukçunun gelip nasıl da "aynı" dili konuşabildiğini, aynı soruna farklı pencerelerden bakıp nasıl farklı bir perspektif kazanılabildiğini görmek, Türk hukuk biliminin gelişmesinin de ancak ve ancak bu milletlerarası camianın bir parçası olmak suretiyle mümkün olduğu konusundaki inancımı pekiştirmiştir.

Bu çalışmanın hazırlanması sürecindeki desteğini anmam gereken bir diğer kuruluş ise, merkezi Roma'da bulunan UNIDROIT'dır (*International Institute for the Unification of Private Law*). Bir "dünya satım hukukunun" yaratılması fikrini 1929 yılından beri takip eden, 1956'dan beri Türkiye'nin de üyesi bulunduğu bu milletlerarası kuruluş, çalışmanın konusunu oluşturan BM Antlaşmasının hazırlanmasının arkasındaki itici güçlerden biridir. 2003 yılının yazında, iki aylık bir burs ile Enstitünün kütüphanesinde araştırma imkanının yaratılmış olması açısından başta Enstitü Genel Sekreteri *Prof. Dr. Herbert Kronke* olmak üzere bu kuruluşa da teşekkürlerimi sunarım.

Tanınmış olan bütün bu araştırma imkanlarından özgürce faydalanmama izin veren ve iki yıldan uzun bir süre yurt dışında kalmamı kabul eden Fakülte-me ve İstanbul Bilgi Üniversitesi Yönetimine bağlılığımı ifade etmek ise zevkli bir görevdir. Özellikle geride bıraktığım işleri üstlenmek zorunda kalan meslektaşlarım ve arkadaşlarıma çok şey borçlu olduğumun bilincindeyim.

Hamburg'da kaldığım iki yılın benim açımdan bu kadar verimli geçmesi, bugün dünyanın en zengin mukayeseli hukuk kütüphanelerinden birine sahip olan Max-Planck Enstitüsünde çalışabilmiş olmam sayesinde. Buradaki huzurlu çalışma ortamını sağlayan, kitap temini dahil hiçbir konuda yardımını esirgemeyen Max-Planck Enstitüsü'nün kütüphane görevlilerine, başta Müdür *Prof. Dr. Holger Knudsen* olmak üzere teşekkür ederim. Ancak Hamburg'daki iki yılımı unutulmaz kılan diğer bir olgunun, orada kurduğum çok değerli dostluklar olduğunu vurgulamalıyım. Kuşkusuz bunlardan biri burada anılmayı fazlasıyla hak ediyor: *Fahri ve Hacer Yüksel* ile minik *Nidal Su'ya*, bana tattırması oldukları aile ortamı ve koşulsuz dostlukları için müteşekkirim.

Son olarak, bu çalışmanın hızla yayına hazırlanması konusunda yardımlarını esirgemeyen, başta karar indeksini hazırlayan Araş. Gör. Yalçın Tosun olmak üzere, Araş. Gör. Başak Baysal Erman ve Araş. Gör. Göktürk Uyan'a teşekkür ederim. Beta Yayınevi sahibi Seyhan Satar'a bu çalışmayı yayınlamak üzere kabul ettiği ve Gülgonca Çarpık'a çok kısa bir sürede, son derece ozenli bir dizgiyi temin ettiği için minnettarım.

Yeşim M. Atamer
İstanbul, 2005

İÇİNDEKİLER

İçindekiler	V
Kaynakça	XVII
Kısaltmalar	XLI

Giriş	1
-------------	---

BÖLÜM 1

Satım Hukukunda Ulusal Düzenlerden Uluslararası Hukuk Uyumlaştırmasına Doğru

§ 1. Sözleşme Hukuku ve Özellikle Satım Hukukuna İlişkin Uluslararası Uyumlaştırma Çalışmaları	11
A. Özel Hukuk Alanında Uyumlaştırmaya Neden İhtiyaç Vardır?.....	11
B. Sözleşme Hukukunun Uyumlaştırılması Alanında Bazı Önemli Basamaklar	16
I. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (PICC).....	16
II. Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri (PECL) ve Avrupa Borçlar Kanununa Doğru.....	18
C. Satım Hukukunun Uyumlaştırılması Alanında Bazı Önemli Basamaklar	21
I. Milletlerarası Satıma İlişkin Yeknesak Kanun (ULIS).....	21
II. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)	23
III. Tüketim Mallarının Satımı Hakkında Avrupa Birliği Yönergesi	25
§ 2. CISG'ın Ulusal ve Uluslararası Alanda Borçlar Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkisi	27
§ 3. Değerlendirme.....	30

BÖLÜM 2

Bir Satım Sözleşmesi Hangi Hallerde CISG Hükümlerine Tabi Olur?

§ 1. Genel Olarak	35
§ 2. CISG'ın Konu İtibarıyla Uygulama Alanı	36
A. Satım Sözleşmesi	36
I. Tanım ve Türleri.....	36
II. Satım Sözleşmesi Gibi Değerlendirilen Sözleşmeler.....	38

III. CISG'ın Uygulama Alanı Dışında Bıraktığı Satım Sözleşmeleri	40
1. Tüketici Satım Sözleşmeleri.....	40
a. Tüketici Satımı Nedir?.....	40
b. Ulusal Hukuklardaki Tüketicuyu Koruyucu Hükümlerle Çakışma Sorunu.....	42
2. Açık Artırma veya İcra Yoluyla Gerçekleşen Satımlar.....	43
B. Satım Sözleşmesi Konusu Mal	43
I. CISG Uyarınca Mal Tanımı	43
II. CISG'ın Uygulama Alanı Dışında Bıraktığı Mallar	45

§ 3. CISG'ın Milletlerarası Uygulama Alanı.....	47
A. Genel Olarak.....	47
B. Ön Koşul 1: Milletlerarası Bir Satım Sözleşmesinin Varlığı.....	48
I. İlke	48
II. İşyerlerinin Farklı Ülkelerde Bulunması	48
III. Sözleşmenin Milletlerarası Niteliğinin Anlaşılır Olması.....	49
C. Önkoşul 2: Âkit Bir Ülkenin Hukuku İle Bağlantı.....	50
I. Tarafların İşyerlerinin Âkit Ülkelerde Bulunması: Doğrudan Uygulanırlık	51
II. Forum Ülkesinin Devletler Özel Hukuku Normlarının Âkit Bir Ülkenin Hukukuna Gönderme Yapması: Dolaylı Uygulanırlık	52
D. CISG'ın Uygulanması Açısından Belirleyici Olmayan Hususlar	54
E. İhtilafın Hakem Mahkemesi Tarafından Çözülmesi Halinde Doğabilecek Sorunlar	55
F. Türk Hakiminin CISG'ı Uygulaması Gereken Haller	55

§ 4. CISG'ın Uygulanmasında Taraf İradelerinin Rolü	57
A. Temel İlke: İrade Özerkliği	57
B. CISG'ın Uygulanmasının Taraf İradeleri ile Engellenmesi.....	58
I. Uyuşan Taraf İradeleri.....	58
II. Açık İrade Uyuşması	59
III. Zımnî İrade Uyuşması.....	60
IV. CISG Hükümlerinin Bertaraf Edilmesi Halinde Satım Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk	62
C. CISG'ın Taraf İradeleri Sonucu Uygulanması.....	62

BÖLÜM 3

CISG'a Tabi Bir Satım Sözleşmesine Uygulanacak Kuralların Tespit Edilmesi ve Bu Kurallar Arasındaki Hiyerarşi

§ 1. Genel Olarak	67
-------------------------	----

§ 2. Sözleşmenin İçeriği ve Sözleşme Hükümlerinin CISG ve Ulusal Hukuklara Nazaran Öncelikli Uygulanırlığı	69
A. Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları.....	69
B. Sözleşme İçeriğinin Saptamak Amacıyla İrade Beyanlarının Yorumlanması.....	69
I. Temel Yorum Kuralı.....	69
II. İrade Beyanının Sübjektif İçeriğinin Saptanması.....	71
III. İrade Beyanının Objektif İçeriğinin Saptanması.....	72
IV. İrade Beyanının Yorumlanmasında Dikkate Alınacak Olan Unsurlar.....	73
V. Yorumlanması Özellik Arz Eden İrade Beyanları.....	75
1. Susma.....	75
2. Genel İşlem Şartları Kullanılması.....	75
C. Sözleşme İçeriğinin Taraflar Arasındaki Alışkanlıklar ve Teamüllerle Tamamlanması.....	76
I. Genel Olarak.....	76
II. Taraflar Arasında Oluşmuş Alışkanlıklar ve Uygulanması Kabul Edilen Teamüller.....	78
III. Kendiliğinden Sözleşme İçeriği Olan Teamüller.....	79
1. Teamül Ne Demektir?.....	79
2. Teamül Kuralının Sözleşme İçeriği Olmasının Koşulları.....	79
a. Tanımlılık ve Uygulanırlık.....	79
b. Uluslararasılık.....	80
c. Bilmek veya Bilmesi Gerekmek.....	80
d. Teyit Mektubu Örneğinde CISG m.9, f.2'nin Değerlendirilmesi.....	81
D. <i>Incoterms</i> , <i>PICC</i> ve <i>PECL</i> Örneğinde CISG m.8 ve 9'un Uygulanması.....	82
I. <i>Incoterms</i> Hangi Hallerde CISG'a Tabi Bir Satım Sözleşmesi Açısından Önem Taşınabilir?.....	83
1. <i>Incoterms</i> Nedir?.....	83
2. <i>Incoterms</i> 'ün Uygulanma Koşulları.....	84
II. <i>PICC</i> ve <i>PECL</i> Hangi Hallerde CISG'a Tabi Bir Satım Açısından Önem Taşınabilir?.....	87
E. Normlar Hiyerarşisine İlişkin Ara Sonuç.....	88
§ 3. CISG'da Düzenlenen Konular ve Bunların Ulusal Hukuklara Nazaran Öncelikli Uygulanırlığı	90
A. Satım Hukukunun Hangi Yönleri CISG'da Düzenlenmiştir?.....	90
B. CISG Hükümlerinin Yorumlanması.....	91
I. Genel Olarak.....	91
II. Yorum İlkeleri.....	93
1. Antlaşmanın Uluslararası Niteliğinin Dikkate Alınması.....	93
2. Birörnek Uygulamanın Korunması.....	94
3. Uluslararası Ticarete Dürüstlük Kuralının Gözetilmesi.....	96
III. Yorum Yöntemleri.....	97

1. Lafzi Yorum.....	97
2. Sistematik Yorum.....	99
3. Tarihsel Yorum.....	99
4. Teleolojik Yorum.....	100
5. Karşılaştırmalı Yorum.....	100
C. Satım Hukukunun CISG'da Düzenlenmeyen Yönleri: Boşluk Sorunu.....	101
I. Genel Olarak.....	101
II. Harici Boşluklar.....	102
1. Tanım.....	102
2. Sözleşmenin, Sözleşme Hükümlerinin ve Teamüllerin Geçerliliği.....	103
3. Mülkiyetin İntikali.....	105
4. Ölüm ve Yaralanma Halinde Sorumluluk.....	106
5. Harici Boşluk Oluşturduğu Tartışmasız Olan Bazı Konular.....	108
III. Dahili Boşluklar.....	109
IV. Ne Tür Bir Boşluk Oluşturduğu Tartışmalı Olan Bazı Konular.....	110
1. Başlangıçtaki İmkansızlık.....	110
2. İptal Kabiliyeti.....	111
D. CISG'da Boşluk Olması Halinde İhtilafa Uygulanacak Kuralların Tespiti.....	115
I. Sorunun Tespiti.....	115
II. Asli Olarak CISG'ın Genel İlkelerine Göre Boşluk Doldurma.....	116
III. Tali Olarak Ulusal Hukuka Göre Boşluk Doldurma.....	120
IV. <i>Unidroit</i> İlkelerinin (<i>PICC</i>) Boşluk Doldurmada Rolü.....	120
§ 4. CISG Hükümleri İle Ulusal Hukuk Düzenleri Arasında Yarışma Sorunu	123
A. Sorunun Takdimi.....	123
B. Ayba Karşı Tekeffül ve Borea Aykırılık Hükümleri İle Yarışma.....	123
C. Haksız Fiil Hükümleri İle Yarışma.....	124
D. Diğer Bazı Hukuksal Taleplerle Yarışma.....	127

BÖLÜM 4 Satıcının Yükümlülükleri

§ 1. Genel Olarak	131
§ 2. Mal ve Belgeleri Teslim Etme Yükümlülüğü	134
A. Malı Teslim Etme Yükümlülüğü.....	134
I. Gereği Gibi Teslimin Şartları.....	134
II. Malı Teslim Yükümlülüğüne CISG Çerçevesinde Atfedilen Anlam.....	135
III. Teslim Yükümlülüğünün İfa Edileceği Yer.....	138
1. Teslim Yerinden Ne Anlaşılmalı Gerekir?.....	138

2. Antlaşma ve Sözleşme Uyarınca Teslim Yerinin Saptanması.....	141
a. CISG m.31 Uyarınca Teslim Yeri.....	141
aa. Gönderme Borçlarında Teslim Yeri.....	142
(1) Ne Zaman Bir Gönderme Borcu Vardır?.....	142
(2) Malın İlk Taşıyıcıya Verildiği Yer.....	143
bb. Aranacak Borçlarda Teslim Yeri.....	144
(1) Genel Olarak.....	144
(2) Malın Bulunduğu veya İmal Edildiği Yer.....	145
(3) Satıcının İşyeri.....	147
b. Sözleşme Hükümleri Uyarınca Teslim Yeri.....	148
aa. <i>Incoterms</i> 'e Atıf Yoluyla Teslim Yerinin Belirlenmesi.....	148
bb. Gotürme Borçlarında Teslim Yeri.....	150
cc. Satım Sözleşmesinin Akdi Anında Nakil Halinde Bulunan Mallarda Teslim Yeri.....	151
IV. Teslim Yükümlülüğünün İçeriği.....	152
1. Gönderme Borcu: Malı Alıcıya Nakledilmek Üzere İlk Taşıyıcıya Teslim Etme.....	152
a. Malın Taşınmasının Gerekmesi.....	153
b. Taşıyıcı.....	154
c. Malın Alıcıya Nakledilmek Üzere Taşıyıcıya Teslim Edilmesi.....	157
2. Aranacak Borç: Malı Hazır Bulundurma.....	158
V. Teslim Yükümlülüğünün İfa Edileceği Zaman.....	161
1. Genel Olarak.....	161
2. Teslim İçin Belirli Bir Tarihin Saptanmış Olması.....	161
3. Teslim İçin Belirli Bir Zaman Diliminin Saptanmış Olması.....	161
4. Teslim Zamanı Konusunda Belirli Bir Düzenleme Yapılmamış Olması Nedeniyle Makul Süre İçinde İfa Yükümlülüğü.....	163
VI. Malın Teslimine İlişkin Sözleşmeye Aykırılıklar.....	164
1. Erken Teslim.....	164
2. Geç Teslim.....	164
3. Yanlış Yerde Teslim.....	165
B. Belgeleri Verme Yükümlülüğü.....	165
I. Genel Olarak.....	165
II. Belgelerin Verilme Şekli ve Yeri.....	167
III. Belgelerin Verilme Zamanı.....	168
IV. Belgelerin Verilmesine İlişkin Sözleşmeye Aykırılıklar.....	169
C. Malın Teslimiyle İlgili Diğer Bazı Yükümlülükler.....	170
I. Malı Kontrol Etme, Paketleme ve İşaretleme.....	170
II. Malı Taşıtma.....	172

III. Malın Taşınma Rizikosunu Sigortalama veya Sigortalanabilmesi İçin Gerekli Bilgileri Aktarma.....	174
IV. Alıcıya İhbarda Bulunma.....	175
V. Masraflar ve İzinler.....	180
§ 3. Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Etme Yükümlülüğü ve Üçüncü Kişilerin Mala İlişkin Talepleri.....	181
A. Genel Olarak.....	181
B. Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Etme Yükümlülüğü.....	181
I. Malın Sözleşmeye Uygunluğu Ne Anlama Gelir?.....	181
II. Sözleşmeye Uygunluğun Saptanması.....	184
1. Edime İlişkin Sözleşmesel (sübjektif) beklentiler.....	184
a. Genel Olarak.....	184
b. Miktar.....	187
c. Kalite.....	189
d. Tür.....	190
e. Paket veya muhafaza.....	194
2. Edime İlişkin Objektif Beklentiler.....	196
a. Genel Olarak.....	196
b. Mutat Kullanım Amacına Uygunluk.....	198
c. Belirli Kullanım Amacına Uygunluk.....	206
d. Numune veya Modele Uygunluk.....	212
e. Olağan veya Uygun Paket veya Muhafaza.....	213
3. Sözleşmeye Aykırılığın Önemsiz Olmasının Sonuçları.....	215
4. Sözleşmeye Aykırılığın Alıcı Tarafından Bilinmesinin Sonuçları.....	216
III. Sözleşmeye Aykırılığın Saptanma Amacı.....	218
IV. Malın Muayenesi ve Sözleşmeye Aykırılık İhbarı.....	220
1. Genel Olarak.....	220
2. Malın Muayenesi.....	223
a. Muayene Külfetinin Kapsamı.....	224
b. Muayene Süresinin Başlangıç Anı.....	225
c. Muayene Süresi.....	227
3. Sözleşmeye Aykırılık İhbarı.....	228
a. Sözleşmeye Aykırılık İhbarının İçeriği ve Şekli.....	228
b. Sözleşmeye Aykırılık İhbarına İlişkin Sürenin Başlangıç Anı.....	230
c. Sözleşmeye Aykırılık İhbarına İlişkin Süre.....	232
d. Sözleşmeye Aykırılık İhbarı İçin Üst Süre ve Zamanlaşımı Sorunu.....	233
e. Sözleşmeye Aykırılık İhbarının Yapılmamış Olmasının Sonuçları.....	237
aa. Kural: Seçimlik Hakların İleri Sürülememesi.....	237
bb. İstisnalar.....	237
(1) Satıcının Sözleşmeye Aykırılığını Bilmesi veya Bilmemesinin Mümkün Olmaması.....	237

(2) Satıcının Feragat Etmesi	239
(3) Alıcının İhbarı Yapmama Konusunda Makul Bir Özgürün Olması	240
V. Sözleşmeye Aykırı Malı Teslim Almama Hakkı	241
VI. Sözleşmeye Aykırılığın İspatı Sorunu	243
C. Üçüncü Kişilerin Hak ve Taleplerinden Ari Mal Teslim Etme Yükümlülüğü	245
I. CISG'nin Hukuki Ayıplara İlişkin Sistemi	245
II. Genel Olarak Hukuki Ayıplar	247
1. Hukuki Ayıplardan Sorumluluğun Koşulları	247
2. Hukuki Ayıplardan Sorumluluğun Düşmesi	249
III. Özel Olarak: Üçüncü Kişilerin Fikri Mülkiyet Hakkından Kaynaklanan Hukuki Ayıplar	250
1. CISG m.42'nin Mantığı	250
2. CISG m.42'nin Uygulanmasının Koşulları	250
a. Üçüncü Kişinin Fikri Mülkiyet Hakkına Dayanan Talebi	250
b. Ülkesel Sınırlama	252
c. Satıcının Kusuru	254
3. CISG m.42'den Doğan Sorumluluğun Düşmesi	255
IV. Hukuki Ayıpların İhbarı	256
1. Genel Olarak	256
2. İhbarın Yapılmamış Olmasının Sonuçları	257
V. Hukuki Ayıpların İspatı Sorunu	258
§ 4. Satıcının Yükümlülüklerini İfa Etmesi ile Hasarın İntikali Arasındaki İlişki	259
A. Sorunun Açıklanması	259
B. CISG'da Hasarın İntikaline İlişkin Olarak Kabul Edilmiş Olan Sistem	262
I. Genel Olarak	262
II. Semen Hasarının İntikaline İlişkin Düzenlemeler	264
1. Gönderme Borcu Doğuran Satım Sözleşmelerinde Hasarın İntikali	265
2. Nakil Halinde Bulunan Malların Satımında Hasarın İntikali	267
3. Aranacak veya Götürülecek Borç Doğuran Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali	269
III. Semen Hasarının İntikali Anı ile Edim Hasarının İntikali Anı Arasındaki İlişki	272
IV. Sözleşmeye Aykırı İfa Halinde Hasarın İntikali	276

BÖLÜM 5

Satıcının Yükümlülüklerini İhlal Etmesinin Sonuçları

§ 1. CISG'nin İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış	281
A. Yeknesak Sözleşmeye Aykırılık Anlayışı: Alternatif bir Modelin Gelişimi	281
B. CISG'nin İfa Engelleri Sisteminin Temel Önergeleri	289
I. Genel Olarak	289
II. Ayırıcı Kriter Olarak Sözleşmenin "Esaslı İhlali"	292
1. Esaslı İhlal Kavramının Gelişimi ve İşlevleri	292
2. Esaslı İhlalin Şartları	297
a. Yükümlülüğe Aykırılık	298
b. Sözleşmesel Menfaatten Önemli Ölçüde Yoksun Bırakan Bir Olumsuzluk	299
c. Öngörülebilirlik	303
3. Borçlar Kanunundaki Sözleşmeye Aykırılık Türleri Örneğinde "Esaslı İhlal" Kavramı	307
a. Temelli İfa Etmeme ve Eksik İfa	307
b. Geç İfa	308
c. Ayıplı İfa	310
d. Eksik veya Yanlış Belge	311
III. Kusurdan Bağımsız Sorumluluk	311
1. Genel Olarak	311
2. CISG'da Öngörülen Sorumsuzluk Halleri	313
3. Sorumsuzluk: Ne Ölçüde?	315
4. Borçlar Kanunundaki Sorumluluk Rejimi İle Mukayese	316
IV. Aynen İfa Talebinin Özelliği	319
1. Aynen İfa Talebine İlişkin Tarihi ve Mukayeseli Bilgiler	319
2. Aynen İfa Talebine İlişkin CISG'nin Uzlaştırıcı Çözümü	322
§ 2. Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Sahip Olduğu Haklar	326
A. Genel Bakış	326
I. Alıcının Hakları ve Bu Haklar Arasındaki İlişki	326
1. Genel Olarak Alıcının Hakları	326
2. Alıcının Hakları ve İhlal Edilen Yükümlülüğün Türü Arasındaki İlişki	327
3. Seçimlik Haklar Arasındaki İlişki ve <i>ius variandi</i>	330
II. Alıcının Hakları ve Satıcıya Ek Süre Verilmesi	334
1. Alıcının İradesi Dışında Ek Süre Verilememesi	334
2. Alıcının Ek Süre Vermesi	334
a. CISG'nin Sözleşmeye Aykırılık Sistemi İçinde Ek Sürenin Anlamı	334
b. Ek Süre Verilmesinin Koşulları	337
c. Ek Süre Verilmesinin Sonuçları	338

III. Kısmi Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları.....	339
1. Genel Olarak	339
2. Kısmi İfa Halinde Seçimlik Haklar	340
3. Kısmen Ayıplı İfa Halinde Seçimlik Haklar.....	342
IV. Alıcının Haklarının Kullanılmasına İlişkin Süre Sınırlaması ...	343
V. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Gidermek Suretiyle Alıcının Haklarını Kullanmasını Engelleyebilme İmkamı	344
1. Genel Olarak	344
2. Vadeden Önce Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkı	345
a. Koşulları	345
b. Alıcının Seçimlik Hakları Üzerindeki Etkisi	347
3. Vadeden Sonra Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkı.....	347
a. Koşulları	348
aa. CISG m.48, f.1 Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkı	348
bb. CISG m.48, f.2-4 Uyarınca Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkı	350
b. Alıcının Seçimlik Hakları Üzerindeki Etkisi	352
aa. Alıcının Dönme Hakkı Üzerindeki Etkisi	352
bb. Alıcının Diğer Hakları Üzerindeki Etkisi	356
VI. Malın İadesinin Mümkün Olmadığı Hallerde Alıcının Seçimlik Haklarının Sınırlandırılması	357
B. İfayı Talep Hakkı	362
I. Genel Olarak	362
II. Asli ve Tâli İfa Talebi Arasındaki Sınır	364
III. İfa Etmeme Halinde Alıcının Asli İfa Talebi	369
1. Söz Konusu Olduğu Haller.....	369
2. Sınırları	370
a. İfa Talebi ile Çelişen Bir Hukuksal İmkandan Faydalanılmış Olması	370
b. CISG m.28 Uyarınca İfa Talebinin Engellenmiş Olması	370
c. İmkansızlık ve Aşırı İfa Güçlüğü.....	370
IV. Sözleşmeye Aykırı Mal Teslim Edilmesi Halinde Alıcının Tâli İfa Talebi.....	374
1. CISG m.46, f.2 Uyarınca Yenisi İle Değiştirme Talebi.....	374
a. Koşulları	374
aa. Sözleşmeye Aykırı Mal Teslim Edilmesi.....	374
bb. Sözleşmeye Aykırı Mal Teslim Edilmesinin Sözleşmenin Esaslı İhlali Anlamına Gelmesi.....	377
cc. Yenisi İle Değiştirme Talebinin Makul Süre İçinde Yöneltilmiş Olması.....	380
b. Sınırları	382
c. Sonuçları.....	383

2. CISG m.46, f.3 Uyarınca Ayıbın Giderilmesi Talebi.....	384
a. Söz Konusu Olduğu Haller.....	384
b. Sonuçları.....	386
C. Semen Tenzili Hakkı	387
I. Genel Olarak	387
II. Semen Tenzili Hakkının Kullanılmasının Ön Koşullar	388
III. Semen Tenzili Beyanı	390
IV. Tenzil Edilecek Miktarın Hesaplanması.....	390
V. Semen Tenzili Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	393
VI. Alıcının Diğer Hakları İle Olan İlişkisi.....	394
D. Sözleşmeden Dönme	394
I. Sözleşmeden Dönme Hakkı ve Sınırlandırılması İhtiyacı.....	394
II. CISG Sisteminde Sözleşmeden Dönme Sebepleri	397
1. Sözleşmenin Esaslı İhlali	397
2. Ek Süre İçinde İfa Etmeme.....	401
III. Sözleşmeden Dönme Beyanı	401
IV. Sözleşmeden Dönme Beyanının Tabi Olduğu Süre	403
1. Hiç İfa Etmeme Halinde.....	403
2. Geç İfa Etmeme Halinde	403
3. Diğer Sözleşmeye Aykırılıklarda.....	404
V. Özel Bazı Durumlarda Sözleşmeden Dönme	409
1. Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Halinde Dönme.....	409
2. Art Arda Teslimli Sözleşmelerde Dönme.....	411
VI. Sözleşmeden Dönme Sonrası Oluşan Tasfiye İlişkisi.....	414
1. CISG'da Öngörülen Tasfiye Rejiminin İlkeleri	414
2. Sözleşmeden Dönmenin Satım Sözleşmesinden Doğan Yükümlülükler Üzerindeki Etkisi	418
3. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi.....	419
4. Elde Edilen Yararların İadesi	421
E. Tazminat Talep Etme Hakkı	424
I. CISG'in Tazminata İlişkin Düzenlemelerinin Temel İlkeleri	424
II. Alıcının Tazminat Talebinin Ön Koşulları.....	426
1. Satıcının Sözleşmesel Bir Yükümlülüğünü İhlal Etmemiş Olması.....	426
2. Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlali Nedeniyle Bir Zararın Doğmuş Olması	427
a. Genel Olarak	427
b. Tazmin Edilebilecek Zarar Kalemleri	429
aa. Fiili Zarar	429
bb. Yoksun Kalınan Kâr	430
3. Sözleşmeye Aykırı Davranış İle Zarar Arasında Nedenellik Bağının Bulunması	430
4. Sorumsuzluk Sebeplerinden Birinin Var Olmaması	431
III. Zararın Hesaplanması.....	431
1. Genel Olarak	431

2. İkame Mal Alımı Halinde Zararın Hesaplanması	433
3. Soyut Yöntemle Zararın Hesaplanması	436
4. Denkleştirme	438
IV. Alıcının Zararı Azaltma Külfeti	438
V. Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması	440
1. Öngörülebilirlik İlkesi	440
2. Öngörülebilirlik İlkesinin Mukayeseli Hukuk Tarihindeki Yeri	442
3. Öngörülebilirliğin Tayini	445
a. Öngörü Neye İlişkin Olmalıdır?	445
b. Kim Öngörmelidir?	446
c. Öngörünün Ölçütü Nedir?	447
d. Hangi Anda Öngörmek Gerekir?	448
e. Öngörülebilir Olduğu Kabul Edilen Tipik Zararlar	448
VI. Alıcının Seçimlik Hakları ve Tazminat Talebi Arasındaki İlişki	450
§ 3. Satıcının Sorumluluktan Kurtulma Olanığı	453
A. Genel Olarak	453
B. Sorumluluktan Kurtulabilmenin Koşulları	456
I. Satıcının Etki Alanı Dışında Kalan Bir Engelin Varlığı	456
1. Engel: Nasıl ve Ne Zaman?	456
2. Engelin Denetim Dışı Olması	458
II. Sözleşmenin Akdi Anında Bu Engelin Öngörülemez Olması	460
III. Bu Engelin Aşılmasının veya Dolanılmasının Satıcıdan Beklenemez Olması	460
IV. Özel Bazı Haller	461
1. Çeşit ve Genişletilmiş Parça Borcunda Sorumsuzluk?	461
2. Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sorumsuzluk?	463
3. Ayıplı Mal Teslim Edilmesi Halinde Sorumsuzluk?	466
4. Alıcının Sebep Olduğu İfa Engellerinden Sorumsuzluk?	470
C. İfa Aşamasında Kullanılan Üçüncü Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk	471
D. Geçici İfa Engelleri	473
E. İhbar Yükümlülüğü	474
F. Sorumluluktan Hangi Kapsamda Kurtulmak Mümkündür?	475
I. CISG m.79, f.5 Uyarınca Tazminat Talebinin Düşmesi	475
II. CISG m.79'un Alıcının Diğer Hakları Üzerindeki Etkisi	477
Sonuç	481
Ekler:	
EK - 1: CISG'nin Türkçe Tercümesi	491
EK - 2: CISG'nin İngilizce Metni	513
EK - 3: CISG'a Taraf Ülkelerin Listesi	537
EK - 4: Karar İndeksi	539

KAYNAKÇA¹

- ACHILLES, Wilhelm-Albrecht: Kommentar zum UN-Kaufrechtsübereinkommen (CISG), Neuwied 2000
- AKINCI, Ziya: Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara 1999 (*Karayolu*)
- Milletlerarası Tahkim, Ankara 2003 (*Tahkim*)
- AKINTÜRK, Turgut: Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966
- ANDERS, Holm: Die Pflichtverletzung im System des Leistungsstörungenrechts als Modell de lege ferenda, Berlin 2001
- ANTWEILER, Clemens: Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht – insbesondere bei Vertragsverletzungen des Verkäufers, Frankfurt a.M., 1995
- ARAL, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 5. baskı, Ankara 2003
- ARBEK, Ömer: Satım Konusu Aynlı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005
- ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 7. baskı, Ankara 2004
- ARNOLD, Stefan/UNBERATH, Hannes: Die Umsetzung der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf in England, ZEuP 2004, 366-385
- ARSLANLI, Hâilî: Ticari Bey', 1. cilt, Umumi Hükümler, Satıcı ve Alıcının Borçları, Ademi İfa, 4. baskı, İstanbul 1955
- ATAMER, Yeşim M.: Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı, İstanbul Barosu Dergisi, 1995, C.69/N.10-12, 551-568 (*İBD 1995*)
- Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması - Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Keruma Amacı Kuramları, İstanbul 1996 (*Haksız Fiil*)
 - Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikal Anı - Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m.183'ün Farklı Okunması Gereği, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, 131-167 (*Oğuzman'a Armağan*)
 - Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. baskı, İstanbul 2001 (*GIŞ*)
 - Die autonome Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG in der Türkei - zugleich ein Beitrag zum Stand des Verbraucherschutzes in der Türkei, ZEuP 2005, 566-595 (*ZEuP 2005*)
- ATTIYAH, P.S./ADAMS, John N./MACQUEEN, Hector: The Sale of Goods, 11th Ed., 2005
- AUDIT, Bernard: La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du 11 Avril 1980, Paris 1990
- AUE, Joachim: Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht unter besonderer Berücksichtigung stillschweigender Zusicherungen, Frankfurt 1989
- AUGENHOFER, Susanne: Gewährleistung und Werbung: das neue Gewährleistungsrecht für Werbeaussagen, Wien 2002

¹ Bir yazarın birden fazla eserine atıf yapılması halinde kullanılan kısaltmalar parantez içinde verilmiştir. Kaynakçaya sadece konuyla doğrudan ilgili eserler alınmıştır. Diğer eserlerin tam atfı kullanıldıkları dipnotunda verilmiştir.

- BAMBERGER, Heinz Georg/ROTH, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3, §§ 1297-2385, EGBGB, CISG, München 2003 (*Bamberger/Roth/İşleyen*)
- v.BAR, Christian/ZIMMERMANN, Reinhard (Hrsg.): Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil I und II, Kommission für Europäisches Vertragsrecht, München 2002
- BASEDOW, Jürgen: Die Incoterms und der Container oder wie man kodifizierte Usancen reformiert, RabelsZ 43 (1979), 116-146 (*RabelsZ*).
- Die Reform des deutschen Kaufrechts, Köln 1988 (*Reform*).
 - Depositivierungstendenzen in der Rechtsprechung zum internationalen Einheitsrecht, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band II, Heldrich/Hopt (Hrsg.), München 2000, 777-798 (*BGH*)
 - Uniform Law Conventions and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Unif. L. Rev. 2000-1, 129, 139 (*Unif. L. Rev. 2000-1*)
 - Grundlagen des europäischen Privatrechts, JuS 2004, 89-96 (*JuS 2004*).
- Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art.1-529, 3. Auflage, Basel u.a. 2003 (*BaslerKommentar/İşleyen*)
- BAUMANN, Antje: Regeln der Auslegung internationaler Handelsgeschäfte, Eine vergleichende Untersuchung der UNIDROIT Principles, der Principles of European Contract Law, des Uniform Commercial Code und des deutschen Rechts, Göttingen 2004
- BAUMBACH, Adolf/HOPT, Klaus: Handelsgesetzbuch, mit GmbH&Co, Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 30. Auflage, München 2000 (*Baumbach/Hopt/İşleyen*³⁰)
- Handelsgesetzbuch, mit GmbH&Co, Handelsklauseln, Bank- und Börsenrecht, Transportrecht (ohne Seerecht), 31. Auflage, München 2003, bearbeitet von Hopt und Merkt (*Baumbach/Hopt/İşleyen*³¹)
- BEINERT, Dieter: Wesentliche Vertragsverletzung und Rücktritt, Bielefeld 1979
- BENABENT, Alain: Droit civil – Les Obligations, 9^e édition, Montchrestien 2003. *Benjamin's Sale of Goods*, 6th edition, London 2002 (*Benjamin/İşleyen*)
- BENICKE, Christoph: Zur Vertragsaufhebung nach UN-Kaufrecht bei Lieferung mangelhafter Ware, IPRax 1997, 326-331
- BERGER, Klaus Peter: Vertragsstrafen und Schadenspauschalierungen im internationalen Wirtschaftsvertragsrecht, RIW 1999, 401-411 (*RIW 1999*)
- The Creeping Codification of the Lex Mercatoria, The Hague 1999 (*Lex Mercatoria*)
 - The New Law Merchant and the Global Market Place, in: The Practice of Transnational Law, Berger (Ed.), The Hague 2001, 1-22 (*The New Law Merchant*)
- BERNSTEIN, Herbert/LOOKOFOSKY, Joseph: Understanding the CISG in Europe, London 2003
- BESS, Jürgen: Die Haftung des Verkäufers für Sachmängel und Falschlieferungen im einheitlichen Kaufgesetz, Heidelberg 1971
- BIANCA, C.M./BONELL, M.J.: Commentary on the Interantional Sales Law, The 1980 Vienna Sales Convention, Milan 1987
- BONELL, Michael Joachim: An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2nd Ed., New York 1997 (*Restatement*)
- From UNIDROIT Principles 1994 to UNIDROIT Principles 2004: A Further Step Towards a Global Contract Law, Uniform Commercial Code Law Journal, 2004, Vol.37/I, 49-90 (*UCC L. J. 2004*)

- BONELL, Michael Joachim/LIGUORI, Fabio: The UN Convention on the International Sale of Goods: a Critical Analysis of Current International Case Law - 1997, 2 Unif. L. Rev. 1997, Part I: 385-395, Part II: 583-597
- BREDOW, Jens/SELFFERT, Bodo: INCOTERMS 2000, Kommentar und deutsch/englischer Text der ICC-Incoterms, Bonn 2000
- BRODERMANN, Eckart: Die erweiterten UNIDROIT Principles 2004, Ein willkommenes "Werkzeug" für die Vertragsgestaltung und für Schiedsverfahren, RIW 2004, 721-735
- BRUNNER, Christoph: UN-Kaufrecht – CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Bern 2004.
- BUCHER, Eugen: Der benachteiligte Käufer, SJZ 1971, 1-6 ve 17-24 (SJZ 1971)
- Gefahrenübergang, in: Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984, Zürich 1985, 207-218 (Kolloquium)
 - Überblick über die Neuerungen des Wiener Kaufrechts; dessen Verhältnis zur Kaufrechtstradition und zum nationalen Recht, in: Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht, Bern 1991, 13-52 (Neuerungen)
 - Wurzeln und Ausstrahlung des Wiener Kaufrechts- Einige Hinweise, insbesondere zur Eigentumsverschaffungspflicht und zur Rechtsgewährleistung in BGB und OR, in: "Emptio – Venditio Inter Nationes", Festgabe für Karl Heinz Neumayer, Basel 1997, 171-193 (FG Neumayer)
 - Ein wenig es zu Begriff und Geschichte der Gewährleistung in Österreich und anderswo, in: Festschrift Rudolf Welsch zum 65. Geburtstag, Wien 2004, 93-108 (FS Welsch)
- BUCHER, Eugen/BUZ, Vedat: Mağdur Edilen Alıcı – Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özellığının Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art.201 OR; BK m.198), BK m.202/II (Art.205/II OR)'ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirime Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları, Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, Ankara 2004, 145-178.
- BUCHER, Eugen/WIEGAND, Wolfgang: Übungen im Obligationenrecht, Fallsammlungen mit Lösungsvorschlägen, 3. Aufl., Zürich 2001.
- BURKART, Fabian: Interpretatives Zusammenwirken von CISG und UNIDROIT Principles, Baden-Baden 2000
- BUZ, Vedat: Borçlunun Temerrüdüne Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Dönme)
- Das ius variandi des Gläubigers bei Verzug des Schuldners, recht 1987, 197-202 (recht 1987)
 - Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 (Yenilik Doğuran Haklar)
- BYDLINSKI, Franz: Das allgemeine Vertragsrecht, in: Das UNCITRAL-Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht, Peter Doralt (Hrsg.), Wien 1985, 57-90.
- v. CAEMMERER, Ernst: Internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts, SJZ 1981, 257-267 (SJZ 1981)
- Die wesentliche Vertragsverletzung im internationalen Einheitlichen Kaufrecht, in: Festschrift für Helmut Coing, Band II, Norbert Horn (Hrsg.), München 1982, 33-52 (Wesentliche Vertragsverletzung)
 - Probleme des Haager Einheitlichen Kaufrechts, in: Gesammelte Schriften, Band III, Tübingen 1983, 23-51 (Haager Kaufrecht)
- CANARIS, Claus-Wilhelm: Die Bedeutung allgemeiner Auslegungs- und Rechtsfortbildungskriterien im Wechselrecht, JZ 1987, 543-553 (JZ 1987)

- Zur Bedeutung der Kategorie der "Unmöglichkeit" für das Recht der Leistungsstörungen, in: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Tübingen 2001, 43-66 (Unmöglichkeit)
 - Die Nacherfüllung durch Lieferung einer mangelfreien Sache beim Stückkauf, JZ 2003, 831-838 (JZ 2003)
 - Die Neuregelung des Leistungsstörungen- und des Kaufrechts – Grundstrukturen und Problemschwerpunkte, in: Karlsruher Forum 2002: Schuldrechtsmodernisierung, Hrsg. Egon Lorenz, Karlsruhe 2003 (Karlsruher Forum)
- CERUTTI, Romeo: Das U.S. amerikanische Warenkaufrecht - mit rechtsvergleichenden Hinweisen auf das schweizerische und das deutsche Recht, das CISG sowie die UNIDROIT Principles, Zürich 1998
- CISG Advisory Council, Opinion No 2: Examination of the Goods and Notice of Non-Conformity - Articles 38 and 29, 7 June 2004, Rapporteur: Professor Eric Bergsten, Emeritus, Pace University New York [CISG-AC, Op.2 (Bergsten)]
- CISG Advisory Council, Opinion No 4: Contracts for the Sale of Goods to be Manufactured or Produced and Mixed Contracts (Article 3 CISG), 24 October 2004, Rapporteur: Professor Pilar Perales Viscasillas, Universidad Carlos III de Madrid [CISG-AC, Op.4 (Viscasillas)]
- COEN, Christoph: Vertragsscheitern und Rückabwicklung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht, zum UN-Kaufrecht sowie zu den Unidroit Principles und den Principles of European Contract Law, Berlin 2003
- CONRAD, Peter: Die Lieferung mangelhafter Ware als Grund für eine Vertragsaufhebung im einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG), Zürich 1999
- CZERWENKA, Beate: Rechtsanwendungsprobleme im internationalen Kaufrecht, Das Kollisionsrecht bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen und der Anwendungsbereich der internationalen Kaufrechtsübereinkommen, Berlin 1988
- DAYINLARLI, Kemal: Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin UNIDROIT İlkeleri, Gülören Tekinalp'e Armağan, 23 MHB 2003, 203-249
- DERLEDER, Peter: Das ius variandi des Käufers bei Sach- und Rechtsmängeln, in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), Köln 2003, 411-426.
- DIEDRICH, Frank: Autonome Auslegung von Internationalem Einheitsrecht, Computersoftware im Wiener Kaufrecht, Baden-Baden 1994
- DOBSON, Paul: Sale of Goods and Consumer Credit, 6th Ed., London 2000
- DOĞANAY, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt, Madde 1-419, 4. Bası, İstanbul 2004
- DOKTER, Daan: Interpretation of exclusion-clauses of the Vienna Sales Convention, RabelsZ 68 (2004), 430-443
- DÖLLE, Hans (Hrsg.): Kommentar zum Einheitlichen Kaufrecht – Die Haager Kaufrechtsübereinkommen vom 1. Juli 1964, München 1976 (Dölle/İşleyen)
- The Draft UNCITRAL Digest on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980), in: The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention, Franco Ferrari, Harry Flechtner, Ronald A. Brand (Eds.), London 2004, 501-875 veya www.uncitral.org altında – case law (CLOUT) – bölümü (Draft Digest/İşleyen)
- DRUEY, Eva: Der Schutzzweck des Vertrags als Mittel zur Haftungsbegrenzung, Basel u.a. 2004

DURAL, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), İstanbul 1976

EDİS, Seyfullah: Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 1963.

EHRICKE, Ulrich: Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung, *RabelsZ* 60 (1996), 661- 690

EKŞİ, Nurray: Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation", Aysel Çelikel'e Armağan, *MHB* 1999-2000, 263-291 (*Çelikel Armağanı*)

- Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004 (*Roma Konvansiyonu*)

EMMERICH, Volker: BGB - Schuldrecht, Besonderer Teil, 10. Aufl., Heidelberg 2003 (*BT*)

- Das Recht der Leistungsstörungen, 5. Aufl., München 2003 (*Leistungsstörungen*)

Encyclopedia of Law and Economics, Volume III: The Regulation of Contracts, Bouckaert/ De Geest (Eds.), Cheltenham, 2000 < <http://encyclo.findlaw.com>>

ERDEM, Ercüment: Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı, *İzmir Barosu Dergisi* 54, 1989/1, 90-107 (*İzBD* 1989)

- La Livraison des marchandises selon la Convention de Vienne, Fribourg 1990 (*La Livraison*)

- Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi), *BATİDER* 1992, 25-105 (*Batider* 1992)

- SİF Satışlar - CIF Sales, İstanbul 1999 (*SİF Satışlar*)

- Incoterms 2000, Hayri Domanıç'e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2001, 179-218 (*Domanıç'e Armağan*)

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003

ERİŞ, Gönen: Açıklamalı, İçtihatlı, Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1996.

ERLÜLE, Fulya: Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge, Necip Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, Ankara 2004, 419-434.

ERNST, Wolfgang: Die Zurückweisung der Ware, *NJW* 1997, 896-905.

ESSER, Michael J.: Die letzte Glocke zum Geleit? Kaufmännisches Bestätigungsschreiben im internationalen Handel: Deutsches, Französisches, Österreichisches und Schweizerisches Recht und Einheitliches Recht unter der Kaufrechtskonvention von 1980, *ZfRV* 1988, 167-193.

FABER, Wolgan: Aliud- und Minderlieferung im Konzept der "Vertragsmässigkeit" der EG-Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 1999, 85-103

FALCIOĞLU, Mete Özgür: Karşılaştırmalı Hukuk (Amerikan Hukuku ve Viyana Antlaşması) ve Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu, Ankara 2004

FAUST, Florian: Die Vorhersehbarkeit des Schadens gemäß Art.74 Satz 2 UN-Kaufrecht (CISG), Tübingen 1996 (*Vorhersehbarkeit*).

- Grenzen des Anspruchs auf Lieferung bei der Gattungsschuld, *ZGS* 2004, 252-258 (*ZGS* 2004)

FERRARI, Franco: Das Verhältnis zwischen den Unidroit-Grundsätzen und den allgemeinen Grundsätzen internationaler Einheitsprivatrechtskonventionen, *JZ* 1998, 9-17 (*JZ* 1998)

- Internationales Kaufrecht einheitlich ausgelegt, Anmerkungen anlässlich eines italienischen Urteil, *IHR* 2001, 66-69 (*IHR* 2001)

- Zum vertraglichen Ausschluss des UN-Kaufrechts, *ZEuP* 2002, 737-746 (*ZEuP* 2002)

- Auslegung von Parteierklärung und -verhalten nach UN-Kaufrecht, *IHR* 2003, 10-15 (*IHR* 2003)

- Divergences in the application of the CISG's rules on non-conformity of goods, *RabelsZ* 68 (2004), 473-494 (*RabelsZ* 2004)

- Wesentliche Vertragsverletzung nach UN-Kaufrecht – 25 Jahre Artikel 25 CISG, *IHR* 2005, 1-9 (*IHR* 2005)

FISCHER, Nicole: Die Unmöglichkeit der Leistung im internationalen Kauf- und Vertragsrecht, Berlin 2001

FLAMBOURAS, Dionysios P.: The doctrines of impossibility of performance and *culpa in rebus* in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law – A Comparative Analysis, 13 *Pace Int'l L. Rev.* 261-293

FLESCHE, Karin: Mängelhaftung und Beschaffenheitsirrtum beim Kauf, Baden-Baden 1994

FLESSNER, Axel: Befreiung vom Vertrag wegen Nichterfüllung, *ZEuP* 1997, 265-320

FLUME, Werner: Gosetzesreform der Sachmängelhaftung beim Kauf? Zu dem Entwurf zur Überarbeitung des Schuldrechts, *AcP* 193 (1993), 89-120

FOUNTOULAKIS, Christiana: Das Verhältnis von Nacherfüllungsrecht des Verkäufers und Vertragsaufhebungsrecht des Käufers im UN-Kaufrecht, *IHR* 2003, 160-168

FREIBURG, Nina: Das Recht auf Vertragsaufhebung im UN-Kaufrecht - Unter besonderer Berücksichtigung der Ausschlussgründe, Berlin 2001

- Die Rügeobliegenheit des Käufers bei grenzüberschreitendem Warenverkehr, *IHR* 2005, 56-64 (*IHR* 2005)

FRIGGE, Bettina: Externe Lückenfüllung und Internationales Privatrecht im UN-Kaufrecht (Art.2 Abs.2), Frankfurt a.M. 1994

FURTAK, Oliver: UN-Kaufrecht und EKG: Gefahrtragung beim Versandungskauf, in: *Jahrbuch für italienisches Recht*, Band 3, Asam/Portale/Thietz-Bartram/Biamonti (Hrsg.), Heidelberg 1990, 127-137

GABRIEL, Henry D.: Contracts for the Sale of Goods: A Comparison of Domestic and International Law, New York 2004

GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich 2003 (*Gauch/Schlupe/Schmid*)

GELZER, Philipp: Bemerkungen zur Unterscheidung zwischen aliud und peius beim Gattungskauf, *AJP* 1997, 703-708.

GIGER, Hans: Allgemeine Bestimmungen - Der Fahrniskauf, Art.184-215 OR, in: *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht*, Band 6, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 1. Teilband: Kauf und Tausch – Die Schenkung, 1. Abschnitt, Meier-Hayoz (Hrsg.), Bern 1979 (*Berner Kommentar/Giger*)

GERNY, Michael Georg: Untersuchungs- und Rügepflichten beim Kauf nach schweizerischem, französischem und US-amerikanischem Recht sowie nach CISG, Basel u.a. 1999

GLÄTTLI, Elisabeth: Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art.97 Abs.1 und 107 Abs.2 OR – Eine Übersicht, Würdigung und Kritik der heutigen Regelung, Zürich 1998

- GRIESER, Simon Gottlieb: Die Behandlung von atypischen Kaufverträgen im UN-Kaufrecht, Frankfurt a.M. 2004
- GRIGOLEIT, Hans Christoph/HERRESTHAL, Carsten: Die Beschaffenheitsvereinbarung und ihre Typisierungen in § 434 I BGB, JZ 2003, 233-239
- GRIGOLEIT, Hans Christoph/RIEHM, Thomas: Grenzen der Gleichstellung von Zuwenig-Leistung und Sachmangel, ZGS 2002, 115-124.
- GROBECKER, Wolfgang: Implied terms und Treu und Glauben - Vertragsergänzung im englischen Recht in rechtsvergleichender Perspektive, Berlin 1999
- GRUNDMANN, Stefan: Verbraucherschutz, Unternehmensrecht, Privatrecht - Warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?, AcP 202 (2002), 40-71
- GRUNDMANN, Stefan/BIANCA, Cesare Massimo: EU - Kaufrechts-Richtlinie, Köln 2002 (*Grundmann/Bianca/İşleyen*)
- GSELL, Beate: Autonom bestimmter Gerichtsstand am Erfüllungsort nach der Brüssel I-Verordnung, IPRax 2002, 484-491
- GUHL, Theo/KOLLER, Alfred/SCHNYDER, Anton K/DRUEY, Jean Nicolas: Das schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., Zürich 2000 (*Guhl/İşleyen*)
- GUTKNECHT, Uta: Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers bei Kauf- und Werklieferungsverträgen, Rechtsvergleichende Untersuchung zum CISG, zum US-amerikanischen Uniform Commercial Code, zum deutschen Recht und zu dem Vorschlag der Kommission zur Überarbeitung des deutschen Schuldrechts, Frankfurt 1997
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Kısmi İfa, Fahıman Tekil Armağanı, MÜHFD 2003, 603-631
- H**AAS, Lothar/MEDICUS, Dieter/ROLLAND, Walter/SCHÄFER, Carsten/WENDTLAND, Holger: Das neue Schuldrecht, München 2002
- HACKENBERG, Ulf: Der Erfüllungsort von Leistungspflichten unter Berücksichtigung des Wirkungsortes von Erklärungen im UN-Kaufrecht und der Gerichtsstand des Erfüllungsortes im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht, Hamburg 2000
- HAGER, Günter: Die Gefahrtragung beim Kauf, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt 1982 (*Gefahrtragung*).
- Gefahrtragung nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Peter Schlechtriem (Hrsg.), Baden-Baden 1987, 387-413 (*Einheitliches Kaufrecht*).
- HAVUTÇU, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsabet Zararın Tazmini, İzmir 1995
- HEGETSCHWEILER, Jean: La Vente à distance, Bienne 1960.
- HEILMANN, Jan: Mängelgewährleistung im UN-Kaufrecht - Voraussetzungen und Rechtsfolgen im Vergleich zum deutschen internen Kaufrecht und zu den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen, Berlin 1994
- HEINEMANN, Andreas/PICKARTZ, Thomas: Die Nacherfüllung beim Stückkauf, ZGS 2003, 149-158
- HERBER, Rolf: Mangelfolgeschäden nach dem CISG und nationales Deliktsrecht - Zugleich Besprechung von Dirk Schneider, UN-Kaufrecht und Produkthaftpflicht, IHR 2001, 187-191 (*IHR 2001*)
- "Lex mercatoria" und "Principles" - gefährliche Irrlichter im internationalen Kaufrecht, IHR 2003, 1-10 (*IHR 2003*)
 - Zum Verhältnis von UN-Kaufrechtsübereinkommen und deliktischer Haftung, in: Festschrift für Peter Schlechtriem, Schwenzer/Hager (Hrsg.) Tübingen 2003, 207-222 (*FS Schlechtriem*)

- HERBER, Rolf/CZERWENKA, Beate: Internationales Kaufrecht, Kommentar zu dem Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 11. April 1980 über Verträge über den internationalen Warenkauf, München 1991
- HERGÜNER, Ümit: Applicability of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Sales Contracts Concluded by Turkish Companies and Their Affiliates Abroad, Murat Sarca Armağanı, İstanbul 1988, 95-100
- HEUZE, Vincent: La Vente internationale de marchandises, Droit uniforme, Paris 2000
- HIRNER, Matthias: Der Rechtsbehelf der Minderung nach dem UN-Kaufrecht (CISG), Frankfurt a.M. u.a., 2000
- v.HOFFMANN, Bernd: Gewährleistungsansprüche im UN-Kaufrecht - verglichen mit dem EKG und BGB, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Peter Schlechtriem (Hrsg.), Baden-Baden 1987, 293-303.
- HOLTHAUSEN, Rüdiger: Vertraglicher Ausschluss des UN-Übereinkommens über internationale Kaufverträge, RIW 1989, 513- (*RIW 1989*)
- Die wesentliche Vertragsverletzung des Verkäufers nach Art.25 UN-Kaufrecht, RIW 1990, 101-107 (*RIW 1990*)
- HOMANN, Jens: Werbeaussagen und Käufererwartungen, Der Schutz durch Werbung geweckter Erwartungen des Käufers, München 2004
- HONNOLD, John O.: Risk of Loss, in: Galston/Smit (Eds.), International Sales, New York 1984, ch.8, 1-15 (*Risk of Loss*)
- Uniform Words and Uniform Application - The 1980 Sales Convention and International Juridical Practice, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Peter Schlechtriem (Hrsg.), Baden-Baden 1987, 115-146 (*Uniform Application*).
 - Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations, Deventer 1989 (*Documentary History*)
 - Uniform Law for International Sales, 3rd Ed., The Hague 1999 (*CISG*)
- HONSELL, Heinrich: Von den aedilischen Rechtsbehelfen zum modernen Sachmängelrecht, Gedächtnisschrift für Wolfgang Kunkel, Frankfurt 1984, 53-67 (*GS Kunkel*)
- Das Übereinkommen über den internationalen Warenkauf (Wiener Kaufrecht), plädoyer 2/1990, 38-44 (*plädoyer 1990*)
 - Die Vertragsverletzung des Verkäufers nach dem Wiener Kaufrecht, SJZ 1992, 345-354 ve 361-365 (*SJZ 1992*)
 - (Hrsg.) Kommentar zum UN-Kaufrecht, Berlin u.a. 1997 (*Honsell/İşleyen*)
 - Schweizerisches Obligationenrecht - Besonderer Teil, 7. Aufl. Bern 2003 (*Besonderer Teil*)
- HORNUNG, Rainer: Die Rückabwicklung gescheiterter Verträge nach französischem, deutschem und nach Einheitsrecht, Baden-Baden 1998
- HÖB, Stefan: Der gegenständliche Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts, "Contracts to which the CISG is applicable", Kempten 1995
- HUBER, Peter: UN-Kaufrecht und Irrtumsanfechtung, Die Anwendung nationalen Rechts bei einem Eigenschaftsirrtum des Käufers, ZEuP 2004, 585-602 (*ZEuP 1994*)
- Internationales Deliktsrecht und Einheitskaufrecht (zu BGH 28.11.1994), IPRax 1996, 91-95 (*IPRax 1996*)
 - Kaufrecht - Made in Europe! Die EG-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und ihre Folgen für das deutsche Gewährleistungsrecht, in: Festschrift für Dieter Henrich, Gottwald/Jayme/Schwab (Hrsg.) Bielefeld 2000, 297-321 (*FS Henrich*)

- Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, Eine Studie zur Konkurrenzfrage vor dem Hintergrund der internationalen Vereinheitlichung des Vertragsrechts, Tübingen 2001 (*Irrtumsanfechtung*).
- Vertragswidrigkeit und Handelsbrauch im UN-Kaufrecht (zu OGH, 27.2.2003), IPRax 2004, 358-360 (*IPRax 2004*)
- HUBER, Peter/FAUST, Florian: Schuldrechtsmodernisierung, Einführung in das neue Recht, München 2002.
- HUBER, Ulrich: Der UNCITRAL-Entwurf eines Übereinkommens über internationale Warenkaufverträge, RabelsZ 43 (1979), 413-526 (*RabelsZ 1979*)
- Empfiehlt es sich die Einführung eines Leistungsstörungenrechts nach dem Vorbild des Einheitlichen Kaufgesetzes? Welche Änderungen im Gesetzestext und welche praktischen Auswirkungen im Schuldrecht würden sich dabei ergeben? in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Band I, Köln 1981, 647-909 (*Gutachten*)
- Die Haftung des Verkäufers nach dem Kaufrechtsübereinkommen der Vereinten Nationen und nach deutschem Recht, Berlin 1991 (*Haftung des Verkäufers*)
- Leistungsstörungen, Band I: Die Allgemeinen Grundlagen - Der Tatbestand des Schuldnerverzugs - Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände, Tübingen 1999 (*Leistungsstörungen I*)
- Leistungsstörungen, Band II: Die Folgen des Schuldnerverzugs - Die Erfüllungsverweigerung und die vom Schuldner zu vertretende Unmöglichkeit, Tübingen 1999 (*Leistungsstörungen II*)
- Das geplante Recht der Leistungsstörungen, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Tübingen 2001, 31-183 (*Das geplante Recht*).
- HUTTER, Max: Die Haftung des Verkäufers für Nichtlieferung bzw. Lieferung vertragswidriger Ware nach dem Wiener UNCITRAL-Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11. April 1980, Diss., Regensburg 1988
- HYLAND, Richard: Conformity of Goods to the Contract Under the United Nations Sales Convention and the Uniform Commercial Code, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Peter Schlechtriem (Hrsg.), Baden-Baden 1987, 305-341
- IMBERG, Alexander: Die Verteilung der Beweislast beim Gefahrübergang nach UN-Kaufrecht, Frankfurt a.M. 1998
- JANSSEN, André: Die Untersuchungs- und Rügepflichten im deutschen, niederländischen und internationalen Kaufrecht, Baden-Baden 2001
- Das Verhältnis nationaler Verjährungsvorschriften zur Ausschlussfrist des Art.39 Abs.2 CISG in der Schweiz, IPRax 2003, 369-372 (*IPRax 2003*)
- JONES, Gareth H./SCHLECHTRIEM, Peter: Breach of Contract (Deficiencies in a Party's Performance), in: International Encyclopedia of Comparative Law, Volume VII: Contracts in General, Chapter 15, Tübingen, 1999
- JUD, Brigitta: Schadenersatz bei mangelhafter Leistung, Wien 2003 (*Schadenersatz*)
- Das Recht auf Zurückweisung im Kaufrecht, JuS 2004, 841-846 (*JuS 2004*)
- JUNG, Reinhard: Die Beweislastverteilung im UN-Kaufrecht – insbesondere beim Vertragsschluß, bei Vertragsverletzungen des Käufers bei allgemeinen Bestimmungen sowie bei gemeinsamen Bestimmungen über Verkäufer und Käuferpflichten, Frankfurt a.M. u.a. 1996
- KALPSÜZ, Turgut: Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara 1960 (*İfa Mahalli*)
- Denizşırı Satışlar (Giriş-Boşaltmada Satışlar), Ankara 1967 (*Denizşırı Satış*)
- KAPLAN, Yavuz: 1980 Tarihli Birleşmiş Milletler Viyana Sözleşmesi Çerçevesinde, İnternet Ortamında Bilgisayar Satış Sözleşmesi, MHB 2002/II, 325-356

- KAROLLUS, Martin: UN-Kaufrecht, Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis, Wien u.a. 1991
- UN-Kaufrecht: Vertragsaufhebung und Nacherfüllung bei Lieferung mangelhafter Ware, ZIP 1993, 490-497 (*ZIP 1993*)
- Der Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts im Überblick, JuS 1993, 378-382 (*JuS 1993*)
- KEIL, Andreas: Die Haftungsbefreiung des Schuldners im UN-Kaufrecht, Frankfurt 1993
- KELLER, Max/FISCHER, Willi: Mechanismus der Gefahrtragung des Käufers, Eine dogmatische Analyse, in: Mélanges Paul Piotet, Berne 1990, 137-150
- KELLER, Stefan: Die Gefahrtragungsregeln im Obligationenrecht, AJP 2003, 1152-1168
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. bası, Ankara 2005
- KIRCHER, Wolfgang: Die Voraussetzungen der Sachmängelhaftung beim Warenkauf - Eine vergleichende Darstellung des deutschen und des englischen Rechts unter Berücksichtigung des UN-Kaufrechts und aktueller Reformbestrebungen, Tübingen 1998
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968 (*Hata*)
- Giriş, Hukuki İşlem, Özellikle Sözleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, (şu ana kadar yayımlanmış olan formlardan faydalanılmıştır) (*Borçlar Hukuku*)
- KOCH, Robert: The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), RevCISG 1998, 177-354 (*RevCISG 1998*)
- Whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Article 25 CISG, IHR 2005, 65-70 (*IHR 2005*)
- KOCK, Annette: Nebenpflichten im UN-Kaufrecht, Dargestellt am Beispiel der Pflichten des Verkäufers, Regensburg 1995.
- KOLLER, Thomas: Die Verjährung von Ansprüchen des Käufers aus der Lieferung nicht vertragskonformer Ware im Spannungsfeld zwischen UN-Kaufrecht (CISG) und nationalem Partikularrecht, recht 2003, 41-54 (*recht 2003*)
- Aliud et peius: wirklich überholt? – oder: Was das CISG und das revidierte deutsche Recht dem OR (noch) voraus haben, in: Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel u.a. 2004, 531-550 (*FS Kramer*)
- KOLLER, Thomas/STALDER, Michael: Vertragsrecht und internationaler Handel – Die Vertragswidrigkeit der Ware im UN-Kaufrecht (CISG) bei national unterschiedlichen öffentlichrechtlichen Beschaffenheitsvorschriften, in: Gauchs Welt, Festschrift für Peter Gauch, Zürich 2004, 477-492
- KÖHLER, Martin: Die Haftung nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis zwischen Vertrag und Delikt, Tübingen 2003
- KÖNIG, Detlef: Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung (zu Art.82, 86, 87 EKG), in: Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht, Leser/v.Marschall (Hrsg.), Karlsruhe 1973, 75-130
- KÖTZ, Hein: Rechtsvereinheitlichung – Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele, RabelsZ 50 (1986), 1-18
- KRAMER, Ernst A.: Probleme der kaufvertraglichen Sachmängelhaftung im schweizerischen, österreichischen (hechtensteinischen) und deutschen Recht, LJZ 1988, 1-12 (*LJZ 1988*).
- Uniforme Interpretation von Einheitsprivatrecht – mit besonderer Berücksichtigung von Art.7 UNKR, JBl 1996, 137-151 (*JBl 1996*)

- AGB- und Konsumentkaufvertragsrecht: Das neue europäische Recht als Vorbild für die Schweiz?, ZSR I 1999, 295-303 (ZSR 1999)
- Rechtzeitige Untersuchung und Mängelanzeige bei Sachmängeln nach Art. 38 und 39 UN-Kaufrecht – Eine Zwischenbilanz, in: Beiträge zum Unternehmensrecht, FS Koppensteiner, Kramer/Schuhmacher (Hrsg.), Wien 2001, 617-628 (FS Koppensteiner)
- Abschied von der aliud-Lieferung?, in: Besonderes Vertragsrecht - aktuelle Probleme, Festschrift Heinrich Honsell, Zürich 2002, 247-260 (FS Honsell)
- KRANZ, Norbert: Die Schadensersatzpflicht nach den Haager Einheitlichen Kaufgesetzen und dem Wiener UN-Kaufrecht, Frankfurt 1989
- KREBS, Markus: Die Rückabwicklung im UN-Kaufrecht, München 2000
- KROMER, Ulrich: Der Begriff der Lieferung im Haager einheitlichen Kaufrecht, Pfaffenweiler 1987
- KROPHOLLER, Jan: Internationales Einheitsrecht, Allgemeine Lehren, Tübingen 1975
- KRÜGER, Ulrich: Modifizierte Erfolgshaftung im UN-Kaufrecht, Die Haftungsbefreiung bei Lieferung vertragswidriger Ware gemäss Art. 79 CISG, Frankfurt a.M. 1999
- KUHLEN, Dydra: Produkthaftung im internationalen Kaufrecht - Entstehungsgeschichte, Anwendungsbereich und Sperrwirkungen des Art. 5 Wiener UN-Kaufrechts (CISG), Augsburg 1997
- LANGENECKER, Josef: UN-Einheitskaufrecht und Immaterialgüterrechte, Die Rechtsmängelhaftung bei internationalen Kaufverträgen nach dem UN-Kaufrechtsübereinkommen unter besonderer Berücksichtigung von Immaterialgüterrechten, München 1993
- LARENZ, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil, 1. Halbband, 13. Aufl., München 1986 (Schuldrecht II/1)
- Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band: Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987 (Schuldrecht I)
- LARENZ, Karl/WOLF, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004
- LEHR, Wolfgang: Die neuen Incoterms 2000, VersR 2000, 548-557
- LEHMKUHL, Heiko: Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers im UN-Kaufrecht, Frankfurt a.M. 2002
- LESER, Hans G.: Vertragsaufhebung und Rückabwicklung unter dem UN-Kaufrecht, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Peter Schlechtriem (Hrsg.), Baden-Baden 1987, 225-255
- LESIAK, Rudolf: UNCITRAL-Kaufrechtsabkommen und Irrtumsanfechtung, JBl 1989, 487-496
- LETTLE, Tobias: Die Falschlieferung durch den Verkäufer nach der Schuldrechtsreform, JuS 2002, 866-872
- LEYENS, Patrick C.: CISG and Mistake: Uniform Law vs. Domestic Law, The Interpretative Challenge of Mistake and the Validity Loophole, RevCISG 2003-2004, 3-51
- LINDACHER, Walter: Gefahrtragung und Gefahrübergang, in: Das einheitliche Wiener Kaufrecht, Hrsg. Hans Hoyer/Willibald Posch, Wien 1992, 165-176.
- LINHART, Karin: Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung, Tübingen 2005
- LOEWE, Roland: Internationales Kaufrecht, Wien 1989
- LOHMANN, Arnd: Parteiautonomie und UN-Kaufrecht, zugleich ein Beitrag zum Anwendungsbereich des Wiener Kaufrechtsübereinkommens der Vereinten Nationen vom 11. April 1980, Tübingen 2005

- LOOKOFSKY, Joseph: In dubio pro conventione? Some thoughts about opt-outs, computer programs and preemption under the 1980 Vienna Sales Convention (CISG), Duke J. Comp. & Int'l L., Vol.13, Special Issue 2003, 263-289
- LORENZ, Stephan: Gattungsschuld, Konkretisierung und Gefahrtragung beim Verbrauchsgüterkauf nach neuem Schuldrecht, ZGS 2003, 421-423
- Aliud, peius und indebitum im neuen Kaufrecht, JuS 2003, 36-40
- LORENZ, Stephan/RIEHM, Thomas: Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002
- LUBBE, Gerhard: Fundamental breach under the CISG: A source of fundamentally divergent results, *RabelsZ* 68 (2004), 444-472
- LUDWIG, Katharina S.: Der Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von *Common Law* und *Civil Law*, Frankfurt 1994
- LURGER, Brigitta: Die wesentliche Vertragsverletzung nach Art. 25 CISG, IHR 2001, 91-102 (IHR 2001).
- Die neuere Rechtsprechungsentwicklung zum UN-Kaufrechtsübereinkommen, JBl 2002, 750-765 (JBl 2002)
- Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, Wien u.a., 2002 (Grundfragen).
- LÜCHINGER, Niklaus: Schadensersatz im Vertragsrecht, Grundlagen und Einzelfragen der Schadensberechnung und Schadensersatzbemessung, Freiburg 1999
- LÜDERITZ, Alexander: Pflichten der Parteien nach UN-Kaufrecht im Vergleich zu EKG und BGB, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Peter Schlechtriem (Hrsg.), Baden-Baden 1987, 179-195 (Pflichten)
- MAGNUS, Ulrich: Währungsfragen im Einheitlichen Kaufrecht, zugleich ein Beitrag zu seiner Lückenfüllung und Auslegung, *RabelsZ* 1989, 116-143 (RabelsZ 1989)
- Die allgemeinen Grundsätze im UN-Kaufrecht, *RabelsZ* 59 (1995), 469-494 (RabelsZ 1995)
- Probleme der Vertragsaufhebung nach dem UN-Kaufrecht (CISG) - OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 506, JuS 1995, 870-872 (JuS 1995)
- Das Schadenskonzept des CISG und transportrechtlicher Konventionen, in: FG Rolf Herber, Karl-Heinz Thume (Hrsg.), Neuwied 1999, 27-35 (FG Herber)
- Der Stand der internationalen Überlegungen: Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie und das UN-Kaufrecht, in: Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrecht, Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Köln u.a. 2000, 79-91 (Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie)
- Das UN-Kaufrecht und die Erfüllungsortzuständigkeit in der neuen EuGVO, IHR 2002, 45-52 (IHR 2002)
- Das UN-Kaufrecht - aktuelle Entwicklungen und Rechtsprechungspraxis, ZEuP 2002, 523-541 (ZEuP 2002)
- Aufhebungsrecht des Käufers und Nacherfüllungsrecht des Verkäufers im UN-Kaufrecht, in: FS Peter Schlechtriem, Tübingen 2003, 599-612 (FS Schlechtriem)
- The CISG's Impact on European Legislation, in: The 1980 Uniform Sales Law, Old Issues Revisited in the Light of Recent Experiences, Verona Conference 2003, München 2003, 129-145 (CISG's Impact)
- MANSEL, Heinz-Peter: Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts: Kaufrecht in Europa nach der Umsetzung der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, AcP 204 (2004), 396-456
- MARCANTONIO, Barrigan: Unifying the Law of Impossibility, (1984) 8 Hastings Int'l & Comp. L. Rev., 41-59.

- MATHYS, Hans Beat: Bestätigungsschreiben und Erklärungsfiktion, Zürich 1997
- MEDICUS, Dieter: Voraussetzungen einer Haftung für Vertragsverletzungen, in: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Basedow (Hrsg.), Tübingen 2000, 179-193 (*Voraussetzungen*)
- MICHAELS, Ralf: Sachzuordnung durch Kaufvertrag, Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht, Berlin 2002
- Privatautonomie und Privatkodifikation, Zu Anwendbarkeit und Geltung allgemeiner Vertragsrechtsprinzipien, *RabelsZ* 62 (1998), 580-626 (*RabelsZ* 1998)
- MOHS, Florian: Die Vertragswidrigkeit im Rahmen des Art.82 Abs.2 lit.c CISG, *IHR* 2002, 59-66.
- MORSCHER, Thomas: Staatliche Rechtssetzungsakte als Leistungshindernis im internationalen Warenkauf - Ihre kollisionsrechtliche Behandlung im schweizerischen IPR-Gesetz und im UN-Kaufrecht, Basel u.a. 1992
- MUSGER, Gottfried: Die wesentliche Vertragsverletzung - Probleme des Art.25 WKR und Parallelen im österreichischen Recht, Vorträge, Reden und Beiträge aus dem Europa-Institut/Nr.168, Universität des Saarlandes, 1989.
- MUSIELAK, Hans-Joachim: Die Falschlieferung beim Stückkauf nach dem neuen Schuldrecht, *NJW* 2003, 89-92.
- MÜLLER, Tobias Malte: Die Beweislastverteilung für die Bösgläubigkeit des Verkäufers im Rahmen des Art.40 CISG (zugleich Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 30. Juni 2004), *IHR* 2005, 16-20
- MÜLLER, Tobias Malte/TOGO, Federica: Die Berücksichtigung der Überzeugungskraft ausländischer Präzedenzfälle bei der Auslegung des CISG, *IHR* 2005, 102-107
- MÜLLER-CHEN, Markus: Folgen der Vertragsverletzung, Zürich 1999
- Der Erfüllungsanspruch - primärer Inhalt der Obligation?, in: *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 1996, 23-41 (*Erfüllungsanspruch*)
- MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BÜRGERLICHEN GESETZBUCH,
- Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg.), Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, AGB-Gesetz, 4. Auflage, München 2001 (*MünchKommBGB/İşleyen*).
 - Krüger/Westermann (Red.), Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I, §§ 433-610, Finanzierungsleasing, HeizkostenV, BetriebskostenV, CISG, 4. Aufl., München 2004 (*MünchKommBGB/İşleyen*)
- MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM HANDELSGESETZBUCH, Karsten Schmidt (Hrsg.),
- Band 5, Viertes Buch, Handelsgeschäfte, Erster Abschnitt, Allgemeine Vorschriften, §§ 343-372, München 2001 (*MünchKommHGB/İşleyen*)
 - Band 6, Viertes Buch, Handelsgeschäfte, Zweiter Abschnitt: Handelskauf, Dritter Abschnitt: Kommissionsgeschäfte §§ 373-406, CISG, München 2004 (*MünchKommHGB/İşleyen*)
 - Band 7a, Aktualisierungsband zum Transportrecht, Jürgen Basedow (Red.), München 2000 (*MünchKommHGB/İşleyen*)
- NAJORK, Eike Nikolai: Treu und Glauben im CISG, Köln 2000
- NEUFANG, Paul: Erfüllungszwang als "remedy" bei Nichterfüllung - Eine Untersuchung zu Voraussetzungen und Grenzen der zwangsweisen Durchsetzung vertragsgemäßen Verhaltens im US-amerikanischen Recht im Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland, Baden-Baden 1998
- NEUMAYER, Karl H.: Zur Revision des Haager Einheitlichen Kaufrechts: Gefahrtragung, Gehilfenhaftung, Fait du Vendeur und Lückenproblem, in: *Festschrift für Ernst von Caemmerer*, Tübingen 1978, 955-986 (*FS Caemmerer*)
- Offene Fragen zur Anwendung des Abkommens der Vereinten Nationen über den internationalen Warenkauf, *RIW* 1994, 99-109 (*RIW* 1994)

- Rechtsgestaltende Erklärungen im Wiener Einheitlichen Kaufrecht, in: *Festschrift für Ulrich Drobnig, Basedow/Hopt/Kötz* (Hrsg.), Tübingen 1998, 97-118 (*FS Drobnig*)
- NEUMAYER, Karl H./MING, Catherine: *Convention de Vienne sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises, Commentaire*, Lausanne 1993
- NICHOLAS, Barry: Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Galston/Smit (Eds.), *International Sales*, New York 1984, ch.5, 1-24 (*Impossibility*)
- Fault and Breach of Contract, in: *Good Faith and Fault in Contract Law*, Beatson/Friedmann (Eds.), Oxford 1995, 337-355 (*Fault*)
- NICKEL, Friedrich/SAENGER, Ingo: Die warranty-Haftung des englischen Rechts, *JZ* 1991, 1050-1057
- NOMER, Ergin/SANLI, Cemal: *Devletler Hususi Hukuku*, 12. bası, İstanbul 2003.
- Official Records: United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March - 11 April 1980, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees, United Nations, New York 1981
- OĞUZ, Arzu: Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, 49 *AÜHFD* 2000, 31-65 (*AÜHFD* 2000)
- Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku, (*Lex Mercatoria*) - Unidroit İlkeleri'nin *Lex Mercatoria* Niteliği, 50 *AÜHFD* 2001, 11-53 (*AÜHFD* 2001)
 - Karşılaştırmalı Hukuk: Kavram, Amaç ve İşlevler, Metod, Tarihçe, Büyük Hukuk Çevreleri, Ankara 2003 (*Karşılaştırmalı*)
 - Hukuk Eğitimi ve Karşılaştırmalı Hukuk, YasaHD 2004, Eylül-Ekim, sayı 256, 35-45 (*YasaHD* 2004)
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. bası, İstanbul 2005.
- OTTO, Dirk: Produkthaftung nach dem UN-Kaufrecht, *MDR* 1992, 533-538
- ÖZSUNAY, Ergun: 1980 Tarihli "Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması" (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları, *İBD* 78/3 (2004), 906-959
- PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurzkommentare, 64. Aufl. München 2005 (*Palandt/Bearbeiter*)
- PELLEGRINO, Mario: Subjektive oder objektive Vertragshaftung? Ein rechtsvergleichender Blick auf die Rolle des Verschuldens im Vertragsrecht, *ZEuP* 1997, 41-57
- PETRIKIC, Radivoje: Das Nacherfüllungsrecht im UN-Kaufrecht, *Grundprobleme der Leistungsstörungen*, Wien 1999
- PFEIFFER, Thomas: Systemdenken im neuen Leistungsstörungen- und Gewährleistungsrecht, *ZGS* 2002, 23-32
- 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
- PICK, Eckhardt: Der Entwurf des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, in: *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Schulze/Schulte-Nölke* (Hrsg.), Tübingen 2001, 25-31
- PIER-EILING, Kathrin: Das Nacherfüllungsrecht des Verkäufers aus Art.48 CISG, Unter besonderer Berücksichtigung seines Verhältnisses zu den Rechtsbehelfen des Käufers, Berlin 2003

- PILLOUNIS, 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?, 12 Pace Int'l L. Rev. 1-46
- PILTZ, Burghard: Internationales Kaufrecht, Das UN-Kaufrecht in praxisorientierter Darstellung, München 1993
- Incoterms und UN-Kaufrecht, in: Transport- und Vertriebsrecht, FG Rolf Herber, Karl-Heinz Thume (Hrsg.), Neuwied 1999, 20-26 (FG Herber)
- POROY, Reha/YASAMAN, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 10. bası, Istanbul 2004
- PRAGER, Martin: Verkäuferhaftung und ausländische gewerbliche Schutzrechte, Die Haftung des Verkäufers beweglicher Sachen für deren Freiheit von gewerblichen Schutzrechten oder Urheberrechten nach dem UN-Kaufrechtsübereinkommen vom 11. April 1980, Pfaffenweiler 1987
- PRIß, Monika: Der Begriff des Sachmangels im deutschen und im englischen Kaufrecht, Frankfurt a.M., 2001.
- PÜNDER, Hermann: Das Einheitliche UN-Kaufrecht - Anwendung kraft kollisionsrechtlicher Verweisung nach Art.1 Abs.1 lit.b UN-Kaufrecht, RIW 1990, 869-873
- RABEL, Ernst: Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes, *RabelsZ* 9 (1935) 1-79 ve 339-363 (*RabelsZ*)
- Recht des Warenkaufs, Eine rechtsvergleichende Darstellung, 1. Band, Berlin 1957, 2. Band, Berlin 1958 (*Warenkauf I/II*)
 - Zu den allgemeinen Bestimmungen über Nichterfüllung gegenseitiger Verträge, in: Gesammelte Aufsätze, Band III, Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung, Tübingen 1967 (*Nichterfüllung*).
 - The Hague Conference on the Unification of Sales Law, in: Gesammelte Aufsätze, Band III, Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung, Tübingen 1967 (*Hague Conference*).
- RABL, Christian: Die Gefahrtragung beim Kauf, Wien 2002
- RANIERI, Filippo: Europäisches Obligationenrecht, Ein Handbuch mit Texten und Materialien, 2. Aufl. Wien u.a. 2003
- RAUSCHER, Thomas (Hrsg.) Europäisches Zivilprozessrecht, Kommentar, München 2004 (*Rauscher/Isleyen*)
- REIFNER, Claire: Stillschweigender Ausschluss des UN-Kaufrechts im Prozess? – zugleich Anmerkung zum Urteil der Cour de Cassation vom 26. Juni 2001, IHR 2002, 52-59
- REIMERS-ZOCHER, Birgit: Beweislastfragen im Haager und Wiener Kaufrecht, Frankfurt 1995
- REITHMANN, Christoph/MARTINY, Dieter: Internationales Vertragsrecht, Das internationale Privatrecht der Schuldverträge, 6. Aufl., Köln 2004.
- RHEINSTEIN, Max: Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im anglo-amerikanischen Recht, Berlin 1932.
- RIESE, Otto: Der Entwurf zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts, *RabelsZ* 22 (1957), 16-177.
- ROLLAND, Walter: Die Aufhebung des Vertrages nach den Vorschlägen zur Schuldrechtsreform auf dem Hintergrund internationaler Entwicklungen, in: Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, 629-655
- ROSSMEIER, Daniela: Schadenersatz und Zinsen nach UN-Kaufrecht - Art. 74 bis 78 CISG, RIW 2000, 407-415
- ROTH, Markus: Globalisierung des Handelsrechts, in: Globalisierung des Rechts II: Internationale Organisationen und Regelungshereiche, Nahamowitz/Voigt (Hrsg.), Baden-Baden 2002, 336-356

- RYFFEL, Grith: Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers nach dem Wiener Übereinkommen über internationale Warenkaufverträge vom 11 April 1980, Bern 1992
- RYN, Lisa M.: The Convention on Contracts for the International Sale of Goods: Divergent Interpretations, 4 Tul. J. Int'l & Comp. L. 99-118 (1995-1996)
- SCHACK, Haimo: Der Erfüllungsort im deutschen, ausländischen und internationalen Privat- und Zivilprozessrecht, Frankfurt a. M. 1985
- SCHACKMAR, R: Die Lieferpflicht des Verkäufers in internationalen Kaufverträgen und Incoterms, Berlin 2002
- SCHAEFFER, Hans-Bernd: The Economic Analysis of Civil Law, Cheltenham, 2004
- SCHAEFFER, Friederike: Zur Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts auf Werklieferungsverträge, IHR 2003, 118-121
- SCHAUER, Martin: Grundprinzipien des Leistungsstörungenrechts im ABGB, UN-Kaufrecht und in den PECL – eine vergleichende Skizze, in: Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel u.a. 2004, 627-645 (*FS Kramer*)
- SCHILLO, Franz-Josef: UN-Kaufrecht oder BGB? - Die Qual der Wahl beim internationalen Warenkaufvertrag, IHR 2003, 257-268.
- SCHOTT, Volker: Antizipierter Vertragsbruch und Leistungsgefährdung, Eine Vergleichung des amerikanischen Rechts mit dem international vereinheitlichten Kaufrecht, Dortmund 1992
- SCHLECHTRIEM, Peter: Einheitliches UN-Kaufrecht, Tübingen 1981 (*Einheitliches*)
- The Seller's Obligations Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, in: Galston/Smit (Eds.), International Sales, New York 1984, ch.6, 1-35 (*Seller's Obligations*)
 - Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers, in: Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984, Zürich 1985, 149-171 (*Kolloquium*)
 - Unification of the Law for the International Sale of Goods, in: XII. Internationaler Kongress für Rechtsvergleichung, 1986 Sydney und Melbourne/Anstralien, Deutsche Länderberichte, Schlechtriem (Hrsg.), Baden-Baden 1987 (*Unification*)
 - Die Pflichten des Verkäufers und die Folgen ihrer Verletzung, insbesondere bezüglich der Beschaffenheit der Ware, in: Eugen Bucher (Hrsg.): Wiener Kaufrecht, Berner Tage für die juristische Praxis 1990 içinde, Bern 1991, 103-142 (*Verkäuferpflichten*)
 - Anwendungsvoraussetzungen und Anwendungsbereich des UN-Übereinkommens über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), AJP 1992, 339-357 (*AJP 1992*)
 - Rechtsvereinheitlichung in Europa und Schuldrechtsreform in Deutschland, ZEuP 1993, 217-246 (*ZEuP 1993*)
 - Fristsetzung bei Leistungsstörungen im Einheitlichen UN-Kaufrecht (CISG) und der Einfluß des § 326 BGB, in: v.Westphalen/Sandrock (Hrsg.), Lebendiges Recht - von den Sumerern bis zur Gegenwart, Festschrift für Reinhold Trinkner, Heidelberg 1995, 321-335 (*FS Trinkner*)
 - Vertragsmäßigkeit der Ware als Frage der Beschaffenheitsvereinbarung (zu BGH, 8.3.1995 – VII ZR 159/94), IPRax 1996, 12-16 (*IPRax 1996*)
 - Schadenersatz und Schadensbegriff, ZEuP 1997, 232-254 (*ZEuP 1997*)
 - Vertragsmäßigkeit der Ware und öffentlich-rechtliche Vorgaben, IPRax 1999, 388-390 (*IPRax 1999*)

- Die Anpassung des deutschen Rechts an die Klausel-Richtlinie und den Richtlinienvorschlag zum Verbraucherkaufrecht, ZSR 118 (1999), I, 335-359 (ZSR 1999)
- Urteilsanmerkung zu BGH 24.3.1999 – VIII ZR 121/98, JZ 1999, 794-797 (JZ 1999)
- (Hrsg.) Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG -, 3. Aufl. München 2000 (*Schlechtriem/Isleyen*)
- Abstandnahme vom Vertrag, in: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Basedow (Hrsg.), Tübingen 2000, 159-177 (*Abstandnahme*)
- Einheitskaufrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band I, Bürgerliches Recht, Canaris/Heldrich, Hrsg., München 2000, 407, 441 (*Bundesgerichtshof*)
- Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Tübingen 2001, 205-224 (*Gewährleistungsrecht*)
- Noch einmal: Vertragsgemäße Beschaffenheit der Ware bei divergierenden öffentlich-rechtlichen Qualitätsvorgaben, IPRax 2001, 161-163 (*IPRax 2001*)
- Internationales UN-Kaufrecht, 2. Aufl., Tübingen 2003 (*UN-Kaufrecht*)
- Die Unmöglichkeit – ein Wiedergänger, in: Privatrecht in Europa – Vielfalt, Kollision, Kooperation, Festschrift Sonnenberger, München 2004, 125-133 (*FS Sonnenberger*)
- CISG – Auslegung, Lückenfüllung und Weiterentwicklung, Vortrag gehalten auf einem Symposium zu Ehren von Prof. Dr. Frank Vischer, 11. Mai 2004, Basel, www.cisg-online.ch (*Symposium Vischer*)
- Buchbesprechung: Martin Köhler: Die Haftung nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis zwischen Vertrag und Delikt, RabelsZ 69 (2005), 356-363 (*RabelsZ 2005*)
- 25 Jahre CISG - Bewährung und Bewahrung, EuZ 2005, 26-31 (*EuZ 2005*)
- SCHLECHTRIEM, Peter/SCHWENZER, Ingeborg (Hrsg.): Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrecht - CISG -, 4. Aufl. München 2004 (*Schlechtriem/Schwenzler/Isleyen*)
- SCHMID, Christoph: Das Zusammenspiel von Einheitlichem UN-Kaufrecht und nationalem Recht: Lückenfüllung und Normenkonkurrenz, zugleich ein Beitrag zur Rechtsvergleichung auf dem Gebiet von Willensmängeln sowie vor- und nebenvertraglichen Pflichten und ihren Äquivalenten im deutschen und amerikanischen Recht sowie im UN-Kaufrecht, Berlin 1996 (*Normenkonkurrenz*)
- Das Verhältnis von Einheitlichem Kaufrecht und nationalem Deliktsrecht am Beispiel des Ersatzes von Mangelfolgeschäden, RIW 1996, 904-913 (*RIW 1996*)
- SCHMID, Gudrun: Einheitliche Anwendung von internationalem Einheitsrecht – Die Berücksichtigung der Rechtsprechung und Literatur anderer Vertragsstaaten des CISG, Baden-Baden 2003.
- SCHMID, Petra: Der Schuldnerverzug, Voraussetzungen und Rechtsfolgen im BGB und im UN-Kaufrecht, Aachen 1996
- SCHMIDT, Karsten: Handelsrecht, 5. Aufl., Köln 1999
- SCHMIDT, Lutz: Die Vertragsaufhebung durch den Warenkäufer, Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Interessenanalysen und Ausblicken auf ein mögliches europäisches Schuldvertragsrecht, Baden-Baden 2003
- SCHMIDT-KESSEL, Martin: Implied Term - auf der Suche nach dem Funktionsäquivalent, VgIRWiss 96 (1997), 101-155
- SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen: Das neue Schuldrecht, Anwendung und Auswirkungen in der Praxis, Köln u.a. 2002

- SCHMITTHOFF, Clive M.: Das neue Recht des Welthandels, RabelsZ 28 (1964), 47-77
- SCHNEIDER, Dirk: UN-Kaufrecht und Produkthaftungspflicht, Zur Auslegung von Art. 4 Satz 1 und Art. 5 CISG und zur Abgrenzung vertraglicher und ausservertraglicher Haftung aus der Sicht des CISG, Basel 1995
- SCHÖNLE, Herbert: Kauf und Schenkung, Art. 184-191, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V 2a, Erste Lieferung, Gauch (Hrsg.), Zürich 1993 (*Zürcher Kommentar/Schönle*)
- Zum schweizerischen Kaufrecht und Schenkungsrecht, in: Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Gauch/Schmid (Hrsg.), Zürich 2001, 345-369 (Kaufrecht)
- SCHRANER, Marius: Die Erfüllung der Obligationen, Art. 68-96, in: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband VI e, Gauch/Schmid (Hrsg.), Zürich 2000 (*Zürcher Kommentar/Schraner*)
- SCHROETER, Ulrich G.: UN-Kaufrecht und Europäisches Gemeinschaftsrecht, Verhältnis und Wechselwirkungen, München 2005
- SCHUBEL, Christian: Schuldrechtsmodernisierung 2001/2002 – Das neue Kaufrecht, JuS 2002, 313-319
- Schuldrechtsmodernisierung 2002*, Materialien, Texte, Dokumente: Zusammengefasst und eingeleitet von Claus-Wilhelm Canaris, München 2002 (in: *Schuldrechtsmodernisierung 2002*)
- SCHULTHEISS, Jörg: Allgemeine Geschäftsbedingungen im UN-Kaufrecht, Eine vergleichende Analyse des Einheitsrechts mit dem Recht Deutschlands, Österreichs, der Schweiz, Frankreichs und der USA, Frankfurt a.M. 2004
- SCHULZ, Florian: Der Ersatzlieferungs- und Nachhesserungsanspruch des Käufers im internen deutschen Recht, im UCC und im CISG, Frankfurt a.M. u.a. 2002
- SCHULZE, Götz: Falschlieferung beim Speziaukauf - Unzulänglichkeiten des Gesetzes?, NJW 2003, 1022-1023.
- SCHULZE, Reiner/SCHULTE-NÖLKE, Hans: Schuldrechtsreform und Gemeinschaftsrecht, in: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Tübingen 2001, 3-24
- SCHÜRHOLZ, Martina: Die Nacherfüllung im neuen Kaufrecht, zugleich ein Beitrag zum Schicksal von Stück- und Gattungskauf, Baden-Baden 2005
- SCHWARTZE, Andreas: Europäische Sachmängelgewährleistung beim Warenkauf, Optionale Rechtsangleichung auf der Grundlage eines funktionalen Rechtsvergleichs, Tübingen 2000 (*Sachmängelgewährleistung*)
- Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa - Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie vor ihrer Umsetzung, ZEuP 2000, 544-574 (*ZEuP 2000*)
- SCHWENK, Edmund H.: Gewährleistung für Rechts- und Sachmängel nach dem Uniform Commercial Code und dem Einheitlichen Gesetz über den internationalen Kauf beweglicher Sachen, RabelsZ 35 (1971) 645-677.
- SCHWENZER, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Bern 2003 (*Allgemeiner Teil*)
- Das UN-Abkommen zum internationalen Warenkauf (CISG), recht 1991, 113-121 (*recht 1991*)
- Rechtsbehelfe und Rückabwicklungsmodelle im CISG, in den European and UNIDROIT Principles, im Gandolfi-Entwurf sowie im deutschen Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, in: Wandlungen des Schuldrechts, Peter Schlechtriem (Hrsg.), Baden-Baden 2002, 37-52 (*Rechtsbehelfe*)
- Sekretarya Šerhi*, Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat, ("Secretariat Commentary"), UN DOC. A/CONF. 97/5, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Official Records, New York, 1981, 14-66; veya *Honnold*, Documentary History içinde 404-456 veya <http://www.cisg-online.ch/cisg/materials-commentary.html>

- SEROZAN, Rona: Parça Borcu – Çeşit Borcu, Aşılması Gerek Bir Ayırım, MHAD 1969, yıl 3, sayı 5, 211-238 (MHAD 1969)
- Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (Dönme)
 - Yürürlükteki ifa engelleri ve haksız filler hukukunun yetersizlikleri ve bu yetersizliklerin aşılmasında giderek önemi artan kavramlar: "Sözleşmenin müspet ihlali" ve "culpa in contrahendo", MHAD 1990, cilt 18, 27-42 (MHAD 1990)
 - İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Cilt, 3. hası, İstanbul 2002 (Borçlar Genel)
 - Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler), İÜHF 2000, cilt LVIII, 231-248 (İÜHF 2000)
 - Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002 (Borçlar Özel)
 - Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2005 (Medeni Hukuk)
- SEVÓN, L.: Passing of Risk, in: Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984, Zürich 1985, 191-206
- SIEHR, Kurt, Der internationale Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts, *RabelsZ* 52 (1988), 587-616
- SOERGEL, Bürgerliches Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Stuttgart u.a.:
- Band 3, Schuldrecht II (§§ 433-515), AGB-Gesetz, AbzG, EAG, EKG, UN-Kauf Abk., Stuttgart u.a. 12. Auflage, 1991 (Soergel¹²)
 - Band 13, Schuldrechtliche Nebengesetze 2; Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG), wiss. Red.: Ursula Stein, 13. Auflage, 2000
- SONNENBERGER, Hans Jürgen: Verkehrssitten im Schuldvertrag, Rechtsvergleichender Beitrag zur Vertragsauslegung und zur Rechtsquellenlehre, München 1969
- STALDER, Michael: Die Beweislast und wichtige Rügemodalitäten bei vertragswidriger Warenlieferung nach UN-Kaufrecht (CISG), *AJP* 2004, 1472-1482
- STAUDINGERS Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetz, Berlin:
- Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2005 (Staudinger/Magnus)
 - Buch 1, Allgemeiner Teil §§ 134-163 (Allgemeiner Teil 4), Neubearbeitung 2003 (Staudinger/İşleyen)
 - Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse §§ 433-487; Leasing, Neubearbeitung 2004 (Staudinger/İşleyen)
- STEINMETZLER, Ulrich: Recht und Ökonomie der Grundstrukturen des Leistungsstörungsrechts im UN-Kaufrecht, Hamburg 2001
- STOLL, Hans: Inhalt und Grenzen der Schadensersatzpflicht sowie Befreiung von der Haftung im UN-Kaufrecht, im Vergleich zu EKG und BGB, in: Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationenrecht, Peter Schlechtriem (Hrsg.), Baden-Baden 1987, 257-281
- STORME, Matthias E.: Schuldnerpflichten, Vertragsstörung und Verantwortung (PECL, PICC, Wiener Kaufrecht, Gandolfi-Code, BGB-Entwurf), in: Wandlungen des Schuldrechts, Peter Schlechtriem (Hrsg.), Baden-Baden 2002, 11-35.
- SU, Yingxia: Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem chinesischen Vertragsgesetz, *ZVglRWiss* 102 (2003), 101-115
- ŞANLI, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözümü Yolları, 2. bası, İstanbul 2002
- ŞANLI, Cemal/EKŞİ, Nuray: Uluslararası Ticaret Hukuku, 3. bası, İstanbul 2004

- TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 5. bası, İstanbul 1988 (Borçlar Özel)
- TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 8. hası, İstanbul 2004
- TEKİNALP, Ünal: Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. bası, İstanbul 2002
- THIELE, Christian: Das UN-Kaufrecht, vor US-amerikanischen Gerichten, *IHR* 2002, 8-14
- THÜSING, Gregor: Wertende Schadensberechnung, München 2001
- TIRYAKIOĞLU, Bilgin: 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi, 41 AÜHF 1989-1990, 192-205 (AÜHF 1989-1990)
- Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.
- TOKER, Ali Gümrak: 11 Nisan 1980 tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005.
- TREITEL, Guenter: Remedies for breach of contract – A comparative account, Oxford 1988 (Remedies)
- The Law of Contract, 11th edition, London 2003 (Contract)
 - Frustration and Force Majeure, 2nd edition, London 2004 (Frustration)
- TROMMLER, Andreas: Die Auslegung des Begriffs *wesentliche Vertragsverletzung* in Art.25 CISG, Frankfurt a.M. 2002
- TWIGG-FLESNER, Christian: English Sales Law After the Implementation of Directive 99/44/EC on Consumer Sales - Back to the Drawing Board?, *GPR* 1/03-04, 12-21
- UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2004*, International Institute for the Unification of Private Law, Rome 2004 (Unidroit Principles 2004); bu kuralların 2004 versiyonunun Almanca tercümesi için bkz. ZEuP 2005, 470-498
- VAHLE, Oliver: Der Erfüllungsanspruch des Käufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit dem deutschen Kaufrecht, *ZVglRWiss* 98 (1999), 54-73
- VALCÁRCEL SCHNÜLL, Dagmar: Die Haftung des Verkäufers für Fehler und zugesicherte Eigenschaften im europäischen Rechtsvergleich, Bonn 1994
- VEKAS, Lajos, Zum persönlichen und räumlichen Anwendungsbereich des UN-Einheitskaufrechts, *IPRax* 1987, 342-346
- VENTURI, Silvio: La réduction du prix de vente en cas de défaut ou de non-conformité de la chose – Le Code suisse des obligations et la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente nationale de marchandises, Fribourg 1994
- VISCHER, Frank: Gemeinsame Bestimmungen über Verpflichtungen des Verkäufers und des Käufers, in: Wiener Übereinkommen von 1980 über den internationalen Warenkauf, Lausanner Kolloquium vom 19. und 20. November 1984, Zürich 1985, 173-184.
- VOGEL, Hans-Josef: Die Untersuchungs- und Rügepflicht im UN-Kaufrecht, Bonn 2000.
- VOGENAUER, Stefan: Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Eine vergleichende Untersuchung der Rechtsprechung und ihrer historischen Grundlagen, Band I und II, Tübingen 2001
- VULLIÉTY, Jean-Paul: Le transfer des risques dans la vente internationale, Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980, Bâle 1998

- WEBER, Rolf H.:** Vertragsverletzungsfolgen: Schadenersatz, Rückabwicklung, vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten, in: Eugen Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht, Berner Tage für die juristische Praxis 1990 içinde, Bern 1991, 165-210, (*Vertragsverletzungsfolgen*)
- Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 6, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Hausheer (Hrsg.), Bern 2000 (*BernerKommentar/Weber*)
 - Art. 68-96, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band 6, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband, Hausheer (Hrsg.), 2. Auflage, Bern 2005 (*BernerKommentar/Weber*)
- WELSER, Rudolf:** Die Vertragsverletzung des Verkäufers und ihre Sanktion, in: Das UNCITRAL – Kaufrecht im Vergleich zum österreichischen Recht, Peter Doralt (Hrsg.), Wien 1985, 105-132 (*Verkäufer*)
- Reform des österreichischen Leistungsstörungsrechts, in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Reformbedarf und Reform, Wien 2003, 63-84 (*Reform*)
- WESTERMANN, Harm Peter:** Das neue Kaufrecht, NJW 2002, 241- 253
- WIEGAND, Wolfgang:** Die Pflichten des Käufers und die Folgen ihrer Verletzung, in: Eugen Bucher (Hrsg.), Wiener Kaufrecht, Berner Tage für die juristische Praxis 1990 içinde, Bern 1991, 143-163 (*Käufer*)
- Von der Obligation zum Schuldverhältnis, Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts, Teil 1, recht 1997, 85-94 (*recht*)
- WILL, Michael R.:** "Meine Großmutter in der Schweiz..." Zum Konflikt von Verjährung und Rügefrist nach UN-Kaufrecht, in: FS Werner Lorenz, Rauscher/Mansel (Hrsg.), München 2001, 623-642 (*FS Lorenz*)
- Milletlerarası Mal Satım Hukuku ve Milletlerarası Tahkim, Ankara 2002 (*Tahkim*)
- v.WILMOWSKY, Peter:** Pflichtverletzungen im Schuldverhältnis, Die Anspruchs- und Rechtsgrundlagen des neuen Schuldrechts, Beilage zu Heft 1/2002 JuS, 1-31
- WINSHIP, Exemptions under article 79 of the Vienna Sales Convention, RabelsZ 68 (2004), 495-510**
- WOLFF, Katharina:** Die Rechtsmängelhaftung nach dem Uniform Commercial Code und dem UN-Kaufrecht, Bonn 1990
- WRASE, Michael/MÜLLER-HELLE, Adrian:** Aliud-Lieferung beim Verbrauchsgüterkauf - ein nur scheinbar gelöstes Problem, NJW 2002, 2537-2539
- WULF, Hans Markus:** UN-Kaufrecht und eCommerce, Problembereiche bei der Anwendung des Wiener Übereinkommens auf Internet-Verträge, Frankfurt a.M., 2003
- WURMNEST, Wolfgang:** UN-Kaufrecht und Gerichtsstand des Erfüllungsorts bei Nichterfüllung einer Alleinvertriebsvereinbarung durch den Lieferanten, IHR 2005, 107-114.
- YAVUZ, Cevdet:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. bası, İstanbul 2002 (*Borçlar Özel*)
- Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989 (*Ayıp*)
 - Tüketicinin Ayıplı Mal ve Hizmetlere Karşı Korunması (TKHK m.4), Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, 1293-1316 (*Oğuzman'a Armağan*)
 - Yargıtay Kararları Işığında Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi ve Hükümleri, Ergun Özsunay'a Armağan, Ankara 2004, 117-143 (*Özsunay'a Armağan*)

- YOVEL, Jonathan:** Comparison between provisions of the CISG (Seller's Right to Remedy Failure to Perform: Article 48) and the counterpart provisions of the PECL (Article 8:104 and 9:303), bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/yovel48.html>
- Buyer's right to avoid the contract: Comparison between provisions of the CISG (Art.49) and the counterpart provisions of the PECL (Art. 9:301, 9:303 and 8:106), bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/yovel49.html>

ZELLER, Bruno: Damages under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, New York, 2005

ZEYNELOĞLU, Ahmet: Taşınır Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1993

ZHANG, Xi: Die Rechtsmängelhaftung des Verkäufers nach UN-Kaufrecht im Vergleich mit deutschem, englischem, US-Amerikanischem und Haager Einheitlichem Kaufrecht, Starnberg 1994

ZIEGLER, Ulrich: Leistungsstörungsrecht nach dem UN-Kaufrecht, Baden-Baden 1995

ZIMMERMANN, Reinhard: The Law of Obligations - Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford, 1996 (*Law of Obligations*)

- Historische Verbindung zwischen civil law and common law, in: Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), 2. Aufl., Baden-Baden 1999, 103-125 (*Historische Verbindung*)
 - Breach of Contract and Remedies under the New German Law of Obligations, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero, Saggi, Conferenze e seminari Nr.48, Roma 2002 (*Breach of Contract*)
 - Liability for Non-Conformity, The new system of remedies in German sales' law and its historical context, Tenth John Maurice Kelly Memorial Lecture, University College Dublin, November 5th, 2003, Published by the Faculty of Law, 2004 (*Non-Conformity*)
 - Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand Europäischer Rechtswissenschaft, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte Nr.138, Bonn 2003 (*Principles*)
 - Die Unidroit-Grundregeln der internationalen Handelsverträge 2004 in vergleichender Perspektive, ZEuP 2005, 264-290 (*ZEuP 2005*)
- ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Hein:** Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrecht, 3. Aufl., Tübingen 1996

CISG ile İlgili Bazı Elektronik Veri Bankaları

- www.cisg-online.ch
- www.cisg.law.pace.edu
- www.uncitral.org altında: CLOUD, Case Law on UNCITRAL Texts
- www.unilex.info
- www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/WKHome.htm
- www.cisg.at/CISGframe.htm
- <http://witz.jura.uni-saarland.de/CISG/>

Çalışmada Kullanılan Önemli Hukuk Uyumlaştırması Metinlerine İlişkin Elektronik Adresler

- PECL metni: http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/
- PICC metni: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/blackletter2004.pdf>

CISG ile İlgili İctihat Derlemeleri ve Bibliyografya

- Internationale Rechtsprechung zu EKG und EAG, Schlechtriem/Magnus (Hrsg.), Baden-Baden 1987
- Twenty Years of International Sales Law Under the CISG, International Bibliography and Case Law Digest (1980 – 2000), Michael R. Wil (Ed.), The Hague 2000

KISALTMALAR¹

AB	Avrupa Birliği
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medeni Kanunu)
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
AG	Amtsgericht
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (İsviçre)
All.E.R.	The All England Law Reports (İngiltere)
Am.J.Comp.L	American Journal of Comparative Law (ABD)
aOR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Juni 1881
Art./ Artt.	Artikel
ATM	Avrupa Topluluğu Mahkemesi
ATRĞ	Avrupa Topluluğu Resmi Gazetesi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	Betriebsberater
BG	Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	Bundesgerichtshofzeitschrift (Almanya)
BM	Birleşmiş Milletler (bkz. UN)
BK	Borçlar Kanunu
BKT	Borçlar Kanunu Tasarısı (Ankara 2005)
Bkz.	Bakınız
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BW	Burgerlijk Wetboek (Hollanda Medeni Kanunu)
BzG	Bezirksgericht
c.	cümle
C.	cilt
CA	Court of Appeal (İngiltere)
Cc	Code civil (Fransız Medeni Kanunu)
Cciv	Codice civile (İtalyan Medeni Kanunu)
Ch.	Chapter
Cir.	Circuit
CISG-Online	İnternet-Veribankası, Basel Üniversitesi (bkz. Kaynakça)
CML Rev.	Common Market Law Review
D.	Digesta

¹ Kısaltmaları verilen dergilerin hangi ülkelerde yayınlandığı ve önemli kanunların hangi ülkeye ait olduğu parantez içinde gösterilmiştir.

DiskE	Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes
Diss.	Dissertation
Du.	Dipnotu
DÖH	Devletler Özel Hukuku
Duke J. Comp. & Int'l L.	Duke Journal of Comparative and International Law (ABD)
Ed./Eds.	Editor/Editors
E.D.	Eastern Division/District
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
Einl.	Einleitung
EuZ	Zeitschrift für Europarecht (İsviçre)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Almanya)
EVHGB	Vierte Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich RGBl 1938 I 1999
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht (Almanya)
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Almanya)
Ex.	Court of Exchequer; Exchequer Reports (İngiltere)
FCA	Federal Court of Australia
ĞİŞ	Genel İşlem Şartları
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatright (Almanya)
GS	Gedächtnisschrift
Hastings Int'l & Comp. L. Rev.	Hastings International and Comparative Law Review (ABD)
HG	Handelsgericht
HGB	Handelsgesetzbuch (Alman Ticaret Kanunu)
öHGB	Österreichisches Handelsgesetzbuch (Avusturya Ticaret Kanunu)
H.L.	House of Lords (İngiltere)
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
ICC	International Chamber of Commerce (bkz. MTO)
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly (ABD)
IHR	Internationales Handelsrecht, Zeitschrift für das Recht des internationalen Warenkaufs und- vertriebs (Almanya)
Int'l	International
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (Almanya)
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht (İsviçre DÖH Kanunu)
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	İzmir Barosu Dergisi
JBI	Juristische Blätter (Avusturya)
J.Bus.L.	The Journal of Business Law (İngiltere)
JbJZivRWiss	Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler (Almanya)
JCP E	Juris Classeur Périodique, La Semaine Juridique - Édition entreprise et affaires (Fransa)
JuS	Juristische Schulung (Almanya)

JZ	Juristen-Zeitung (Almanya)
KB	Court of King's Bench; Law Reports, King's Bench Division
Karş.	Karşılaştırmalı
KG	Kantonsgericht
LJZ	Liechtensteinische Juristen-Zeitung (Lichtenstein)
LG	Landgericht (Alman Alt Derece Mahkemesi)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MK	Medeni Kanun
MÖH	Milletlerarası Özel Hukuk
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTO	Milletlerarası Ticaret Odası (bkz. ICC)
MünchKommBGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MünchKommHGB	Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch
N.	Kenar Numarası
N.D.	Northern District
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Almanya)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift - Rechtsprechungsreport Zivilrecht (Almanya)
OGH	Oberster Gerichtshof (Avusturya Yüksek Mahkemesi)
OLG	Oberlandesgericht (Alman İstinaf Mahkemesi)
op.cit.	opere citato
OR	Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
öHGB	Österreichisches Handelsgesetzbuch (Avusturya Ticaret Kanunu)
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung (Avusturya)
Pace Int'l L. Rev.	Pace International Law Review (ABD)
PECL	Principles of European Contract Law (Grundregeln des europäischen Vertragsrechts)
PICC	Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004
REDC	Revue Européenne de Droit de la Consommation (Belçika)
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Almanya)
Red.	Redakteur
RegBegr	Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts
RevCISG	Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft (Almanya)
s.	sayfa
Sec.	Section
Sekretarya Şerhi	UNCITRAL Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat, ("Secretariat Commentary"), UN DOC. A/CONF. 97/5
SDNY	Southern District of New York

SGA-GB	Sale of Goods Act 1979, Sale and Supply of Goods Act 1994 ve Sale of Goods (Amendment) Act 1995 ile değiştirilmiştir (İngiltere)
SGAA-GB 1995	Sale of Goods (Amendment) Act 1995 (İngiltere)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (İsviçre)
SSGA-GB 1994	Sale and Supply of Goods Act 1994 (İngiltere)
Subs.	Subsection
tart.	tartışmalı
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
Tul. J. Int'l & Comp. L	Tulane Journal of International and Comparative Law (AB u.a.
UCC	Uniform Commercial Code (ABD Yeknesak Ticaret Kanunu)
UCC L. J.	Uniform Commercial Code Law Journal (ABD)
ULIS	Uniform Law on the International Sale of Goods
Ulp.	Ulpianus
UN	United Nations (bkz. BM)
UNIDROIT	Institut International pour l'Unification du Droit Privé/ International Institute for the Unification of Private Law
Unif. L. Rev.	Uniform Law Review/Revue de droit uniforme (UNIDROIT, Roma)
UNILEX	İnternet Veri Bankası, Roma I Üniversitesi, UNIDROIT ve Italian National Research Council (bkz. Kaynakça)
US Ct. App.	United States Court of Appeals
US Dist. Ct.	United States District Court
Va.J.Int'l L.	Virginia Journal of International Law
VersR	Versicherungsrecht (Almanya)
Vor./Vorbem.	Vorbemerkungen
VuR	Verbraucher und Recht (Almanya)
YasaHD	Yasa Hukuk Dergisi
YB	UNCITRAL-Yearbook, New York: United Nations Publications
Yb.Com.Arb.	Yearbook: Commercial Arbitration
WM	Wertpapiermitteilungen (Almanya)
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht (Almanya)
ZERV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung (Avusturya)
ZGer	Zivilgericht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (Almanya)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Almanya)
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften (Almanya)
ZVRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, internationales Privatrecht und Europarecht (Avusturya)

Giriş

18. yüzyıl sonlarına kadar Avrupa genelinde uygulanan hukuk, temelinde Roma-Kilise hukukunun yattığı müşterek bir hukuk, "ius commune" olmuştur¹. Her ülkeden hukukçunun hakim olduğu, üniversiteden üniversiteye dolaşarak okuduğu ve okuttuğu, Latince dili sayesinde sınırsızca paylaşabildiği bir hukuk bilimi, sınır tanımsızın gelişebilmiş ve bugünün Kara Avrupa'sı hukuk düzenlerini kalıcı olarak şekillendirmiştir. Ulus devlet sınırlarının kesinleşip "ulusal" hukukların ön plana çıkmasına kadar her hukukçu aynı bilimsel camianın bir parçası olmuştur. Ancak 19. yüzyılda yoğun bir şekilde yaşanan kanunlaştırma hareketlerinin sonunda, bu ortak geleneğin arka plana itildiği ve hukukçuların bir anlamda kabuğuna çekildiği bir dönem başlamış; iki büyük dünya savaşı da bu oluşumu körüklemiştir. Bu gelişme hakkında Jhering'in 1924 yılında ifade ettiği² değer yargısına katılmamak mümkün değildir: "... hukuk bilimi, ülkelerin hukuku düzeyine indirgenmiş; hukukta, bilimsel sınırlar ile siyasi sınırlar örtüşmeye başlamıştır. Bir bilim dalı için ne kadar da aşağılayıcı, layık olunmayan bir durum!" Ancak yazar bunu aşmak için yapılması gerekeni de hemen eklemiştir: "Mukayeseli hukuk araştırmaları sayesinde bu sınırları aşmak, uzun yıllar sahip olduğu evrensel karakterini yeniden kazanmak ve sonsuza kadar muhafaza etmek bu bilim dalının elindedir. Bu sayede metodu daha farklı, bakış açısı daha geniş, değer yargısı daha olgun, konuya yaklaşımı daha özgür olacak ve görünüşte bir kayıp sanılan, uygulamada bir kazanım olarak kendisini gösterecektir; hukuk bilimi, bilimin daha üst bir mertebesine erişecektir."

Jhering, 20. yüzyılın ikinci yarısında başlayan ve son yirmi yılda belki de en verimli çağını yaşayan mukayeseli hukuk araştırmalarını ve sonuçlarını görseydi muhakkak ki memnun kahrı. Bir yandan, asla ulusal sınırlarla kendini bağlı hissetmeyen, evrenseli yakalama arzusunda olan bir grup bilim insanının sonu gelmeyen çabasıyla, diğer yandan da Avru-

¹ Kavram hakkında örn. bkz. *Reppen*, Europäisierung des Privatrechts durch Wiederbelebung des ius commune?, 8 JbZivRWiss 1997, 9, 10 vd.; *Knütel*, Rechtseinheit in Europa und römisches Recht, ZEuP 1994, 244, 245 vd.; *Oğuz*, YasaHD 2004, 35, 39 vd.

² *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1. Teil^{7/8}, Leipzig 1924, 15.

pa Birliği'nin kurulması ve küreselleşme olgusu gibi³ politik faktörlerin etkisiyle, hukuk, yine bir bilim olarak kabul edilmeyi hak edecek evrenselliğe erişmiştir. Sınırlar aşılmış ve hatta özel hukuk alanında kamıca düşmüştür. Bugün Avrupa bilim çevrelerinde, *ius commune*'nin rönesansının en hararetili tartışma konularından birini oluşturması şaşırtmamalıdır⁴. Ancak heyecan verici olan, sınırların sadece Avrupa'da düşmekle kalmamasıdır. Bunun ötesinde, uzlaşması imkansız sayılan, *common law* ve *civil law* sistemlerinin hukukçuları da yoğun olarak bir araya getirmeye ve tartışmaya, beraber kitaplar yazmaya başlamış ve gün geçtikçe benzerliklerin aşında farklılıklardan çok daha fazla olduğu tespit edilmiştir⁵.

İşte, Birleşmiş Milletler bünyesinde 1980 yılında kabul edilen, 1988 yılında yürürlüğe giren ve bugün 66 ülkede uygulanmakta olan⁶, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması* - CISG - da, bu tür mukayeseli hukuk araştırmalarının ve mücadelelerinin bir ürünüdür. Henüz 1929 yılında *Rabel*, evrensel bir satım hukuku yaratma vizyonuna sahip olabilmiş, özel hukukun birleştirilmesi alanında faaliyet göstermek amacıyla Roma'da yoğun olarak kurulmuş bulunan UNIDROIT'ı bu konuda ikna edebilmiş ve uyumlaştırmaya giden uzun yolculuk başlamıştır. 1988 yılında Antlaşmanın yürürlüğe girmesine kadar aşında ne ölçüde başarılı olacağı kestirilemeyen bu proje, bugün dünyanın en önemli hukuk uyumlaştırması projelerinden biri haline gelmiştir. Günümüzde dünya ticaretinin 2/3'ünün CISG'a taraf ülkeler arasında gerçekleştiğinden bahsedilmektedir⁷. İngiltere ve Japonya dışında bütün büyük ticaret ülkeleri (örn. ABD, Çin, Rusya, Kore Cumhuriyeti, Singapur ve 20 Avrupa Birliği ülkesi) Antlaşmaya taraftır⁸. *Karollus*'a göre CISG, milletlerarası ticaretin *magna carta*'sı olma yolundadır⁹.

³ *Michaels*, Welche Globalisierung für das Recht? Welches Recht für die Globalisierung?, *RabelsZ* 69 (2005), 525 vd.

⁴ Bu konuda yazılanlara ilişkin olarak sadece bir iki örnek verilmesi imkanı vardır, zira tartışma ve ilgili literatür ayrı bir tez konusu olacak düzeye gelmiştir. Bkz. *Zimmermann*, Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit, *JZ* 1992, 8 vd.; *Knütel*, Ius commune und Römisches Recht vor Gerichten der Europäischen Union, *JuS* 1996, 768 vd.; *van den Bergh*, Ius commune, a history with a future?, in: *The common law of Europe and the future of legal education*, de Witte/Forder (Eds.), 1992, 593 vd.

⁵ Nitekim hukuk biliminin yaşadığı bu değişim hukuk eğitiminin de baştan sona yeniden şekillenmesini gerektirir. Bu konuda çok güzel bir inceleme için bkz. *Oğuz*, *YasaHD* 2004, 35 vd.

⁶ Taraf ülkelerin listesi için bkz. aşağıda EK-3.

⁷ *Schlechtriem/Schweuzer/Schlechtriem*, Einleitung, 27.

⁸ *Magnus*, Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, 79, 80

⁹ *Karollus*, Judicial interpretation and application of the CISG in Germany 1988-1994, *Rev. CISG* 1995, 51, 68.

Çok sayıda devlet tarafından imzalanmış olan başka Antlaşmaların da var olduğu bir gerçektir. Ancak CISG'ı özel kılan bazı unsurlar vardır. Bunlardan ilki konusudur; zira satım sözleşmesi bütün hukuk düzenlerinin en temel sözleşmesidir. İnsanlık tarihinde paranın kullanılmaya başlanmasından beri satım sözleşmesi de vardır. Dünyada ifa engelleri hukuku, bu sözleşmeye ilişkin kurallar esas alınarak gelişmiştir¹⁰. Böylesi bir sözleşme açısından ortak bir hukuk yaratılabilmesi ayrı bir başarı teşkil eder. *Magnus*'un ifadesi ile, CISG, özel hukuk düzenlerinin kalbi sayılabilecek olan alanı birörnek hale getirmiştir¹¹. Bu sayede, milletlerarası satım sözleşmelerinden doğan ihtilaflar dünyanın bir çok ülkesinde hep aynı kurallar uygulanmak suretiyle çözümlenebilecek, hakimler yabancı bir ulusal hukuku uygulamak durumunda kalmayacak ve satım hukuku yine motor görevini üstlenerek, belki de bir dünya borçlar kanununun oluşumuna doğru evrimi başlatacaktır¹².

CISG'in diğer önemli başarısı ise *common law* ve *civil law*'un son derece farklı gelişmiş olan ifa engelleri hukuklarını bir araya getirebilmiş ve bir potada eritebilmiş olmasıdır. Çalışmada ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı gibi, iki hukuk çevresi de Antlaşmanın hazırlanması safhasında tavizler vermek zorunda kalmış, ancak ortaya son derece ilginç bir sentez çıkmıştır. Yukarıda anılan evrensel hukuk biliminin kanımca en büyük ürünlerinden biridir bu Antlaşma. Nitekim Avrupa ülkelerinde, başta Almanya olmak üzere, borçlar hukuku alanında son dönemde yapılan bütün revizyonların ilham kaynağının CISG olması da bu tespiti doğrulamaktadır.

Buna rağmen Türkiye bugüne kadar CISG'a taraf olmamıştır. Bu nedenle, ne CISG'ın ne de CISG'a ilişkin bir çalışmanın Türk hukuku açısından bir anlamının olmadığı düşünülebilirse de, kanımca bu doğru bir yaklaşım olmaz. Öncelikle, bu Antlaşmanın halihazırda bile Türk hakimleri tarafından uygulanmasını gerektirecek durumlar vardır. Zira MÖ-HUK m.24 uyarınca, yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmeye uygulanacak olan hukukun, Antlaşmaya taraf bir ülkenin hukuku olduğu tespit edilirse, hakim o ülkenin iç satım hukuku hükümleri yerine CISG'ı uygulamak durumundadır. Aynı şekilde, tarafların, âkit bir ülkenin hukukunun uygulanmasını kararlaştırdığı hallerde, sözleşmeden aksine bir sonuç çıkmadığı sürece, bu seçimin CISG hükümlerini de kapsamaması nedeniyle yine Antlaşmanın uygulanması söz konusu olacaktır.

Diğer yandan Türkiye'nin, Avrupa Birliği mevzuatına uyum sürecinde bu Antlaşmaya taraf olması pek yakında zaten gündeme gelecektir.

¹⁰ *Mansel*, AcP 2004, 396, 399.

¹¹ *Staudinger/Magnus*, Einleitung, N.1

¹² Örn. bkz. *Bonell*, Do we need a global commercial code?, Unif. L. Rev. 2000, 469 vd.

Aşağıda daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere, AB Komisyonu, 2004 yılı sonu itibarıyla yayınladığı Bildiride, AB Borçlar Kanununun hazırlanması projesinde, CISG'ın sisteminin ve çözümlerinin esas alınabileceğini kabul etmiştir. Yine AB'nin tüketici satımlarına ilişkin yönergesi CISG örnek alınarak hazırlanmıştır. AB üyesi ülkelerden yirmisi Antlaşmaya taraf ve bunlar arasında, ticaret ilişkilerimizin en yoğun olduğu ülkelerin hepsi bulunmaktadır. Dolayısıyla Türkiye'nin bu Antlaşmaya taraf olması yönünde gerek siyasi gerekse ekonomik bir dizi sebep mevcuttur¹³.

Ancak kanımca CISG, ifa engelleri hukukuna getirdiği yeni bakış bebiyle, salt bilimsel bir merakı tatmin etmek uğruna da incelenmeyi fazlasıyla hak etmektedir. Örneğin temerrüt, imkansızlık ve kötü ifa gibi kategorilerin hepsinin bir kenara bırakılarak yeknesak bir sözleşmeye ayrıcalık anlayışının benimsenmiş ve artık sadece "sözleşme ihlali" (*breach of contract*) kavramı ile çahşılıyor olması; sözleşme ihlallerinde sorumluluğun tamamen kusurdan bağımsız düzenlenmesi, dönme ile birlikte müspet zararın tazmininin mümkün olması gibi farklı yaklaşımlar, alışık olduğumuz ve değişmez kabul ettiğimiz bir dizi kavram ve ayırımı yeneden düşünmeye zorlamakta; *Jhering*'in dediği gibi, bakış açısını tümenden değiştirmektedir.

CISG neyi düzenler?

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, adından da anlaşılacağı gibi, milletlerarası nitelikte olan ve konusunu menkullerin oluşturduğu satım sözleşmelerine uygulanacak olan kuralları belirler. Bahsedilen bu kurallar, devletler özel hukuku kuralları değildir. Yani yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmeye uygulanacak ulusal hukuku tayin eden bir Antlaşma değildir CISG. Aksine, ulusal hukuklardaki sözleşme hukukuna ilişkin bir dizi hükmün uygulanmasının önünü kesen; doğrudan sorunlara ilişkin maddi hukuk çözümleri üreten 75 madde içermektedir. Bu maddelerde satım sözleşmesinin kurulması, yorumlanması, ifası, ifa edilmediği hallerde bunun sonuçları, tasfiye ilişkileri, tazminat gibi çok çeşitli bir dizi sorun ele alınmaktadır. Yani CISG, sadece BK m.182 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan konuları ele almakla kalmayıp, çoğu borçlar genel hukuku konusu olan bir dizi hususa da cevap üretmektedir. Nitekim bu noktada CISG ile çalışmayı ilginç kılan diğer bir unsur ortaya çıkmaktadır. CISG'da, yapısı

¹³ CISG'a taraf olunması gerektiği, doktrinde son yıllarda artan oranda ifade edilmektedir. Bkz. *Erdem*, *Batider* 1992, 25, 105; *Özsunay*, *IBD* 2004, 906, 955 vd.; *Will*, *Tahkim*, 19/39; *Toher*, 153 vd.

gereği, borçlar genel hukuku ve borçlar özel hukuku tarzında bir ayrım olmadığı için, “genel” sözleşmeye aykırılık ile ayıba karşı tekeffül hükümleri arasındaki ayrım üzerine kurulu, bunlar arasındaki ilişkiyi ve yarışmayı tartışan Kara Avrupa’sı hukuklarının mantığını, bu Antlaşma bağlamında bir kenara atmak gerekmektedir.

Maddi satım hukukuna ilişkin bu hükümlerin yanı sıra ayrıca Antlaşmanın I. Kısımında, milletlerarası uygulama alanı, konu itibarıyla uygulama alanı ve sınırları, Antlaşmanın yorumu ve boşluklarının doldurulmasına ilişkin hükümler bulunmaktadır; IV. Kısımında ise devletler genel hukuku alanına giren bir dizi düzenleme yer almaktadır.

İnceleme Konusu

Bu çalışmanın inceleme konusu, CISG uyarınca satıcının yükümlülükleri ve sözleşmeye aykırı davranışlarının sonuçlarıdır. Bölüm 4 ve 5 bu konulara ayrılmıştır. Dolayısıyla, alıcının borçları ve sözleşmeye aykırı davranışlarının sonuçları hiç incelenmediği gibi, satım sözleşmesinin kurulmasına ilişkin hükümler de ele alınmamıştır. Ancak Antlaşmanın henüz Türkiye’de çok az biliniyor olması ve bu alandaki yayınların sınırlılığı, ilk üç bölümde daha temel bazı konulara değinilmesini zorunlu kılmıştır. Bu şekilde hem Bölüm 4 ve 5’in kaleme alınmasını hem de anlaşılmasını kolaylaştırmak hedeflenmiştir. Bu amaçla Bölüm 1’de, CISG’in oluşum tarihi ve sözleşme hukukunun uyumlaştırılması alanında dünyada ve özellikle Avrupa’daki gelişmeler üzerinde kısaca durulmuştur. Bölüm 2’de, hakimin hangi hallerde CISG’ı uygulamak durumunda olacağı tespit edilmeye çalışılmış; 3. Bölümde ise, hakimin uygulamasının söz konusu olabileceği üç norm tipi (sözleşme/Antlaşma/ulusal hukuk normu) arasındaki hiyerarşi ve bunların uygulanmasına ilişkin özellikler üzerinde durulmuştur.

İnceleme Yöntemi

Çalışmanın asli amacı, inceleme konusunun sınırları içinde kalan CISG hükümlerini açıklamaktır. Yani adeta farklı bir ülkenin hukuku incelenir gibi, kendi içinde bir bütünlük oluşturan bu kuralların mantığı anlaşılmaya çalışılmış ve bu mantık içinde kurallar takdim edilmiştir. Borçlar Kanunu hükümleri ile mukayeseli açıklamalara mümkün olduğu ölçüde yer vermeye çalışılmakla beraber bu çalışmanın sınırlarını zorlamamak açısından bazı tartışmalı noktalarda bundan imtina edilmiştir. Her ne kadar Antlaşma, kanımca, Türk hukuku açısından yol gösterici olabilecek çok sayıda hüküm içermekteyse de, bu konuda görüş bildirmek de bu çalışmanın amacı değildir. Özellikle başlı başına bir kitap çalış-

masına konu olabilecek, “Borçlar Kanunu Tasarısında ifa engelleri hukuku nasıl daha iyi düzenlenebilirdi?” sorusu da bu tezde cevapsız bırakılmak zorunda kalmıştır. Yer yer yazarın ifadelerinden zaten hangi çözümlere meylettiğini anlamak mümkün olacaktır.

Çalışma açısından zorluk oluşturan bir husus, bir yönüyle 66 ülkenin “iç hukuku” olmuş bir metni, diğer yönüyle aslında hiçbir ülkenin hukuku sayılamayacak bir metni anlamak, anlamlandırmak ve anlaşılır kılmaktır. Bu tür dünya çapındaki hukuk uyumlaştırması projelerinin başarıya ulaşması ancak, her hukukçunun metni aynı şekilde yorumlaması halinde mümkündür. Dolayısıyla mümkün olduğu ölçüde ulusal hukuk formasyonu bir kenara bırakılarak sorunlara yaklaşılması gerekir. Diğer yandan Antlaşma hükümlerinin temelinde sık sık, şu veya bu ülkenin ve özellikle *common law* hukuk sisteminin etkisini görmek mümkündür ve hükümlerin anlaşılması, bu ülkelerin hukukunun incelenmesini gerektirmektedir. Bu olgu ise ulusal hukukların özelliklerine dalgıç, bir daha çıkamama tehlikesini beraberinde getirmektedir. Her ne kadar çalışmanın bu hassas dengeyi gözeterek kaleme alınması denenmişse de, zaman zaman hukuk tarihindeki keyifli yolculuktan hemen dönülemediği okuyunun gözünden kaçmayacaktır. Ancak uygulamaların Antlaşmayı aslen hep “kendi içinden” yorumlamak zorunda oldukları unutulmamalıdır. CISG, yürürlüğe girmekle artık bağımsız bir metin olmuştur ve bütün dünyada bir örnek uygulanması büyük önem taşır.

Nitekim bunu sağlamak amacıyla bugün artık CISG’a ilişkin uluslararası bir bilgi ağının olduğu rahatlıkla söylenebilir. Özellikle aşağıda üzerinde durulacak olan bir dizi elektronik veri bankası bütün dünya hukukçularının her an ulaşabileceği ve kullanabileceği sayısız materyal sunmakta ve Antlaşmanın yeknesak uygulanmasını güvenceye almaktadır. Bu nedenle çalışmada “doktrin” kelimesi kullanıldığında kast edilen, şu veya bu ülkenin doktrini değil, CISG’a ilişkin olarak oluşmakta bulunan “milletlerarası doktrin”dir. Her ne kadar bunun oluşmasında özellikle Alman hukuk çevresinin etkinliği kabul edilmek gerekirse de¹⁴, özellikle son 10 yıl içinde ABD’nin başı çekmesiyle İngilizce literatürde de bir patlama yaşanmaktadır.

Kullanılan Kavram ve Kısaltmalar:

Çalışmada sürekli olarak kullanılan bir kavram çiftinin burada açıklanmasında fayda görülmektedir. Bunlar, *common law* ve *civil law* kavramlarıdır. Bilindiği gibi mukayeseli hukukun en önemli sorunların-

¹⁴ CISG’a ilişkin olarak Almanca yayınlanmış dokuz şerh bulunması buna sadece bir örnektir.

dan biri, ülkelerin hukuk sistemlerinin belirleyici özelliklerini saptayarak bunları tasnif etmektedir¹⁵. Zira ancak bu şekilde tümel bir mukayese mümkün olabilir. Bu konuda mevcut, sayısız kriter olmakla beraber, özel hukuk alanında kullanılanlar arasında en kalıcı olanı, hukukun kaynaklarına göre yapılan ayırım olmuştur. Eğer hukuk kurallarının kaynağında parlamento veya benzeri bir kurum varsa *civil law* sistemine dahil bir ülkeden; kuralların kaynağında yargıç hukuku varsa *common law* sistemine dahil bir ülkeden bahsedebiliriz. *Common law* ülkeleri, başta İngiltere ve ABD olmak üzere örneğin Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda ve Hindistan'dır. *Civil law* ülkeleri ise başta Kara Avrupa'sı olmak üzere, örneğin bütün Latin Amerika ülkeleridir. Her ne kadar Türk hukuk literatüründe sık sık, birincisi için Anglo-Amerikan hukuk çevresi, ikincisi için de Kara Avrupa'sı hukuk çevresi kavramı kullanılmaktaysa da hem bahsedilen İngilizce terimlerin artık uluslararası bir yaygınlık kazanmış olması, hem de Türkçe karşılıkların fazla dar kalması nedeniyle bu tercih edilmiştir. "Anglo-Amerikan" hukuk çevresi *common law* sistemine dahil olan ülkelerden sadece ikisini kapsar: ABD ve İngiltere; Kara Avrupa'sı sistemi de *civil law* grubuna dahil olan ülkelerden sadece Avrupa ülkelerini esas alır.

Ancak bu bağlamda bir hususa daha işaret edilmek gerekir. İngiliz hukuk tarihinin özellikleri gereği, *common law* kavramının, *Equity* hukuku karşılıklı olarak kullanılan bir anlamı daha vardır. Söz konusu olan İngiliz hukuk kurallarına ilişkin bir tasniftir. Bu iki kavramın karışması için çalışmada genel olarak hukuk çevrelerinden bahsedilirken "*common law*" küçük harfle yazılmış; buna karşılık İngiltere'ye özgü "*Common law*" kurallarından bahsedilirken büyük harf kullanılmıştır.

Çalışmada kullanılan ve takdim edilmesi ihtiyacı hissedilen bir kısaltma ise "CISG"dır. Bu kısaltma, Birleşmiş Milletler Satım Hukuku Antlaşmasının İngilizce başlığına dayanır (Convention on Contracts for the International Sale of Goods). Her ne kadar bu Antlaşmanın Türkçe karşılığı esas alınarak yeni bir kısaltma yaratmak imkanı varsa da, bu tercih edilmemiştir. Zira uluslararası alanda eğilim, her dilde "CISG" kısaltmasını kullanmak yönünde belirlemektedir¹⁶. Kanımca Türkiye'de de bu eğilime uyulmasında fayda vardır. Kısaltmanın okunuşunda ise Türk dili esas alınmış, takılar ona göre eklenmiştir.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Zweigert/Kötz*, 62 vd.

¹⁶ Bu konuda bkz. *Flessner/Kadner*, CISG? Zur Suche nach einer Abkürzung für das Wiener Übereinkommen über Verträge über den internationalen Warenkauf, ZEuP 1995, 347 ff. Bu kısaltma lehine *G. Tekinalp*, 337; *Özsunay*, IBD 2004, 906 vd.

Elektronik Kaynaklar¹⁷:

CISG, BM tarafından hazırlanan Antlaşmalar arasında, yaygınlaşması ve yeknesak uygulaması için en çok faaliyet gösterilen Antlaşmalarından biri olmuştur. Öncelikle her âkit ülkede ulusal muhabirler tayin edilerek suretiyle, bu ülkede CISG'in uygulandığı bütün mahkeme ve hakem kararları toplanmaktadır. Oluşturulan veri bankasında bu kararların kısmen orijinali ve her zaman İngilizce bir özeti yer almaktadır. CLOUT (*Case Law on UNCITRAL Texts*) adı altında anılan bu veri bankasına İnternet üzerinden ulaşılması mümkündür. Bunun yanı sıra yine UNCITRAL bünyesinde CISG'in bir şerhi hazırlanmaktadır. Hedef, her madde altında bu madde ile ilgili mahkeme kararlarını listelemek ve bu şekilde Antlaşmanın milletlerarası yeknesak uygulamasını teşvik etmektir. Bu Şerhe de İnternet üzerinden ulaşılması mümkün olduğu gibi, ilk hali basılı olarak da temin edilebilmektedir¹⁸. Amaç, bu metni mümkün olduğu kadar çok dilde yayınlamak suretiyle, asli bir başvuru kaynağı haline getirmektir. Aynı İnternet adresinde CISG ile ilgili olarak yayınlanmış olan kitap, şerh ve makalelerin de bir dökümü yer almaktadır.

Ancak bunun yanı sıra bir dizi üniversite de kendi bünyelerinde bu tür veri bankaları oluşturmuştur. Bunlardan en önemlisi hiç kuşkusuz New York'da bulunan *Pace Law School*, tarafından sunulmakta olan veri bankasıdır. Burada sadece CISG'a ilişkin değil, diğer bazı milletlerarası uyumlaştırma projelerine ilişkin de bibliyografya toplanmakta ve Antlaşmanın hazırlanma sürecinde önem taşıyan çok sayıda resmi metin yayınlanmaktadır. Ayrıca dünya genelinde yayınlamış olan bir dizi makale ve kitap da online kullanıma sunulmaktadır. Yine merkezi Roma'da bulunan *Centre for Comparative and Foreign Law Studies* tarafından yürütülen *Unilex* veri bankası bir diğer önemli kaynaktır. Burada, UNCITRAL'de olduğu gibi, mahkeme ve hakem kararları ile ilgili bibliyografya bulunmakta ancak bunun ötesinde özellikle arama motorunun özellikleri nedeniyle konu, yıl ve yazara göre arama imkanı da verilmektedir. Son olarak anılması gereken bir veri bankası ise, daha önce Tübingen Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından işletilen, bugün Basel Üniversitesi tarafından devralınmış bulunan *cisg-online*'dir. Yine bu web sitesi de CISG'a ilişkin kararlar ve bibliyografyayı toplu olarak sunmaktadır¹⁹.

¹⁷ Bu başlık altında ele alınan bütün elektronik veri bankalarının İnternet adresleri Kaynakçanın sonunda yer almaktadır.

¹⁸ Bkz. Kaynakçada "*Draft UNCITRAL Digest*".

¹⁹ Kararlara erişmek açısından bu sitenin kullanımını daha rahat olduğu için, çalışmada değerlendirilen kararlar da bu siteye atıfla gösterilmiştir, bkz. EK-4 Karar İndeksi.

BİRİNCİ BÖLÜM

**SATIM HUKUKUNDA
ULUSAL DÜZENLERDEN
ULUSLARARASI HUKUK
UYUMLAŞTIRMASINA DOĞRU**

§ 1. Sözleşme Hukuku ve Özellikle Satım Hukukuna İlişkin Uluslararası Uyumlaştırma Çalışmaları

A. Özel Hukuk Alanında Uyumlaştırmaya Neden İhtiyaç Vardır?

Ulusal hukuk düzenlerinin farklılığı, sınır aşan, yani milletlerarası nitelik taşıyan her hukuki işlem açısından bir zorluk oluşturur. Zira bilinen, tanınmış kavram ve kâhpları bir kenara bırakmak ve bilinmeyenle karşılaşmayı göze almak gerekmektedir. İlgili hukuki işlemin ne tür ihtilaflar doğurabileceği tam anlamıyla öngörülemeyen gibi, ihtilafların nasıl çözülebileceği de genelde meçhul kalmaktadır. Bu tür bir belirsizliğin, ticaret hayatı üzerindeki etkisi ise her açıdan olumsuzdur. Hukuk düzeni bilinmeyen ülke ile ticaretin sınırlı kalması, olası olumsuz sonuçlardan ilkidir. Bunu aşmak için, sözleşmeden doğması ihtimali olan bütün ihtilaflara ilişkin olarak sözleşmeye hüküm eklenmesi düşünülebilir. Ancak bu ihtimalin beraberinde getireceği masraflar; buna harcanması gereken zaman, işlem maliyetini (*transaction costs*)¹ ciddi şekilde artıracaktır. Hukuk seçimi konusunda tarafların anlaşması ise ayrı bir zorluk oluşturur. Diğer yandan tarafların, akdettikleri sözleşmelerdeki fiyat-edim dengesini, ileride doğması muhtemel olan bütün rizikoları hesaba katarak saptadıkları düşünüldüğünde, hukuksal durumun meçhul olması da bir riziko oluşturduğu için, fiyatın gereksiz yere yükselmesi söz konusu olacaktır. Bütün bu sebeplerle, hukuk düzenleri arasındaki farklılığın bir ticaret engeli oluşturduğu bugün genel kabul görmektedir².

¹ Kavram hakkında bkz. Schäfer/Ott, 278 vd.; Behrens, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen 1986, 106 vd.

² Antlaşmanın dibacesinde "milletlerarası mal satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak ve farklı sosyal, ekonomik, hukuki sistemleri dikkate alacak yeknesak kuralların kabul edilmesinin, milletlerarası ticarete hukuki engellerin kaldırılmasına yardımcı olacağı ve milletlerarası ticaretin gelişmesini teşvik edeceği inancı içinde" bu Antlaşmanın kaleme alındığı ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. Roth, Globalisierung, 336, 342; Schlechtriem/Schwenzler/Schlechtriem, Einleitung, 32; Lando, Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification?, Unif. L. Rev. 2003, 123, 127; Progressive codification of the law of international trade: note by the Secretariat of the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Yb. of the UN Commission on International Trade Law, 1970, Volume I, 285.

Nitekim hukuk tarihine bakıldığında, ticaret hukukunun, müşterek bir hukukun oluşumunda hep başı çektiği görülmektedir³. İlk çağda Roma İmparatorluğunun hukuku bu görevi ifa etmişken⁴; orta çağda tacirlerin hukuku (*lex mercatoria*) sınırları aşan ve genelde bağımsız mahkemeler tarafından uygulanan bir hukuk olagelmıştır⁵. Bu dönemde evrensel bir ticaret hukukunun gelişiminin başlıca sebepleri olarak şunlar gösterilmektedir⁶: bütün uluslardan tacirlerin katıldığı uluslararası fuarların kendine has bir hukuk düzeni oluşturması; milletlerarası deniz ticaretinde yeknesak kuralların uygulanması; birçok ülkede var olan noterlik benzeri kurumların ticari sözleşmeleri aynı kurallara göre şekillendirmesi ve ticari ihtilaflar için özel yargılama mekanizmalarının gelişmiş olması. Hukukun kaynaklarının son derece farklı olduğu İngiltere'de bile, tacirlerin hukuku Kara Avrupa'sı hukukuna paralel olarak uygulanmış ve ihtilaflar için *Common Law* mahkemelerinden farklı, özel mahkemeler yetki sahibi olmuştur⁷.

18 ve 19. yüzyılda ulus devletlerde yaşanan kodifikasyon hareketi ile birlikte, ticaret hukukunun birleştirici niteliği ayrı bir önem kazanmaya başlamıştır⁸. Zira bu dönemde ulusal sınırlar içindeki kanunlaştırma hareketlerinde ticaret hukuku başı çekmiştir⁹. Hukukun bölünmüşlüğü'nün en yoğun şekillerde yaşandığı Almanya ve İsviçre'de bunun etkilerini hemen görmek mümkündür. İki ülkede de ilk önemli ulusal kodifikasyonlar borçlar ve ticaret hukuku alanında olmuştur: 1861 tarihli *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* ve bugünkü Borçlar Kanununun ön-

³ Uluslararası ticaretin ve ticaret hukukunun gelişim süreci hakkında bilgi için örn. bkz. Kappus, 'Lex Mercatoria' in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980, 31 vd.; Tellü, Devletler Hukuku Açısından Uluslararası Ticaret ve Kurumlaşması, Ankara 1991, 24 vd.; Poroy/Yasaman, N.7 vd.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz, AÜHF 2001, 11, 14 vd.

⁵ 1622 yılında Malynes, Consuetudo Vel Lex Mercatoria, Or the Ancient Law-Merchant adlı eserinde *lex mercatoria*'yı, tacirlerin, her türlü yazılı hukuktan daha eski, akıl ile adalet üzerine kurulu örf ve adet hukuku olarak tanımlamıştır. "Every man kneeth, that for Manners and Prescriptions, there is great diversitie among all Nations: but for the Customs observed in the course of trafficke and commerce, there is that sympathy, concordance, and agreement, which may bee said to bee of like condition to all people, diffused and spread by right reason, and instinct of nature consisting perpetually. And these Customs are properly those observations which Merchants maintaine between themselves" (s.3) "... and this Law of Merchants hitherto observed in all countries, ought in regard of commerce, to be esteemed and held in reputation as the Law of twelve Tables was amongst the Romanes. For herein you shall find every thing built upon the foundations of Reason and Justice..." (aktaran, Berger, The New Law Merchant, 1, 4.)

⁶ Schmitthoff, RabelsZ 1964, 47, 49; Oğuz, AÜHF 2001, 11, 20.

⁷ Zweigert/Kotz, 191; Oğuz, AÜHF 2001, 11, 21.

⁸ Schmitthoff, RabelsZ 1964, 47, 50.

⁹ Bucher, FG Neumayer, 171, 175.

cüsü olan 1881 tarihli *Obligationenrecht* ülke sınırları içinde ticaretin yeknesak kurallara tabi olmasını sağlamak amacıyla medeni kanunlardan önce yasalaşmıştır¹⁰.

Ancak hukukun bu şekilde ulusal sınırlar arkasına hapsedilmesi ve kanunlaştırma hareketleri sonucu o günkü düzeyinde dondurulması, sınır aşan ticaretin 20. yüzyıla gelindiğinde “kendi” hukukunu yaratmak konusunda yeni yollar aramasına sebep olmuştur. Ticaretin engellenemeyen gelişimi hem yeni hem de ulusal sınırları aşan kurallara ihtiyacı yaratmıştır. Nitekim henüz 19. yy'ın sonlarına doğru ve artan oranda 20. yy.'da, milletlerarası kuruluşlar arka arkaya hukuk uyumlaştırması projelerine imza atmaya başlamıştır. Ödeme araçları, teminatlar, fikri hakların korunması, nakhiyat, tahkim gibi, ticaretin sorunsuz işleyebilmesi için akla gelebilecek her alanda Antlaşmalar veya model kanunlar yoluyla düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır¹¹. Yani orta çağda tacirlerin kendi aralarında yarattıkları kurallara, çağımızda, ulus devletlerin Antlaşmalar yoluyla kabul ettiği kurallara dönüşmüştür¹². Nitekim ticaret engellerinin ortadan kaldırılması amacıyla hukuk uyumlaştırmasına gidilmesinin en ileri düzeyde örneklerini Avrupa Birliği içinde görmek mümkündür¹³. Avrupa Topluluğu Antlaşması m.94 uyarınca AB Konseyi ortak pazarın kurulmasını ve gereği gibi işlenmesini engelleyecek her türlü hukuk uyumlaştırmasını gerçekleştirmeyle yükümlüdür¹⁴.

¹⁰ Yine bu tür bir örnek ABD'de *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* (www.ncusl.org) tarafından bir model kanun olarak hazırlanmış ve 1956 yılında kabul edilmiş olan *Uniform Commercial Code*'dir. Bu metin bugün neredeyse bütün ABD eyaletleri tarafından yasalaştırılmış durumdadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Cerutti*, N.7 vd.

¹¹ Bkz. *Linhart*, 9 vd.; Bu alandaki çok çeşitli kurallar için örneğin bkz. *Schmitthoff*, *RabelsZ* 1964, 47, 62 vd.; *Goode/Kronke/McKendrick/Wool*, *Transnational Commercial Law, International Instruments and Commentary*, New York, 2004; *Şanlı/Ekşi*, Bölüm 2, 4, 5 ve 6.

¹² “We are beginning to rediscover the international character of commercial law and the circle now completes itself: the general trend of commercial law everywhere is to move away from the restrictions of national law to a universal, international conception of the law of international trade.” *Schmitthoff*, *RabelsZ* 1964, 47, 59.

¹³ Bkz. *Zimmermann*, *Principles*, 3 vd. AB gibi aynı zamanda siyasi bir birlik olmakla beraber dünyada bir dizi, ekonomik işbirliğine hizmet eden bölgesel örgütlenme mevcuttur. Bunlar Kuzey Amerika için NAFTA (ABD, Meksika ve Kanada); Güney Amerika için MERCOSUR (Arjantin, Brezilya, Paraguay, Uruguay üyedir, Bolivya ve Şili ise ortaklık antlaşması imzalamıştır); Asya-Pasifik bölgesi için ASEAN (Brunei, Endonezya, Kamboçya, Laos, Malezya, Burma, Filipinler, Singapur, Tayland, Vietnam üyedir); Afrika ülkeleri için OHADA (Ekvateryal Gine, Benin, Burkina Faso, Fildişi Sahili, Gabun, Gine, Gine-Bissau Cumhuriyeti, Kamerun, Komor Adaları, Kongo, Mali, Nijer, Senegal, Togo, Çad, Merkezi Afrika Cumhuriyeti üyedir) ve eski SSCB ülkeleri için de GUS'dur (Ermenistan, Azarbaycan, Gürcistan, Kazakistan, Kırgızistan, Moldavya, Rusya, Tacikistan, Türkmenistan, Ukrayna, Özbekistan, Beyaz Rusya üyedir).

¹⁴ Bu madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ü.Tekinalp/G.Tekinalp, *Avrupa Birliği Hukuku*, 2. baskı, İstanbul 2000, içinde Ü.Tekinalp, § 42 N.3 vd. Ayrıca bkz. *Magnum*, *CISG's Impact*, 129, 131.

Kanımcı bugün itibarıyla dünya ticaret hukukunun kaynaklarını iki başlık altında toplamak mümkündür¹⁵: Bir yanda bağlayıcı olmayan kaynaklar, diğer yanda ise Antlaşmalar ve iç hukuklara aktarılan model kanunlar yoluyla yürürlükte olan, bağlayıcı kaynaklar. Bağlayıcı olmayan kaynaklardan sayılan teamüller, hukukun kaynaklarına ilişkin olarak alışık olduğumuz sistematik içine oturtulabilmektedir. Zira hukuk düzenlerinin çoğu zaten teamüllerin, gerek sözleşmelerin yorumlanmasında gerekse tamamlanmasında dikkate alınmasını kabul etmiştir. Buna karşılık özellikle milletlerarası tahkimde söz konusu olduğu gibi, “Milletlerarası Ticaretin Genel İlkeleri”ne göre ihtilafın çözülebileceği yönünde sözleşmede bir düzenleme bulunması halinde¹⁶ bu ilkelerin hangileri olduğunu tespit etmek ciddi bir sorundur. Nitekim bu husus günümüzün hayli tartışmalı konularından biridir¹⁷. Ancak çalışmanın sınırlarını aşacağı için burada bu tartışmanın ayrıntılarına girilmesi imkanı yoktur¹⁸. Aşağıda sadece, bu tür genel ilkeleri yazılı hale getirme konusundaki gelişmeler üzerinde kısaca durulacaktır¹⁹.

Bağlayıcı olan hukuk metinlerinin yaratıcıları ise genelde milletlerarası kuruluşlardır. Bunlardan borçlar ve ticaret hukuku alanında faaliyet gösteren²⁰ en önemlileri UNIDROIT²¹ (*International Institute for the*

¹⁵ Doktrinde karşılaşılan, standart sözleşmelerin ve bir örnek kuralların da ticaret hukukunun kaynakları arasında sayılması (örn. *Oğuz*, *AÜHFD* 2001, 11, 23 vd.) yaklaşımına katılmıyorum. Öncelikle standart sözleşmelerin adalet içeriğinin çok ciddi şekilde sorgulanabileceği asla unutulmamalıdır. Bu tür sözleşmelerde sürekli olarak karşılaşılan bazı hükümlerin bulunması ise standart sözleşmeleri ticaret hukukunun kaynağı haline getirmez. Sadece bu hükümlerin kullanılmasının bir teamül haline geldiği gösterir (genel olarak standart sözleşmenin değil). Aynı şey sözleşmelerde sürekli karşımıza çıkan bir örnek kurallar için de kabul edilebilir. Örneğin CIF, FOB gibi hükümlerin bazı çevrelerde belirli bir içerikle, belirli bir anlamda kullanıldığı kabul edilebiliyorsa bunlar da yine teamül kuralı olarak o sözleşme üzerinde etkili olabilirler. Yani bunlar teamül kavramı içinde erimektedir. Nitekim bu konu üzerinde aşağıda (Bölüm 3 § 2 C III) daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

¹⁶ “General principles of law”, “general principles of international law”, “general principles of international contract law”, “general principles of the lex mercatoria”, “ex aequo et bono”.

¹⁷ Bkz. *Oğuz*, *AÜHFD* 2001, 11, 12.

¹⁸ Bu konuda örn. bkz. *Michaels*, *RabelsZ* 1998, 580, 610 vd.; *Berger*, *The New Law Merchant*, 1, 9 vd.; *Zumbansen*, *Lex Mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts*, *RabelsZ* 67 (2003), 637-682; *Berger*, *Lex Mercatoria*, 32 vd.; *Canaris*, *Die Stellung der “UNIDROIT Principles” und der Principles of European Contract Law* im System der Rechtsquellen, in: *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht*, Tübingen 2000, 5 vd.; *Wiener*, *Globalization and the Harmonization of Law*, London 1999, 151 vd.

¹⁹ Bkz. dn.31 ve 32'ye ilişkin metin.

²⁰ Bunun yanı sıra fikri hukuk alanında *World Intellectual Property Organization* (www.wipo.int), ekonomik kamu hukuku alanında *World Trade Organization* (www.wto.org), devletler özel hukuku alanında *Hague Conference on Private Inter-*

Unification of Private Law) ve UNCITRAL'dir²² (*United Nations Commission on International Trade Law*). UNIDROIT 1926 yılında Milletler Cemiyetinin bağlı kuruluşu olarak İtalya'da kurulmuş ve 1940 yılında uluslararası antlaşma niteliğindeki bir metin ile yeniden şekillendirilmiş ve devletlerarası (*intergovernmental*) bir statüye kavuşmuştur. Bugün, aralarında Türkiye'nin de bulunduğu 59 üye ülkesi olan BM'ye danışman bir kuruluştur. Enstitünün amacı, özel hukukun uyumlaştırılması ve birörnekleştirilmesinin yöntemlerini tespit etmek ve bu amaçla faaliyet göstermektir. Şu ana kadar özellikle milletlerarası satım, gezi, finansal kiralama, factoring sözleşmeleri ile menkul teminat hukuku alanında Konvansiyonlar hazırlanmıştır.

UNCITRAL ise 1966 yılında Birleşmiş Milletler'in bir Komisyonu olarak oluşturulmuştur. Gerekçe olarak, uluslararası ticaret hukuku ihtilaflarına uygulanan ulusal hukuk düzenlerinin farklılığının, ticaretin serbest akışına ilişkin bir engel oluşturması ve BM'nin bu engelleri azaltmak konusunda bir rol oynaması gerektiği gösterilmiştir. Bu tür bir faaliyetin aynı zamanda dünya barışının sağlanmasına bir katkı sağlayacağı da ifade edilmiştir²³. Farklı ülke hakimlerinin aynı kuralları uygulamasının, hukuk güvenliğini geliştireceği, rizikoları öngörülebilir kılacağı ve masrafları düşüreceği gerçeğinden yola çıkılmıştır²⁴.

Komisyon bugüne kadar özellikle ticari tahkim, milletlerarası satım, iflas, milletlerarası ödemeler, milletlerarası mal nakliyatı, e-ticaret gibi alanlarda Antlaşmalar ve Model Kanunlar hazırlamak suretiyle dünya ülkelerinin hukuklarının birörnekleşmesi ve bu sayede ticaret engellerinin kalkması için faaliyet göstermiştir²⁵. İşte bu çalışmanın inceleme ko-

national Law (www.hoch.net), ekonomi ve insan hakları korumasının çıktığı alanlarda *Avrupa Konseyi* (www.coe.int), hava hukuku alanında *International Civil Aviation Organisation* (www.icao.int) ve deniz hukuku alanında *International Maritime Organisation* (www.imo.org) hazırladıkları Antlaşmalar ile ticaret hukukunun diğer alanlarında uyumlaştırma sağlanmasını teşvik etmektedir.

²¹ www.unidroit.org. UNIDROIT'nin 75. kuruluş yıldönümü vesilesiyle Genel Sekreteri tarafından kaleme alınmış olan ve örgütün başarıları ve başarısızlıkları hakkında ayrıntılı bir döküm içeren bir çalışma için bkz. *Kronke*, Ziele - Methoden - Kosten - Nutzen: Perspektiven der Privatrechtsharmonisierung nach 75 Jahren UNIDROIT, JZ 2001, 1149 vd. ve *Kronke*, UNIDROIT 75th Anniversary Congress on Worldwide Harmonisation of Private Law and Regional Economic Integration: Hypotheses, Certainties and Open Questions, Unif. L. Rev. 2003/1-2, 10 vd.

²² www.uncitral.org.

²³ UNCITRAL'in kuruluşuna ilişkin gerekçeler için bkz. Progressive development of the law of international trade, UN General Assembly Official Records, Agenda Item 88, Documents A/6396 and Add.1 and 2, Report of the Secretary-General, 1-45.

²⁴ *Ferrari*, IHR 2001, 56.

²⁵ UNCITRAL'in çalışma yöntemleri hakkında bilgi için bkz. *Bazinas*, Harmonisation of International and Regional Trade Law: the UNCITRAL Experience, Unif. L. Rev. 2003/1-2, 53 vd.

nusunu oluşturan CISG da, UNCITRAL tarafından ticaret engellerinin kaldırılması amacıyla hazırlanmış olan en önemli antlaşmalardan biridir.

B. Sözleşme Hukukunun Uyumlaştırılması Alanında Bazı Önemli Basamaklar

I. Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (PICC)

UNIDROIT'nin yukarıda anılan faaliyetlerinin yanı sıra, bu çalışma açısından önem taşıyan iki icraatı, menkullerin milletlerarası satımına ilişkin olarak 1964 yılında kabul etmiş olduğu ve CISG'nin öncüsü sayılan Antlaşmalar ile, 1994 yılında yayımlanmış olduğu Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'dir (*Principles of International Commercial Contracts*). Milletlerarası satım sözleşmelerine ilişkin iki Antlaşma üzerinde aşağıda daha ayrıntılı olarak durulacaktır. Bu başlık altında kısaca takdim edilmek istenen PICC'dir.

Milletlerarası sözleşmelere ilişkin "genel hükümler" in tespit edilmesi fikri ilk defa 1973 yılında UNIDROIT bünyesinde tartışılmaya başlanmış; 1980 yılında özel bir komisyon bu konuda görevlendirilmiş ve uzun yıllar süren çalışmalar sonunda 1994 yılında hedefe ulaşılarak²⁶ PICC yayınlanmıştır²⁷. Ancak bu kurallar, devletlerin imzalayabileceği bir Antlaşma veya iç hukuklarına aktarabilecekleri bir model kanun olarak tasarlanmamıştır. Amaçlanan daha çok, farklı hukuk sistemlerine ortak olan borçlar genel hukuku ilkelerini tespit etmek ve bunları bir bütünün içinde eritmek olmuştur²⁸. Adeta bir borçlar kanununun genel hükümleri bölümü ile mukayese edilebilecek olan bu metnin hazırlanmasında, yeri geldiğinde "olan hukuk" un çözümleri benimsenmiş yeri geldiğinde bunlar aşılıp ve milletlerarası ticarete daha uygun olabilecekleri düşünülen çözümler, yani "olması gereken hukuk" benimsenmiştir. Tek tek her madde altında yer alan şerhlerde ise bu maddeye ilişkin açıklamalara, maddenin uygulanma hallerine ilişkin örneklere ve bazı mukayeseli bilgilere yer verilmiştir. Metnin hazırlanmasında özellikle CISG hükümlerinin büyük bir etkisi olmuştur²⁹.

²⁶ Bu sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Berger*, *Lex Mercatoria*, 144 vd.; *Bonell*, *Restatement*, 1 vd.

²⁷ Dünya genelinde bu kurallar "PICC" kısaltması ile kullanıldığı için bu çalışmada da aynı yaklaşım izlenmiştir. Bu kuralların metni için bkz. www.unidroit.org. Bu kuralların resmi olmayan bir tercümesi ve açıklaması için bkz. *Dayınlarlı*, Gülören Tekinalp Armağanı, 203 vd.; ayrıca bkz. *Oğuz*, AÜHF 2001, 11, 35 vd.

²⁸ Bu açıdan PICC, ABD'de American Law Institute tarafından hazırlanan Restatement'lere çok benzer bir metotla kaleme alınmıştır. Bu konuda bkz. *Berger*, *Lex Mercatoria*, 152 vd. PICC'nin kaleme alınmasında kullanılan metot hakkında bkz. *Oğuz*, AÜHF 2001, 11, 44 vd. ABD hukukunda *Restatement*'lerin rolü ve önemi hakkında bkz. *Zweigert/Kötz*, 246 vd.

²⁹ *Magnus*, *RabelsZ* 1995, 469, 492-493; *Bonell*, *Restatement*, 65; *Oğuz*, AÜHF 2001, 11, 37.

PICC acaba hangi amaca hizmet eder? "İlkelerin Amacı" başlığını taşıyan giriş kısmına bakıldığında bunun cevabını hemen bulmak mümkündür³⁰. Zira burada altı kalemde amaçlar sayılmıştır. Buna göre PICC öncelikle tarafların sözleşmelerinde bunu açıkça kararlaştırmış olmaları halinde uygulama bulur. Diğer yandan tarafların, sözleşmelerinin, "genel hukuk ilkelerine" veya "lex mercatoria"ya tabi olacağını öngörmeleri halinde de bu kuralların uygulanması mümkündür³¹. Hatta tarafların sözleşmelerinin tabi olacağı hukuka ilişkin hiçbir düzenleme yapmamış olduğu hallerde de ihtilafa bu kuralların uygulanmasının söz konusu olabileceği açıkça ifade edilmiştir³². Diğer yandan PICC'nin diğer bir işlevi olarak, milletlerarası yeknesak hukuk araçlarının ve ulusal hukukların yorumlanması ve tamamlanması gösterilmiş; son olarak da bu kuralların, borçlar kanunlarını yeniden kaleme alan ülkelerin yasama organlarına yol gösterici olabileceği ifade edilmiştir. Görüldüğü gibi PICC'yi kaleme alanlar, bu kuralların hayli geniş bir yelpazede yaygın bir uygulaması olacağından yola çıkmış ve, araştırmaların gösterdiği üzere, bu beklentilerinde haksız da çıkmamışlardır³³.

PICC'nin 1994 versiyonu, Kara Avrupa'sı hukuk düzenlerinde borçlar hukukunun genel kısmında yer almasına alışık olduğumuz bir dizi düzenlemeyi içermediği ve uygulamadan bu eksikliğin giderilmesi talepleri geldiği için 1997 yılında yeni bir çalışma grubu oluşturulmuş ve İlkelerin tamamlanması yoluna gidilmiştir. 2004 yılında yayınlanan genişletilmiş versiyonda, 1994 kuralları sadece bir iki noktada değiştirilmiş; onun dışında bir dizi yeni bölüm eklenmiştir³⁴. Bugün itibarıyla PICC

³⁰ Bkz. *Bonell*, UCC L. J. 2004, 49, 52 vd.

³¹ Bkz. yukarıda dn.18 ve ilgili metin.

³² Gerek ICC-Tahkim Kuralları (m.17), gerekse Londra Milletlerarası Tahkim Mahkemesinin (*London Court of International Arbitration - LCIA*) Kuralları (m.14.2) hakemlere, uygulanacak olan hukuku saptama serbestisi tanınmaktadır. Hakemler, ihtilafın çözümü için uygun gördükleri kuralları uygulayabilirler. Nitekim tarafların sözleşmede bağlayıcı bir düzenleme yapmadıkları hallerde Unidroit İlkelerinin tahkim kuralları tarafından seçilmesi ihtimali yüksektir (bkz. *Brödermann*, RIW 2004, 721, 726). Buna karşılık 2001 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu m.12/C, f.2, hakem mahkemesinin olayla en yakın irtibatlı olan *devletin maddi hukukunu* uygulamasını öngörmüştür. Dolayısıyla PICC gibi bir devletin yürürlükteki kuralları olmayan bir metne kararın dayandırılması mümkün değildir. Bu türden metinler ancak, tarafların açıkça hakem veya hakem kurulunu, hakkaniyet ve nasafet kurallarına göre veya dostane aracı olarak karar vermesi konusunda yetkilendirmiş olması halinde dikkate alınabilecektir. Bu konuda bkz. *Akıncı*, Tahkim, 161 vd.; *Şanlı*, 235.

³³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Bonell*, *The Unidroit Principles in Practice: Case Law and Bibliography on the Principles of Commercial Contracts*, Ardsley 2002; aynı yazar, UCC L. J. 2004, 49, 64 vd.; *Brödermann*, RIW 2004, 721, 722.

³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Bonell*, UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, Unif. L. Rev. 2004, 5 vd.; aynı yazar, UCC L. J. 2004, 49, 67 vd.; *Zimmermann*, ZEuP 2005, 264, 269 vd.; *Brödermann*, RIW 2004, 721, 731 vd.

toplam 184 maddede şu konulara ilişkin kurallar içermektedir: sözleşmenin kurulması, temsil, sözleşmenin yorumu, sözleşmenin içeriğinin belirlenmesi, üçüncü kişilerin hakları, ifa modaliteleri, değişen koşulların (*hardship*) sözleşmeye etkisi, genel olarak ifa etmeme, ifa talebi, sözleşmeden dönme, tazminat, takas, alacağın temliki, borcun üstlenilmesi, sözleşmenin devri ve zamaşımı.

II. Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri (PECL) ve Avrupa Borçlar Kanununa Doğru³⁵

UNIDROIT kurallarının hazırlanması fikrine paralel olarak Avrupa Birliği içinde de hukukçular, bir "Avrupa Borçlar Kanunu"na duyulan ihtiyacı ifade etmeye başlamış ve 1980 yılında özel bir inisiyatif içinde çalışmalara start verilmiştir³⁶. Bütün AB üyesi ülkelerden hukukçular ve bilim insanlarının katılımı ile, Danimarkalı hukukçu Prof. Ole Lando'nun başkanlığı altında ilk grup temel ilke 59 maddede kaleme alınmış ve 1995 yılında *The Principles of European Contract Law, Part I, Performance, Non Performance and Remedies* (Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri, Bölüm I, İfa, İfa Etmeme ve Sonuçları) kitabı yayınlanmıştır. Bu metni hazırlayan komisyon ise *Commission on European Contract Law* (Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu) olarak isimlendirilmiştir. Komisyon İlkelere ilişkin birinci bölümü yayınladıktan sonra çalışmalarına ara vermeden devam etmiş ve 1999 yılında 73 yeni madde eklenecek *The Principles of European Contract Law, Parts I and II* birlikte yayınlanmıştır³⁷. Eklenen bölümler sözleşmenin kurulması, temsil yetkisi,

³⁵ Bu çalışma açısından özel önem taşıması ve bugün itibarıyla bilimsel ağırlığı en yüksek olan metin olması itibarıyla, AB içindeki hukuk uyumlaştırması projelerinden sadece PECL üzerinde durulmuştur. Ancak ortak bir sözleşme hukuku yaratma konusunda çok sayıda çalışma olduğu gibi bunun ötesinde aile hukuku, haksız fiil hukuku, sebepsiz zenginleşme hukuku gibi alanlarda da bir dizi inisiyatif mevcuttur. Sadece bir kaç başlık verilecek olursa: *Académie des Privatistes Européens, Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe (Casebook-Project)*, *European Group on Tort Law, European Centre of Tort and Insurance Law, Common Core of European Private Law, European Tort Law Project, Study Group on a European Civil Code, Society of European Contract Law, Kommission für Europäisches Familienrecht, Europäische Forschergruppe zum geltenden Gemeinschaftsprivatrecht, Study Group on Social Justice in European Contract Law*. Bunlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Riedl*, Vereinheitlichung des Privatrechts in Europa, Wissenschaftliche Initiativen im Prozess der Privatrechtseuropäisierung, Baden-Baden 2004; *Wurmnest*, Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze - Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa, ZEuP 2003, 714 vd.

³⁶ PECL'nin yazımı tarihine ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. *Lando*, in: *v.Bar/Zimmermann*, Vorwort, XV vd.; *Oğuz*, AÜHFD 2000, 31, 52 vd.

³⁷ Almanca tercüme için bkz. *v.Bar/Zimmermann* (Hrsg.), *Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts*, Teil I und II, Kommission für Europäisches Vertragsrecht, München 2002.

sözleşmelerin geçerliliği, sözleşmelerin yorumu, sözleşme içeriği ve sözleşmenin üçüncü kişilere etkisi hakkında olmuştur. Yine çalışmalarına devam eden Komisyon en son 2003 yılı itibarıyla İlkelerin III. bölümünü yayınlamıştır³⁸. Bu sefer eklenen 69 maddede, alacaklı ve borçlu tarafında birden fazla kişinin bulunması, alacağın temliki, borcun üstlenilmesi, sözleşmenin devri, takas, zamanaşımı, hukuka aykırılık ve sonuçları, şart ve faiz sorunları ele alınmıştır. Aynı PICC'de olduğu gibi PECL'de³⁹ de her kuralın altında bunun şerhi yer almaktadır. Ancak PICC'ye nazaran PECL şerhi çok daha ayrıntılı mukayeseli veriler içermektedir⁴⁰. Genelinde bütün AB ülkelerinde ilgili hususun nasıl düzenlendiği ve neden bu düzenlemelerden birinin veya diğerinin tercih edildiğini buradan anlamak mümkündür⁴¹.

PECL'in ne amaca hizmet etmek üzere kaleme alındığı sorusunun cevabı, aynı PICC'de olduğu gibi, bu ilkelere ilişkin Giriş kısmında açıklanmış ve Art.1:101'de de sayılmıştır^{42, 43}. Sadece başlıklar altında aktarılabilecek olursa: sözleşme hukukunun temel ilkelerinin saptanmasının, Avrupa içinde sınıraşan ticareti kolaylaştıracağı, Avrupa ortak pazarını güçlendireceği, bir AB sözleşme hukukunun yaratılması için altyapı oluşturacağı, ulusal mahkeme ve yasa koyucular için bir yönerge teşkil edeceği ve *common law* ile *civil law* arasında bir köprü vazifesi göreceği düşünülmüştür⁴⁴. Bu amaçla Art.1:101'de, bu kuralların, Avrupa Birliği'nde sözleşme hukukunun temel ilkeleri olarak uygulanmak üzere kaleme alındığı vurgulanmış ve tarafların sözleşmede bunu açıkça kararlaştırmış olmaları veya sadece sözleşmelerinin "genel hukuk ilkelerine" ya da "*lex mercatoria*"ya tabi olacağını öngörmeleri veya sözleşmenin tabi olacağı hukuku belirlememiş olmaları halinde devreye girecekleri ifade edilmiş-

³⁸ Lando/Clive/Priim/Zimmermann (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Part III, 2003; Almanca tercüme v.Bar/Zimmermann (Hrsg.), Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teil III, Kommission für Europäisches Vertragsrecht, München 2005.

³⁹ Bu kurallar bütünü için Avrupa dillerinde PECL kısaltmasının kullanılması yerleşmiş olduğu için burada da aynı yaklaşım benimsenmiştir.

⁴⁰ Bu iki ilkelere bütünü için örnek olarak bkz. Bonell, UCC L. J. 2004, 49, 80 vd.; Zimmermann, ZEuP 2005, 264, 266 vd. ve özellikle 288 vd. Ayrıca iki metnin, konu itibarıyla madde madde eşleştirilmiş şekli için bkz. Bonell/Peleggi, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and Principles of European Contract Law: a Synoptical Table, Unif. L. Rev. 2004-2, 315 vd.

⁴¹ PECL'in temelinde yatan ortak hukuk anlayışı veya hukuk uyumlaştırması literatüründe yaygın şekilde kullanılan bir kavramla "ortak çekirdek" (*common core*) hakkında bilgi için bkz. Zimmermann, Principles, 15 vd.

⁴² Ayrıca bkz. Oğuz, AÜHF 2000, 31, 53 vd.

⁴³ Bu kuralların bir dünya ticaret kanununun temelini oluşturabileceği görüşünde Roth, Globalisierung, 336, 351.

⁴⁴ v.Bar/Zimmermann, Einführung, XXIII-XXIV.

tir. Ayrıca ihtilafa uygulanması gereken hukukun bir çözüm sunmadığı hallerde, yani bir boşluğun varlığı halinde de bu kurallara başvurulabileceği kabul edilmiştir.

Avrupa Birliği'ne üye ülkelerin hukukçularının, sözleşme hukukunun ortak ilkelerini tespit etmeye yönelik bu çabalarının AB yasa koyucusu üzerinde de etkisi olmuştur. Bilindiği üzere AB, özellikle tüketici hukuku alanında yayınlamış olduğu çok sayıda Yönerge ile üye devletlerin sözleşme hukuku alanına yoğun bir etki icra etmektedir. Ancak bu düzenlemelerin yeknesak bir hukuki yapı arz etmediği, kavramların tam anlamıyla örtüşmediği ve bunların bir sistemden yoksun olduğu uzun zaman beri eleştirisi konusu olmaktadır⁴⁵. Her ne kadar bu bölünmüşlüğü temel nedenlerinden biri AB'nin hukuk uyumlaştırması alanındaki yetkilerinin sınırlı olmasıysa da⁴⁶, ileriye dönük olarak bu konuda yeni bir perspektife ihtiyaç olduğu da yadsınmamaktadır.

Nitekim bu alanda inisiyatif elinde tutan AB Komisyonu, 11 Temmuz 2001 tarihinde, Konsey ve AB Parlamentosuna yönelik olarak "Avrupa Sözleşme Hukuku" hakkında bir Bildirim (*Communication*) yayınlamak suretiyle ilk adımı atmıştır⁴⁷. Bu Bildirim ile Komisyon, Avrupa Sözleşme Hukuku alanında bir uyumlaştırma ihtiyacı olup olmadığı sorusunu resmen gündeme getirmiştir⁴⁸. Bunu takiben 2003 yılında, "Daha Uyumlu bir Avrupa Sözleşme Hukuku için Faaliyet Planı"⁴⁹; 2004 Ekim

⁴⁵ Örn. bkz. Tröger, Zum Systemdenken im europäischen Schuldvertragsrecht - Probleme der Rechtsangleichung durch Richtlinien am Beispiel der Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, ZEuP 2003, 525 vd.

⁴⁶ Sözleşme hukuku alanında bu sınır, Avrupa ortak pazarının daha iyi işlemesidir, yani ancak bu amaca hizmet etmesi halinde üye devletlerin iç hukuklarına müdahale imkanı vardır. Her ne kadar Topluluk Mahkemesi, bu alanı genişletme yönünde çabalara bir ölçüde göz yummuşsa da, 2000 yılında verdiği bir kararda sınırları yeniden ve kesin olarak çizmiştir. Topluluk içinde yapılacak bütün reklamlarının düzenlenmesi hakkında yönergenin ortak pazarın oluşturulması ile hiçbir alakası olmadığını tespit eden Mahkeme, bu yönergeyi hukuki dayanak yoksunluğu nedeniyle iptal etmiştir. Bkz. *Germany v. Parliament and Council* ATKD [2000] I-8419.

⁴⁷ Communication of the Commission to the Council and the European Parliament on European Contract Law, COM (2001) 398 final, ATRG 2001, C 255/1.

⁴⁸ 2001'de başlayan bu sürecin günümüze kadarki gelişimi konusunda bkz. Handig, Europäisches Vertragsrecht, Ein ernst zu nehmender Ansatz oder "viel Lärm um [fast] Nichts?", ÖJZ 2004, 130 vd.; Pfeiffer, Auf dem Weg zu einem Europäischen Vertragsrecht, EWS 2004, 98 vd.

⁴⁹ Communication of the Commission to the Council and the European Parliament - a more coherent European Contract Law, Action Plan of 12.02.2003, COM (2003) 68 final, ATRG 2003 C 63/1. Faaliyet Planı hakkında bkz. *Najork*, Der Aktionsplan der Kommission für ein kohärenteres Vertragsrecht: Überlegungen zu den von der Kommission vorgeschlagenen Massnahmen, GPR 2003-2004, 5 vd.; *Knöfel*, Bewegung im Vertragsrecht in Europa? - Der Aktionsplan der Europäischen Kommission für "ein kohärenteres europäisches Vertragsrecht", ZGS 2004, 26 vd.

ayında da "Avrupa Sözleşme Hukuku ve Topluluk Mevzuatının Gözden Geçirilmesi - İleriye Dönük Adımlar" başlıklı diğer Bildirimler yayınlanmıştır⁵⁰. Bütün bu metinler, gerek bilim insanları gerekse uygulamacılar arasında, Avrupa Borçlar Kanununun hazırlanması konusunda yoğun tartışmaları beraberinde getirmiştir. Tartışma bugün için henüz devam etmekte⁵¹ ve borçlar hukuku alanında çalışan her bilim insanı için çok ilginç bir malzeme oluşturmaktadır. AB'ye tam üyelik görüşmelerine resmen başlamış olan Türkiye'nin hukuk camiasının da artık bu tartışmalara daha sıcak bir ilgi göstermesi ümit edilir.

C. Satım Hukukunun Uyumlaştırılması Alanında Bazı Önemli Basamaklar

Şu ana kadar özel hukuk alanındaki uyumlaştırmanın sebepleri ve önemi üzerinde durulmuş; daha sonra çember biraz daraltılarak sözleşme hukuku alanında var olan uyumlaştırma faaliyetlerinin bazıları aktarılmıştır. Bu başlık altındaysa, doğrudan çalışmanın da konusunu oluşturan, satım hukuku alanında yaşanan gelişmeler üzerinde kısaca durulacak ve bu alanda yayınlanmış olan belgelerin içeriği ve tarihi hakkında kısaca bilgi verilecektir. Bu süreçte kilit kuruluşlar yukarıda üzerinde durulmuş olan UNIDROIT, UNCITRAL ve AB'dir. Kast edilen, şu ana kadar olduğu gibi, maddi hukuk uyumlaştırmasıdır; devletler özel hukuku alanındaki uyumlaştırma faaliyetleri bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

I. Milletlerarası Satıma İlişkin Yeknesak Kanun (ULIS)

1929 yılında UNIDROIT, milletlerarası satım sözleşmelerine uygulanabilecek maddi hukuku tespit eden mukayeseli bir araştırma yapılması için bir komitenin oluşturulmasına karar vermiştir. Bu komite, Berlin'deki (o zamanki adıyla)⁵² "Kaiser Wilhelm Institut für ausländisches

⁵⁰ Communication of the Commission to the Council and the European Parliament, European Contract Law and the revision of the acquis: the way forward, COM (2004) 651 final. Bu metnin getirdikleri hakkında bkz. *Schmidt-Kessel*, Auf dem Weg zum Gemeinsamen Referenzrahmen: Anmerkungen zur Mitteilung der Kommission vom 11. Oktober 2004, GPR 2005, 2 vd.; *Lando*, Der Aktionsplan der EG-Kommission zum europäischen Vertragsrecht, RIW 2005, 1 vd.

⁵¹ Örn. bkz. *Schroeter*, § 18 N.3 vd.; *Gordley*, The Future of European Contract Law on the Basis of Europe's Heritage, 2 ERCL 2005, 163 vd.; *Grundmann*, European Contract Law(s) of What Colour?, 2 ERCL 2005, 184 vd.; *Basedow*, Grundlagen des europäischen Privatrechts, JuS 2004, 89 vd.

⁵² Enstitü, İkinci Dünya Savaşı sonrasında "Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht" olarak adlandırılmış ve Hamburg'a nakledilmiştir. Günümüzde dünyanın en zengin mukayeseli hukuk kütüphanelerinden birine sahiptir.

und internationales Privatrecht" (Kaiser Wilhelm Yabancı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü) ile ortaklaşa bir taslak hazırlamaya başlamıştır. Nitekim Berlin'deki Enstitünün başkanı olan *Ernst Rabel*, bir "dünya satım hukuku" oluşturulması düşüncesinin fikir babası olup⁵³, mukayeseli bir yöntemle yazdığı satım hukukuna ilişkin iki ciltlik kitabı⁵⁴ ile uyumlaştırma çalışmalarının temelini atmıştır⁵⁵. Bu eserin hazırlanması aşaması, UNIDROIT çalışmalarına denk düşmüştü; bunun sonucunda, 1935 ve 1939 yıllarında iki taslak metin yayınlanmıştır.

İkinci dünya savaşı sırasında sekteye uğrayan uyumlaştırma faaliyetleri ancak 1951 yılında Hollanda hükümetinin çabası sonucu La Haye'de gerçekleştirilen diplomatik bir konferans ile yeniden başlatılmıştır. Hazırlanan yeni taslaklar (1956 ve 1963) üzerinde yürütülen tartışmalar 1964 yılında son bulmuş ve Hollanda hükümeti bir kez daha La Haye'de diplomatik bir konferansa davet etmiştir⁵⁶. Bu Konferansa 28 devlet katılmış, 4 devlet gözlemci göndermiştir. Sonuçta aynı yılda Menkullerin Milletlerarası Satımına İlişkin Yeknesak Kanun⁵⁷ ve Menkullerin Milletlerarası Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanun⁵⁸ kabul edilmiş ve ülkelere onaylanmak üzere sunulmuştur⁵⁹.

Ancak Antlaşmalar beklenen ilgiyi bulamamış ve sadece 9 ülke bunları imzalayıp onaylamıştır. Bunlar Almanya, Belçika, Gambiya, Hollanda, İngiltere, İsrail⁶⁰, İtalya, Lüksemburg ve San Marino'dur. Her ne kadar CISG'ın kabulüne kadar özellikle Belçika ülkeleri, İtalya ve Alman

⁵³ *v. Caemmerer*, SJZ 1981, 257, 258; *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem*, Einleitung, 27.

⁵⁴ *Recht des Warenkaufs*, 1. Band, Berlin 1936, 2. Band, Berlin 1958.

⁵⁵ *Dölle/Dölle*, Einleitung, XXXI. 1935 taslağı için bkz. *Rabel*, *RabelsZ* 1935, 1 vd.

⁵⁶ Tarihsel gelişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ernst Rabel*, Die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des Kaufrechts, *RabelsZ* 17 (1952), 212 vd.; *Riese*, Der Entwurf zur internationalen Vereinheitlichung des Kaufrechts, *RabelsZ* 22 (1957), 16 vd.; *Özsunay*, İBD 2004, 906, 908 vd.

⁵⁷ "Uniform Law on the International Sale of Goods" (ULIS), "Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels".

⁵⁸ "Uniform Law on the Formation of Contracts for International Sale of Goods" (ULFC), "Loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers corporels".

⁵⁹ Konferansın seyri ve nihai metinler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Riese*, Die Haager Konferenz über die Internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964, Verlauf der Konferenz und Ergebnisse hinsichtlich der materiellen Vereinheitlichung des Kaufrechts, *RabelsZ* 29 (1965) 1-100 ve *v. Caemmerer*, Die Haager Konferenz über die Internationale Vereinheitlichung des Kaufrechts vom 2. bis 25. April 1964, Die Ergebnisse der Konferenz hinsichtlich der Vereinheitlichung des Rechts des Abschlusses von Kaufverträgen, *RabelsZ* 29 (1965) 101-145.

⁶⁰ İsrail ULFC'yi onaylamamıştır.

ya arasında ULIS yaygın şekilde uygulanmış olsa da ne başka Avrupa ülkeleri, ne ABD⁶¹, ne de Üçüncü Dünya ülkeleri taraf olmamıştır. Bunun nedeni olarak, genelde Antlaşmaların hazırlık çalışmaları gösterilmektedir⁶². Zira 1964 yılında yapılan son konferansa kadar bu konvansiyonların hazırlanması sürecine sadece çok sınırlı sayıda Avrupa devleti katılmıştır. Özellikle Üçüncü Dünya ülkeleri yeknesak bir satım hukukunun hazırlanması konusunda neredeyse hiç etki sahibi olamamış, dolayısıyla imzalamamayı tercih etmişlerdir⁶³. ABD ise, ancak 1964'de UNIDROIT'ya üye olması ve bu yüzden *common law* etkisinin sınırlı kalması nedeniyle imzalamamıştır. Ayrıca 1966'da UNCITRAL'in BM bünyesinde kurularak 1968 yılından itibaren milletlerarası satım sözleşmelerine ilişkin yeni bir konvansiyon üzerinde çalışmaya başlaması La Haye Konvansiyonlarına olan rağbeti iyice azaltmıştır⁶⁴.

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

UNCITRAL öncelikle BM üyesi ülkelerin hükümetlerine, La Haye Konvansiyonları hakkında görüş sormakla işe başlamıştır. 1970 yılından itibaren düzenli olarak toplanan bir çalışma grubu, gelen eleştirileri dikkate alarak yeni bir metin hazırlamaya koyulmuş ve 1976 yılında ilk Taslağını sunmuştur (Cenevre Taslağı). Metin üzerinde değişiklikler yapan UNCITRAL Komisyonunun 1977 yılında yayınladığı "Viyanalı Taslağı"; bu arada çalışma grubu tarafından tamamlanan satım sözleşmesinin kurulmasına ilişkin bölüm ile bir araya getirilmiş ve 1978'de son olarak "New York Taslağı" kamuya açıklanmıştır⁶⁵. Bu Taslak, Birleşmiş Milletler'e üye bütün ülkelere yollanmış ve gelen görüşler doğrultusunda yapılan ufak değişiklikler sonucunda 10 Mart - 11 Nisan 1980'de Viyana'da toplanan ve 62 ülkenin katıldığı BM Konferansının konusunu oluşturmuştur. Konferans, toplamda 42 ülke temsilcisinin, *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG) metnini kabul etmesi ile son bulmuştur⁶⁶.

⁶¹ ABD'de uygulanmakta olan UCC ile bir mukayese için bkz. *Schwenk*, *RabelsZ* 35 (1971), 645 vd.

⁶² *Tobler*, 21 vd., 24.

⁶³ *G. Schmid*, 17; *v. Caemmerer*, *SJZ* 1981, 257, 259.

⁶⁴ *Kromer*, 245-246.

⁶⁵ Bu metnin İngilizce ve Almanca versiyonları *RabelsZ* 43 (1979), 528 vd.'da yayınlanmıştır. Bu taslak hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *U. Huber*, *RabelsZ* 1979, 413 vd.; *Honnold*, *The Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods: An Overview*, 27 *Am. J. Comp. L.* (1979) 223 vd.

⁶⁶ CISG'nin hazırlanması sürecine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem*, *Einleitung*, 28 vd.; *Tobler*, 24 vd. Cenevre Taslağı için bkz. *YB VII* (1976), 89-96; *Viyana Taslağı* için bkz. *YB VIII* (1977), 15-21.

Fakat bunu takip eden 6 yıl boyunca, La Haye Konvansiyonlarının karşılaştığı ilgisizliğin CISG açısından da söz konusu olacağı izlenimi doğmuştur. Zira 1986 yılına kadar Antlaşmaya sadece Arjantin, Fransa, Lesoto, Macaristan, Mısır ve Suriye onay vermiştir. Ancak 1986 yılında Zambiya'nın yanı sıra arka arkaya Çin, ABD ve İtalya'nın da taraf olması ile birlikte Antlaşmanın kaderi değişmiş ve yürürlüğe girmesi için gerekli olan onay (m.99, f.1) sağlanmıştır. CISG m.99, f.1 uyarınca Antlaşma, son onaydan itibaren işletilen on ikinci ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde, yani 1 Ocak 1988'de yürürlüğe girmiştir. La Haye Konvansiyonlarına taraf olan İtalya'nın bunu feshederek CISG'a taraf olması⁶⁷, diğer ülkelerin bunu takip etmesinde etkili olmuştur. Ancak bunun ötesinde, özellikle 1990'lı yıllarda dünyada hukuk uyumlaştırması faaliyetlerine karşı artan ilgiye CISG da mazhar olmuş ve 2005 yılı itibarıyla onay sayısı 66'ya çıkmıştır⁶⁸.

Bu başarının arkasında, CISG'nin hazırlanma sürecinde, La Haye Konvansiyonlarından farklı olarak, bütün çalışma gruplarında ülke dağılımına özel önem gösterilmiş olması da yatmaktadır. UNCITRAL'in tüzüğü uyarınca, Afrika ülkelerini temsilen 9, Asya için 7, Doğu Avrupa için 5, Latin Amerika için 6 ve Batı devletleri için 9 koltuk ayrılmıştır. Bu sayede farklı hukuk sistemlerinin hepsi tartışmalara yansiyabilmiş, en iyi olduğuna inanılan çözümler ise Antlaşmaya alınmıştır⁶⁹. *Hyland*, Antlaşmanın hazırlama sürecinde hukuk politikası açısından bir tercih yapılmadığını, dolayısıyla da ortaya çıkan ürünün büyük ölçüde derleme hükümler teşkil ettiğini ve yeknesak bir felsefe yansıtmadığını eleştirmektedir⁷⁰. Her ne kadar ilerleyen bölümlerde daha ayrıntılı olarak görüleceği gibi, özellikle *common law* ve *civil law* arasında bir orta yol yaratma çabası bazen beraberinde yorum sorunları getirmişse de; kanımca, CISG'nin aslında bu iki sistemin nasıl da kaynaştırılabileceğini, daha doğrusu, sözleşme hukukunda, benzerliklerin, aykırılıklardan çok daha fazla olduğunu göstermesi açısından büyük bir başarı oluşturduğunu kabul etmek gerekir⁷¹. Özellikle *common law* sisteminde gelişmiş olan, sözleşme ihlalinin türüne göre bir ayırım yapmayan, yeknesak sözleşmeye aykırılık modelinin ("*breach of contract*")⁷² nasıl da Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerinde de sorunsuz uygulanabileceğini ve hatta tercih edilmesi ge-

⁶⁷ CISG m.99, f.3 uyarınca bir devlet ya ULIS/ULFC'ye ya da CISG'a taraf olabilir. Konusu aynı olan bu iki Antlaşmaya birden taraf olunması imkanı yoktur.

⁶⁸ Devletlerin listesi için bkz. EK-3.

⁶⁹ *v. Caemmerer*, *SJZ* 1981, 257, 260.

⁷⁰ *Hyland*, *Conformity of Goods*, 305.

⁷¹ Aynı yönde *Özsunay*, *IBD* 2004, 906, 953.

⁷² Ayrıntı için bkz. aşağıda Bölüm 5 § 1 A.

reken bir model olduğunu göstermesi açısından CISG'nin önemi kanımca çok büyüktür.

III. Tüketim Mallarının Satımı Hakkında Avrupa Birliği Yönergesi

Avrupa Birliği organları uzun yıllar, tüketicinin korunması politikası çerçevesinde, tüketici sözleşmelerinin akdedilme şekilleri (kapıdan sözleşmeler/mesafeli sözleşmeler) veya belirli yeni tüketici sözleşmesi tipleri (gezi sözleşmesi/tüketici kredisi sözleşmesi/time-sharing sözleşmesi) hakkında yönergelerle düzenleme yapmıştır⁷³. Buna karşılık sözleşme hukukunun temel kavram ve kurumlarına ilişkin düzenleme yapma konusunda çok daha çekingen davranılmıştır. Genel işlem şartları kullanılmak suretiyle akdedilen sözleşmelerin denetimine ilişkin olarak 1993 yılında yayınlanmış olan Yönerge, bunun ilk istisnasını oluşturmaktadır. Ancak 1999 yılında kabul edilen "Tüketim Mallarının Satımı ve Tüketim Mallarına İlişkin Garantilerin Belirli Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Yönergesi" ile⁷⁴,⁷⁵ asil ciddi müdahale gerçekleşmiş ve ulusal hukuklarda son derece köklü bir hukuk tarihi geçmiş olan bir alanda, satımda tekeffül alanında düzenleme yapılmıştır⁷⁶.

Yukarıda da üzerinde durulduğu gibi, AB'nin uyumlaştırma yetkile-

⁷³ Avrupa Birliği'nde tüketicinin korunması politikası, gelişimi ve ilgili düzenlemeler hakkında bilgi için bkz. Ü.Tekinalp/G.Tekinalp, Avrupa Birliği Hukuku, 2. bası, İstanbul 2000 içinde *Atamer*, § 38.

⁷⁴ Yönerge hakkında bilgi için bkz. *Erlüle*, Tüketim Mallarının Satımı Sözleşmesi ve Bu Mallara İlişkin Olarak Verilen Garantiler Hakkında Yönerge, Kocayusufoğlu'na Armağan, Ankara 2004, 419 vd.; *P.Huber*, FS Henrich, 297 vd.; *Mansel*, AcP 2004, 396 vd.

⁷⁵ Tüketici Satımı Yönergesinin iç hukuklara nasıl aktarıldığı konusunda genel olarak bkz. *Mansel*, AcP 2004, 396, 410 vd. Ayrıca bkz. İngiltere: *Twigg-Flesner*, GPR 1/03-04, 12 vd.; *Linder*, Neues Kaufrecht in England, ZERV 2005, 3 vd.; İtalya: *Eccher/Schurr*, Die Umsetzung der Richtlinie 99/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf in Italien, ZEuP 2003, 65 vd.; İspanya: *Morgenroth*, Die Umsetzung der Verbrauchsgüter-kaufrichtlinie 1999/44/EG in Spanien, RIW 2003, 837 vd.; Hollanda: Die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in den Niederlanden, IHR 2004, 95 vd.; Fransa: *Mainguy*, Le nouveau droit de la garantie de conformité dans la vente au consommateur, JCP E 2005, 630 vd.; Almanya: *P.Huber*, in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 393 vd. İsviçre borçlar hukukunu, bir dizi AB yönergesinin yanı sıra satım yönergesi ile uyumlaştırma projesi hakkında bkz. *Honsell/Pietruszak*, Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2001, 771 vd.; *Jörg/Arter*, Ein kritischer Blick auf den Entwurf zum Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2002, 165 vd. AB tüketici satım yönergesinin Türk hukukuna ne ölçüde aktarılabildiği konusunda bkz. *Atamer*, ZEuP 2005, 566 vd.

⁷⁶ *Schwartz*, ZEuP 2000, 544, 545; *Twigg-Flesner*, GPR 1/03-04, 12.

rinin sınırlı olması, ister istemez sorunun tüketici satımları bağlamında ele alınması sonucunu doğurmuştur. Ancak Yönergenin hazırlanması aşamasında yayınlanmış olan teklifin gerekçesinde özellikle şu husus vurgulanmıştır: Yönergenin amacı, tüketicinin korunması konusunda bütün üye ülkelerde geçerli asgari bir standart yaratmanın yanı sıra, milletlerarası satım için AB ülkelerinin büyük bir çoğunluğunda uygulanmakta olan CISG'a paralel bir tüketici satım hukuku yaratmaktır. Hatta buradan bir adım ileriye de düşünülmüş ve satım hukuku alanında uyum sağlanabilmesi halinde AB genelinde geçerli olabilecek bir borçlar kanununun mümkün olabileceği de ifade edilmiştir⁷⁷.

Yönergede düzenlenen konular, teslim edilen malın hangi hallerde sözleşmeye aykırı sayılacağı, bu durumda alıcının sahip olacağı seçimsel haklar ve bunlar arasındaki ilişki, satıcının kendi satıcısına rücu hakkı, ihbar yükümlülüğü, sözleşmesel garantiler ve sorumsuzluk anlaşmalarıdır. CISG'dan farklı olarak, düzenleme alanı sadece malın ayıplı ifa edildiği hallerdir.

⁷⁷ COM (95) 520 final, ZIP 1996, 1845, 1847. Bu konuda bkz. *Grundmann*, AcP 202 (2002) 40, 59.

§ 2. CISG'nin Ulusal ve Uluslararası Alanda Borçlar Hukukunun Gelişimi Üzerindeki Etkisi

CISG'nin başarısı sadece dünyanın 66 ülkesi tarafından imzalanmış olması olgusundan değil, aynı zamanda, borçlar hukuku alanında son yıllarda kabul edilmiş ulusal ve uluslararası bir dizi metnin hazırlanmasında oynanmış olduğu rolden de anlaşılmaktadır. Öncelikle AB Tüketici Satımı Yönergesinin hazırlanmasında esas alınan metinlerin başında CISG'nin geldiği vurgulanmalıdır⁷⁸. Gerek, malın sözleşmeye aykırılığına ilişkin tanım, gerekse sözleşmeye aykırı ifa halinde alıcının haklarının düzenlenmesi tarzı, iki metin arasındaki benzerliği açıkça ortaya koymaktadır. Zaten, Yönergenin hazırlanması aşamasında yayınlanan gerekçede bu telaffuz da edilmiştir⁷⁹. Ancak bundan daha önemlisi, yukarıda üzerinde durulmuş olan, AB için ortak bir borçlar hukuku yaratma projesinin temelini de CISG'nin oturtulması düşüncesinin Komisyon tarafından çok açık şekilde ifade edilmiş olmasıdır⁸⁰.

Son dönemde CISG'nin etkisinde kalmış olan diğer bir çalışma ise, Alman Medeni Kanununun borçlar hukuku kısmında 2002 yılında gerçekleşen reformdur⁸¹. 1981'de Alman Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanmış olan "Borçlar Hukukunun Gözden Geçirilmesi Konusunda Görüşler

⁷⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Magnus*, CISG's Impact, 129, 133 vd.; *Grundmann/Bianca/Grundmann*, Einl.1 vd.; *Prieß*, 33 vd.; *Grundmann*, AcP 202 (2002), 40 vd., özellikle 45-57; *Morgenroth*, RIW 2003, 837, 844 (Yazar, AB yönergesinin, CISG'nin bir *alter ego*'su olduğundan bahsetmektedir). Bu etkileşim hakkında açıklamalar için ayrıca bkz. *Tenreiro*, REDC 1996, 187, 191vd.; *Schulze/Schulte-Nölke*, 3, 10; *Schlechtriem*, EuZ 2005, 26, 27; 19.1.1999 COM (1999) 16, S.3 ve COM (1995) 520 (ilk taslak hakkında). Bu nedenle Yönergenin yorumlanmasında CISG'dan faydalanılması gerektiği yönünde *Jud*, Schadenersatz, 36 vd., 197; *Magnus*, CISG's Impact, 129, 135.

⁷⁹ Taraflardan birinin tüketici olduğu satım sözleşmelerinde tüketiciyi koruma amacı güden bir yasa metninin neden, taraflardan ikisinin de tacir olduğu satım sözleşmeleri için kaleme alınmış bir metni örnek aldığı ve bu iki satım türünün ayrı düzenlenmesine gerek olup olmadığı tartışması hakkında bkz. *Grundmann*, AcP 202 (2002) 40, 56 vd.; *Drexler*, Verbraucherrecht - Allgemeines Privatrecht - Handelsrecht, in: Wandlungen des Schuldrechts, Schlechtriem (Hrsg.), Baden-Baden 2002, 97 vd.

⁸⁰ Bkz. dn.50, COM 2004, 651 final, 3.1.3. Ayrıca bu konuda çok ayrıntılı bir çalışma için bkz. *Schroeter*, passim ve özellikle § 18 N.16 vd. N.33 vd.

⁸¹ Bu etki hakkında bkz. *Zimmermann*, Breach of Contract, 7; *Hans Schulze-Nölke*, Editorial, ZGS 2003, 401; *Schulze/Schulte-Nölke*, 3, 10 vd.; *Pick*, 25, 28; *Magnus*, Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, 79, 81; *Pfeiffer*, ZGS 2002, 23, 24.

ve Teklifler" adlı kitap içinde yer alan ve *Ulrich Huber* tarafından kaleme alınmış olan ifa engelleri hukukuna ilişkin bölüm, bu yönde en önemli etkileri taşımaktadır. *Huber* çalışmasını hazırlarken özellikle La Haye Konvansiyonlarını ve BM tarafından 1980 yılında kabul edilmiş olan CISG metnini esas almış ve tekliflerini bu uluslararası metinlerle uyum içinde formüle etmiştir⁸². Örneğin CISG'yi takiben, BGB de artık § 280'de genel bir kavram olarak "yükümlülüğe aykırılık" (*Pflichtverletzung*) kabul etmiştir. Bu sayede imkansızlık, temerrüt, kötü ifa gibi kategoriler bir arada değerlendirilebilir olmuş ve yasada mevcut çelişkiler, uyumsuzluklar aşılarak, daha anlaşılır bir sistem oturtulabilmiştir⁸³. Nitekim yasanın hükümet gerekçesinin Genel Bölümünde yer alan açıklamalar da CISG ile olan bu ilişkiyi açıkça ortaya koymaktadır:

"BM-satım hukukunun edim yükümlülüklerine aykırılık düzenlemeleri ile elde edilecek sonuçların, Alman pozitif hukuku, içtihat ve sözleşme uygulamasının birlikte değerlendirilmesi sonucu yürürlükte kabul edilebilecek olan hukuk uyarınca varılacak sonuçlarla büyük ölçüde örtüştüğü doğrudur. İkisi arasındaki belirleyici fark, BM-satım hukukunun, edim yükümlülüklerine aykırılık hukukunun temel ilkelerini açık, anlaşılır, tutarlı ve hukuk politikası açısından ikna edici kurallarla saptamış olması ve bu sayede uygulamanın, belirli bir olayın hangi kural çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği konusunda karar vermesini önemli surette kolaylaştırmasıdır. Bunun yanı sıra BGB çerçevesinde yaşanan, bazı alanlarda ikna edici sonuçlara varılamaması sorunu da engellenmektedir. Bu nedenle BM-satım hukuku konsepti edim yükümlülüklerine aykırılık hukukunun yeniden düzenlenmesinde dikkate alınmalı ve bir çok alanda örnek teşkil etmelidir."⁸⁴

Bunun yanı sıra Hollanda Medeni Kanununun satım hukukuna ilişkin hükümleri⁸⁵, Estonya Medeni Kanunu⁸⁶, PECL⁸⁷ ve PICC⁸⁸ de BM-

⁸² Çalışma için bkz. *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band I, Köln 1981, 647 vd. Özellikle çalışmanın başında yer alan özet kısmındaki ifadeler. BGB reformu ile CISG'nin mukayesesi için bkz. *Schlechtriem*, Internationales Einheitliches Kaufrecht und neues Schuldrecht, in: Das neue Schuldrecht in der Praxis, Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), Köln 2003, 71 vd.

⁸³ Bkz. *Zimmermann*, Breach of Contract, 7-8; *Grundmann*, Deutsches Kaufrecht nach der Reform - vom römischrechtlichen zum anglo-europäischen ius commune?, in: Jahrbuch für Italienisches Recht, Band 17, Heidelberg 2004, 51, 58 vd. ve 69.

⁸⁴ RegBegr in: Schuldrechtsmodernisierung 2002, 582.

⁸⁵ *Ewoud Hondius/Christoph Jeloschek*, Die Kaufrichtlinie und das niederländische Recht, in: Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, Grundmann/Medicus/Rolland, 2000, 197, 201.

⁸⁶ *Varul*, CISG: A Source of Inspiration for the Estonia Law of Obligations, Unif. L. Rev. 2003, 209 vd.

⁸⁷ Ayrıntılı olarak *Zimmermann*, Principles, 36 vd.

⁸⁸ *Bonell*, Restatement, 65 vd.

satım hukukunun etkisinde kaleme alınmıştır. Özellikle CISG'nin iki temel değer yargısı bütün bu metinlere yansımıştır: ifa engelleri hukuku ile özel tekeffül hükümleri arasındaki uyumsuzluğu gidermiş olması ve genel bir sözleşmeye aykırılık kavramı ile çalışması. Bu iki husus üzerinde aşağıda ayrıntılı olarak durulacaktır⁸⁹.

⁸⁹ Bkz. Bölüm 5 § 1.

§ 3. Değerlendirme

Mukayeseli hukuk çalışmaları ve hukuk uyumlaştırması faaliyetleri açısından, dünyada son derece heyecanlı gelişmelerin yaşandığı bir dönemde bulunmamıza rağmen, Türkiye'ye ve Türk hukukuna bakıldığında ne yazık ki bu çalışmaların yansımalarını ancak sınırlı olarak görmek mümkündür. Aslında Cumhuriyetin kuruluş yıllarında yaşanan küllü resepsiyon ile Avrupa hukuk sistemine entegre olmuş ve uzun yıllar mukayeseli hukuk alanında çok üst düzeyde eserler verilmiş olan ülkemizde son 25 yılda bir içe kapanma yaşanmıştır. Bu içe kapanma, mukayeseli çalışmaların sona ermesi şeklinde değil, kanımca, uluslararası bilimsel camiadan kopmak suretiyle kendisini göstermiştir. Her ne kadar 1995 yılında AB ile imzalanan Gümrük Birliği Antlaşması'nın iç hukukumuza etkisi sonucu bir hareketlenme yaşanmışsa da, etki sadece tek yönlü olarak, AB'den ülkemize doğru gerçekleşmiştir. Hukuksal değişiklikler daha çok mecburiyetten yapılmıştır.

Bu içe kapanıklığın özütü bir örneğini de kanımca Türk Borçlar Kanunu Tasarısı oluşturmaktadır⁹⁰. CISG'yi bir kez bile anmayan Tasarı, Avrupa'da 80'lerin başında, bilim insanlarının ve uluslararası kuruluşların girişimleri ile hazırlanmaya başlanan ve 90'ların başında arka arkaya yayınlanan, sözleşme hukukunun temel ilkelerine ilişkin bir dizi metni de dikkate almamıştır. Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri'nin (PECL)⁹¹ göz ardı edilmesi belki anlaşılabilir de, Türkiye'nin 1950'den beri üyesi olduğu ve Yönetim Kurulunda temsilcisi bulunan UNIDROIT tarafından 1994'de yayınlanmış olan Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler'in (PICC)⁹² dahi anılmaya değer bulunmaması anlaşılamaaktadır. Bu çalışma usulünün, 2002 yılında Alman Medeni Kanununun borçlar hukuku kısmında gerçekleşen çok ciddi bir revizyonu tamamen yok sayması veya, son derece ayrıntılı mukayeseli bir çalışma sonucunda ortaya çıkmış olan, 20. yüzyılın ikinci yarısının önemli kodifikasyonlarından biri sayılan Hollanda Medeni Kanununu dikkate almaması da şaşırtıcıdır.

⁹⁰ Aynı yönde bir eleştiri için bkz. *Kuntalp/Barlas/Ayanoğlu Morali/Çavuşoğlu Işınhan/İpek/Yaşar/Koç*, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, 5.

⁹¹ Bilgi için bkz. aşağıda Bölüm 1 § 1 B II.

⁹² Bilgi için bkz. aşağıda Bölüm 1 § 1 B I.

tıcı değildir. Ne yazık ki *Jhering*'in 80 yıl önce eleştirdiği davranış modeli⁹³ Borçlar Kanunu Tasarısı hazırlanırken aynen uygulanmış, "Türk Borçlar Kanunu", "Türk Hukuk Biliminin" verileri ile sınırlı kalmıştır.

Ancak, Giriş bölümünde de ifade edilmiş olduğu gibi, bu çalışmanın sınırlarını zorlamamak için sadece CISG hükümleri üzerine yoğunlaşılması bir zorunluluk teşkil etmiştir. Bunun yanı sıra, tartışmalı konulara ilişkin olarak PECL ve PICC'nin çözümleri, ve bir dizi Kara Avrupa'sı kanunundaki çözümler de mümkün olduğu ölçüde hep dipnotlarına yansıtılmıştır. Yürürlükteki Borçlar Kanunu hükümleri ile bir karşılaştırma ise genelde hep, CISG sisteminin daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla yapılmış; olması gereken hukuk açısından bir tavsiyede bulunmak ise bu çalışmanın hedefi olmamıştır.

⁹³ Bkz. Giriş bölümünde *Jhering*'den aktarılan cümleler.

İKİNCİ BÖLÜM

**BİR SATIM SÖZLEŞMESİ HANGİ
HALLERDE CISG HÜKÜMLERİNE
TABİ OLUR?**

§ 1. Genel Olarak

Yabancılık unsuru¹ taşıyan bir satım sözleşmesinden kaynaklanan ihtilaf hakimın önüne geldiğinde acaba ne zaman CISG hükümleri uygulanmak durumundadır? İkinci bölümün cevap aradığı soru budur. Hakim üzerinde durması gereken hususlar şunlar olacaktır: Öncelikle ihtilafın bir satım sözleşmesine ilişkin olup olmadığını araştırmalıdır. Eğer zaten CISG'in tanımına uygun bir satım sözleşmesi söz konusu değilse, Antlaşma hükümlerinin uygulanmayacağı açıktır. Yani konu itibarıyla Antlaşma kapsamında ele alınacak bir sözleşme var olmalıdır. Bir satım sözleşmesinin varlığını kabul edebiliyorsak, ikinci soru, CISG'in milletlerarası uygulama alanı içine giren bir satım sözleşmesinin var olup olmadığıdır. Zira aşağıda görüleceği üzere CISG'in uygulanabilmesi için sözleşme taraflarının işyerlerinin âkit ülkelerde bulunması veya forum ülkesinin devletler özel hukuku kurallarının bir âkit ülkenin hukukuna gönderme yapıyor olması gerekir. Hakim bu noktada da CISG'in uygulanacağı sonucuna varmışsa son olarak üzerinde durması gereken husus, tarafların sözleşmede CISG'in uygulanmayacağını kararlaştırmış olup olmadıklarıdır. Zira CISG, irade özerkliği ilkesine öncelik tanımakta ve birçok ulusal hukuk düzeninde kabul edildiği gibi, taraflara, sözleşme içeriğini diledikleri gibi şekillendirme ve uygulanacak hukuku belirleme özgürlüğünü tanımaktadır.

Aşağıda bu konular ele alınırken, ihtilafın "bir" ülke hakimi tarafından çözümlendiği varsayımından yola çıkılmıştır. Bu hakim duruma göre âkit ülkenin, duruma göre âkit olmayan bir ülkenin hakimi olacaktır. CISG, milletlerarası bir Antlaşma olması itibarıyla kuşkusuz ancak âkit ülkelerin hakimleri açısından bağlayıcı olabilmektedir. Fakat taraf olmayan ülkelerin hakimleri ve özellikle Türk hakimleri de, aşağıda görüleceği üzere, yeri geldiğinde bu Antlaşmayı âkit ülkelerin hukukunun bir parçası olarak² uygulamak durumunda kalabilecektir.

¹ Bu kavram hakkında bkz. *Nomer/Şanlı*, 5 vd.; *G.Tekinalp*, 14; *Tiryakioğlu*, 5 vd.; *Eksi*, Rome Konvansiyonu, 56 vd.

² CISG'a taraf olunması ile bu Antlaşma hükümlerinin imzacı devletin iç hukukunun bir parçası haline geldiği konusunda bkz. *Reifner*, IHR 2002, 52, 53; *Staudinger/Magnus*, Art.6 N.2; *Ferrari*, ZEuP 2002, 737, 739; *Poroy/Yasaman*, N.224c; BGH, 25.11.1998, CISG-Online N.353; OGH, 09.03.2000, CISG-Online N.573.

§ 2. CISG'in Konu İtibarıyla Uygulama Alanı

Antlaşma, "mal satımına ilişkin sözleşmelere" uygulanmaktadır (*Kaufverträge über Waren/contracts of sale of goods/contrats de vente marchandises*). Demek ki CISG, satım sözleşmelerini ve özellikle malların satımına ilişkin sözleşmeleri ele alır. Buna karşılık hakların ve gayri menkullerin satımı açısından CISG uygulama alanı bulmaz. Ancak m.2'de mal satımına ilişkin olmakla beraber bir dizi satım sözleşmesi türü CISG'in uygulama alanı dışında bırakılmıştır. CISG m.3'de ise uygulama alanı genişletilmiş ve imal edilecek olan mallara ilişkin sözleşmeler de Antlaşma kapsamında değerlendirilmiştir. Aşağıda kısaca bu hususlar üzerinde durulacaktır.

A. Satım Sözleşmesi

I. Tanım ve Türleri

Satım sözleşmesinden ne anlaşılması gerektiği Antlaşmada tanımlanmamıştır. Ancak CISG'da ayrıntılı olarak ele alınmış olan taraf edimlerine bakıldığında, bir tanım verilmesi mümkün görünmektedir. Buna göre 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 sözleşmesidir³. Yani para ile malın değiş tokuş edildiği bir sözleşme söz konusu olmalıdır. Mülkiyetin hangi anda intikal ettiği önem taşımadığı gibi⁴, sözleşmenin şarta veya vadeye bağlanmış olması da satım nitelendirmesini değiştirmez.

Antlaşma, satım sözleşmelerinin bir dizi varyasyonunu kapsamaktadır. Örneğin doğrudan CISG'da değinilmiş olan, art arda teslimli satım sözleşmeleri (m.73), numune üzerinden satım (m.35, f.2, c), gönderme borcu içeren satım (m.31), kesin vadeli satım gibi (m.25/m.49, f.1, a).

³ *Höf*, 48; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.1 N.13; *Staudinger/Magnus*, Art.13; *Toker*, 76; *Hergüner*, Sarca Armağanı, 95, 97.

⁴ Ancak aşağıda üzerinde durulacağı gibi, mülkiyetin intikali sorunu Antlaşmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu hususun satıcının borçlarından biri olduğu ifade edilmekle yetinilmiştir. Gerek Kara Avrupa'sı ülkelerinde gerekse *common law* ülkelerinde bu alanda farklı sistemlerin uygulanıyor olması bir uzlaşma sağlanmasını engellemiştir. Bkz. aşağıda § 3 C II 3.

CISG'a tabi bir satım sözleşmesine ilişkin ön sözleşmeye de CISG hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı ise tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş bunu kabul etse de⁵, kanımca Höß'ün haklı olarak ifade ettiği gibi, Antlaşmanın sistemi, ön sözleşmeden doğan (asıl sözleşmeyi akdetme) borcunun ifasını zorlamaya elverişli değildir⁶. Buna karşılık alım, önalım ve geri alım haklarının kullanılması sonucu oluşan satım sözleşmeleri açısından Antlaşmanın uygulama bulacağı konusunda tereddüt yoktur⁷.

Gelecekte bir dizi satım sözleşmesi akdetmenin yükümlenildiği çerçeve sözleşmeler açısından da, ön sözleşme açısından yürütülen mantığı yürütmek gerekir. Nitekim doktrinde çoğunluk baş başına çerçeve sözleşmenin CISG'a tabi olmayacağını kabul etmektedir⁸. Örneğin tek satıcılık, franchise, komisyon sözleşmeleri CISG kapsamında değerlendirilmez. Tarafları satım sözleşmesi akdetme borcu altına sokan çerçeve sözleşmeden kaynaklanan ihtilafların, ilgili DÖH kuralları uyarınca tespit edilecek ülke hukukuna göre çözülmesi gerekecektir⁹. Buna karşılık tarafların bu çerçeve sözleşmeden doğan borçlarını ifa etmek için akdedecekleri her bir satım sözleşmesi açısından yine CISG uygulama alanı bulur¹⁰.

CISG kapsamında ele alınıp alınmayacağı tartışmalı olan diğer bir sözleşme türü finansal kiralama (leasing) sözleşmeleridir. Zira bu tür sözleşmelerde sık sık, kiralayana mal satın alma opsiyonu da tanınmaktadır¹¹. Doktrinde kiralayanın kullanma menfaatinin, mal satın alma men-

⁵ Staudinger/Magnus, Art.1 N.41; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.1 N.21; Achilles, Art.1 N.2.

⁶ Höß, 64-65.

⁷ Höß, 78; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.1 N.21; Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem, Vor Artt.14-24 N.7; Staudinger/Magnus, Art.1 N.22; Achilles, Art.1 N.2.

⁸ Grieser, 124 vd., 139; Wurmnest, IHR 2005, 107, 110-111; Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem, Vor Artt. 14-24 N.7; Magnus, ZEuP 2002, 523, 528; MünchKommHGB/Benicke, Art.1 CISG, N.14; Brunner, Art.2 N.9; Bamberger/Roth/Saenger, Art.1 CISG, N.5; Honsell/Siehr, Art.2 N.7. Henüz ULIS'in geçerli olduğu dönemde Federal Mahkemenin verdiği bir kararda Alman imalatçı ile İtalyan distribütör arasındaki tek satıcılık sözleşmesi çerçevesinde yapılan teslimatlar Antlaşma kapsamında değerlendirilmiştir, ancak çerçeve sözleşme bunun dışında tutulmuştur (BGHZ 74, 136, 140). CISG için bkz. OLG Hamburg, 05.10.1998, CISG-Online N.473; OG Luzern, 08.01.1997, CISG-Online N.228; US Dist. Ct., ED of Pennsylvania, 29.08.2000, CISG-Online N. 675. Farklı bir yaklaşım için bkz. Thiele, IHR 2002, 8, 11.

⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem, Vor Artt.14-24 N.7; Grieser, 136 vd.

¹⁰ Staudinger/Magnus, Art.1 N.37 ve 39; MünchKommHGB/Benicke, Art.1 CISG, N.14; Piltz, § 2 N.41; Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.24a; Wurmnest, IHR 2005, 107, 111; OG Luzern, 08.01.1997, CISG-Online N.228; OLG Köln, 28.05.2001, CISG-Online N.681.

¹¹ Bu konuda bkz. Altop, Özellikle Taşınır Yatırım Mallarına İlişkin Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi, Ankara 1990, 55 vd.

faatine nazaran ağır basması nedeniyle CISG'ın uygulanmayacağı görüşü savunulduğu gibi, leasing sözleşmesinin içeriğine göre ayırmalı olarak sorunun incelenmesi de ileri sürülmektedir¹². Kanımca bu tür sözleşmelerde tarafların iradesini ön planda tutarak sözleşmenin ağır basan yönünün tespit etmek ve buna göre bir sonuca varmak daha doğru olacaktır.

Trampa sözleşmesinin de CISG'a tabi olmayacağı yaygın olarak kabul görmektedir¹³. Her ne kadar bir dizi ulusal hukuk düzeninde trampa sözleşmesinin, satım sözleşmesi hükümlerine tâbi olacağı atfı ile karşılaşılmaktaysa da (bkz. BK m.232) bu yaklaşımın Antlaşmaya aktarılması çoğunluk tarafından reddedilmektedir. Magnus'a göre "ödemenin" mal teslim etmek suretiyle yapılması düşüncesi CISG'a yabancıdır¹⁴.

II. Satım Sözleşmesi Gibi Değerlendirilen Sözleşmeler

CISG m.3 Antlaşmanın uygulama alanını genişletmektedir. Zira yalnızca mal satımına ilişkin sözleşmeler değil, bir malın üretilip veya imal edilip satılmasına ilişkin sözleşmeler de CISG kapsamına alınmıştır. Bu madde uyarınca:

- (1) İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler satım sözleşmesi sayılır; meğerki, bunları sipariş eden taraf imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin esash 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.

Demek ki CISG'ın kapsamı dahiline alınan sözleşme türü, üretilecek veya imal edilecek olan malların satımına ilişkin sözleşmelerdir. Yani satıcının veya üçüncü bir kişinin, henüz mevcut olmayan bir malı, örneğin 10 ton üzümü yetiştirmesi veya iki makineyi imal etmesi ve daha sonra bunların mülkiyetini nakletmesi gereken haller de satım sözleşmesi ola-

¹² Bu yönde Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.1 N.28; Staudinger/Magnus, Art.1N.34. Bu tartışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Grieser, 81 vd. Ancak lease veren ile mal temin etmiş olduğu satıcı arasındaki sözleşmenin CISG'a tabi olacağı konusunda tereddüt yoktur. Dolayısıyla bu sözleşmeden satıcıya karşı doğan hakların, genelde yapıldığı üzere, lease alana temlik edilmesi halinde onun da CISG hükümleri uyarınca satıcıya başvurusu imkanı olacaktır.

¹³ Höß, 92-93; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.1 N.30; Grieser, 148; Bamberger/Roth/Saenger, Art.1 CISG, N.4; Karollus, JuS 1993, 378, 380; Piltz, § 2 N.23; MünchKommHGB/Benicke, Art.1 CISG, N.8; MünchKommBGB/Westermann, Art.1 CISG, N.6; Staudinger/Magnus, Art.1 N.29; Schlechtriem, AJP 1992, 339, 349. Aksi görüşte Lurger, Die Anwendung des Wiener UNCITRAL-Kaufrechtsübereinkommens 1980 auf den internationalen Tauschvertrag und sonstige Gegengeschäfte, ZfRV 1991, 415, 421 vd.; Toher, 77.

¹⁴ Staudinger/Magnus, Art.1 N.29.

rak değerlendirilmektedir¹⁵. Ancak bu kuralın uygulanabilmesi için, imalat veya üretim için gerekli olan malzemenin prensipte satıcı tarafından temin edilmesi gerekir. Eğer bu malzemenin "esash bir bölümü"nü¹⁶ alıcı temin etmişse artık CISG kapsamında değerlendirilebilecek bir satım sözleşmesi söz konusu olmaz. Doktrinde ve uygulamada esash kavramının nasıl anlaşılması gerektiği konusunda muhtelif görüşler ileri sürülmüştür¹⁷. Bunlardan en yaygın olanları, alıcı tarafından temin edilen malzemenin değerini ("economic value criterion") veya bu malzemenin, malın imali açısından taşıdığı önemi ("essential part criterion") esas alan görüşlerdir. Bu alanda CISG Danışma Kurulu¹⁸ tarafından 24 Ekim 2004 tarihinde verilmiş olan 4 numaralı Görüş uyarınca malzemenin ekonomik değerini esas alan görüşe itibar etmek gerekir¹⁹. Ancak Kurul, doktrinde ileri sürüldüğü gibi, bu değeri belirli bir rakam olarak (%50 gibi) ifade etmekten kaçınmış ve her olayın özelliğine göre bir sonuca varılmasını savunmuştur²⁰. Yine Kurulun özellikle vurguladığı bir husus, satıcı tarafından know-how, model, tasarım sağlanması hallerinde bunun, imalat için gerekli olan "malzeme"nin sağlanması şeklinde anlaşılmasının kural olarak mümkün olmadığıdır²¹.

CISG m.3, f.2'de ise aslında CISG kapsamı dışında bırakılmış olan sözleşmeler tanımlanmakla beraber fıkranın zıt anlamından çıkarılabilecek olan, karma sözleşmelerde²² satım unsurlarının ağır basması halinde yine CISG'nin uygulanabilecek olmasıdır²³. Buna karşılık ağır basan, işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanması ise CISG'nin uygulanması imkanı yoktur. Dolayısıyla montaj, reklam, eğitim gibi başka yükümlülük-

¹⁵ OLG Wien, 01.06.2004, CISG-Online N.954 (İki adet hidrolik hasınc sisteminin teslimi ve bunların montajı. Mahkemeye göre montaj faaliyeti, genel faaliyetin % 50'sinden fazla olmadığı için CISG'nin uygulanması mümkündür); LG München, 27.2.2002, CISG-Online 654 (Satış mekanlarında uzun süreli kullanılacak olan aksesuar mahiyetindeki kurelerin özel olarak imal edilmesi); OLG Saarbrücken, 14.02.2001, CISG-Online N.610 (İmal edilecek pencere ve kapı); OLG Frankfurt, 17.09.1991, CISG-Online N.21 (İmal edilecek olan ayakkabıların satımı); HG Zürich, 17.02.2000, CISG-Online N.637 (Yazılım programı hazırlanması, yüklenmesi, ayarlarının yapılması).

¹⁶ "wesentlicher Teil /substantial part /une part essentielle".

¹⁷ Bu görüşler için örn. bkz. *Tbker*, 101 vd.; Staudinger/*Magnus*, Art.3 N.14; CISG-AC, Op.4 (*Viscasillas*), Comment N.2.1 vd.

¹⁸ Bu Kurul'un niteliği hakkında bkz. aşağıda Bölüm 3 § 3 B II b.

¹⁹ CISG-AC, Op.4 (*Viscasillas*), Opinion N.2; Comment N.2.6 vd. Aynı yönde *Lohmann*, 17; HG Zug, 08.04.1999, CISG-Online N.489.

²⁰ Aynı yönde *Höf*, 136; MünchKommBGB/*Westermann*, Art.1 CISG, N.4.

²¹ CISG-AC, Op.4 (*Viscasillas*), Opinion N.5; Comment N.2.13. Olsa olsa sağlanan bu veriler sayesinde tarafların temin etmiş oldukları malzemenin değeri artmışsa bu husus değerlendirmede dikkate alınabilecektir.

²² Kavram hakkında bkz. *Serozan*, Borçlar Özel, § 3, 64 vd.

²³ CISG m.3, f.1 ve 2 arasındaki ilişki hakkında bkz. *Schäfer*, IHR 2003, 118, 120.

ler de içeren satım sözleşmeleri açısından bakılması gereken hangi edimin ağır bastığıdır. Bu hallerde de özellikle mukayese edilmesi gereken, edimlerin değeri olduğu öğretide kabul edilmektedir²⁴. Ancak bunun ötesinde sorun, sözleşmenin yorumu sorunudur aynı zamanda. Dolayısıyla hakimin ayrıca tarafların niyetlerini de araştırmak suretiyle satım sözleşmesinin unsurlarının ağır basıp basmadığını tespit etmesi gerekir²⁵.

III. CISG'nin Uygulama Alanı Dışında Bıraktığı Satım Sözleşmeleri

1. Tüketici Satım Sözleşmeleri

a. Tüketici satımı nedir?

CISG m.2, a bendi uyarınca

Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz:

(a) Kişisel veya ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için mal alınması; meğerki satıcı, sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde, malların böyle bir kullanım için alındıklarını bilmesin ve bilmesi gerekmesin. [...]

Tüketim amacıyla mal satın alınması Antlaşma kapsamında değerlendirilmez. CISG, ulusal hukuklarda mevcut, tüketicinin korunması amaçlı mevzuatın uygulanmasını engellemek istememektedir²⁶. Günümüzde özellikle İnternet üzerinden gerçekleşen satım sözleşmelerinin çok artması nedeniyle, sözleşme taraflarının iki farklı ülkede bulunması olgusuna tüketici satımlarında da sık rastlanmaktadır. Dolayısıyla tüketici satımından ne anlaşılması gerektiği konusundaki sınırın iyi çizilmesi gerekir. Ancak Antlaşmanın kendisi bir tanım vermiş olduğu için ulusal hukuklarda tüketici işlemlerine ilişkin tanımlar bu bağlamda devreye girmeyecektir²⁷.

Antlaşma, tüketici satımını sadece mala ilişkin kullanım amacını ön plana alarak tanımlamaktadır²⁸. Mal özel kullanım amaçları için temin edilmişse, sözleşme CISG'a tâbi olmaz. Alıcının kişisel özellikleri, örn. tacir olup olmadığı veya malın özellikleri bu değerlendirmede önem taşıma-

²⁴ CISG-AC, Op.4 (*Viscasillas*), Opinion N.9; Comment N.3.3; Staudinger/*Magnus*, Art.3 N.21; Schlechtriem/*Schwenzer/Ferrari*, Art.3 N.13; *Lohmann*, 18 vd.

²⁵ *Czerwenka*, 144 vd.; Kreisgericht Bern-Laupen, 29.01.1999, CISG-Online N.701; *Schäfer*, IHR 2003, 118, 120.

²⁶ *Czerwenka*, 150; *Tbker*, 80.

²⁷ Bkz. Staudinger/*Magnus*, Art.2 N.30.

²⁸ *Schroeter*, § 6 N.87.

maktadır²⁹. Alıcının malı ne amaçla temin ettiği sözleşmenin kurulması anına göre tayin edilir³⁰. Malı daha sonra başka amaçlar için kullansa bile artık CISG'in uygulanması mümkün olmaz³¹. Hakim somut işlemi değerlendirirken, alıcının kişisel alanı ile mesleki alanını saptaması ve sözleşmenin bunlardan hangisine dahil olduğuna karar vermesi gerekir. Örn. ancak bir fırında kullanılacak bir hamur makinesinin ticari amaçlarla alınmış olması asıldır. Buna karşılık evde pasta, çörek yapmak için kullanılacak tipte küçük bir hamur makinesi alınması kural olarak bir tüketici sözleşmesi sayılır. Kişinin kendi kullanımı için tedarik ettiği mal kadar ailesi veya örn. iş ilişkileri dışında kalan başka kişiler için almış olduğu hediyeler de CISG dışında kalır. Buna karşılık bir büro için satın alınacak mutfak donanımı, bilgisayarlar, yılbaşı hediye paketleri gibi mallara ilişkin sözleşmeler CISG'a tabi olur. İşlemin CISG'ın uygulama alanı dışında kalmasında belirleyici olan, satın alan kişinin kullanım amacıdır. Satın alanın tacir olup olmaması, kendi kişisel ihtiyaçları için kullandığı bir malı satıyor olması herhangi bir önem taşımaz³².

Her ne kadar alıcının kişisel amaçlarla temin etmiş olduğu bir mal söz konusu olsa da, satıcının bunu hiçbir şekilde anlaması mümkün değilse, CISG m.2, (a) istisnası devreye girmez ve bir tüketici satımının varlığına rağmen Antlaşma hükümleri uygulanır. Demek ki alıcının iş dünyasındaki kullanım amacının satıcı açısından en azından anlaşılabilir olması gerekir³³. Ya alıcı bu konuda bir beyanda bulunmuştur ya da satım konusu malın tüketim amaçlı kullanılmasının yaygın olması nedeniyle veya olayın özellikleri gereği mantıklı, makul bir satıcıdan durumu anlaması beklenebilecek olmalıdır. Örneğin satın alınan miktar, teslimat adresi, sözleşme görüşmelerinin yürütüldüğü yer veya fatura üzerindeki bilgiler satıcıya işlemin niteliği hakkında kolayca bir fikir verebilecektir³⁴. Satıcının, alıcının malı hangi amaçla tedarik ettiğine ilişkin bilgisi

²⁹ Tüketici kavramı ve tüketici sözleşmeleri hakkında ayrıntılı için bkz. *Ozanoğlu, Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)*, Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, 663, 667 vd.; *ayrı yazar, Tüketici Sözleşmeleri Kavramı (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Maddi Anlamda Uygulama Alanı)*, AÜHFHD 2001, 55, 72; *Wolfgang Faber, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht*, ZEuP 1998, 854 vd.

³⁰ *Staudinger/Magnus, Art.2 N.11; Honnold, CISG, N.50; Tober, 82.*

³¹ *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.2 N.8; Tober, 83.*

³² *Höf, 172.*

³³ *Staudinger/Magnus, Art.2 N.20.*

³⁴ Bkz. *Schroeter, § 6 N.114 vd. Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 18.11.2003 tarihli bir kararı buna güzel bir örnek teşkil etmektedir. Olayda alıcı, kendi kullanım için tedarik ettiğini söylediği bilgisayar parçalarını daha sonra sahibi olduğu eczaneye*

de yine sözleşmenin kurulması anına göre değerlendirilir. Ancak malın tüketim amaçlı kullanıldığının düşünülmesine rağmen alıcının bunu mesleki amaçlı kullanması halinde CISG yine uygulanır³⁵. İki amaçlı da kullanılması mümkün olan bilgisayar, araba gibi mallarda ise olayın özelliklerine bakmak gerekir.

b. Ulusal hukuklardaki tüketiciyi koruyucu hükümlerle çakışma sorunu

Her ne kadar CISG m.2, (a) ulusal hukuklardaki tüketiciyi koruyucu hükümlerle çakışma doğmasını engellemek amacıyla kaleme alınmışsa da, yukarıda verilen bilgiler ışığında, iki noktada sorun yaşanması ihtimali mevcuttur. Bunlardan ilki, karma amaçlı işlemlerdir, yani alıcının hem özel hem de mesleki amaçlarla bir mal satın alması halidir (*dual use*)³⁶. Örneğin satın alınan arabanın hem aile için hem de şirket için kullanılması durumunda bu söz konusu olacaktır. Bu durumda öncelikle tespit edilmesi gereken CISG'ın bu hallerde uygulama bulup bulmadığıdır. Bugün ağır basan görüş bulduğu yönündedir³⁷. Yani mal ayrıca kişisel amaçlı olarak kullanılacak olsa bile CISG uygulanabilecektir. Eğer ulusal hukuktaki tüketiciyi koruyucu hükümler de, çift kullanım amacıyla bir malın satın alınması halinde uygulanabiliyorsa³⁸, aynı işlem için iki farklı norm bütünü devreye girecek demektir. Diğer sorun doğuracak hal ise, satıcının sözleşmenin akdi sırasında veya öncesinde malın kişisel amaçlı kullanım için tedarik edildiğini bilmemesi ve bilmesinin de gerekmemesidir. Bu sözleşmeler de CISG kapsamında değerlendirileceği gibi, bir tüketici satımı olması itibarıyla ulusal hukuktaki koruyucu normların uygulama alanına da gireceklerdir. Özellikle İnternet yoluyla akdedilen satım sözleşmelerinde bu ihtimalle çok sık karşılaşılacaktır.

Dolayısıyla bu iki halde CISG ve ulusal hukuklardaki tüketiciyi ko-

fatura etmiştir. Mahkemeye göre bu sözleşmenin tüketici sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir (YKD 2004, 723 vd.).

³⁵ *Höf, 171.*

³⁶ *Schroeter, § 6 N.92.*

³⁷ CISG m.2, (a)'nın sadece saf, pür tüketici işlemleri açısından bir istisna getirdiği ve sadece bunları CISG'ın uygulama alanı dışında bıraktığı görüşünde: *Brunner, Art.2 N.10; Höf, 175; Schroeter, § 6 N.93; Staudinger/Magnus, Art.2 N.17; Achilles, Art.2 N.2; Czerwenka, 151 vd.; Honsell/Siehr, Art.2 N.12; Karollus, 26; Münch-KommBGB/Westermann, Art.1 CISG, N.4. Nitekim Antlaşmanın hazırlanması sürecinde, Norveç temsilcisi tarafından yapılmış olan ve işlemin ağır basan yönünün özel amaçlı kullanım olması halinde CISG'ın uygulanmayacağı yönündeki bir ibare eklenmesi teklifi reddedilmiştir (bkz. *Czerwenka, 151*).*

³⁸ Avrupa Birliğinin tüketiciyi koruyucu yönergelerinin sadece saf tüketici işlemleri açısından uygulama bulacağı, dolayısıyla bir çakışma yaşanmayacağı yönünde *Schroeter, § 6 N.95 vd. ve N.106.*

ruyucu hükümler arasındaki hiyerarşiyi tespit edilmesi gerekir³⁹. *Magnus*'a göre, CISG'nin uygulama alanına giren bir satım sözleşmesinin varlığı halinde CISG'nin öncelikli olarak uygulanması gerekir⁴⁰. Yazar'a göre CISG m.2, hangi satım sözleşmelerinin tüketici satımı olarak değerlendirileceğini açıkça saptamıştır. Dolayısıyla bu kurala rağmen, istisnaen tüketici satımı olarak değerlendirilememesi nedeniyle CISG kapsamında ele alınması gereken bir satım mevcutsa bunun kabullenilmesi gerekir⁴¹. Antlaşmanın, aşağıda görüleceği üzere⁴², sözleşmelerin ve tek tek hükümlerinin geçerliliği sorununu uygulama alanı dışında bırakmış olması nedeniyle tüketicinin korunması amacı ile devreye girecek olan bir dizi ulusal norm, sözleşmenin CISG'a tabi olmasına rağmen zaten uygulama bulacaktır.

2. Açık Artırma veya İcra Yoluyla Gerçekleşen Satımlar

Kişisel kullanım amaçlı satım sözleşmelerinin yanı sıra CISG m.2, (b) bendi uyarınca açık artırma yoluyla yapılan satışlar ve (c) bendi uyarınca, cebri icra veya diğer kanun gereği yapılan satışlar da CISG kapsamında değerlendirilmez. Bu satışlara ilişkin olarak ulusal hukuk düzenlerinde var olan özel kurallar uygulanır⁴³.

B. Satım Sözleşmesi Konusu Mal

1. CISG Uyarınca Mal Tanımı

CISG, malların (*Waren, goods, merchandises*) satımına ilişkin olarak Antlaşmadır. "Mal" kavramı Antlaşmada tanımlanmamış olmakla beraber, içeriğinin CISG hükümleri uyarınca doldurulması, yani otonom yorum yöntemi⁴⁴ ile tespit edilmesi büyük önem taşır⁴⁵. *Lex rei sitae* kuralı

³⁹ Avrupa Birliğinin tüketiciyi koruyucu yönergeleri ile CISG arasında var olan çakışma noktaları ve bu sorunun çözümü yolları hakkında çok ayrıntılı bir inceleme için bkz. *Schroeter*, § 6. Ayrıca bkz. *Herber*, Das Verhältnis des CISG zu anderen Übereinkommen und Rechtsnormen, insbesondere zum Gemeinschaftsrecht der EU, IHR 2004, 89-94; *Schauer*, Konkurrenzen zwischen dem UN-Kaufrecht und dem Europäischen Schuldvertragsrecht, in: *Besonderes Vertragsrecht - aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell*, Zürich 2002, 261-285.

⁴⁰ *Magnus*, Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, 79, 85.

⁴¹ *Staudinger/Magnus*, Art.2 N.30; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.2 N.25-26; *Czerwenka*, 151; *Schlechtriem*, AJP 1992, 339, 349

⁴² Bkz. aşağıda Bölüm 3 § 3 C II 2.

⁴³ Ayrıntı için bkz. *Töber*, 86-88; *Höb*, 182-186. Bu hüküm gereği, web üzerinde açık artırma yoluyla yapılan satışların da CISG kapsamı dışında kalacağı konusunda bkz. *Falcoğlu*, 112.

⁴⁴ Bkz. aşağıda Bölüm 3 § 3 B II 1.

⁴⁵ *Höb*, 104; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.1 N.34.

gereği, malın bulunduğu ülkenin hukukuna göre bu kavramın anlamlandırılması söz konusu olmaz⁴⁶. Gerçi Antlaşma, kapsam dışı bıraktığı bazı mal türlerini m.2'de saymıştır. Ancak bu, m.2'de anılmayan her mala ilişkin satışın CISG kapsamında ele alınabileceği anlamına kuşkusuz gelmez.

Mal kavramı ile kast edilen öncelikle taşınır mallardır. Kural olarak bundan anlaşılması gereken, bir nesnede cisimleşmiş ve nakledilmesi mümkün olan mallardır⁴⁷. Nakledilebilirlik unsuru sözleşmenin ifası adına göre tayin edilir⁴⁸. Yani sözleşmenin kurulması aşamasında henüz taş ocağından çıkarılacak olan taşın satımı da CISG kapsamında değerlendirilir. Buna karşılık taşınmaz malların satımı CISG'nin uygulama alanı dışında kalır⁴⁹.

Ancak cisimleşmiş olma unsuru tereddütleri beraberinde getirmektedir. Zira yazılım programlarının bu çerçevede nasıl değerlendirileceği cevapsız kalmaktadır. Eğer söz konusu program kalıcı bir veri taşıyıcısı üzerinde kayıtlı olarak satışa sunulmuşsa, zaten cisimleşmiş olma unsuru gerçekleşmiştir, dolayısıyla CISG'nin uygulanması kabul edilmektedir⁵⁰. Buna karşılık internet üzerinden yapılan satım sözleşmelerinde bilgisayar yazılımının da doğrudan internet üzerinden ilgili alıcının bilgisayarna yüklendiği hallerde sorun halen son derece tartışmalıdır⁵¹ ve milletlerarası doktrinde bu konuda kesin bir görüşün olduğundan bahsetmek bugün için mümkün değildir⁵².

Buna karşılık sadece hakların satım konusu olduğu hallerde

⁴⁶ *MünchKommHGB/Benicke*, Art.1 CISG, N.16.

⁴⁷ *Staudinger/Magnus*, Art.1 N.42. Satımın izinli olması kaydıyla sanat eserleri (*extra commercium* mal olmamalıdır; bkz. *Arrondissementrechtbank Amsterdam*, 15.06.1994, CISG-Online N.452); canlı hayvanlar (OLG Schleswig-Holstein, 29.10.2002, CISG-Online N.717 - At satımı; Cour d'appel de Paris, 14.01.1998, CISG-Online N.347 - iki ader sirk fihi); bitkiler (OLG Saarbrücken, 03.06.1998, CISG-Online N.354) hep CISG kapsamında değerlendirilen mallardır.

⁴⁸ *Staudinger/Magnus*, Art.1 N.50.

⁴⁹ Ayrıntılı olarak *Höb*, 106 vd. Ticari işletme satımlarında CISG'nin uygulanıp uygulanamayacağı ise tartışmalıdır. Bu konuda örn. bkz. *Merkel*, Internationaler Unternehmenskauf und Einheitskaufrecht, ZvgiRWiss 93 (1994), 353-378.

⁵⁰ *Schlechtriem*, AJP 1992, 339, 348; *Höb*, 113 vd. ve 127; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.1 N.44; OGH, 21.06.2005, CISG-Online N.1047; BGH 04.12.1996, CISG-Online N.260.

⁵¹ Bu hallerde CISG'nin uygulanmayacağı yönünde: *Höb*, 128; *Czerwenka*, 148; *Schlechtriem*, AJP 1992, 339, 348; *Töber*, 90. CISG'nin uygulanacağı görüşünde: *Diedrich*, 315 vd.; *Staudinger/Magnus*, Art.1 N.44; *Brunner*, Art.1 N.4; *Karollus*, 21; *Wulf*, 47 vd. ve 54; *Mankowski*, Das Internet im internationalen Vertrags- und Deliktsrecht, RabelsZ 63 (1999), 203, 232; *Lookofsky*, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. (Special Issue 2003), 263, 277-278; *Kaplan*, MHB 2002, 325, 355; *Falcoğlu*, 113.

⁵² Tartışma için örn. bkz. *Wulf*, 43 vd.; *Diedrich*, 186 vd.; *Falcoğlu*, 112 vd.

CISG'nin uygulanmayacağı kesindir. Örneğin ortaklık paylarının, fikri hakların, patent, lisans veya alacak haklarının satımı gibi haller CISG kapsamında değerlendirilmez⁵³.

II. CISG'nin Uygulama Alanı Dışında Bıraktığı Mallar

CISG m.2, (d) bendi uyarınca "menkul kıymet, kambiyo senedi ve para"nın⁵⁴ satımına ilişkin sözleşmeler CISG kapsamı dışında kalır. Bir yandan bu tür değerlerin satımı açısından iç hukuklarda sık sık emredici hükümlerin var olması, diğer yandan bunların "mal" olarak nitelendirilmesinin mümkün olmaması nedeniyle (d) bendinde bu sınırlama getirilmiştir. Ancak senedin doğrudan malı temsil ettiği haller (d) bendi istisnasının dışında kahr⁵⁵. Örneğin konişmento, emtia senedi gibi belgeler, zaten eşya üzerindeki mülkiyetin nakline yarar ve bu açıdan devredilmeleri doğrudan malın devri anlamına gelir.

CISG m.2, (e) bendi uyarınca "gemi, tekne, hava yastıklı taşıt veya hava taşıtı satışı"da CISG kapsamında ele alınmaz. Gerek hava gerekse deniz taşıtlarının bir çok hukuk düzeninde taşınmaz gibi muamele görmesi, genelde bir sicile kayıtlı olmaları ve satışlarına ilişkin özel düzenlemelerin var olması nedeniyle bu malların satımına da CISG hükümleri uygulanmaz. Deniz taşıtının iç sularda veya açık denizde kullanılacak olması, tonajı, motor veya rüzgar gücüyle hareket ediyor olması önem taşımaz. Ancak doktrinde haklı olarak ileri sürüldüğü gibi, bu aracın en azından boyutunun ve kullanım amacının dikkate alınmasında fayda vardır⁵⁶. Yoksa küçük spor kayıkları, kano gibi hobi amaçlı kullanılan araçların bir spor şirketi tarafından satın alınması halinde CISG'ı uygulamak için bir sebep yoktur. Aynı şekilde, hareket amacı olmayan, yüzen mekanların satışının da CISG kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Örneğin köprü, yüzen platform gibi nesnelere (e) bendi kapsamında sayılmaz.

CISG m.2'nin kapsam dışı bıraktığı son mal türü ise elektrik enerjisidir (f)⁵⁷. Hem elektrik enerjisinin "mal" olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı konusunda bir fikir birliğinin bulunmaması, hem de elektrik satımına ilişkin sözleşmelerin beraberinde kendine özgü çok

⁵³ Staudinger/Magnus, Art.1 N.56; Schlechtriem, AJP 1992, 339, 346.

⁵⁴ "Wertpapiere oder Zahlungsmittel / stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money / de valeurs mobilières, effets de commerce et monnaies".

⁵⁵ Staudinger/Magnus, Art.2 N.41; Höß, 188; Töber, 91.

⁵⁶ Czerwenka, 154; Brunner, Art.2 N.14; Staudinger/Magnus, Art.2 N.46; Töber, 94. Bu konuda nasıl bir kriter geliştirilebileceği hakkında ayrıntılı olarak Höß, 196 vd.

⁵⁷ Buna karşılık Türk hukukunda elektrik enerjisi MK m.762 çerçevesinde menkul mal sayılır ve satım sözleşmesi konusu olabilir. Bkz. Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, İstanbul 2002, 186.

farklı sorunlar getirmesi, bu enerji kaynağının Antlaşmanın kapsamı dışında bırakılmasının gerekçesi olarak gösterilmektedir⁵⁸. Buna karşılık petrol, doğal gaz gibi başka enerji kaynakları açısından bir sınırlama getirilmemiş olması nedeniyle (f) bendinin kıyasen bunlara uygulanması reddedilmektedir⁵⁹.

⁵⁸ Sekreteryaya Şerhi, Art.2 N.10.

⁵⁹ OGH 06.02.1996, CISG-Online N.224; Honsell/Siehr, Art.2 N.19; Höß, 204; Staudinger/Magnus, Art.2 N.50; Czerwenka, 155; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.2 N.46; Erdem, İzBD 1989, 90, 104. Bu ayırımın çok tutarlı olmadığı yönünde bkz. Töber, 96.

§ 3. CISG'ın Milletlerarası Uygulama Alanı

A. Genel Olarak

Yabancılık unsuru taşıyan ve yukarıda aktarılan tanıma uygun bir satım sözleşmesinin varlığına tespit edilmesi halinde hakimin araştıracağı ikinci husus, bu sözleşmenin aynı zamanda CISG'ın milletlerarası uygulama alanına giren bir sözleşme olup olmadığıdır. Antlaşmanın milletlerarası uygulama alanı m.1'de belirlenmiştir⁶⁰:

- (1) Bu Antlaşma, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satımı sözleşmelerine,
 - (a) bu devletlerin âkit devletler olması veya
 - (b) milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanır.
- (2) Tarafların işyerlerinin aynı 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 adi veya ticari nitelikte olması dikkate alınır.

Buna göre BM-satım hukukunun uygulanabilmesi için sözleşme taraflarının işyerlerinin iki farklı ülkede bulunması gerekir. Satım sözleşmesini milletlerarası kılan, yabancılık unsuru katan ve böylelikle CISG'ın uygulanmasını gerektirendiren nokta budur. Ancak bir satım sözleşmesini akdedenlerin aynı ülkelerde işyerlerinin bulunması başlı başına yeterli olamaz. Örneğin işyerleri Portekiz ve İngiltere'de olan iki taraf arasındaki satım sözleşmesine CISG'ın uygulanması imkanı yoktur. Zira iki ülke de Antlaşmayı imzalamamıştır. Dolayısıyla CISG'a taraf olan bir devletin hukukuyla olayın bağlantısının olması gerekir. Bu bağlantıyı ise iki şekilde kurmak mümkündür⁶¹. Birinci olasılık, tarafların

⁶⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer*, İBD 1995, 551, 556 vd.; *Toker*, 31 vd.; *Tiryakioğlu*, 107 vd.; *Erdem*, İzBD 1989, 90, 93 vd.

⁶¹ Tarafların hukuk seçimi yoluyla CISG'ın uygulanmasını öngörmeleri ihtimali aşağıda ele alınacaktır (Bölüm 2 § 4 C). Bu bölümde sadece tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde Antlaşmanın hangi hallerde devreye gireceği sorunu üzerinde durulacaktır.

ikisinin de işyerlerinin âkit devletlerde olması ve bu nedenle CISG'ın doğrudan uygulanmasıdır. İkinci olasılık ise taraflardan birinin veya ikisinin işyerinin âkit ülkede bulunmamasına rağmen forum ülkesinin devletler özel hukuku normlarının âkit bir ülkenin hukukuna gönderme yapması nedeniyle CISG'ın dolaylı olarak uygulanmasıdır. İki olasılıkta da ön koşul milletlerarası bir satım sözleşmesinin var olmasıdır⁶².

B. Ön Koşul 1: Milletlerarası Bir Satım Sözleşmesinin Varlığı

I. İlke

CISG'ın hedefi milletlerarası satım sözleşmelerine uygulanacak hukuku bir örnek hale getirmektir⁶³. Bir sözleşmenin ne zaman milletlerarası olarak nitelendirilebileceği konusunda ise CISG m.1'in benimsediği kural şudur: tarafların işyerleri ayrı ülkelerde olmalı ve bu husus taraflarca anlaşılır olmalıdır⁶⁴. ULIS m.1'deki düzenlemeden farklı olarak, satılan malın bir devlet sınırını geçmemesi, icap ve kabul beyanının aynı ülkede yöneltilmesi veya malın, sözleşmenin akdedildiği ülkede teslim edilmesi işlemin uluslararası niteliğini tayinde önem taşımaz⁶⁵. CISG özellikle bu tür sınırlamalar kabul etmemiş; objektif koşul olarak sadece, tarafların işyerlerinin ayrı ülkede olmasını⁶⁶, sübjektif koşul olarak da, bunun taraflar açısından anlaşılabilir olmasını yeterli görmüştür. Bu nedenle CISG'ın uygulama alanı ULIS'e kıyasla daha geniştir⁶⁷. Örneğin satıcının işyerinin Fransa'da, alıcının işyerinin de ABD'de olması ve tarafların bunu bilmesi, aralarında akdedecekleri bir sözleşmenin uluslararası nitelikte olması için yeterlidir.

II. İşyerlerinin Farklı Ülkelerde Bulunması

CISG açısından bir sözleşmenin uluslararası olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle tarafların işyerlerinin⁶⁸ (*Niederlassung, place of busi-*

⁶² *Staudinger/Magnus*, Art.1 N.58; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.1 N.40; *Herber/Czerwenka*, Art.1 N.9.

⁶³ *Lohmann*, 260; *Toker*, 32; *Karollus*, JuS 1993, 378, 379.

⁶⁴ *Schlechtriem*, AJP 1992, 339, 342.

⁶⁵ *Vékas*, IPRax 1987, 342; *Czerwenka*, 129.

⁶⁶ *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.1 N.40; *Heuzé*, N.102.

⁶⁷ *Toker*, 33.

⁶⁸ *G.Tekinalp*, 337'de kullanılan "iş ikametgâhi" kavramının, teknik anlamda ikametgâh kavramı ile karışması ihtimalini göz önünde tutarak "işyeri" kavramını tercih eden Erdem'e, özellikle bu kavramın yabancı dillerdeki karşılığı dikkate alındığında, katılmayı doğru buluyorum. Antlaşmada, farklı hukuk sistemlerindeki düzenlemelerle bir çelişkiye mahal vermemek için özellikle teknik bir kavram kullanılmasından kaçınılmış ve ikametgâh kavramı tercih edilmemiştir (bkz. *Erdem*, *Batider* 1992, 25, 42). Nitelik aynı yönde bir kullanım için bkz. *Tiryakioğlu*, 107; *Toker*, 35; *Özsunay*, İBD 2004, 906, 913.

ness, établissement) veya bunun bulunmaması halinde mutad meskeninin farklı ülkelerde olması gerekmektedir (CISG m.1, f.1 ve m.10, b). İş yerinden ne anlaşılması gerektiği Antlaşmada tanımlanmamıştır. Ancak doktrinde verilen tanımlar genelde aynı yödedir. Buna göre, sözleşme tarafının mesleki faaliyetini fiilen ve ağırlıklı olarak yürüttüğü yer işyeridir. Dolayısıyla bu yerin en azından belli bir süre için faaliyet gösterecek bir organizasyonunun⁶⁹ olması gerektiği gibi, bağımsız bir yetki alanı da bulunmalıdır⁷⁰. Buna karşılık hukuki bir bağımsızlığa, örn. tüzel kişiliğe sahip olması veya ticari idare merkezi olması aranmaz⁷¹.

Eğer taraflardan birinin birden fazla işyeri varsa sözleşmeyle ve onun ifasıyla en yakın irtibat içinde olan yer dikkate alınır (CISG m.10, a). Bu noktada tarafların sözleşmenin kuruluşu aşamasında bildikleri ve dikkate aldıkları hususlar da değerlendirmeye katılır. Örneğin sipariş ana merkeze gönderilmiş olmasına rağmen, mallar şube tarafından teslim edilecek ve semen de bu şubeye ödenecekse; özellikle şubenin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin de muhatabı olması halinde şubenin bulunduğu yer bu satım sözleşmesi açısından işyeridir. Şubenin bulunduğu yer ile alıcının işyeri aynı ülkedeyseniz artık CISG uygulanmaz.

Tarafların farklı ülkelerde işyerlerinin bulunup bulunmadığını değerlendirirken, yargıç, sözleşmenin kurulması anındaki durumu dikkate alacaktır. Zira tarafların, yaptıkları işlemin CISG'a tâbi olup olmayacağını bu anda anlamaları gerekir⁷².

III. Sözleşmenin Milletlerarası Niteliğinin Anlaşılır Olması

Tarafların işyerinin farklı ülkelerde bulunduğu, sözleşmeden, eski iş ilişkilerinden, sözleşme görüşmelerinden ve bu aşamada verilen bilgilerden anlaşılıyorsa işlemin uluslararası niteliğinin açık olmaması nedeniyle CISG uygulama alanı bulmaz (CISG m.1, f.2). Bu sınırlamanın amacı, tarafların ancak sözleşmenin akdinden sonra işyerlerinin ayrı ülkelerde olduğunu fark etmeleri halinde hiç beklenmedik şekilde BM-satım hukukuna tâbi tutulmalarını engellemektir⁷³. Örneğin işyerinin olduğu ülkede bir araba satın alan kişinin, satıcının işyerinin aslında farklı ülkede olduğunu bilmemesi halinde BM-satım hukuku uygulama alanı

⁶⁹ Dolayısıyla fuardaki standlar, geçici satış büroları, sadece reklam işleri ile uğraşan veya sadece siparişleri kabul eden mekanlar işyeri olarak nitelendirilemez, bkz. Staudinger/Magnus, Art.1 N.64.

⁷⁰ Vekas, IPRax 1987, 342; Staudinger/Magnus, Art.1 N.63; Czerwenka, 131 vd.; Erdem, Batider 1992, 25, 43; Tokar, 37.

⁷¹ Czerwenka, 133.

⁷² Staudinger/Magnus, Art.1 N.69; Herber/Czerwenka, Art.1 N.12; OLG Dresden, 27.12.1999, CISG-Online N.511.

⁷³ Staudinger/Magnus, Art.1 N.72; Czerwenka, 135; Karollus, JuS 1993, 378, 379.

bulmaz. Ancak BM-satım hukukunun uygulanması açısından belirleyici olan, tarafların işlemi yaparken sahip oldukları sübjektif bilgi değil, objektif olarak işlemin uluslararası niteliğinin anlaşılır olup olmadığı hususudur⁷⁴. Somut olayda, taraflar, uluslararası bir işlem yaptıklarının bilincinde olmadan hareket etseler bile makul ve mantıklı bir insan, gerek önceki iş ilişkilerinden, gerek sözleşme görüşmelerinden, gerekse verilen bilgilerden bunun farkına varabilecekse yine BM-satım hukuku uygulanacaktır⁷⁵. Bu konudaki ispat külfeti karşı işyerinin yabancı ülkede bulunduğu anlaşılmaz olduğunu iddia eder⁷⁶.

C. Önkoşul 2: Âkit Bir Ülkenin Hukuku İle Bağlantı

Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, satım sözleşmesine taraf olanların ayrı ülkelerde bulunması sözleşmenin CISG'a tâbi olması açısından yeterli olamaz. Buna ek olarak âkit bir ülkenin hukuku ile işlemin bir bağlantısının olması gerekir⁷⁷. Bu bağlantının farklı şekillerde kurulması düşünülebilir. Örneğin tarafların hangi ülkenin vatandaşı olduğuna, malın hangi ülkede teslim edileceğine veya tarafların işyerlerinin hangi ülkede bulunduğu bakılabilir. Antlaşma bunlardan sonuncusunu tercih etmiştir. Buna göre tarafların ikisinin de işyerleri CISG'ın yürürlükte olduğu bir ülkede bulunuyorsa aralarındaki milletlerarası satım sözleşmesine CISG uygulanır. Aşağıda ilk olarak bu hal üzerinde durulacaktır.

İkinci olasılık ise, aslında devletler özel hukuku kurallarının uygulanmasının bir yansımasıdır. Zira hakimin, ihtilaf konusu milletlerarası satım sözleşmesinin, DÖH kuralları uyarınca tabi olacağı hukuku araştırırken, CISG'a imzacı bir ülkenin hukukuna tesadüf etmesi halinde, CISG'ın o ülkenin iç hukuku olarak uygulanması normaldir. İkinci başlık altında bu olasılık incelenecektir.

⁷⁴ Czerwenka, 136; Staudinger/Magnus, Art.1 N.74; Lohmann, 28; Tokar, 54. Tarafların ancak işyerlerinin farklı ülkelerde olduğunu fiilen bilmesi halinde CISG'ın uygulama alanı bulacağı yönünde Audit, N.16; Bianca/Bonell/Jayme, Art.1 N.2.4; Siehr, RabelsZ 1988, 587, 591; Loewe, 21.

⁷⁵ Bu alanda özellikle sorun doğurabilecek bir husus, sözleşme görüşmelerinin hep İnternet üzerinden yürütülmüş olması halinde, karşı tarafın işyerine ilişkin olarak makul bir insanın ne düşünmesi gerektiğini tespit etmektir. Karşı tarafın İnternet adresinin "it", "de", "uk" gibi ülke kısaltması içermesi halinde işyerinin farklı bir ülkede olduğu anlaşılabilir. Ancak sadece "com", "net" gibi kısaltmaların söz konusu olması halinde sorunun cevabı kolay değildir. Staudinger/Magnus, Art.1 N.77'de bu hallerin tümünde işyerinin yurt dışında olduğundan yola çıkılması gerektiğini savunmaktadır.

⁷⁶ Czerwenka, 136; Pünder, RIW 1990, 869 dn.13; Reimer-Zocher, 173.

⁷⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Lohmann, 29 vd.

I. Tarafların İşyerlerinin Âkit Ülkelerde Bulunması: Doğrudan Uygulanırlık

İhtilaf konusu satım sözleşmesinin taraflarının işyerlerinin âkit ülkelerde bulunduğunun tespit edilmesi halinde, hakim, devletler özel hukuku normlarına bakmaksızın, doğrudan, CISG hükümlerini uygulamak durumundadır⁷⁸. CISG m.1, f.1 (a) ile (b) şıkkını ayıran en önemli özellik budur. Taraflar iki ayrı ülkede işyeri sahibi ise ve bunun işlemin kurulması anında anlaşılması mümkünse ve bu ülkeler CISG'a taraf ise satım sözleşmesinden doğan ihtilaf CISG hükümleri uyarınca çözümlenir⁷⁹.

Ancak bu kuralın uygulanabilmesi için, ihtilafı çözümlemek durumunda olan mahkemenin bulunduğu ülkenin de (forum ülkesinin) CISG'a taraf olması gerekecektir⁸⁰. CISG m.1, f.1 (a)'yı hakim dikkate alabilmesi, ancak bu Antlaşmaya taraf olan bir ülkenin hakimi olması halinde mümkündür⁸¹. Zira CISG hükümleri ancak âkit devletler açısından milletlerarası bağlayıcılığa sahip olabilir. Dolayısıyla Türkiye CISG'a taraf olana kadar bu düzenleme uyarınca CISG'ın uygulanması imkanı yoktur. Alman satıcı ve İtalyan alıcı arasındaki bir ihtilafın Türkiye mahkemeleri tarafından çözümlendiği bir durum söz konusu olsa bile hakim m.1, f.1'e dayanamaz. Zira bu hüküm Türkiye'de (henüz) uygulanır bir hüküm değildir. Gerek Almanya, gerekse İtalya'nın CISG'a taraf olması sonucu değiştirmez⁸².

Buna karşılık tarafların, işyerlerinin CISG'ın yürürlükte olduğu bir ülkede bulunduğunu, dolayısıyla CISG'ın uygulanması ihtimali olduğunu bilmemeleri Antlaşmanın uygulanmasını engellemez. CISG m.1, f.2 sadece tarafların işyerlerinin ayrı ülkede olduğunun anlaşılabilmesi halinde

⁷⁸ Staudinger/Magnus, Art.1 N.84; Karollus, JuS 1993, 378, 379.

⁷⁹ Sözleşmenin kurulmasının ele alındığı CISG'ın II. Kısmının ihtilafa uygulanabilmesi için, icabın yöneltildiği anda icapçının ve icap muhatabının işyerinin bulunduğu ülkelerin veya m.1, f.1, b gereği hukuku uygulanacak olan ülkenin Antlaşma tarafı olması gerekir (m.100, f.1). Satım sözleşmesinin hükümlerini inceleyen CISG'ın III. Kısmının uygulanabilmesi içinse, sözleşmenin kurulması aşamasında âkit devlette işyerinin olması yeterlidir. Örneğin icabın yöneltildiği anda taraflardan yalnızca birinin işyeri âkit bir devlette bulunuyor, ancak sözleşmenin kurulması anına kadar diğer tarafın işyerinin bulunduğu devlet de Antlaşmaya taraf oluyorsa, ilgili sözleşmeye CISG'ın III. Kısmına ilişkin hükümler uygulanabilir. Bkz. Staudinger/Magnus, Art.100 N.5 ve 10.

⁸⁰ Vekas, IPRax 1987, 342; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.1 N.63.

⁸¹ Tiryakioğlu, 107; Toher, 42.

⁸² Ancak Türk hakiminin CISG m.1'e dayanamaması olayın çözümünde CISG hükümlerinin hiçbir şekilde uygulanmayacağı anlamına gelmez. Zira hakim MÖHUK m.24 uyarınca ifa yeri hukuku olarak Alman veya İtalyan hukukuna gidecektir. CISG ise bu ülkelerin iç hukuklarının bir parçasıdır. Hakim, nasıl ki tüketici satımları açısından o ülke hukukunda geçerli hükümleri araştırıp uygulayacaksa, milletlerarası satım için de aynı şeyi yapması gerekecektir. İşte bu hükümler CISG hükümleri olacaktır. Ayrıca hkz. aşağıda II.

CISG'ın uygulanmasını dışlamıştır. Buna karşılık tarafların uygulanacak hukuk hakkında hataya düşmüş olmasının bir etkisi olamaz⁸³.

II. Forum Ülkesinin Devletler Özel Hukuku Normlarının Âkit Bir Ülkenin Hukukuna Gönderme Yapması: Dolaylı Uygulanırlık

BM-satım hukukunun uygulanması, taraflardan en az birinin işyerinin imzacı olmayan bir devlette bulunmasına rağmen, forum ülkesinin devletler özel hukuku normlarının, imzacı bir ülkenin hukukunun uygulanmasını öngörmesi halinde de mümkündür⁸⁴. Örneğin İtalyan satıcı (taraf ülke) ve Portekizli alıcı (taraf olmayan ülke) arasında akdedilen bir sözleşmeden doğan ihtilaf İtalya'da dava konusu edilir ve hakim, DÖH kuralları gereği İtalyan hukukunu uygularsa⁸⁵ CISG m.1, f.1, (b) uyarınca BM-satım hukuku devreye girecektir⁸⁶. Kuşkusuz, dolaylı uygulamanın mümkün olabilmesi için de tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması, yani uluslararası bir satımın var olması aranır⁸⁷. Ayrıca işlemin uluslararası niteliğinin taraflar açısından belirgin olması da gerekir⁸⁸.

Bu norm özellikle uygulamada sorun yaratacağı, uluslararası karar ahengini bozacağı, müttekabiliyet esasını zedeleyeceği ve en önemlisi ulusal hukukların uygulanmasını önemli ölçüde sınırlayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁸⁹. Nitekim bu yüzden âkit devletlere, koyacakları bir çekince ile, Antlaşmayı bu norm olmadan kabul etme hakkı tanınmıştır (CISG m.95)⁹⁰. Bu tür bir çekince açıklamış olan ülkenin yargıcı, yalnız-

⁸³ Siehr, RabelsZ 1988, 587, 591; Staudinger/Magnus, Art.1 N.92; Toher, 43.

⁸⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.1 N.71; Tiryakioğlu, AÜHFD 1989-1990, 191, 195; Hergüner, Sarıca Armağam, 95, 98.

⁸⁵ AB üyesi devletler tarafından imzalanmış olan "Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 1980 tarihli Roma Antlaşması" (Konsolide şekli için bkz. ATRG 26.1.1998, C 27/34) m.4/II uyarınca, sözleşmelere uygulanacak olan hukuk, karakteristik edimi ifa eden tarafın sözleşmenin kurulması anında mutad meskeninin bulunduğu ülkenin hukukudur. Satım sözleşmesi açısından bu, satıcının edimi olduğu için onun mutad meskeni hukuku olarak İtalyan hukuku uygulanır. Bu konuda bkz. Tiryakioğlu, 141 vd.; Eksi, Roma Konvansiyonu, 108 vd.

⁸⁶ Aynı yönde LG Braunschweig, 30.07.2001, CISG-Online N.889 (Almanya/İngiltere, forum ülkesi Almanya); Tribunale di Pavia, 29.12.1999, CISG-Online N.678 (İtalya/Yunanistan [henüz taraf olmadığı dönemde], forum ülkesi İtalya); OLG Düsseldorf, 21.04.2004, CISG-Online N.915 (Almanya/İsrail [henüz taraf olmadığı dönemde], forum ülkesi Almanya).

⁸⁷ Staudinger/Magnus, Art.1 N.97; Siehr, RabelsZ 1988, 587, 596; Toher, 44.

⁸⁸ Siehr, RabelsZ 1988, 587, 596.

⁸⁹ Bu konuda bkz. Herber, Gedanken zum Inkrafttreten des VN-Kaufrechtsübereinkommens, RIW 1987, 340, 342; Staudinger/Magnus, Art.1 N.94; Schlechtriem, AJP 1992, 339, 344 vd.; Czerwenka, 155 vd.; MünchKommBGB/Westermann, Art.1 CISG, N.18.

⁹⁰ 2005 Mayıs ayı itibarıyla Amerika Birleşik Devletleri, Çin Halk Cumhuriyeti, Çek ve Slovak Cumhuriyetleri, Singapur ve Saint Vincent and the Grenadines bu ola-

ca sözleşme taraflarının ikisinin de işyerinin âkit ülkelerde bulunması halinde BM-satım hukukunu uygulayacak (m.1, f.1, (a) gereği); buna karşılık m.1, f.1, (b)'nin uygulama alanına giren hallerde devletler özel hukuku normlarının yetkilendirdiği ülkenin CISG dışındaki iç hukuk kuralları öncelikli uygulama bulacaktır⁹¹. Yani yukarıdaki örnekte İtalya çekince koymuş bir ülke olsaydı, İtalyan hakimi, DÖH kuralları gereği kendi hukukunu uygularken CISG hükümlerini değil, ulusal satım ilişkin İtalyan Medeni Kanununda yer alan hükümlere başvuracaktı. Ashında sadece ulusal hukukların daha yaygın olarak uygulanması amacına hizmet eden bu çekincenin hukuk uyumlaştırması hedefi ile çeliştiği açıktır⁹². Sorun, CISG'in "yabancı" hukuk olarak algılanması ve ulusal hukukun bir alternatifi olarak görülmesidir. Oysa CISG'in, bugün çok sayıda ülkede olduğu gibi, sadece satım hukukunun bir bölümünü düzenleyen; tüketici satımı ve ticari satımın yanı sıra, her ülkenin milletlerarası satım ilişkin iç hukuk kuralları haline geldiği kabul edildiğinde çekince koymanın bir anlamı da kalmayacaktır.

Nitekim CISG m.1, f.1, (b) bendinin, âkit olmayan ülkenin hakimi açısından nasıl yorumlanması gerektiği de bu bakış açısı ile cevaplandırılmamıştır. Antlaşmayı imzalamamış olan devletin yargıcı için bu hükmün devletler hukuku anlamında bağlayıcı olması mümkün değildir⁹³. Ancak bu bent, hakime, DÖH kuralları uyarınca yetkilendirilmiş hukuku bulduğunda (örn. Alman hukuku), bu hukuk düzeni içinde hangi kuralların ihtilafa uygulanacağı göstermektedir⁹⁴. Örneğin BGB'nin satım hukuku kuralları (§ 433 vd.) veya HGB'nin ticari satım ilişkin kuralları (HGB § 373 vd.) uygulanmayacak, milletlerarası bir satım olması itibarıyla CISG, Alman hukukunun bir parçası olarak uygulanacaktır. Âkit ülkeler bu bent aracılığıyla, milletlerarası satım sözleşmelerinden doğan ihtilafalarda kendi hukukları yetkilendirildiğinde, ulusal satım hukuklarının değil BM-satım hukukunun uygulanmasını istediklerini ifade etmektedir⁹⁵.

naktan faydalanmıştır. Bu çekince hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Tiryakioğlu*, 110 vd.; *Tbker*, 64 vd.; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.95 N.1 vd.

⁹¹ *Czerwenka*, 158. Ayrıca bkz. US Dist. Ct. New Jersey, 15.06.2005, CISG-Online N.1028 ("The United States clearly decide to apply the law of the Convention only to transactions between parties in two Contracting States. The United States opting out would have an impact when one State was a Contracting State and the other State was not a Contracting State").

⁹² Aynı görüşte *Tiryakioğlu*, AÜHFD 1989-1990, 191, 199.

⁹³ *Tiryakioğlu*, AÜHFD 1989-1990, 191, 196.

⁹⁴ *Staudinger/Magnus*, Art.1 N.95; *Czerwenka*, 159; *Schlechtriem*, AJP 1992, 339, 345; *Tiryakioğlu*, 109.

⁹⁵ Henüz Almanya'nın CISG'a taraf olmadığı dönemlerde, DÖH kurallarının CISG'a taraf bir ülkenin hukukuna gönderme yapması nedeniyle BM-satım hukukunun

Bu normun kendisi gönderme yapan bir norm değildir⁹⁶. Sadece BM-satım hukukunun uygulanması koşulunu belirlemektedir ki bu da, forum ülkesinin DÖH normlarının imzacı bir devletin hukukuna gönderme yapmasıdır⁹⁷. Ancak bu DÖH kuralları, devam eden veya iade atfı kabul ediyorsa, hakim başka bir ülkenin veya kendi ülkesinin hukukunu uygulamak durumunda kalabilir⁹⁸.

D. CISG'in Uygulanması Açısından Belirleyici Olmayan Hususlar

CISG m.1, f.3 Antlaşmanın uygulanması açısından önem taşımayan hususları da saymıştır. Buna göre tarafların vatandaşlığı, tacir olup olmadıkları ve satım sözleşmenin ticari nitelikte olması, işlemin CISG'a tabi olması açısından belirleyici değildir. Dolayısıyla iki tarafın da milliyetinin aynı olması veya imzacı olmayan bir devletin vatandaşı olmaları, işyerlerinin farklı ve CISG'a taraf ülkelerde bulunması koşuluyla, işlemin CISG'a tabi olmasını engellemez⁹⁹.

Diğer yandan tarafların tacir olması da önem taşımaz¹⁰⁰. Dolayısıyla serbest meslek sahiplerinin akdettikleri sınır aşan satım sözleşmeleri de CISG'a tabi olacaktır¹⁰¹.

Son olarak satım sözleşmesinin ticari satım veya alelade satım olarak nitelendiriliyor olması da belirleyici olmaz. Yukarıda görüldüğü üzere kapsam dışı tutulanlar sadece tüketici satımlarıdır. Özellikle İsviçre ve İtalya gibi bazı ülkelerde ticari satımlar için kanunlarda ayrı düzenlemelerin bulunmaması nedeniyle, sadece ticari satımlar açısından CISG'm uygulanacağı şeklinde bir sınırlama yapılması ciddi sorunlar doğurabilecektir¹⁰². Bu açıdan satım sözleşmesinin nitelendirmesi önem taşımaz.

uyulduğu haller için örn. bkz. LG München, 03.07.1989, CISG-Online N.4; LG Stuttgart, 31.08.1989, CISG-Online N.11.

⁹⁶ *Siehr*, RabelsZ 1988, 587, 593; *Schlechtriem*, AJP 1992, 339, 345; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.1 N.81.

⁹⁷ Davanın görüldüğü ülkenin CISG'a taraf olması/olmaması; bu ülkenin CISG m.95 uyarınca bir çekince koymuş olması/olmaması ve tarafların hukuk seçimi yapmış olması/olmaması ihtimallerine göre olayın ne zaman CISG hükümleri uyarınca çözümleneceği konusunda bkz. *Atamer*, İBD 1995, 551, 562 vd.; *Tbker*, 67 vd.; *Lohmann*, 60 vd.; *Pünder*, RfW 1990, 869, 871 vd.

⁹⁸ Örneğin MÖHUK m.2 iade ve devam eden atfı kabul etmiştir. Yani bağlama kurallarının atfı genel atıftır ve o ülkenin DÖH kurallarını da kapsar. Oysa EGBGB Art.35 Alman hukuku açısından bunu kabul etmemiştir. Bu hallerde atfı hep madde norm atfı olarak değerlendirilir ve yabancı hukuk DÖH kuralları değerlendirilme kabulmaz. Bu konuda bkz. *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.1 N.71; *Tbker*, 51 vd.; *Tiryakioğlu*, AÜHFD 1989-1990, 191, 197. Genel olarak iade ve devam eden atfı konusunda bkz. *Nomer/Şanlı*, 144 vd.; *Tekinap*, 30 vd.

⁹⁹ *Schlechtriem*, AJP 1992, 339, 342.

¹⁰⁰ BGH 31.10.2001, CISG-Online N.617.

¹⁰¹ *Schlechtriem*, AJP 1992, 339, 343; *Tbker*, 56.

¹⁰² *Tbker*, 56.

E. İhtilafın Hakem Mahkemesi Tarafından Çözülmesi Halinde Doğabilecek Sorunlar

CISG yürürlüğe girdiğinden beri, bir dizi hakem kararında gerek m.1, f.1 (a)'ya¹⁰³ gerekse f.1 (b)'ye¹⁰⁴ dayanılarak uygulanması söz konusu olmuştur¹⁰⁵. Ancak sorun doğurabilecek olan bir husus, tarafların herhangi bir hukuk seçimi yapmamış olduğu hallerde, hakem mahkemesinin, f.1, (b) bendi uyarınca dikkate alması gereken "devletler özel hukuku kuralları"nın hangi ülkenin kuralları olacağını saptamaktır. Farklı olasılıklar söz konusu olabilecektir¹⁰⁶: eğer kurumsal bir tahkim söz konusu ise ve bu kurumun kendi düzenlemeleri DÖH kuralları içeriyorsa bunlara başvurulur. Eğer ad hoc bir tahkim söz konusu ise, hakem mahkemesinin yargılamada bulunduğu ülkenin DÖH kurallarını uygulaması mümkündür¹⁰⁷. Tahkim hakkında UNCITRAL Model Kanununu iç hukuklarına aktarmış olan ülkelerde, en yakın irtibat halinde olunan hukukun uygulanacağı kuralı geçerlidir. 2001 tarihli Milletlerarası Tahkim Kanunu m.12/C, f.2'de aynı ilke benimsenmiştir¹⁰⁸. İşte bu DÖH kurallarından birine göre hakem, âkit bir ülkenin hukukunu uygulayacağı sonucuna varmışsa yine CISG devreye girecektir^{109,110}.

F. Türk Hakiminin CISG'ı Uygulaması Gereken Haller

Türk hakimi tarafından CISG'nin uygulanmasını gerektirecek ilk ola-

¹⁰³ Örn. bkz. Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien, 10.12.1997, CISG-Online N.351; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 17.10.1995, CISG-Online N.207; Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest, 17.01.1994, CISG-Online N.251.

¹⁰⁴ ICC Hakem Kararı, N.7565/1994, CISG-Online N.566.

¹⁰⁵ 1988-1998 dönemine ait ayrıntılı bir liste için bkz. *Will*, Tahkim, 171 vd.

¹⁰⁶ Ayrıntı için bkz. *Lohmann*, 70 vd.

¹⁰⁷ Uluslararası tahkim prosedürleri hakkında bkz. *Şanlı*, 241 vd.

¹⁰⁸ "Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarını kararlaştırmaması olmaları halinde, hakem veya hakem kurulu, uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardığı devletin maddi hukuk kurallarına göre karar verir." Bu madde hakkında bilgi için bkz. *Akıncı*, Tahkim, 161; *Şanlı*, 235.

¹⁰⁹ *Staudinger/Magnus*, Art.1 N.121; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.1 N.82.

¹¹⁰ CISG'nin *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak uygulama bulup bulamayacağı tartışması bu çalışmamın sınırlarını aşmaktadır. Bunun mümkün olduğu yönünde *Po-roy/Yasaman*, N.224d.; aksi görüşte *Lohmann*, 84 vd. ve 89. Bu konuda bkz. *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.1 N.84; *Kappus*, 'Lex Mercatoria' in Europa und Wiener UN-Kaufrechtskonvention 1980, 177 vd.; Genel olarak *Lex mercatoria* kavramı hakkında bkz. *Oğuz*, AÜHF 2001, 11 vd.; *Stein*, *Lex Mercatoria*, Realität und Theorie, Frankfurt 1995; *Zumbansen*, *Peer*, *Lex mercatoria*: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts, *RabelsZ* 2003, 637-682; *Berger*, *Lex mercatoria*, 32 vd. Ayrıca bkz. *Özdemir*, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak *Lex Mercatoria*, Gazi Üniversitesi HFD, 2003/1-2, 91-131.

sılık, tarafların bu yöndeki hukuk seçimi olabilir. Ancak bu konu aşağıdaki başlık altında ele alınacağı için burada ayrıntıya girilmeyecektir¹¹¹.

CISG'nin uygulama alanına ilişkin olarak yukarıda aktarılan bilgilere bakıldığında, CISG m.1, f.1 (a) bendi uyarınca Antlaşmanın devreye girmesinin – Türkiye Antlaşmaya taraf olmadığı sürece – mümkün olmadığı sonucuna varılacaktır. Milletlerarası satım sözleşmesine uygulanacak hukuku araştıran hakim ister istemez MÖHUK m.24'e göre hareket etmek durumundadır. Yani karakteristik edimin ifa yeri hukukunun hangi ülke olduğuna bakacaktır. İşte bu ülke âkit bir ülke ise, hakim, o ülkenin milletlerarası satımlara uygulanan iç hukuk düzenlemesi olarak CISG'ı uygulayacaktır¹¹². CISG m.1, f.1 (b) bendi her ne kadar Türk hakimi açısından doğrudan bağlayıcı bir hüküm değilse de, MÖHUK m.24 uyarınca uygulayacağı hukuku bulduğunda, o ülkenin iç hukuk düzenlemesi olarak onu bağlayacaktır. Örneğin hakim Alman hukukunu uygulamak durumundaysa, CISG m.1, f.1 (b), Alman hukukunun bir parçası olarak, hakime hangi kuralları uygulaması gerektiğini gösterecektir. Söz konusu olan milletlerarası bir satım ise, hakim, Alman Medeni Kanunu veya Ticaret Kanununda yer alan satıma ilişkin hükümleri değil, CISG'nin hükümlerini uygulamak zorundadır. Milletlerarası hukuk uyumlaştırmasının, hakimler açısından beraberinde getirdiği büyük kolaylığı bu noktada görmek mümkündür. Zira satım sözleşmelerinden doğan ihtilaflarda MÖHUK m.24'ün bir âkit devletin hukukunun uygulanmasını öngördüğü her halde hakim artık uzun boylu o ülkenin satım hukukuna ilişkin düzenlemelerini araştırmak zorunda kalmayacak, örneğin Alman, İtalyan, Fransız, Avusturya, ABD, Çin satım hukukunu araştırmadan doğrudan CISG'ı uygulayabilecektir. Türkiye'nin de Antlaşmaya taraf olması ile bu kolaylık daha da artacak, zira bu durumda CISG aynı zamanda Türk hukuku haline gelmiş olduğu için hakim "kendisi" hukukunu uygulama lüksüne sahip olacaktır.

¹¹¹ Bkz. § 4 C.

¹¹² Aynı yönde *Erdem*, *Batider* 1992, 25, 46; *Toker*, 51-52; *Özsunay*, İBD 2004, 906, 955.

§ 4. CISG'in Uygulanmasında Tarafların İradelerinin Rolü

A. Temel İlke: İrade Özerkliği

CISG m.6 uyarınca sözleşme tarafları, Antlaşma hükümlerinin kısmen veya tamamen aralarındaki milletlerarası satım sözleşmesine uygulanmayacağına kararlaştrabilirler. Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, devletlerin CISG'a taraf olması ile birlikte CISG hükümleri iç hukukun bir parçası haline gelmekte ve milletlerarası satım sözleşmelerine uygulanacak kurallara haline dönüşmektedir. Nasıl ki Borçlar Kanununda satım sözleşmesine ilişkin yedek hukuk kurallarının taraflar arasındaki sözleşmede uygulanmayacağı kararlaştırılabiliyorsa, aynı şekilde CISG kurallarının da taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanmayacağı kararlaştırılabilir. CISG'in iç hukuk kurallarına nazaran farklılığı, bir kül olarak yedek hukuk kuralı niteliğinde değerlendirilmesidir¹¹³. Yani tarafların bu hükümlerin uygulanmasını tümenden bertaraf etmesine herhangi bir engel yoktur. Kural, irade özerkliği ilkesinin önceliğidir¹¹⁴. *Audit*'in ifadesi ile, "Antlaşma, tarafların iradesini satım sözleşmesinin birincil kaynağı haline getirmektedir"¹¹⁵. CISG m.6'nın yanı sıra örneğin satıcının yükümlülüklerini düzenleyen m.30 veya alıcının yükümlülüklerini düzenleyen m.53 de hep taraflar arasında kararlaştırılmış hususların Antlaşma hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanacağını vurgulamaktadır¹¹⁶.

Ancak CISG hükümlerinin yedek niteliği, imzacı ülkelerde bu hükümlerin yürürlükteki, pozitif hukuk kuralları ile aynı nitelikte kurallar

¹¹³ Reifner, IHR 2002, 52, 54; Daan, RabelsZ 2004, 430, 431; Schlechtriem, Verkäuferspflichten, 103, 109; Audit, N.41; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.6 N.5; Bamberger/Roth/Suenger, Art.6 CISG, N.1; Poroy/Yasaman, N.224e; OGH 21.03.2000, CISG-Online N.641.

¹¹⁴ MünchKommHGB/Benicke, Art.6 CISG, N.1; Staudinger/Magnus, Art.6 N.1; Piltz, § 2 N.174; Tiryakioglu, AÜHFD 1989-1990, 191, 202. Ancak *lex fori* uyarınca hukuk seçimi anlaşmasının mümkün olması gereği konusunda bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.6 N.20; Nomer/Şanlı, 293.

¹¹⁵ Audit, N.41 ("La convention fait de la volonté des parties la source première du contrat de vente").

¹¹⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.6 N.6.

olduğu gerçeğini asla değiştirmez¹¹⁷. Bu kurallar, ancak taraflar istediği takdirde, onların seçimi üzerine (*opting in*) uygulanacak olan kurallar değildir. Bütün yedek hukuk kurallarında olduğu gibi, tarafların iradesinden bağımsız olarak geçerli olan normlardır; taraflar aksine düzenleme yapmadığı sürece (*opting out*) kendiliğinden devreye girerler¹¹⁸. CISG kuralları, bir devletin Antlaşmaya taraf olması ile birlikte kendiliğinden iç hukuk kuralları haline gelir ve bütün iç hukuk kuralları gibi resen hakim tarafından uygulanır¹¹⁹.

Taraflar, CISG'in bir bütün olarak uygulanmayacağını kararlaştırabilecekleri gibi sadece kısmen uygulanmamasını öngörmeleri de kuşkusuz mümkündür. Ancak aşağıda tarafların CISG hükümlerini tümenden bertaraf etmeleri ihtimali üzerinde öncelikli olarak durulacaktır. Zira hakim in CISG hükümlerinin hiç uygulanmayacağı sonucuna varması halinde artık daha derinlemesine bir araştırma yapmasının anlamı kalmaz. Bu durumda *lex fori*'nin DÖH kurallarının atf yaptığı ülkenin CISG dışında satım sözleşmesine uygulanan hükümleri devreye girecektir. Takip eden üçüncü bölümde ise, tarafların CISG'in uygulanmasını sadece kısmen bertaraf etmeleri halinde satım sözleşmesine uygulanacak olan kuralların hangileri olacağı ve bunlar arasında nasıl bir hiyerarşi bulunduğu daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

B. CISG'in Uygulanmasının Tarafların İradeleri ile Engellenmesi

I. Uyuşan Tarafların İradeleri

Yukarıda incelenen bütün koşulların gerçekleşmiş olmasına rağmen, milletlerarası bir satım sözleşmesine CISG hükümlerinin uygulanmaması, ancak tarafların iradelerinin bu konuda uyuşmuş olması halinde mümkündür. Bu uyuşma açık veya zımni olabilir; herhangi bir şekle bağ değildir ve kapsamı konusunda da taraflar serbest bırakılmıştır. Dilerlerse CISG'in hiç uygulanmayacağını dilerlerse sadece bazı hükümlerinin uygulanmayacağını kararlaştırabilirler¹²⁰. CISG'in tamamen veya

¹¹⁷ Staudinger/Magnus, Art.6 N.2; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.6 N.7. Türkiye'nin bu milletlerarası antlaşmaya taraf olması durumunda Anayasa m.90, f.5 uyarınca CISG kanun hükmünde sayılacaktır.

¹¹⁸ Lohmann, 121 vd. Buna karşılık Fransız Temyiz Mahkemesi 2001 yılında verdiği bir kararında taraflara tanınmış bu irade özerkliğini yanlış yorumlamış ve BM satım hukukunun ancak, tarafların bunu Mahkemede açıkça talep etmiş olmaları halinde uygulanacağını ifade etmiştir. Mahkemeye göre bu kuralların resen (*ex-officio*) uygulanması imkanı yoktur. Cour de Cassation, 02.10.2001, CISG-Online N.608. Eleştiri için bkz. Ferrari, ZEuP 2002, 737, 739.

¹¹⁹ Bkz. yukarıda dn.2; Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.21.

¹²⁰ Tarafların, CISG'in sadece bazı hükümlerinin uygulanmayacağını kararlaştırdıkları olasılıklarda, CISG'in değiştirilemeyecek olan bir dizi hükümünün olduğuna

kısmen uygulanmayacağı konusunda geçerli bir irade uyuşmasının meydana gelip gelmediği yine CISG hükümlerine göre tayin olunur¹²¹. Zira Antlaşmanın II. Kısımında, sözleşmenin kurulması başlığı altında, tarafların icap ve kabulü ile sözleşmenin nasıl ve hangi içerikle kurulacağı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu alanda ulusal hukuklara başvurulması söz konusu olmaz. Hakim CISG hükümleri uyarınca sözleşmenin kurulduğunu ve tarafların iradelerinin CISG'nin kısmen veya tamamen uygulanmayacağı konusunda uyuştüğünü tespit ederse¹²², ihtilafa, CISG yerine seçilmiş olan¹²³, böyle bir seçim yapılmamışsa, DÖH kuralları gereği devreye giren ulusal hukuku uygulayacaktır.

II. Açık İrade Uyuşması

Tarafların akdettikleri sözleşmede "bu sözleşmeye CISG hükümleri uygulanmaz" veya "bu sözleşmeye Alman hukukunun, CISG dışındaki hükümleri uygulanır" tarzında bir ifade eklemiş olmaları halinde açık bir irade uyuşmasının varlığı kabul edilecektir¹²⁴. İlk ifade olduğu gibi, tarafların sadece CISG'nin uygulanmayacağını saptamaları yeterlidir. Bunun yerine uygulanacak olan hukuku belirlemeleri ise aranmaz¹²⁵. Eğer belirlemedilerse hakim DÖH kuralları gereği uygulanacak olan hukuku

dikkat etmek gerekir. Bunlar özellikle CISG'nin milletlerarası bir Antlaşma olmasından kaynaklanan ve âkit ülkelere çekince koyma imkanı veren maddelerdir. Bu konuda bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.6 N.8 vd.

¹²¹ Reifner, IHR 2002, 52, 53-54; Czewenka, 169.

¹²² Taraflardan birinin kullandığı genel işlem şartlarında CISG'nin uygulanmayacağına ifade etmiş olması halinde bunun ne ölçüde etkili olabileceği konusunda bkz. Ventsch/Kluth, Die Einbeziehung von AGB im Rahmen des UN-Kaufrechts, IHR 2003, 61, 65; Staudinger/Magnus, Art.6 N.11; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.6 N.13.

¹²³ Tarafların, aralarındaki sözleşmede CISG'a alternatif olarak uygulanacak olan hukuku belirlemiş olmaları halinde, bu hukuk seçiminin geçerliliğinin nasıl tayin edileceği sorusu doğacaktır. Yani hukuk seçimi klozunun geçerliliği seçilen hukuka göre mi belirlenecek, forum ülkesinin kuralları mı uygulanacak, yoksa CISG hükümleri mi belirleyici olacaktır? Türk hukukunda bu tartışma hakkında bkz. Nomer/Şanlı, 293; Tekinalp, 280-281. Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 1980 tarihli Roma Antlaşması (Konsolide şekli için bkz. ATRG 26.1.1998, C 27/34) m.3, f.4 uyarınca, hukuk seçimine ilişkin olarak tarafların anlaşmasının geçerliliği konusunda belirleyici olan hukuk düzeni, yine tarafların seçmiş olduğu hukuk düzenidir. AB ülkeleri açısından bu kural uygulama bulacaktır. Bkz. Ferrari, ZEuP 2002, 737, 740.

¹²⁴ Hergüner, Sarıca Armağanı, 95, 99.

¹²⁵ Staudinger/Magnus, Art.6 N.17; Ferrari, ZEuP 2002, 737, 740; Honnold, CISG, N.75; Achilles, Art.6 N.3. Buna karşılık bkz. US Ct. App. (5th Cir.), 11.3.2003, CISG-Online N.730: "[I]f the parties decide to exclude the Convention, it should be expressly excluded by language which states that it does not apply and also states what law shall govern the contract [...] An affirmative opt-out requirement promotes uniformity and the observance of good faith in international trade, two principles that guide interpretation of the CISG".

saptayacaktır. Bu kurallar âkit bir ülkenin hukukuna gönderme yapıyorsa, bu ülkenin CISG dışındaki hükümleri uygulanacaktır.

III. Zimni İrade Uyuşması

Zimni irade uyuşması ile CISG'nin uygulanmasının bertaraf edilmesinin mümkün olup olmadığı tartışmalı bir konudur. ULIS m.3'de bunun mümkün olduğuna dair açık bir düzenleme yer almaktaydı. Ancak CISG'a bu düzenleme aktarılmamıştır. Dolayısıyla doktrindeki bir görüşe göre, sadece açık bir irade uyuşması ile CISG'nin uygulanmasını bertaraf edilmesi mümkündür. Özellikle ABD mahkeme kararlarında bu yönde ibarelere rastlanmaktadır¹²⁶. Buna karşılık doktrinde ağır basan görüşe göre, tarafların zimni olarak da CISG'nin uygulanmasını bertaraf etmeleri olanağı vardır¹²⁷. Avrupa ülkelerinin mahkemeleri de yaygın şekilde bu görüşe itibar etmektedir¹²⁸. Nitekim Antlaşmanın hazırlık aşamasına bakıldığında da bu görüşe üstünlük tanınması gerektiği anlaşılmaktadır. Zira Sekreteryaya Şerhinde, zimni bertaraf imkanının CISG'da açıkça anılmamasının sebebinin, tarafların bu imkandan faydalandığını mahkemelerin gereğinden sık kabul etmesi rizikosunu azaltmak olduğu ifade edilmiştir¹²⁹. Dolayısıyla CISG açısından da zimni bertaraf imkanının prensip olarak var olduğunu, ancak bunu sadece tarafların irade uyuşması konusunda şüphe olmaması halinde kabul etmek uygun düşer¹³⁰. Örneğin tarafların, âkit olmayan bir ülkenin hukukunu seçmiş olmaları halinde CISG'nin uygulanmasını istemedikleri sonucuna rahatlıkla varılabilecektir¹³¹.

Buna karşılık bu tür bir zimni irade uyuşmasının var olup olmadığına tartışmalı olduğu bir dizi olay grubu mevcuttur. Bunlardan ilki, tarafların, başka bir açıklama vermeden âkit bir ülkenin hukukunun uygulama-

¹²⁶ US Ct. App. (5th Cir.), 11.3.2003, CISG-Online N.730; US Dist. Ct., N.D. of Illinois, E.D., 29.01.2003, CISG-Online N.772; ayrıca bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.6 N.18 dn.72'de anılan kararlar.

¹²⁷ Czewenka, 171; Lohmann, 245 vd.; Achilles, Art.6 N.2; Ferrari, ZEuP 2002, 737, 741; Reifner, IHR 2002, 52, 55; Thiele, IHR 2002, 8, 9; Holthausen, RIW 1989, 513, 515; Audit, N.42; Bianca/Bonell/Bonell, Art.6 N.2.3; Karollus, 38; Schillo, IHR 2003, 257, 259; Ekşi, Çelikel Armağanı, 263, 288.

¹²⁸ Tribunale di Padova, 25.05.2004, CISG-Online N.819 (Almanca tercüme için bkz. IHR 2005, 31 vd.); OGH, 22.10.2001, CISG-Online N.614; HG St Gallen, 03.12.2002, CISG-Online N.727; OLG Celle, 24.05.1995, CISG-Online N.152; OLG Hamm, 09.06.1995, CISG-Online N.146; OLG Karlsruhe, 25.06.1997, CISG-Online N.263.

¹²⁹ Sekreteryaya Şerhi, Art.5 N.2. Ayrıca bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.6 N.1; Schlechtriem, Einheitliches, 21.

¹³⁰ Ferrari, ZEuP 2002, 737, 742; Dokter, RabelsZ 2004, 430, 434; Lohmann, 249.

¹³¹ Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.6 N.20; Holthausen, RIW 1989, 513, 515; Honsell/Siehr, Art.6 N.6; OLG Dusseldorf, 02.07.1993, CISG-Online N.74.

nacağını kararlaştırmış olmaları halidir. Örneğin "sözleşme Alman hukukuna tabidir" tarzında bir hükmün nasıl değerlendirilmesi gerektiği sık sık ihtilaf konusu olmuştur. Zira bir devletin CISG'a taraf olması zaten Antlaşma hükümlerinin o devletin iç hukuku haline gelmiş olması anlamına gelir. Dolayısıyla tarafların "Alman hukuku" ibaresi, milletlerarası satım sözleşmelerine uygulanan Alman hukuku kuralları olarak CISG'ı da kapsamaktadır. Nitekim bugün gerek doktrinde gerekse mahkeme kararlarında ağır basan görüşün bu olduğunu söylemek mümkündür¹³². Sadece tarafların "sözleşmeye Alman BGB/ HGB satım hukuku hükümleri uygulanır" tarzında açık bir ifade kullanması veya diğer koşullardan aksine bir sonuca varılması imkanı varsa CISG uygulanmayacaktır¹³³.

Tartışma olan diğer bir sorun ise, tarafların sözleşmede hukuk seçimi yapmaması olmasına rağmen, iddia ve savunmalarını sadece belirli bir ülkenin hukuk kurallarına dayandırmalarının, zımnen CISG'ın uygulanmasından vaz geçtikleri şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağıdır. Ancak bu konuda da mahkemeler genelde katı bir tutum izlemektedir¹³⁴. Her ne kadar dava aşamasında da hukuk seçimine ilişkin zımni bir uyuşmanın olabileceği kabul edilmekle beraber, tarafların örn. sadece Alman Medeni Kanunu ve Ticaret Kanunu hükümlerine dayanmasının zımni bir anlaşma sayılmayacağı sonucuna varılmaktadır. Bu yönde bir anlaşma ancak, tarafların bu konuda aydınlatılmış olması ve işlem iradesinin varlığı konusunda şüphe olmaması halinde kabul edilmektedir¹³⁵.

¹³² Siehr, RabelsZ 1988, 587, 600; Holthausen, RIW 1989, 513, 516; Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.20; Schillo, IHR 2003, 257, 259; Ferrari, ZEuP 2002, 737, 743; Thiele, IHR 2002, 8, 10; Reifner, IHR 2002, 52, 56; Will, Tahkim, 5/25; Töber, 127 vd. US Dist. Ct. New Jersey, 15.08.2005, CISG-Online N.1028; US Dist. Ct. (SDNY), 26.4.2002, CISG-Online N.615; US Ct. App. (5th Cir.), 11.3.2003, CISG-Online N.730; OGH 17.12.2003, CISG-Online N.828; HG St Gallen, 03.12.2002, CISG-Online N.727; ICC Hakem Kararı, Nr.9187/1999, CISG-Online N.705; BGH, 25.11.1998, CISG-Online N.353. Ancak Kramer, CISG m.1 uyarınca taraflar arasındaki ihtilafa zaten CISG hükümlerinin uygulanacağı hallerde, tarafların hukuk seçimine ilişkin düzenlemesini yine CISG'ı kapsayacak şekilde anlamlandırmanın aşırıya gittiği görüşündedir. "İhtilafa Alman hukuku uygulanır" tarzında bir düzenlemenin tamamen anlamsız hale gelmemesi için aslında tarafların "CISG olmadan Alman hukuku uygulanır" demek istediklerini kabul etmek gerekir. Aksine bir yorum, hukuk seçimi klozunun lüzumsuz olduğu sonucuna götürür ve ayrıca taraflara istemedikleri bir hukukun dayatılması sonucuna götürür (Kramer, JBl 1996, 137, 145; aynı yönde Vekas, IPPrax 1987, 342, 346; Karollus, 38-39).

¹³³ Ferrari, ZEuP 2002, 737, 743; Holthausen, RIW 1989, 513, 515; Staudinger/Magnus, Art.6 N.30; OLG Celle 24.05.1995, CISG-Online N.152. CISG m.6'ya ilişkin tartışma sürecinde, bu yönde açık bir ifade eklenmesinin reddedilmiş olması da bu görüşü desteklemektedir. Belçika delegesi tarafından getirilen teklif "taraflar, sözleşmelerinin belirli bir milli hukuka tabi olduğunu ifade etmişse, bu Antlaşma uygulanmaz" ibaresinin eklenmesiydi. Bkz. Official Records, 86.

¹³⁴ Dokter, RabelsZ 2004, 490, 442.

¹³⁵ LG Landshut, 05.04.1995, CISG-Online N.193; OG Luzern, 08.01.1997, CISG-Online N.228; OLG Dresden, 27.12.1999, CISG-Online N.511; Tribunale di Vigevano,

Tarafların açıkça hukuk seçimi yapmamış olmasına rağmen, yetkili mahkemeyi tayin ettikleri hallerde, bu seçimleri ile aynı zamanda mahkemenin bulunduğu yer maddi hukukunun uygulanmasını istedikleri sonucuna varılabiliyorsa ve bu da âkit olmayan bir ülkenin hukukuyusa CISG'ın bertaraf edilmiş olduğu kabul edilmek gerekecektir¹³⁶.

IV. CISG Hükümlerinin Bertaraf Edilmesi Halinde Satım Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Tarafların sözleşme ile CISG'ın uygulanmasını geçerli olarak bertaraf edebilmesi için, yerine uygulanacak olan hukuk düzenini seçmiş olmaları şartının aranması, Antlaşmanın hazırlanması safhasında tartışma konusu olmuş, ancak nihai metne bu teklif yansımıştır¹³⁷. Dolayısıyla tarafların sözleşmelerinin hangi hukuk düzenine tabi olacağını saptamadan, sadece CISG'ın uygulanmayacağını kararlaştırmış olmaları halinde, her milletlerarası ihtilafa olduğu gibi, forum hukukunun bağlama kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuk tayin edilecektir¹³⁸. Forum ülkesinin hukuku ise yine âkit bir ülkenin hukukunu yetkilendiriyorsa tarafların iradesine uygun olarak BM-satım hukuku dışında o ülkenin maddi hukuk normları uygulama alanı bulur¹³⁹.

C. CISG'ın Taraf İradeleri Sonucu Uygulanması

Yukarıda ele alınmış olan ön koşulların var olmaması nedeniyle aslında CISG hükümlerine tabi olmayan bir satım sözleşmesinin, tarafların hukuk seçimi sayesinde bu kurallar bütününe tabi olması imkanı vardır mıdır? Bu soruya olumlu cevap verilmesi gerekir. Öncelikle tarafların âkit bir ülkenin hukukunu seçmek suretiyle CISG'ın uygulanmasını elde etmeleri her zaman mümkündür¹⁴⁰. Zira yukarıda da üzerinde durulmuş

12.07.2000, CISG-Online N.493 (Almanca tercüme için bkz. IHR 2001, 72 vd.); Ferrari, ZEuP 2002, 737, 745; Reifner, IHR 2002, 52, 57; Staudinger/Magnus, Art.6 N.51; Honsell/Siehr, Art.6 N.3; Schlechtriem'e göre (UN-Kaufrecht, N.21), tarafların yargılamada CISG hükümlerine dayanmamış olması hakim in bu kuralları resen uygulamasını engellemez, zira iura novit curia ilkesi CISG açısından da geçerlidir. Buna karşılık Fransız Temyiz Mahkemesinin bir kararında, tarafların davada hiç CISG'a dayanmamış olmaları, CISG'ın zımnen dışlanmış olması olarak yorumlanmıştır. Cour de Cassation, 26.06.2001, CISG-Online. N.598. Bu kararın haklı eleştirisi için bkz. Reifner, IHR 2002, 52, 57-59.

¹³⁶ Reifner, IHR 2002, 52, 55; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.6 N.31.

¹³⁷ Ferrari, ZEuP 2002, 737, 740.

¹³⁸ Staudinger/Magnus, Art.6 N.58.

¹³⁹ Siehr, RabelsZ 1988, 587, 600; Staudinger/Magnus, Art.6 N.58.

¹⁴⁰ Lohmann, 309 vd.; Tiryakioğlu, AÜHF 1989-1990, 191, 202; Töber, 131. Hamburg İstinaf Mahkemesi 1998 yılında verdiği bir kararında, biri Çinli biri Alman iki şirket arasında akdedilmiş olan tek satıcılık sözleşmesinde (exclusive sales agreement) yer alan, "uygulanacak hukuk: Avrupa Ortak Pazarı (AB) uyarınca bu söz-

olduğu gibi, CISG onaylanmakla âkit ülkelerin iç hukuku haline gelir, dolayısıyla bir hukuk seçimi bu kuralları kendiliğinden kapsar.

İkinci olasılık ise tarafların, sözleşmelerinin âkit bir ülke hukukuna değil de doğrudan CISG'a tabi olacağını kararlaştırmış olmalarıdır. Bu tür bir ifadenin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda tartışma yaşanmakla beraber¹⁴¹ bugün ağır basan görüşün bunu bir maddi hukuk atfı olarak yorumlamak yönünde olduğu söylenebilir¹⁴². Zira taraflar nasıl kendi sözleşme kurallarını tek başına kaleme alabilirse, diledikleri takdirde, kaleme alınmış olan bir kurallar bütününe doğrudan sözleşmelerine dahil de edebilirler (incorporation)¹⁴³. Satım sözleşmesine PICC veya PECL hükümlerinin uygulanacağı kararlaştırılabileceği gibi CISG hükümlerinin uygulanması da kararlaştırılabilir. Söz konusu olan bir hukuk seçimi değildir. Dolayısıyla ihtilafı çözecek olan hakim, öncelikle sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyecek¹⁴⁴ ve bu hukukta, taraflara sözleşme serbestisinin hangi kapsamda verilmiş olduğunu tayin edecektir. Hatta sözleşmede tespit edilen kuralların, *lex causae*'nin emredici hukuk düzenlemelerine aykırı olması halinde sözleşme hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna varılacaktır¹⁴⁵. Yani bu hallerde CISG, bir ülke-

leşmenin tâbi olduğu hukuk" şeklindeki bir hükmü yorumlamak durumunda kalmıştır. Mahkemeye göre bu durumda tarafların CISG'ın uygulanmasını zımnen kabul ettiklerinden yola çıkarak gerekir. Zira "Avrupa Ortak Pazarı" içinde bu tür sözleşmelerin tâbi olacağı hukuk konusunda bir düzenleme yoksa da en yakın irtibatlı olan hukuk olarak Alman hukukunun uygulanması gerekir. Alman hukuku ise, CISG'a taraf bir ülke olması nedeniyle, CISG'ı da ihtiva eder. Dolayısıyla bu milletlerarası satıma CISG hükümleri uygulanır, OLG Hamburg 05.10.1998, CISG-Online N.473. Aslında Mahkemenin, AB üyesi devletler tarafından imzalanmış olan "Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 1980 tarihli Roma Antlaşması"nu (Konsolide şekli için bkz. ATRG 26.1.1998, C 27/34) kararına dayanak yaparak uygulanacak olan hukuku tespit etmesi daha tutarlı olabilirdi. Ancak varılan sonuç açısından bir değişiklik olmayacaktı, zira bağlama kuralı bu halde de en yakın irtibat halindeki hukuk olan Alman hukukuna götürecekti.

¹⁴¹ Bu tartışma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Lohmann*, 314 vd.

¹⁴² *Bianca/Bonell/Bonell*, Art.6 N.3.5.2; *Honnold*, CISG, N.84; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.6 N.41; *Herber/Czerwenka*, Art.6 N.19; *Staudinger/Magnus*, Art.6 N.64; *Heuzé*, N.125; Buna karşılık böyle bir atfın bir devletler özel hukuku atfı olarak anlaşılması gerektiği, yani tarafların adeta bir ülke hukukunu seçmiş kabul edilmeleri gerektiği yönünde *Lohmann*, 425 ve 314 vd. ve 323 vd. Aynı yönde *Siehr*, *RabelsZ* 1988, 587, 612. Tarafların, sözleşmeye "PICC" hükümlerinin uygulanacağını beyan etmiş olması halinde yaşanan benzer sorun için bkz. *Michaels*, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 595 vd.

¹⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Ekşi*, Çelikel Armağanı, 263 vd.; ayrıca bkz. *Po-roy/Yasaman*, N.224d.

¹⁴⁴ Olayda bir yabancılık unsurunun var olduğu varsayımından hareket edilmektedir. Ancak tamamıyla iç hukuka göre değerlendirilmesi gereken bir ihtilafın varlığı halinde de tarafların CISG'ın uygulanmasını seçmelerine bir engel olmamak gerekir. Bkz. *Staudinger/Magnus*, Art.1 N.61.

¹⁴⁵ *Ekşi*, Çelikel Armağanı, 263, 276; *Akıncı*, Karayolu, 33; *Toker*, 132.

nin seçilmiş olan hukuku olarak veya milletlerarası bir Antlaşma olarak uygulanmamaktadır¹⁴⁶.

¹⁴⁶ *Ekşi*, Çelikel Armağanı, 263, 286. Örneğin Yargıtay'ın verdiği bir kararda, Türkiye'nin henüz CMR'ye taraf olmadığı bir dönemde tarafların hukuk seçimi yoluyla bu Antlaşmanın kendilerine uygulanmasını kararlaştırmaları kabul edilmiştir. Bkz. Y11HD, 2.6.1987, 1340/3332, 36 (*Eriş*, 36).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

**CISG'A TABİ BİR SATIM SÖZLEŞMESİNE
UYGULANACAK KURALLARIN TESPİT
EDİLMESİ VE BU KURALLAR
ARASINDAKİ HİYERARŞİ**

§ 1. Genel Olarak

Bir önceki bölümde, hakimin, milletlerarası unsurlu bir satım sözleşmesi ile karşılaşması halinde yürüteceği muhakemenin ilk adımları üzerinde durulmuştur. Eğer hakim, hem konu hem de uluslararası uygulama alanı itibarıyla CISG'a tâbi bir satım sözleşmesinin varlığına kanaat getirmiş ise atması gereken ikinci adım, ihtilafın çözümünde uygulanacak olan kuralları ve bunlar arasındaki hiyerarşiyi tespit etmek olacaktır.

CISG'nin temel ilkelerinden biri olan irade özerkliği ilkesi gereği öncelik her zaman, tarafların aralarında kararlaştırmış oldukları hususlardadır. Dolayısıyla hakim ilk aşamada ihtilaf konusu sözleşmenin içeriğini saptamak durumundadır. Bunun için, tarafların irade beyanlarına anlam vermesi ve aralarında kurulmuş olan¹ sözleşmeyi yorumlaması gerekir. Nitekim CISG m.8 bu konuda hakime yol gösteren düzenlemeler içermektedir. Tarafların açık veya örtülü olarak iradelerinin uyduğu sonucuna varılabilen hususların ötesinde, taraflar arasında oluşmuş olan alışkanlıkların ve hatta belirli koşulların varlığı halinde milletlerarası teamüllerin de sözleşme içeriği olması ve bu şekilde CISG kurallarına nazaran öncelikli uygulanması mümkündür (CISG m.9). Bu nedenle aşağıda ilk olarak, milletlerarası satım sözleşmelerinin içeriğinin saptanması sorunu üzerinde durulacaktır.

Eğer hakim, taraflar arasındaki sözleşmeden soruna uygulanabilecek herhangi bir hüküm elde edemiyorsa bu durumda ikinci aşamada başvuracağı kaynak CISG hükümleri olacaktır. Bunlar, sözleşme hükümlerine nazaran tâli, ancak ulusal satım hukuku kurallarına nazaran

¹ Bu çalışmanın kapsamını fazla genişleteceği düşüncesi ile, satım sözleşmesinin kurulması aşaması burada incelenmemiştir. Antlaşmanın 2. Kısmı, CISG m.14-24 hükümleri, milletlerarası satım sözleşmesinin nasıl kurulacağı sorununa özgülülmüştür. Bu Kısmıda icap, icabın bağlayıcılığı, icabın geri alınması, icabın hükümden düşmesi, kabul, icaba yapılan eklemelerle kabul, kabul süresi, geç kabul, kabulün geri alınması, sözleşmenin kurulma amacı, beyanların varma amacı konusunda hükümler yer almaktadır. Ancak bu çalışmada, taraflar arasındaki satım sözleşmesinin geçerli olarak kurulduğu varsayımından hareket edilmektedir. CISG hükümleri uyarınca sözleşmenin kurulması sorunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ludwig, 287 vd.

öncelikli olarak uygulanırlar². Bu nedenle ikinci bir başlık altında, Antlaşmanın, satım hukukunun hangi alanlarına ilişkin olarak düzenlemeler ihtiva ettiği araştırılacak ve hakimin bu kuralları uygularken gözeteceği yorum ilkeleri üzerinde durulacaktır.

Ancak hakim, milletlerarası satım sözleşmesine ilişkin somut olaydaki ihtilafa uygulanacak kuralları CISG içinde ararken, belirli konuların düzenlenmemiş olduğunu, yani bir boşluğun varlığını tespit edecektir. İşte bu noktada zor bir görevle karşı karşıyadır. Zira CISG m.7, f.2 uyarınca, Antlaşmanın düzenleme alanı içine giren bir konuda hüküm mevcut olmaması halinde hakimin bu boşluğu Antlaşmanın genel ilkeleri çerçevesinde doldurması gerekir. Yani hakim CISG çerçevesinde hukuk yaratacaktır. Buna karşılık boşluk, CISG'in düzenleme alanına girmeyen bir hususa ilişkinse veya boşluğun doldurulması mümkün değilse artık -üçüncü ve son sırada - ilgili ulusal hukukun (*lex contractus*) normları devreye girecektir. Hakimin hangi ulusal hukuk kurallarını uygulayacağı, forum ülkesinin devletler özel hukuku kuralları uyarınca tespit edilir. Dolayısıyla Türk hakimi, MÖHUK'un bağlama kuralları hangi ülkenin iç hukukuna atf yapıyorsa, bu ülkenin satım sözleşmelerine ilişkin genel hükümleri uyarınca ihtilafın açık kalan yönlerini çözümlemek durumunda kalacaktır. Aşağıda bu üç olasılık üzerinde durulacaktır.

² Staudinger/Magnus, Einl. Zum CISG N.42; C. Schmid, RIW 1996, 904, 907; Köhler, 66.

§ 2. Sözleşmenin İçeriği ve Sözleşme Hükümlerinin CISG ve Ulusal Hukuklara Nazaran Öncelikli Uygulanırlığı

A. Sözleşme Özgürlüğü ve Sınırları

Yukarıda da üzerinde durulmuş olduğu gibi, CISG açısından kural, mutlak sözleşme özgürlüğüdür. Dolayısıyla taraflar her zaman CISG'nin uygulanmasını tümü ile bertaraf edebilecektir³. Ancak bunu yapmayı sadece CISG'nin bazı hükümlerini değiştirmeleri; Aynı Borçlar Kanununda var olan yedek hukuk kurallarından sözleşme ile sapılmasında olduğu gibi, CISG'nin yedek kurallarından sapmaları da mümkündür. Ulusal hukuklardan alışık olduğumuz tarzda emredici düzenlemeler CISG'da sadece çok sınırlı sayıda mevcuttur. Bu düzenlemelerin temelinde ise, CISG'nin milletlerarası bir Antlaşma olması ve imzacı ülkelere bazı konularda çekince koyma hakkı tanınmış olması yatmaktadır. Dolayısıyla tarafların, Antlaşmanın bu hükümlerini ve bunların sonuçlarını sözleşme ile değiştirmesi imkanı yoktur⁴. Ancak bu istisnalar dışında taraflar, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak olan hükümleri diledikleri gibi şekillendirebilirler. Bu açıdan, aralarındaki ihtilafın gereği gibi çözülebilmesi için öncelikle sözleşme içeriğinin hakim tarafından saptanması gerekir. Bu ise bir yorum sorunudur.

B. Sözleşme İçeriğini Saptamak Amacıyla İrade Beyanlarının Yorumlanması

I. Temel Yorum Kuralları

Tarafların sözleşmede düzenledikleri hususlar CISG'a nazaran ön-

³ Bu konuda bkz. yukarıda Bölüm 2 § 4.

⁴ Bu tür hükümlere ilişkin en önemli örnek CISG m.12'dir. Zira bu madde, âkit hükümlerinin, CISG m.11'de kabul edilmiş olan şekil serbestisi kuralına m.96 uyarınca bir çekince koymuş olması halinde, tarafların aksine bir düzenleme yapamayacağını öngörmektedir. CISG m.11 uyarınca "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." Âkit ülkelerin bu kuralın uygulanmasını kabul etmemesi halinde, tarafların sözleşme ile yine şekil serbestisini getirmeleri imkanı yoktur. Bu konuda örn. bkz. Schlechtriem/Schwenger/Schlechtriem, Art.12 N.4.

celikli uygulanacağına göre, hakimin ilk yapması gereken, tarafların sözleşmede ne kararlaştırdığını tespit etmek, yani sözleşmeyi yorumlamaktır. Nitekim CISG m.8⁵, sözleşme taraflarının beyanlarının ve diğer davranışlarının yorumlanmasına ilişkin bir düzenleme getirmekte ve bu şekilde yorum alanında ulusal hukuklara başvurulmasını engellemektedir⁶. Hakim, sözleşmeyi CISG m.8'de saptanan ilkelere göre yorumlamak zorundadır.

- (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 uygulanıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda⁷ makul bir insanın 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 sözleşme kurulduktan sonraki davranışları ve diğer önem taşıyabilecek bütün hususlar dikkate alınır.

⁵ Bkz. PICC Art.4.1; 4.2; 4.3 ve PECL Art.5:101; 5:102. Bu yorum ilkeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Baumann*, 30 vd.

⁶ Milletlerarası unsurlu sözleşmelerin yorumlanmasında tarafların farklı hukuk düzenlerine tâbi olması özellikle sorun doğurabilecek alanlardan biridir (Örn. bkz. *Baumann*, 14 vd.). Bu açıdan CISG'nin yorum sorununu ulusal hukuklara bırakmış olması çok doğru bir tercih olmuştur. Ancak tartışılmalı olan bir husus, CISG m.8'deki yorum ilkelerinin uygulama alanıdır. Bir olasılık, sadece satım sözleşmesinin CISG'da düzenlenmiş olan yönlerine ilişkin olarak m.8'in uygulanması; buna karşılık Antlaşma dışında kalan alanlarda, sözleşmeye uygulanacak ulusal hukuk düzeninin (*lex contractus*) yorum ilkelerinin devreye girmesidir (bu yönde: *Ferrari*, IHR 2003, 10; OGH, 24.4.1997, CISG-Online 291 [Borcun nakh CISG kapsamında düzenlenmeyen bir konu olduğundan sözleşmenin bu hususa ilişkin olarak yorumlanmasında CISG m.8 uygulanamaz]). Diğer olasılık ise CISG m.8'in, Antlaşmanın uygulama alanından bağımsız olarak sözleşmenin tümünün yorumlanmasında kullanılmasıdır. Bu şekilde sözleşmenin bir bütün olarak aynı kurallara göre yorumlanması sağlanmış olacaktır (bu yönde: *Schlechtriem/Schwenger/Schmidt-Kessel*, Art.8 N.5; *Staudinger/Magnus*, Art.8 N.7; *Brunner*, CISG Art.8 N.1. Nitekim bir dizi mahkeme kararında CISG içinde düzenlenmemiş konular yine CISG m.8 uyarınca yorumlanmış ve anlamlandırılmıştır. Örn. OLG Hamburg, 5.10.1998, CISG-Online 473 ["net-ödeme/cash on delivery, net cash" düzenlemesinin, zımnî bir takas yasağı şeklinde yorumlanması]; ICC Hakem Kararı Nr.7331/1994, CISG-Online 106 [Tarafların yenileme iradesinin var olup olmadığının değerlendirilmesi]; Cour d'Appel Grenoble, 22.02.1995, CISG-Online 151 [Sözleşmedeki rekabet yasaklarının ve dağıtım sınırlamalarının yorumlanması]).

⁷ Antlaşmada, muhatap ile aynı koşullar içinde bulunan ve aynı konumda, tarzda bir insanın değerlendirmede esas alınacağından bahsedilmektedir. Bu ifadenin tercümesine bakıldığında Almanya'da "*vernünftige Person der gleichen Art*" İsviçre'de ise "*vernünftige Person in gleicher Stellung*" tanımlamasının kullanıldığı dikkati çekmektedir. İngilizce'de "*reasonable person of the same kind*", Fransızca'da "*personne raisonnable de même qualité*" denmiştir. Türkçe tercüme açısından anlama en yakın olanın "aynı konumda" terimi olacağı düşünülmüştür.

Taraf beyanlarına ve davranışlarına nasıl anlam verileceği konusunda bir sıralama içeren bu madde ilk aşamada gerçek iradenin araştırılmasını öngörmektedir. Tarafların beyanları ve davranışları mümkün olduğu ölçüde iradelerine uygun olarak yorumlanacaktır. Ancak bunun için beyan muhatabının, beyan sahibinin gerçek iradesini anlama imkanına sahip olması gerekir. Aksi takdirde beyanın objektif içeriği tespit edilmeye çalışılacaktır (fıkra 2). CISG, irade özerkliği ilkesini genel bir ilke olarak kabul etmiş ancak güven ilkesini ona eşdeğerde bir ilke olarak karşısına çıkarmıştır⁸.

Her ne kadar CISG m.8 taraf beyanları ve davranışlarından bahsetmekteyse de aşağıda sadece irade beyanı kavramına yer verilecektir. Zira irade beyan kavramı zaten, iradeyi dış aleme yansıtan söz, yazı, el kol hareketleri gibi bütün davranışları da içerecek şekilde anlaşılmalıdır. Beyanda bulunan kişinin eylem iradesinin ve beyan iradesinin var olması halinde, beyanın, kişinin işlem iradesini dış aleme yansıttığı kabul edilir⁹. Diğer yandan CISG m.8 sadece taraf beyanlarının ve davranışlarının yorumlanmasından bahsediyorsa da doktrindeki ortak kanaat, bu maddedeki yorum ilke ve sıralamasının, sözleşmenin yorumlanması ve içeriğinin saptanmasında da aynen uygulanacağıdır¹⁰. Aşağıda yorum ilkeleri üzerinde durulurken özellikle sözleşmenin içeriğini tespiti yönelik olarak soruna yaklaşılacaktır. Ancak sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen beyanların yorumlanmasında da aynı ilkelerin geçerli olduğu konusunda tereddüt edilememelidir.

II. İrade Beyanının Sübjektif İçeriğinin Saptanması

CISG m.8 f.1 uyarınca taraf beyanları, beyan sahibinin iradesine uygun olarak yorumlanır. Kural, irade kuramına göre yorumdur¹¹. Ancak Antlaşma bu kuralı yumuşatma ihtiyacını hissetmiştir. İrade prensibinin mutlak hakimiyeti karşı tarafın bu iradeden haberdar olması veya haberdar olmasının mümkün olmaması halinde geçerlidir. Bu hallerde irade ilkesine itibar etmekte bir sakınca yoktur. Zira beyan muhatabının,

⁸ CISG'da mevcut boşlukların doldurulmasında bu tür genel ilkelerin rolü hakkında bkz. aşağıda Bölüm 3 D II.

⁹ *Larenz/Wolf*, § 24 N.14. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, Hata, 22 vd.

¹⁰ *Ferrari*, IHR 2003, 10, 11; *Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel*, Art.8 N.3; *Achilles*, Art.8 N.1-2; *Renck*, 69 vd.; ICC Hakem Kararı Nr. 7331/1994, CISG-Online Nr. 106.

¹¹ *Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel*, Art.8 N.12; *Falcioglu*, 171. İrade beyanlarına verilebilecek anlam konusunda mevcut farklı teoriler hakkında bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, Hata, 6 vd. Yazar, CISG m.8'de de benimsenmiş olan sıralamayı, yani irade nazariyesine göre yorumun kural, güven nazariyesine göre yorumun ise istisna teşkil ettiğini ayrıntılı olarak açıklamaktadır (bkz. 9 vd.).

durumun özelliklerine rağmen iradenin gerçek içeriğinden haberdar olmaması, özen yükümlülüğüne aykırı davrandığını gösterir¹². Dolayısıyla onu koruma ihtiyacı da doğmaz. Muhatap, beyana, irade prensibi çerçevesinde anlam verilmesine katlanmak zorunda kalır¹³.

Antlaşmanın irade kuramına öncelik vermesi, sözleşme içeriğinin saptanmasında da tarafların gerçek, ortak arzularının esas alınacağını göstermektedir. Yani aynı BK m.18'de ifade edilmiş olduğu gibi¹⁴ tarafların beyanda müşterek bir hataya düşmüş olması halinde sözleşme, beyan içeriğine göre değil, uyuşan iradelere göre anlamlandırılır (*falsa demonstratio non nocet*)¹⁵.

III. İrade Beyanının Objektif İçeriğinin Saptanması

Eğer beyan muhatabının, beyanı gerçek içeriğinden farklı anlamakta haklı olduğu sonucuna varılabiliyorsa bu durumda artık fıkra 1'in uygulanması söz konusu olmaz. Muhatap, gerekli özeni göstermiş olmasına rağmen beyanın arkasındaki sübjektif iradeyi doğru anlamlandıramamışsa, hakim, beyanın objektif içeriğini tespit etmeye çalışacaktır¹⁶. Bu durumda, muhatap ile aynı konumda, aynı yeteneklere sahip mantıklı, makul düşünen fiktif bir kişinin aynı şartlarda bu beyanı nasıl anlamlandıracağı araştırılacaktır¹⁷. Görüldüğü gibi, beyanın sübjektif anlamı-

¹² *Ferrari*, IHR 2003, 10, 12. Karşı tarafın "bilmesi gerekmesi" (*ought to have known*) ifadesine nazaran "bilmemesinin mümkün olmaması" (*could not have been unaware*) ifadesinin tercih edilmiş olması sözleşenlerden beklenen özen yükümlünün artırılmış olduğunu göstermektedir (*Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel*, Art.8 N.16). Alman hukukunda genelde bu hallerde beyan muhatabının ağır ihmali bir davranış içinde olduğundan bahsedilmektedir (bkz. *Honsell/Melis*, Art.8 N.12; *Staudinger/Magnus*, Art.8 N.12).

¹³ *Karollus*, 47; *Honsell/Melis*, Art.8 N.6; *Herber/Czerwenka*, Art.8 N.3; *Staudinger/Magnus*, Art.8 N.12. Yazar şöyle bir örnek vermektedir: taraflar arasında geçerli olan sözleşme ilişkisinde, alıcı, uzun zamandan beri hep aynı miktarda mal teslimatını talep etmektedir. Eğer bir sefer yanlışlıkla daha fazla bir miktar istemişse bu durumda onun beyanına değil gerçek iradesine göre bir siparişin yapıldığını satıcı anlamak durumundadır. Gerçek iradeden haberdar olmaması mümkün değildir.

¹⁴ Örn. bkz. *Oğuzman/Öz*, 151; *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 32 N.2 vd.

¹⁵ Bu yönde *Honsell/Melis*, Art.8 N.8; *Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel*, Art.8 N.22; *Ferrari*, IHR 2003, 10, 12. Örneğin taraflar, *franko/masrafsız* teslim kaydına uygulamada yerleşmiş anlamdan farklı bir anlam vermişse ve bu konuda aralarında mutabakat varsa bu anlam esas alınır [BGH 11.12.1996, CISG-Online 225]. *Falsa demonstratio* kuralı hakkında bkz. *Baumann*, 28. Common Law sisteminde aynı ilkenin *meeting of minds* prensibi çerçevesinde kabul edildiği hakkında bkz. *Baumann*, 23 vd. Ayrıca karşı. PECL Art.5:101.

¹⁶ *Bydlinski*, Allgemeines Vertragsrecht, 57, 74; *Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel*, Art.8 N.19. Bkz. BG 22.12.2000, CISG-Online, 628.

¹⁷ *Baumann*, 43; *Falcioglu*, 172. *Will*'in haklı olarak ifade ettiği gibi (*Bianca/Bo-*

nın dikkate alınmadığı hallerde bu sefer muhatabın beyana verdiği anlama üstünlük tanınması söz konusu değildir. Hakim objektif içeriği tespit etmek durumundadır. Kast edilen, işlem hayatında bu beyanın nasıl anlaşılacağına araştırılmasıdır¹⁸. Bu durumda sözleşme içeriği de tarafların iradelerinin objektif yorumu sonucu elde edilen içerik olacaktır¹⁹. Örneğin tarafların, milletlerarası ticarete yaygın olan CIF, FOB gibi kısaltmalar kullanmış ve kendilerinin bunlara özel bir anlam vermemiş olması halinde²⁰ hep ilgili kavramların yerleşmiş, objektif karşılığı tespit edilmeye çalışılacaktır²¹.

IV. İrade Beyanının Yorumlanmasında Dikkate Alınacak Olan Unsurlar

Taraf iradelerinin gerek subjektif gerekse objektif olarak içeriğinin saptanmasında önem taşıyabilecek bütün unsurların hakim tarafından dikkate alınması gerekir. CISG m.8 f.3'de bu unsurların hangileri olabileceği konusunda örnekler verilmiştir. Buna göre taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş olan alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sözleşmenin kurulmasından sonraki davranışları bu alanda önem taşıyabilecektir.

Bunlar arasında bir sıralama yapılacak olursa, aynı yasaların yorumunda olduğu gibi, hakimin öncelikle taraflar arasında ifade edilmiş olan sözlere bir anlam vermeye çalışması gerektiği kabul edilmelidir²². Sözleşmelerin yorumunda da lafzî ve sistematik yorum yöntemleri önceliğe sa-

nell/Will, Art.25 CISG N.2.2.2.1) "aynı konum" ve "aynı koşullar"ın dar veya geniş yorumlanmasına göre son derece farklı sonuçlar elde edilebilir. Bu ayniyet ne-reye kadar aranacak; acaba bütün sosyo-ekonomik koşulların aynı olması gerekecek midir? Tacirlerin farklı milletleri, dinleri, dilleri, ekonomik düzenleri düşünüldüğünde "ortalama taciri" tespit etmek hakimler açısından büyük sorunlar doğurabilecektir. Subjektif unsurların fazlası ile dikkate alınması, objektif bir değerlendirmeyi engelleyeceği için bu konuda dikkatli olmak gerekir. Aynı yönde Honsell/Karollus, Art.25 N.25.

¹⁸ Ferrari, IHR 2003, 10, 13; Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel, Art.8 N.24; ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 8.

¹⁹ Taraf iradelerine objektif anlam verilmesi, taraflardan birinin gerçek iradesinden farklı bir sözleşme içeriğinin kabul edilmesi sonucunu beraberinde getirebilir. Bu durumda, sözleşmenin hata nedeniyle iptal edilmesi sorunu ile karşılaşılabilecektir (ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hata, passim). Ancak aşağıda (§ 3 C IV 2) görüleceği gibi, sözleşmelerin iptali sebepleri CISG içinde düzenlenmemiştir ve ulusal hukuklara göre hakimin çözüm üretmesi gereken bir alandır (Brunner, CISG Art.8 N.7).

²⁰ Bkz. dn. 15'deki örnek.

²¹ Bu noktada Incoterms 2000 içinde verilmiş olan CIF/FOB tanımının ne ölçüde dikkate alınabileceği konusunda bkz. aşağıda bu bölümde D I 2.

²² Baumann, 47.

hiptir²³. Yazılı bir sözleşme metni varsa önce bu anlamlandırılmaya çalışılır, yoksa tali yorum aracı olarak sözleşmenin kurulması aşamasına ilişkin diğer metinlere veya varlığı ispat edilebilen her türlü iletişime bakılarak sözleşme içeriği tespit edilmeye çalışılır²⁴. Sözleşme görüşmeleri sırasındaki yazışma, konuşma veya hazırlanmış olan sözleşme taslaklarının, tarafların sözleşmenin kurulmasına yönelik iradelerinin yorumlanmasında dikkate alınabilmesi için, yazışma içeriğinin şüpheye yer vermeyecek nitelikte olması gerekir. Eğer çelişkili bir sonuç elde ediliyorsa hakim iradeleri tespit etmek için araştırmaya devam etmesi gerekir.

Yol gösterici olabilecek diğer bir unsur taraflar arasında yerleşmiş olan alışkanlıklar²⁵ ve genel olarak geçerli teamüllerdir²⁶. Bu açıdan TTK m.2'nin düzenlemesi ile bir paralellik söz konusudur. Zira TTK m.2'de, teamüllerin, irade beyanlarının yorumunda dikkate alınacağı özellikle vurgulanmaktadır. Taraflar bu teamüllerin uygulanmasını kararlaştırmış olmasa bile bunlar hakim tarafından değerlendirmede kullanılır²⁷.

CISG m.8, f.3'de, hakime yol gösterici olarak anılan son kriter ise tarafların sözleşmenin kurulmasından sonraki davranışları ve beyanlarıdır. Özellikle taraflardan birinin belirli bir yöndeki davranışı, daha sonra sözleşmede aksi yönde bir düzenlemenin varlığını iddia etmesini engelleyebilir. CISG'ın, açıkça olmasa bile, sözleşmenin kurulmasından sonraki davranışları da dikkate almak suretiyle çelişkili davranış yaşamını (*venire contra factum proprium*) düzenlenmiş olduğunu söylemek mümkündür²⁸.

²³ Asli yorum konusunun sözleşme metni olduğu hakkında örn. bkz. Eren, 427; Gauch/Schlupe/Schmid, N.1206.

²⁴ Bu fıkra özellikle *Common Law* hukuk çevresinde geçerli olan *parol evidence* kuralının, CISG'a tâbi ihtilaflarda uygulanmayacağını göstermektedir (Najork, 50; Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel, Art.8 N.32; US Dist. Ct. (S.D.N.Y.), 6.4.1998, CISG-Online 440; US Dist. Ct. (N.D. Illinois) 27.10.1998, CISG-Online 444). Bu kurala göre, taraflar arasında yazılı bir sözleşme varsa sözleşme içeriği sadece buna göre belirlenir ve yazılı olmayan unsurlar dikkate alınmaz. Oysa CISG m.8, f.3 bu alanda bir sınırlama getirmemekte ve tarafların görüşmelerinin de, ispat edilebilmek kaydıyla, dikkate alınacağını vurgulamaktadır. *Parol evidence rule* hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Treitel, Contract, 192; Baumann, 88 vd.

²⁵ Bu tür alışkanlıklardan bahsedebilmek için taraflar arasında bir süredir devam eden bir sözleşme ilişkisinin varlığı aranacaktır (Honsell/Melis, Art.8 N.12).

²⁶ Bu iki kavrama ilişkin olarak aşağıda (bkz. bu bölümde § 2 II) bilgi verileceği için burada ayrıntıya girilmeyecektir.

²⁷ Bu düzenleme hakkında örn. bkz. Arkan, 85 vd.; Poroy/Yasaman, N.133 vd. Nitekim İsviçre hukukunda da teamüllerin, ticari örf ve adetten farklı olarak kendiliğinden uygulanması reddedilmekle beraber taraf iradelerinin yorumunda hakimin bunlara dayanabilmesi genel kabul görmektedir. Örn. bkz. Gauch/Schlupe/Schmid, N.1218-1219; Schwenzer, N.33.06; BGE 47 II 160,164; BGE 91 II 356, 359.

²⁸ Aynı görüşte Honsell/Melis, Art.8 N.14; Najork, 47; Ferrari, IHR 2003, 10, 15; Herber/Czerwenka, Art.8 N.11. Nitekim CISG m.29, f.2'de, sözleşme değişikliklerinin

V. Yorumlanması Özellik Arz Eden İrade Beyanları

1. Susma

Sözleşme içeriğinin saptanmasında sorun yaratabilecek hususlardan biri tarafların susmasının nasıl değerlendirileceğidir. Kural olarak iradenin beyanı aktif bir davranışın varlığını gerektirir²⁹. Nitekim CISG m.18, f.1, c.2'de susma veya eylemsizliğin tek başına kabul beyanı olarak yorumlanamayacağı ifade edilmiştir. Ancak bu, susmanın CISG çerçevesinde asla bir irade beyanı sayılamayacağı anlamına gelmez. Sadece susmanın bir irade beyanı sayılabilmesi için başka ek unsurların varlığının aranacağı gösterir³⁰. Örneğin satıcının, alıcının siparişi üzerine herhangi bir cevap vermeksizin doğrudan teslimatta bulunması ve bu davranışını sürekli olarak tekrar etmiş olması halinde daha sonra susmasının kabul olarak değerlendirilemeyeceğini iddia etmesi mümkün olmayacaktır. Satıcının davranışının CISG m.8, f.3 çerçevesinde taraflar arasındaki bir alışkanlığa dönüştüğünden bahsedilebilecek, davranışı da bu şekilde yorumlanacaktır³¹.

2. Genel İşlem Şartları Kullanılması

Milletlerarası ticarete genel işlem şartları kullanılmak suretiyle sözleşme akdedilmesi³² son derece yaygın olmasına rağmen Antlaşma, genel işlem şartlarının yorumlanması konusunda herhangi bir özel düzenleme içermemektedir³³. Dolayısıyla bu hallerde yine CISG m.8 devreye girecektir³⁴. Tartışmalı olan bir husus, örneğin genel işlem şartları

ancak yazılı yapılabileceği yönünde bir hüküm içeren satım sözleşmesinin, taraflardan birinin aksine davranışına diğer tarafın güvenmiş olması halinde sözlü olarak da değiştirilebileceği kabul edilmektedir. Bu fıkra, bir tarafın diğer sözleşme tarafında yarattığı güvene aykırı davranamayacağını açık bir şekilde düzenlemektedir.

²⁹ *Larenz/Wolf*, § 24 N.20 ve § 28 N.67.

³⁰ *Ferrari*, IHR 2003, 10, 15; *Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel*, Art.8 N.36; *MünchKommBGB/Westermann*, Art.8 CISG N.6; *Falcaoğlu*, 148.

³¹ *Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel*, Art.8 N.44.

³² CISG'a tâbi bir satım sözleşmesinde tarafların kullandığı genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olması sorunu hakkında bkz. *Schultheiß*, 12 vd.; *Piltz*, AGB in UN-Kaufverträgen, IHR 2004, 133 vd.; *Janssen*, Die Einbeziehung von AGB in internationale Kaufverträge und die Bedeutung der UNIDROIT- und der Lando Principles, IHR 2004, 194, 197; *Ventsch/Kluth*, Die Einbeziehung von AGB im Rahmen des UN-Kaufrechts, IHR 2003, 61, 62. Ayrıca bkz. aşağıda Bölüm 3 § 3 C II 2.

³³ Buna karşılık *PICC* Art.4.6 ve *PECL* Art.5:103 bu konuda açık bir düzenleme ihtiva etmektedir.

³⁴ *Koller*, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht, FS Honsell, Zürich 2002, 223, 236 vd.; *Piltz*, AGB in UN-Kaufverträgen, IHR 2004, 133, 138.

içinde yer alan bir hükümün tereddütte yer verecek şekilde kaleme alınmış olması halinde düzenleyen aleyhine (*contra proferentem*) yorumlanacağı kuralının uygulama alanı bulup bulamayacağıdır³⁵. Her ne kadar bu kural birçok hukuk düzeninde yazılı hale gelmiş olsa da, CISG m.8'in, ulusal yorum yöntemlerinin önüne geçiyor olması nedeniyle tereddüt doğmaktadır³⁶. Ancak doktrinde hakim görüş, bu ilkesinin m.8'den ve aşağıda ele alınacak olan CISG'a ilişkin genel ilkelerden çıkarılabileceği kanaatinde³⁷. Özellikle m.7'de ifadesini bulmuş olan dürüstlük kuralı bu konuda kaynak teşkil edecektir.

C. Sözleşme İçeriğinin Taraflar Arasındaki Alışkanlıklar ve Teamüllerle Tamamlanması

I. Genel Olarak

Sözleşme içeriğinin belirlenmesinde CISG m.8'in yanı sıra m.9 da önem taşımaktadır. Maddenin lafız aşağıdaki gibidir:

- (1) Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller³⁸ 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.

Maddenin birinci fıkrasına bakıldığında aslında m.8'e yeni bir şey eklenmediği dikkati çekmektedir. Zira tarafların uygulanmasını kabul etmiş oldukları teamüllerin sözleşme içeriği olması ve aralarındaki ihtilaf-larda devreye girmesi doğaldır³⁹. İlgili teamüller, teamül oldukları için

³⁵ Genel işlem şartlarında düzenleyen aleyhine yorum ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer*, GİŞ, 134 vd.

³⁶ *MünchKommHGB/Ferrari*, Art.8 CISG N.18.

³⁷ *Schultheiß*, 44; *Staudinger/Magnus*, Art.8 N.18; *Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel*, Art.8 N.47; *Brunner*, CISG Art.8 N.9 vd.

³⁸ CISG'nin Almanya'da yürürlükte olan resmi tercümesi sadece teamüllerden (*Gebäude*) bahsetmekte, buna karşılık İsviçre'de yürürlükte bulunan resmi tercümede ticari teamüller kavramı (*Handelsbräuche*) kullanılmaktadır. TTK m.2'de ise yasa koyucu "ticari örf ve adet" ve "teamüller"den bahsetmiştir. Bu terminoloji ile uyumu sağlamak için, yukarıdaki metinde de "teamül" kavramını kullanmak tercih edilmiştir. Nitekim gerek İngilizce metin (*usage*) gerekse Fransızca metin (*usage*) "ticari" kavramını ayrıca kullanmamaktadır. Ancak milletlerarası satım sözleşmeleri açısından uygulama alanı bulabilecek olan teamüllerin ticari nitelikte olacağı kendiliğinden anlaşılmaktadır.

³⁹ Aynı yönde *PICC* Art.1.8 ve *PECL* Art.1:105.

değil, taraf iradesi sonucu sözleşme içeriği oldukları için uygulanacaklardır⁴⁰. Diğer yandan tarafların, aralarında oluşmuş olan alışkanlıklar ile bağlı olması da son derece normaldir. Bu da aahında m.8, f.3 bağlamında ifade edilenle örtüşmektedir. Zira tarafların irade beyanları ve davranışları yorumlanırken daha önceki davranışları da dikkate alınacaktır ve örneğin çelişkili davranışa mahal verilmeyecektir. Bu açıdan taraf iradelelerine dayanan m.9, f.1'in bir yenilik getirdiğinden bahsedilemez.

Buna karşılık 2. fıkra, tarafların açık irade uyuşmasına dayanmasa bile bazı teamüllerin sözleşme içeriği olmasını kabul etmektedir. İlgili teamülün aşağıda açıklanacak özelliklere sahip olması ve tarafların da bu teamüllerden haberdar olması gereken hallerde ayrıca bir düzenleme yapılmamış olsa bile, bunların sözleşme içeriği olduğu kabul edilmektedir⁴¹. Dikkati çeken, Antlaşmayı hazırlayanların teamüllerin normatif geçerliliğini, yani taraf iradelerinden bağımsız geçerliliğini kabul etmemiş olmasıdır⁴². Onun yerine hukuki bir hileye (faraziye/fiksiyon) başvurularak, tarafların farazi iradesinin teamülleri sözleşme içeriği yapmak yönünde olacağı kabul edilmiş ve teamül kurallarının uygulanması yine iradeye dayandırılmıştır⁴³. Taraflar üzerinde hiç durmamış olsa bile ilgili teamüllerin sözleşme içeriği olduğu ve uyuşan irade gereği CISG'dan önce uygulanacağı kabul edilmiştir⁴⁴.

⁴⁰ Staudinger/*Magnus*, Art.9 N.6. Hakimin teamülleri CISG m.8, f.3 uyarınca yorumda dikkate alınması aynı şey değildir. Zira iradelerin yorumunda teamüllerden faydalanılması için tarafların bu konuda uyuşan iradelerine gerek yoktur. Buna karşılık teamül kurallarının doğrudan ihtilafa uygulanması için tarafların bu konuda en azından varsayılı irade uyuşması aranır, örn. bkz. Schlechtriem/Schwenzer/*Schmidt-Kessel*, Art.9 N.7.

⁴¹ Bu noktada CISG m.9, f.2, TTK m.2'den farklılık arz etmektedir. Zira TTK m.2, f.1 uyarınca teamül ancak, örf ve adet hukuku düzeyine gelirse hakim tarafından ihtilafa doğrudan uygulanabilir. İstisnaen, kamun hükümlerinin teamül kurallarına atuf yapması halinde bu kurallar hükme esas teşkil eder. Fakat TTK m.2 ile tam bir çatışma da söz konusu değildir, zira CISG m.9, f.2 teamül kuralının uygulanmasını, onu sözleşme kapsamına almak suretiyle bir anlamda "meşrulaştırmaktadır". İsviçre-Türk hukukunda, teamül kuralı ile yedek hukuk kuralının çelişmesi halinde yedek hukuk kuralının ağır basacağı düşünüldüğünde (örn. bkz. *Jäggi/Gauch* Art.18 N.525) CISG'in sisteminin farklılığı anlaşılmaktadır. CISG'da amaç, mümkün olduğu ölçüde ticaretin yerleşik düzenini, işleyişini bozmadan bir uyumlaştırma sağlamaktır. Bu yüzden CISG m.8/9, sözleşmenin yani sıra milletlerarası ticarete yaygın olarak uygulanan ve tarafların da bilgisi dahilinde olduğu kabul edilebilen teamüllere, CISG hükümlerine nazaran öncelik vermiştir.

⁴² *Slechtriem*, UN-Kaufrecht, N.61 dn.119.

⁴³ Bu şekilde aahında Anglo-Amerikan hukukunda yaygın olan *implied terms* meto-dundan faydalanılmıştır. Yani tarafların varsayımsal iradelerinin bu yönde olacağı düşüncesiyle onlar adına sözleşme dışarıdan tamamlanmaktadır. Bu konuda bkz. Schlechtriem/Schwenzer/*Schmidt-Kessel*, Art.9 N.2 ve 12 ve aşağıda Bölüm 4 § 3 B II 2 a.

⁴⁴ OGH 15. 10. 1998, CISG-Online N.380.

II. Taraflar Arasında Oluşmuş Alışkanlıklar ve Uygulanması Kabul Edilen Teamüller

CISG m.9, f.1 uyarınca taraflar öncelikle aralarında uygulanmalarını kabul ettikleri teamüller ile bağlıdır. Tarafların belirli bir teamül kuralının uygulanmasını kararlaştırıp kararlaştırmadıkları sözleşme içeriğinin yorumu ilkelerine (m.8) göre belirlenir. Örneğin bugün milletlerarası ticarete yaygın uygulama alanı bulan "*Incoterms 2000*" veya "*Unidroit Principles 2004*" kurallarının uygulanacağı taraflarca kararlaştırılmışsa bu düzenlemeler doğrudan sözleşme içeriği olur ve bu sebeple ihtilafa uygulanır. CISG m.9, f.1 çerçevesinde sözleşme içeriği olacak teamülün bölgesel, ulusal veya uluslararası bir yaygınlık kazanmış olması fark etmez⁴⁵.

Diğer yandan taraflar, aralarında oluşmuş olan alışkanlıklarla da bağlıdır⁴⁶. Bu alışkanlıkların teamüllerden farklı olarak herhangi bir yaygınlık kazanmamış olması önem taşımaz. Ancak her halde bir alışkanlıktan bahsedebilmek için ilgili davranışın taraflar arasında belirli bir süredir tekrarlanıyor olması gerekir⁴⁷. Aahında tarafların aralarında oluşmuş alışkanlıklarla bağlı olması *venire contra factum proprium* ilkesinin yansımısından başka bir şey değildir⁴⁸. Dolayısıyla taraflardan birinin aynı koşullarda aynı davranışı sergileyeceği konusunda karşı taraf-ta haklı bir güven doğmuş olması halinde artık bir "alışkanlık"tan bahsedilebilecektir. Alışkanlıklar da CISG hükümlerine nazaran öncelikli uygulanırlar. Zira bunlar da sözleşme içeriği olmak itibarıyla normlar hiyerarşisinde en üstte yer alır.

⁴⁵ Staudinger/*Magnus*, Art.9 N.8; *Ferrari*, Draft Digest, 194.

⁴⁶ Örneğin Avusturya Yüksek Mahemesi tarafından verilen hır kararda davahının kullandığı genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Mahkemeye göre, GİŞ kullanan tarafın, her sipariş formunun ön yüzünde İngilizce olarak, arka yüzde basılı Almanca kaleme alınmış olan genel alış şartlarının uygulama alanı bulacağına ilişkin atfı, ilgili GİŞ'in sözleşme içeriği olduğu yönünde taraflar arasında bir alışkanlık oluşması sonucunu doğurur. Sözleşme görüşmelerinin hep İngilizce yürütülmüş olması bu noktada önem taşımaz, zira o güne kadarki siparişleri satıcının itiraz etmeden yerine getirmiş olması ilgili Almanca GİŞ'in uygulanmasına itiraz etmediğine delalet eder. Bkz. OGH 17.12.2003, CISG-Online N.828.

⁴⁷ *Slechtriem*, UN-Kaufrecht, N.60; Schlechtriem/Schwenzer/*Schmidt-Kessel*, Art.9 N.8. Örneğin sadece taraflar arasında iki kez tekrarlanmış bir davranış mahkemeler tarafından yeterli bulunmamıştır. Bkz. ZGer Basel-Stadt, 3.12.1997, CISG-Online N.346; AG Dusiburg, 13.4.2000, CISG-Online N.659.

⁴⁸ *Ferrari*, Draft Digest, 196.

III. Kendiliğinden Sözleşme İçeriği Olan Teamüller

1. Teamül ne demektir?

Teamülün ne olduğu CISG içinde tanımlanmamıştır⁴⁹. Ancak kavrama bir anlam verirken mümkün olduğu ölçüde ulusal hukuk düzenlerinin yaklaşımından bağımsız düşünmek gerekir⁵⁰. Buna göre teamülü, belirli bir ticari branşın veya belirli bir pazarın üyelerinin belirli bir işlemle bağlantılı olarak yaygın şekilde uyguladıkları davranış kurallarının bütünü olarak tanımlamak doğru olacaktır⁵¹. İlgili uygulamanın büyük bir yaygınlığa kavuşmuş veya yazıya dökülmüş olması teamül olarak nitelendirilmede önem taşımamaktadır⁵². Ancak bir teamül kurahının CISG m.9, f.2 uyarınca sözleşme içeriği olduğunun kabul edilebilmesi için aşağıda üzerinde durulacak olan ek koşulların gerçekleşmiş olması aranacaktır. Zira teamüllerden sadece belirli nitelikler arz edenleri CISG karşısında öncelikli olarak uygulanır⁵³.

2. Teamül kuralının sözleşme içeriği olmasının koşulları

CISG m.9, f.2 uyarınca teamülün sözleşme içeriği olduğunun kabul edilebilmesi üç koşulun gerçekleşmiş olmasına bağlıdır: ilgili teamül kuralının tanınmış ve uygulanıyor olması; teamülün uluslararası niteliği ve tarafların bu teamül kuralını bilmesi veya bilebilecek durumda olması. Eğer taraflar sözleşmede bu teamüllere aykırı bir düzenleme yapmışlarsa hiç kuşkusuz sözleşmesel düzeleme öncelikli uygulanır.

a. Tanınmışlık ve uygulanırlık

İlgili kuralın kimler tarafından uygulanıyor olması gerektiği aşında

⁴⁹ UCC § 1-205 uyarınca ticari teamül, belirli bir yerde, meslekte veya ticari branşta öylesine düzenli olarak uyulan bir davranış veya pazarlık yöntemidir ki, söz konusu işlem açısından da buna uyulmuş olacağı konusundaki beklentiyi haklı çıkarır. Bu hüküm hakkında bkz. *Baumann*, 55 vd.

⁵⁰ *Bianca/Bonell/Bonell*, Art.9 N.3.2.; *Esser*, ZfRV 1988, 167, 189; *Münch-KommHGB/Ferrari*, Art.9 CISG N.3. Yazara göre her zaman *ratio conventionis* ön planda olmalıdır, yani Antlaşmanın amacı çerçevesinde hükümlerine anlam verilmelidir (Kavram hakkında bkz. *G.Schmid*, 29). Antlaşma hükümlerinin yorumlanması sorunu hakkında bkz. aşağıda § 3 B II.

⁵¹ *Staudinger/Magnus*, Art.9 N.7; *MünchKommHGB/Ferrari*, Art.9 CISG N.3; *Schlechtriem/Schwenzler/Schmidt-Kessel*, Art.9 N.11.

⁵² *Bianca/Bonell/Bonell*, Art.9 N.3.2.

⁵³ *Ferrari*, Draft Digest, 198. Bu açıdan, US Dist.Ct. (SDNY) tarafından 10.05.2002'de verilmiş olan bir kararda, "taraflar ve ilgili endüstri dalında yerleşmiş alışkanlıklar ve teamüller, taraflar aksine bir düzenleme yapmadıkça kendiliğinden sözleşme içeriği olur" yönündeki ifadesi çok geniştir ve CISG m.9, f.2'nin yanlış anlaşıldığını gösterir. Bkz. CISG-Online N.653.

m.9, f.2'de açıklanmıştır. Buna göre milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeyi söz konusu branşta akdedenlerin bu kuralı bilmesi ve uygulaması gerekir. Maddenin, "genel olarak" tanınmışlığı araması, hem ilgili branştaki herkesin bu kuralı bilmesinin gerekmediğini hem de dünya çapında bir tanınmışlığın aranmadığını gösterir. Ancak teamülün bireysel, tekil ticari uygulamalar olmadığı, bunların belirli bir yaygınlık ve genellik göstermesi gerektiği de açıktır⁵⁴. Nitekim CISG m.9, taraflar arasında oluşmuş olan alışkanlıklar ile teamüller arasında özellikle bir ayrım yapmıştır. Birincisi sadece o ilişkide, o taraflar arasındaki uygulamadır. İkincisi ise genel olarak belirli bir branşta, belirli bir bölgede gelişmiş olan uygulamadır. Bir teamülün oluşmasında belirleyici olan, aynı davranışın tekrar ediliyor olmasıdır⁵⁵. Ayrıca bunun, kendi içinde bütünlük arzeden, homojen bir grupta gerçekleşmesi aranır⁵⁶.

b. Uluslararasılık

Milletlerarası ticarete gelişmiş bir kuralın aranıyor olması, sadece iç pazarda gelişmiş olan bir teamül kuralının CISG çerçevesinde uygulanma bulamayacağını gösterir⁵⁷. Ancak yukarıda da ifade edildiği gibi dünya genelinde bir uygulama da aranmamaktadır⁵⁸. Taraflardan birinin, karşı akidin ülke pazarını iyi tanıması nedeniyle orada geçerli ulusal teamüllerin sözleşme içeriği olduğu iddiası ise ancak m.9, f.1 ön koşulları mevcutsa kabul edilebilir. Bu tür ulusal teamüller, tarafların sözleşmede bunlara atıf yapmış olması veya taraflar arasında, bunları sürekli uygulamak suretiyle bir alışkanlık meydana gelmesi halinde sözleşme içeriği olacaktır⁵⁹. CISG m.9, f.2 kapsamında ele alınanlar ise uluslararası teamüllerdir.

c. Bilmek veya Bilmesi Gerekmek

CISG m.9, f.2 uyarınca milletlerarası teamüllerin sözleşme içeriği olmasının son koşulu, tarafların bu kuralların varlığından, sözleşmenin

⁵⁴ *Sonnenberger*, 72. Mahkemelerin bir teamülün tanınmışlığını ve uygulanırlığını tespit ederken, ticaret odalarına veya bilirkişilere danışması gerekeceği konusunda bkz. *P.Huber*, IPRax 2004, 358.

⁵⁵ *Sonnenberger*, 107.

⁵⁶ *Sonnenberger*, 91 vd.

⁵⁷ *Staudinger/Magnus*, Art.9 N.21; *Schlechtriem*, UN-Kaufrecht, N.61; *Esser*, ZfRV 1988, 167, 188.

⁵⁸ *Schackmar*, N.147. OGH 15.10.1998, CISG-Online N.380. Mahkeme, biri İtalya'da diğeri Avusturya'da işyerleri bulunan tarafların, odun satımına ilişkin Avusturya'da geçerli teamüllerden haberdar olması gerektiğini kabul etmiştir. Aynı yönde OGH 21.03.2000, CISG-Online N.641.

⁵⁹ *Schlechtriem/Schwenzler/Schmidt-Kessel*, Art.9 N.18.

kurulması anında haberdar olması veya gerekli özeni göstermiş olsaydı haberdar olabileceği olmasıdır. Bu ifade ile özellikle üçüncü dünya ülkelerinin kaygularına cevap verilmesi ve örn. Avrupa'da gelişmiş bir teamül kuralı ile bu ülke tacirlerinin otomatik olarak bağli tutulması engellenmek istenmiştir⁶⁰. Dolayısıyla ilgili teamül kuralının geliştiği coğrafi bölgede yerleşik olmayan tacirin ancak bu pazarda sık sık işlem yapması halinde bu kurallardan haberdar olduğu kabul edilecektir. Belirli bir branştaki teamül kuralının genel kabul görüyor olması, tarafların bu kuralın varlığından haberdar olması gerektiği sonucuna götürecektir.

d. Teyit mektubu örneğinde CISG m.9, f.2'nin değerlendirilmesi

Türk hukukunda olduğu gibi birçok hukuk düzeni teyit mektubu uygulamasını ya yasalarında düzenlemiş ya da içtihat yoluyla kabul etmiştir⁶¹. Buna göre, sözlü olarak kurulmuş ve içeriği belirlenmiş olan bir sözleşmenin bu içeriğini, ileride doğacak, olası tartışmaları engellemek amacıyla, taraflardan birinin kağıda dökmesi ve bu belgeyi karşı tarafa yollaması halinde bir teyit mektubundan bahsedilir⁶². Karşı tarafın belge içeriğini açıkça onaylaması veya susması halinde sözleşme içeriğine ilişkin bir ispat aracı elde edilmiş olur. Ancak sorun, belge içeriğinin, tarafların sözlü mutabakatından sapması ve karşı tarafın buna rağmen susması halinde, sözleşmenin hangi içerikle oluştuğunun kabul edileceği noktasında doğmaktadır⁶³. Bu açıdan teyit mektubu kullanımının milletlerarası alanda bir teamül niteliğini kazanıp kazanmadığını tespit etmek önemlidir.

Doktrinde, bu türden bir uygulamanın reddedildiği hukuk düzenlerinin varlığı ve bu nedenle yaygın uygulama şartının gerçekleşmeyeceği düşüncesi ile milletlerarası bir teamülün kabul edilemeyeceği ileri sürülmektedir⁶⁴. Buna karşılık, tarafların ikisinin de yerleşik olduğu veya düzenli olarak ticaret yaptığı ülkelerde bu tür bir kuralın gelişmiş ve uygulanıyor olması ve özellikle tarafların branşında da bu uygulamanın yaygın olması halinde teyit mektubu karşısında susulmasını olumlama ola-

⁶⁰ Staudinger/Magnus, Art.9 N.24.

⁶¹ Karşılaştırmalı bir inceleme için bkz. Schmidt, Die Praxis zum sog. Kaufmännischen Bestätigungsschreiben: ein Zankapfel der Vertragsrechtsdogmatik – eine Skizze zur "Sonderdogmatik" im "Sonderprivatrecht" und zu deren Integration in einen internationalen Konsens, in: FS Honsell, Harrer/Portmann/Zäch (Hrsg.), Zürich 2002, 99 vd. ve Esser, ZfRV 1988, 167 vd.

⁶² Schwenger, N.28.44; Larenz/Wolf, § 30 N.31 vd.; Mathys, 2 vd.; PICC, Art.2.12; PECL Art.2:210.

⁶³ Bu konuda bkz. Atamer, GİŞ, 92 vd.

⁶⁴ Esser, ZfRV 1988, 167, 189; Bydlinski, 80-81; Ludwig, 357-358.

rak değerlendirmemek haklı olarak eleştirilmektedir⁶⁵. Nitekim bir İsviçre mahkemesi, iki tarafın da teyit mektubunun kullanıldığı ülkelerden (Avusturya/İsviçre) gelmesi halinde CISG m.9, f.2 çerçevesinde uygulanacak bir teamülün oluştuğu sonucuna varmıştır⁶⁶. Buna karşılık bir Alman mahkemesinin verdiği kararda Nijeryalı satıcının Almanya'da geçerli bu teamülden haberdar olamayacağı ifade edilmiştir⁶⁷.

Kanımcıca, teyit mektubu uygulamasının CISG çerçevesinde red veya kabul edilmesi gibi kategorik bir sonuca varmaya gerek yoktur. Zira bu uygulamanın milletlerarası bir teamül haline gelip gelmediği tartışmasına birçok halde gerek kalmayacaktır. Örneğin anılan iki mahkeme kararına konu olan ihtilaflarda, teyit mektubu uygulamasının, tarafların irade beyanlarının yorumunda teamüllerin de dikkate alınacağını ifade eden m.8, f.3 çerçevesinde değerlendirilmesi mümkündür. İki tarafın da, bu uygulamadan haberdar olduğu ülkelerden geliyor olması, ayrıca başka ülkelerde ne olduğu, milletlerarası bir teamülün doğup doğmadığı araştırmasını lüzumsuz kılar. Sadece taraflardan birinin, teyit mektubu uygulamasının var olduğu bir ülkeden gelmesi halinde m.9, f.2 anlamında uluslararasılığın önem kazanması mümkündür. Ancak bu hallerde bile ağır basan koşul, ilgili tarafın bu teamülden haberdar olmasının gerekli gerekmediğidir. Örneğin teyit mektubunun kullanıldığı bir ülkele sık sık ticaret yapması halinde ilgili tarafın bu kurumun etkisinden haberdar olması beklenir. Ama bu durumda da teyit mektubu kullanımı uluslararası bir teamül haline geldiği için değil, salt somut olayda bundan haberdar olunması gerektiği için susma hukuki bir sonuç doğurmaktadır.

D. Incoterms, PICC ve PECL Örneğinde CISG m.8 ve 9'un Uygulanması

Yukarıda aktarılmaya çalışılan, sözleşme içeriğinin saptanmasına yönelik CISG sistemini bir kaç örnekle somutlaştırmaya çalışmak doğru gözükmektedir. Bu açıdan özellikle uygulamada da sorun yaratan, CISG ile, satım sözleşmesini düzenleyen diğer bazı hukuk uyumlaştırması araçları arasındaki ilişkiyi tespit etmek gerekmektedir. Öncelikle milletlerarası ticarete çok sık kullanılan Incoterms ve CISG ilişkisi, ikinci olarak da PICC ve PECL ile CISG arasındaki ilişki ele alınacaktır.

⁶⁵ Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.62; Staudinger/Magnus, Art.9 N.27; Mathys, 84. Ayrıca bkz. Ferrari, Draft Digest, 202.

⁶⁶ ZGer Basel Stadt, 21.12.1992, CISG-Online N.55.

⁶⁷ OLG Köln 22.2.1994, CISG-Online N.127 (karar hakkında bkz. Schlechtriem, EWIR 1/94, 867-868).

1. Incoterms hangi hallerde CISG'a tabi bir satım sözleşmesi açısından önem taşıyabilir?

1. Incoterms nedir?

Incoterms, merkezi Paris'te bulunan ve 1919 yılında kurulmuş olan Milletlerarası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce*) tarafından kabul edilmiş olan Milletlerarası Ticari Kurallardır. Kısaca *Incoterms* (INternational COmmercial TERMS) adı altında anılan bu kurallar, milletlerarası ticarete satım konusu malların teslimi ve nakli ile bağlantılı olarak uygulamada sık sık kullanılan bazı sözleşme klozlarının yorumunu yeknesak hale getirmek için ilk defa 1936 yılında MTO tarafından yayınlanmıştır⁶⁸. Daha sonra ticaret hayatında, nakil ve iletişim araçlarında yaşanan gelişmelere paralel olarak 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 ve en son 2000 yılında bu kurallar yeniden ele alınarak gerekli eklemeler ve değişiklikler yapılmıştır⁶⁹. Amaç, tarafların kullandıkları CIF, FOB, CFR gibi kısaltmaların karşılıklı olarak aynı şekilde anlamlandırılmasını sağlamak, böylelikle yorum farklılığından kaynaklanan ihtilafları engellemektir⁷⁰.

Incoterms, milletlerarası satımın sadece bazı yönlerine ilişkin hükümler içermektedir⁷¹. Her bir kloz/kısaltma, on adet başlık altında açıklanmakta ve satıcı ile alıcının yükümlülükleri karşılıklı olarak tespit edilmektedir. Bu on başlık sırasıyla⁷², sözleşmeye uygun mal teslimi/semeni ödeme (A/B 1); lisans, onay ve formaliteler (A/B 2); taşıma ve sigorta sözleşmesi/sigorta sözleşmesi (A/B 3); teslim/tesellüm (A/B 4); hasarın intikali (A/B 5); masrafların paylaşımı (A/B 6); alıcının/satıcının haberdar edilmesi (A/B 7); teslimin ispatı, taşıma belgeleri veya benzeri elektronik bildirim (A/B 8); malın kontrolü, paketlenmesi ve işaretlenmesi/malın kontrolü (A/B 9) ve diğer yükümlülüklerdir (A/B 10)⁷³.

Incoterms 2000'de ele alınan klotları 4 grup altında incelemek müm-

⁶⁸ *Baumbach/Hopt*³¹, (6) *Incoterms* Einl. N.1-2; *Basedow, RabelsZ* 1979, 116, 121; *BernerKommentar/Weber*, Vorbem. Zu Art.68-96 N.190 vd.; *Heuzé*, 225 vd.

⁶⁹ 1990 değişiklikleri dahil olmak üzere ayrıntılı bilgi için bkz. *Renck*, 11 vd. *Incoterms* 2000 hakkında ve hangi noktalarda 1990 metninden ayrıldığı konusunda bkz. *Bredow/Seifert*, 2-5; *Lehr*, *VersR* 2000, 548-557; *Erdem*, *Domaniç'e Armağan*, 179 vd.; *Poroy/Yasaman*, N.224g vd.

⁷⁰ *Erdem*, *Domaniç'e Armağan*, 179, 188.

⁷¹ *Incoterms* içinde düzenlenmeyen konular için bkz. *Erdem*, *SİF Satışlar*, 34-35.

⁷² İlk yazılı olan başlık, satıcının yükümlülüğüne, ikinci başlık ise alıcının buna karşılık gelen yükümlülüğüne ilişkindir.

⁷³ Ayrıntılı olarak *Erdem*, *Domaniç'e Armağan*, 179, 189 vd.

kündür⁷⁴. Bu gruplandırmada sıralama, satıcı açısından en az yük getirenden en fazla yük getirene doğru olmaktadır⁷⁵.

- E-klozu: ex works (EXW). Bu hüküm, alıcının malı satıcının işyerinde teslim alacağı halleri düzenlemektedir; satıcının malı hazır bulundurması yeterlidir;
- F-klozları: free carrier (FCA), free alongside ship (FAS), free on board (FOB). Satıcının malı, alıcı tarafından saptanmış olan bir taşıyıcıya belirli bir yerde teslim edeceği ve bu ana kadar hasar ve masrafları taşıyacağı halleri düzenleyen hükümlerdir. Bunlar sırasıyla alıcı tarafından belirlenen taşıyıcıya teslim, geminin yanında teslim ve gemide teslim halleridir;
- C-klozları: cost and freight (CFR), cost, insurance and freight (CIF), carriage paid to (CPT), carriage and insurance paid to (CIP). Malın teslimi masrafları dışında satıcının taşıma bedelini ve duruma göre sigorta bedelini karşılama öngören hükümlerdir. Bunlar sırasıyla masraflar ve navlun; masraflar, sigorta bedeli ve navlun; taşıma bedeli ödenmiş ve taşıma bedeli ile sigorta ödenmiştir.
- D-klozları: delivered at frontier (DAF), delivered ex ship (DES), delivered ex quay (DEQ), delivered duty unpaid (DDU), delivered duty paid (DDP). Alıcının belirlediği yerde teslimine kadar her türlü masrafı ve hasarı satıcının taşıdığı hükümlerdir. Bunlar da sırasıyla sınırda teslim; gemiden teslim; rıhtımdan teslim; vergi ödemeksizin teslim ve vergi ödenmek suretiyle teslimdir.

MTO tarafından hazırlanmış olan bu kurallar bütünü, CISG'ın düzenleme alanına giren bir dizi sorunu ele almaktadır. Özellikle sözleşmenin ifası aşamasına ilişkin her iki metinde de bir dizi hüküm bulunmaktadır. Bu nedenle iki kurallar bütününe ne zaman yan yana uygulanacağını ve hangisinin öncelik sahibi olacağını saptamak önem taşır. Buna cevap ise ancak, *Incoterms*'ün hukuki niteliğinin ve yürürlük sebebinin bulunması halinde verilebilir.

2. Incoterms'ün uygulanma koşulları

Incoterms'ün hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Kuşkusuz bun-

⁷⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdem*, *SİF Satışlar*, 35 vd.; *Erdem*, *Domaniç'e Armağan*, 179, 195 vd.; *Şanlı/Ekşi*, 108 vd.; *D'Arcy/Murray/Cleave*, *Schmitthoff's Export Trade: The Law and Practice of International Trade*, London 2000, 2-001 vd.; *Jan Ramberg*, *ICC Guide to Incoterms 2000*, Paris 1999; *Reithmann/Martiny*, N.764.; *Heuzé*, 231 vd.

⁷⁵ *Bredow/Seifert*, 9.

lar hiçbir ülke açısından yasa hükmünde değildir⁷⁶. MTO'nun devletleri bağlayıcı kurallar koyma yetkisi yoktur. Bağlayıcılıkları devlet zoruna dayanmayan kurallar ise ancak sözleşme içeriği oldukları için uygulanabilir veya teamül haline gelmiş olmaları nedeniyle sözleşme üzerinde bir etkileri olabilir⁷⁷. Uygulamada aşağıdaki olasılıklarla karşılaşılabilecektir:

- Taraflar açıkça "CIF satış, Incoterms 2000" tarzında bir ifade kullanılarak, sözleşmelerindeki CIF kaydının Incoterms 2000 kuralları uyarınca anlamlandırılmasını istediklerini beyan etmiş olabilir. Bu durumda CISG m.8 uyarınca Incoterms 2000 kurallarının CIF-satışa ilişkin açıklamalarının doğrudan sözleşmenin parçası olduğu ve bu gerekçe ile uygulama alanı bulduğu kabul edilmek gerekir⁷⁸. Gerçi burada da tarafların, sadece Incoterms içinde yer alan CIF terimine ilişkin açıklamayı⁷⁹ mı kast ettikleri, yoksa bunu yanı sıra, yukarıda anılan, tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin on kalem açıklamayı da tümünden sözleşme içine dahil etmek isteyip istemedikleri sorusu doğabilir. Ancak kural olarak, tarafların açıkça Incoterms ifadesini kullanması halinde ilgili kloza ilişkin olarak MTO tarafından verilmiş bütün açıklamaların da sözleşme içeriği olmasını istedikleri kabul edilmek gerekir⁸⁰. Aksini iddia eden tarafın, aralarındaki irade uyuşmasının farklı olduğunu ispat etmesi gerekir. Bu ispat gerçekleşmediği sürece hakim, ilgili kloza ilişkin Incoterms açıklamalarını aynı konudaki CISG hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulamak durumundadır. Zira sözleşme hükümleri CISG'a nazaran öncelikli uygulanır.
- Taraflar aralarında sadece bir "CIF satış" kararlaştırmış ise bunun ne anlama geldiğini tespit etmek o kadar kolay değildir. Zira bu durumda Incoterms'de düzenlenmiş şekliyle CIF satışın kast edildiğine ilişkin bir açıklık yoktur⁸¹. Doktrinde, bu konuda yeknesak bir tutum tespit etmek mümkün olmadığı gibi, aynı görüşte

⁷⁶ Bu tür hukuk kurallarının soft law olarak adlandırılması yaygınlık kazanmaktadır. Örn. bkz. *Lehr*, VersR 2000, 548, 550; *Schneider*, Incoterms 1990, RIW 1991, 91. Kavram hakkında bkz. *Linda Senden*, Soft law in European Community Law, Oxford 2004, 11 vd.

⁷⁷ *Eksi*, Çelikler Armağanı, 263, 279. Bu konuda ayrıntı için bkz. *Renck*, 17 vd.

⁷⁸ Bu noktada ayrıca Incoterms kurallarının teamül niteliğini taşıyıp taşımadığı tartışılmasına girmeye gerek olmaz. Aksi görüşte *Piltz*, FG Herber, 20, 21.

⁷⁹ Cost, Insurance, Freight (Masraflar, sigorta, navlun).

⁸⁰ Bu yönde *Schackmar*, N.125-126; *Staudinger/Magnus*, Art.9 N.8; *Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel*, Art.9 N.26.

⁸¹ Örneğin kast edilen TTK m.1139 vd.; UCC § 2-320; ABD'de uygulanan *American Foreign Trade Definitions* hükümleri de olabilir.

olanların gerekçeleri de çok farklılaşabilmektedir. Bir grup, Incoterms'ün kazanmış olduğu yaygınlık nedeniyle artık milletlerarası ticari teamül sayılması gerektiği ve CISG m.9 uyarınca (kısmen fıkra I'e kısmen fıkra II'ye dayanarak) sözleşme içeriği olacağını kabul etmektedir⁸². Diğer bir grup ise, Incoterms'ün kendiliğinden sözleşme içeriği olmasını, özellikle bir dizi ülkede bu kuralların hiç bilinmiyor olması nedeniyle şüphe ile karşılanması gerektiğini savunmakta ve her somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmasını teklif etmektedir⁸³.

Soruna belki şu şekilde yaklaşılması doğru olabilir. Sorun, taraflardan birinin satım sözleşmesinin "CIF-satım" olmasını teklif etmesi üzerine karşı tarafın bunu kabul etmesi halinde bu hükmün nasıl anlaşılması gerektiği konusunda kilitlenmektedir. Dolayısıyla sorun aslında CISG m.8 kapsamında ele alınmak gerekir. Sözleşme görüşmeleri sırasında, satış sözleşmesinin "CIF" olmasını teklif eden tarafın karşısındakinin CISG m.8, f.2 uyarınca bu irade beyanına vermesi gereken objektif anlamı saptamak gerekecektir. Eğer aynı durumdaki mantıklı, makul sözleşen, Incoterms kuralları çerçevesinde bir sözleşme akdedilmek istendiğini anlayabilecek durumda ise, bu kuralların da sözleşme içeriği olduğu kabul edilmek gerekir. Örneğin tarafların ticaret yaptığı sektörde ve ilgili pazarda sürekli bu kurallar çerçevesinde satım sözleşmeleri akdediliyorsa bu sonuca varmak gerekecektir⁸⁴. Bu hallerde ilgili kurallar, bütünü itibarıyla sözleşme içeriği olur. Yok eğer karşı tarafın bunu anlaması imkansız idiyse bu durumda hakim sözleşmedeki CIF hükmünün taraflar açısından ne gibi yükümlülükler ifade ettiğini yorum yoluyla tespit etmesi gerekecektir. Ancak hakim bu durumda da Incoterms düzenlemelerinden esinlenmesi söz konusu olabilir. Zira bu sefer CISG m.8, f.3'ün teamüllere yaptığı atıf nedeniyle tarafların iradelerinin yorumunda bu kuralların

⁸² Bu yönde örneğin: US Dist. Ct. (SDNY), 26.4.2002, CISG-Online N.615; US Ct. App. (5th Cir.), 11.3.2003, CISG-Online N.730. İki kararda da taraflar açıkça atıf yapmamış olsa bile CIF ve CFR klozlarının Incoterms uyarınca anlamlandırılacağı ve hasarın intikali anının oradaki düzenlemeye göre behirleneceği kabul edilmiştir. Benzer şekilde: *Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer*, Art.30 N.3; *Herber/Czerwenka*, Art.9 N.16; *Bianca/Bonell/Bonell*, Art.9 N.3.5; *Hager*, Einheitsches Kaufrecht, 387, 390; *Basedow*, *RechtsZ* 1979, 116, 121-122.

⁸³ *Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel*, Art.9 N.26; *Baumbach/Hopt*⁸¹, (6) Incoterms Einl., N.7; *Schackmar*, N.157; *MünchKommHGB/Ferrari*, Art.10 CISG N.18; *Ferrari*, *Draft Digest*, 203; *Bredow/Seiffert*, *Einführung* N.13 vd.; *Brunner*, CISG Art.9 N.2 ve Art.30 N.11; *Sonnenberger*, 80; *Reithmann/Martiny*, N.764; *Heuzé*, 230; *Czerwenka*, 175. Alman hukuku için aynı yönde *MünchKommHGB/Schmidt*, § 346 N.113.

⁸⁴ *Bianca/Bonell/Lando*, Art.31 N.2.2.

dikkate alınabileceği kabul edilecektir⁸⁵. Yukarıda da ifade edildiği gibi⁸⁶, teamüllerin tarafların iradesinin yorumunda dikkate alınması için bunların m.9, f.2 anlamında milletlerarası nitelik kazanmış olması gerekmez. Dolayısıyla *Incoterms*'ün her ne kadar milletlerarası teamül olarak kendiliğinden sözleşme içeriği olması mümkün olmayacaksa da tarafların iradelerinin yorumlanmasında dikkate alınması yine de mümkün olabilir.

- Taraflar, aralarındaki satım sözleşmesinde bu türden hiçbir ticari terime yer vermemişse artık *Incoterms*'ün buna rağmen m.9, f.2 uyarınca sözleşme içeriği olacağını söylemek ise kanımca mümkün değildir. Aynı şekilde bu kuralların *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak kendiliğinden uygulama bulacağı da kabul edilemez⁸⁷.

II. PICC ve PECL hangi hallerde CISG'a tabi bir satım sözleşmesi açısından önem taşıyabilir?

PICC ve PECL hükümlerinin milletlerarası bir satım sözleşmesine uygulanması açısından da yukarıda ifade edilenler doğrultusunda bir sonuca varmak gerekir. Bunların da, bugün için, CISG m.9, f.2 anlamında kendiliğinden sözleşme içeriği olabilecek ticari teamüller olarak nitelendirilmesi kanımca mümkün değildir. Özellikle PECL'in yukarıda açıklanmış olan, AB Borçlar Kanununun temelini oluşturma amacı da düşünüldüğünde bu zaten doğru olmaz. Olsa olsa tarafların ikisinin de AB ülkelerinde yerleşik tacirler olması halinde iradelerinin yorumunda bu ilkelere m.8, f.3 çerçevesinde değerlendirilmesi söz konusu olabilir.

Buna karşılık PICC açısından, yavaş yavaş milletlerarası ticari teamüle evrilme yönünde bir gelişme yaşanmaktadır. Özellikle milletlerarası ticari tahkimde bu kuralların çok daha fazla kullanıldığını görmek mümkündür⁸⁸. Buna rağmen, *Ferrari*'nin haklı olarak ifade ettiği gibi, bugün için PICC'nin CISG m.9, f.2 anlamında genel kabul gören, yaygın şekilde uygulanan ve taraflarca bilinmesi gereken milletlerarası bir teamül oluşturduğunu kabul etmek için henüz erkendir⁸⁹.

⁸⁵ Brunner, CISG Art.30 N.11; Renck, 75.

⁸⁶ Bkz. yukarıda dn.40 ve ilgili metin.

⁸⁷ Aynı yönde Renck, 44 vd. ve 64.

⁸⁸ PICC'nin *lex mercatoria* olarak nitelendirilmesi imkanı olup olmadığı konusunda bkz. Michaels, *RabelsZ* 62 (1998), 580, 601 vd.; Oğuz, *AÜHF* 2001/3, 11, 32 vd. ve 43 vd. Bu yönde *Dayınlarlı*, *MHB* 2003, 203,209.

⁸⁹ *Ferrari*, *Draft Digest*, 204; aynı yönde *Herber*, *IHR* 2003, 1, 8; aksi görüşte *Brödermann*, *RIW* 2004, 721, 728.

E. Normlar Hiyerarşisine İlişkin Ara Sonuç

Hakimin irade beyanlarını yorumlaması, taraflar arasındaki alışkanlıkları değerlendirmeye katması ve milletlerarası ticari gelenekleri dikkate almasına rağmen sözleşmede, önündeki somut soruna uygulanacak bir norm bulamaması ihtimali yüksektir. Bu durumda sözleşmede bir boşluk olduğunu ve bu boşluğun CISG'ın yedek hukuk hükümleri uyarınca doldurulacağını kabul etmek gerekir⁹⁰. Dolayısıyla şu ana kadar yapılan açıklamalar ışığında, incelenen normlar arasındaki sıralamanın aşağıdaki şekilde olduğunu kabul etmek uygun düşer:

- CISG'ın emredici kuralları⁹¹;
- Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları hususlar;

⁹⁰ Hakimin sözleşme boşluğunu CISG'ın yedek hukuk kuralları yerine öncelikle sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yoluyla doldurmasının gerekip gerekmediği tartışmanın ayrıntılarına burada girilmeyecektir. Gerek Alman gerekse İsviçre hukuklarında, yedek hukuk kuralları ile hakimin sözleşmeyi tarafların iradesine uygun olarak tamamlaması arasındaki ilişki hayli tartışmalıdır. Sorun, sözleşmede boşluk olan hallerde hakimin önce yedek hukuk kurallarını mı uygulayacağı, yoksa yeri geldiğinde yedek hukuk kurallarının olayın özelliklerine uygun düşmemesi nedeniyle sözleşmedeki boşluğu tarafların farazi iradelerine göre doldurmayı tercih edemeyeceğidir. Bugün için iki hukuk düzeninde de ortalama bir çözüm savunulmaktadır (Almanya'da bu yönde örn. *Larenz/Wolf*, § 28 N.109 vd.; *Staudinger/Roth*, § 157 N.23 vd.; *Ehrliche*, *RabelsZ* 60 (1996), 661, 679 vd.; *MünchKommBGB/Mayer-Maly/Busche*, § 157 N.35-36; *Hein Kötz*, *Vertragsauslegung*, Eine rechtsvergleichende Skizze, *FS Albrecht Zeuner*, Tübingen 1994, 219, 231 vd.; İsviçre'de bu yönde *BernerKommentar/Kramer*, Art.18 N.237; *Jäggi/Gauch*, Art.18 N.511 vd.; *Gauch/Schluep/Schmid*, N.1254 vd., 1265; *BGE* 115 II 484, 488; Türkiye'de bu yönde *Kocayusufoğlu*, *Borçlar Hukuku* § 39 N.2 vd.; *Oktay*, *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması*, *İÜHF* 1996, 263, 288 vd.; *Atamer*, *Sözleşme Boşluklarının Hakim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler*, *İÜHF* 2005). Buna göre kural, hakimin yedek hukuk normlarını uygulamasıdır. Zira hakim Anayasal kuvvetler ayrılığı ilkesi gereği pozitif hukuku uygulamakla yükümlüdür. Ancak istisnai olarak yedek hukuk kurallarının bertaraf edilmesi mümkündür. Bu haller, i. sözleşmeden, tarafların yedek hukuk kurallarının uygulanmasını istemediği sonucunun çıkarılabiliyor olması ve ii. sözleşmeden böyle bir sonuç çıkarılmıyor olmasına rağmen yedek hukuk kurallarının bulunduğu çözümün taraflar arasındaki sözleşmenin atipik ve özel durumuna hiçbir şekilde uymamasıdır. Ulusal hukuklar düzeyinde var olan bu tartışma CISG'a tabi satım sözleşmeleri açısından da yaşanmaktadır. Doktrinde bir kısım yazar, hakimlerin öncelikle sözleşmeyi tarafların farazi iradelerine uygun olarak tamamlamaya çalışması gerektiğini savunmaktadır (Bu yönde *Brunner*, *CISG* Art.8 N.21; *Bydliński*, *Allgemeines Vertragsrecht*, 57, 77; *Karollus*, 52; *Schlechtriem/Schwenzer/Schmidt-Kessel*, Art.8 N.26; *ICC Hakem Kararı*, N.8324/1995, *CISG-Online* 569). CISG'ın yedek hukuk kuralları sadece bunun mümkün olmaması halinde devreye girecektir. Buna karşılık diğer bir görüş, CISG m.8'de farazi iradelerden ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan hiç bahsedilmemiş olması nedeniyle, CISG çerçevesinde bu tür bir yorumun mümkün olmadığını kabul etmektedir (*MünchKommBGB/Westermann*, Art.8 CISG N.1; *Najork*, 61-62; *MünchKommBGB/Ferrari*, Art.8 CISG N.4; *Musger*, 15 dn.57).

⁹¹ Bunların sınırlı sayıda olduğu konusunda bkz. bu bölümde yukarıda § 2 A, dn.4.

- CISG m.9, f.1 uyarınca tarafların uygulama konusunda anlaşmış oldukları teamüller;
- CISG m.9, f.1 uyarınca taraflar arasında oluşmuş olan alışkanlıklar;
- CISG m.9, f.2 uyarınca sözleşme içeriği olduğu farz edilen milletlerarası teamüller;
- CISG'nin bütün yedek hükümleri.

Hakim, CISG'a tâbi milletlerarası bir satım sözleşmesinden doğan ihtilafı çözerken uygulayacağı normları bu sıra içinde tespit edecektir. Görüldüğü gibi CISG hükümleri tali olarak uygulanmaktadır. Ancak CISG'nin amacı, tarafların sözleşmelerinde her konuda düzenleme yapması ihtiyacını ortadan kaldırmak ve onlara, menfaatlerini en iyi şekilde dengeleyen, iki tarafın ulusal hukukunun üstünde duran bir alternatif sunmaktır. Dolayısıyla uygulamada, tarafların sözleşmede düzenledikleri konuların gittikçe azalması ve onun yerine CISG hükümlerinin doğrudan uygulanması yönünde bir eğilimin gelişmesi beklenmelidir.

Takip eden bölümde CISG'nin satım sözleşmesinin hangi alanlarına ilişkin olarak yedek hükümler içerdiği ve CISG'da boşluk olması halinde ne yapılacağı sorunu üzerinde durulacaktır.

§ 3. CISG'da Düzenlenen Konular ve Bunların Ulusal Hukuklara Nazaran Öncelikli Uygulanırlığı

A. Satım Hukukunun Hangi Yönleri CISG'da Düzenlenmiştir?

Hakimin, taraflar arasındaki satım sözleşmesini CISG hükümleri uyarınca yorumlamasına rağmen, ihtilafa uygulanacak bir düzenleme bulamıyorsa, ikinci olarak bakacağı hükümler CISG'nin yedek hukuk hükümleri olacaktır. CISG, hem BK'nın genel bölümünde bulmaya alışık olduğumuz bir dizi konuya, hem de BK'nın özel bölümünde yer alan satım hukukuna ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Hem BK m.182-212 arasında ele alınmış olan bütün hususlar Antlaşmada mevcuttur, hem de sözleşmenin kurulması, şekli, ifa yeri, ifa zamanı, sorumsuzluk halleri, sözleşmeden dönmenin sonuçları gibi konular incelenmiştir. Amaç, satım sözleşmesi ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek ihtilafların mümkün olduğu kadar çoğuna Antlaşma içinde çözüm üretmek olmuş; sadece aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacak olan, sözleşmenin geçersizliği, mülkiyetin intikali gibi bazı sorunlar bilinçli olarak düzenleme alanı dışında bırakılmıştır. Her ne kadar CISG m.4, c.1'de "*Bu Antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler*" şeklinde bir ifade kullanılmışsa da, maddi hukuka ilişkin "sadece" 75 maddenin bulunması, CISG'nin düzenleme alanının genişliğini göstermeye yetmektedir. Kabaca bir sistematik verilme gerekirse aşağıdaki alanlara ilişkin olarak Antlaşmada hüküm bulunmaktadır⁹²:

- Sözleşmenin kurulması (icap/icabın bağlayıcılığı/icabın geri alınması/icabın hükümden düşmesi/kabul/icaba yapılan eklemelerle kabul/kabul süresi/geç kabul/kabulün geri alınması/sözleşmenin kurulma anı/şekil)
- Sözleşmenin yorumlanması
- Satıcının sözleşmeden doğan yükümlülükleri (mal teslim borcunun içeriği ve teslim yeri/malın taşınması/teslim zamanı/belgele rin teslimi/malın sözleşmeye uygunluğu/alıcının muayene ve ihbar külfeti/mal üzerinde üçüncü kişilerin hak iddiası)

⁹² Antlaşmanın tercümesi için bkz. EK 1.

- Satıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı davranışı halinde alıcının hakları (ifayı talep/tamirat/yenisi ile değiştirme/sözleşmeden dönme/semenin tanzili/kısmi ifa etmeme ve erken ifa hallerine ilişkin özel hükümler)
- Alıcının sözleşmeden doğan yükümlülükleri (semeni ödeme/ödeme yeri/ödeme zamanı/ödeme koşulları/mal teslim alma)
- Alıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerine aykırı davranması halinde satıcının hakları (ödemeyi talep/ek süre/sözleşmeden dönme)
- Hasarın intikali
- Satıcı ve alıcı için ortak hükümler (öncelenmiş sözleşmeye aykırılık/art arda teslimli sözleşmeler/tazminat/faiz/sorumsuzluk halleri/sözleşmeden dönmenin sonuçları/ malın muhafazası)

Hakim, taraflar arasındaki sözleşmede, ihtilafa uygulanması gereken bir hüküm bulamadığı takdirde, Antlaşmada düzenlenmiş olan bütün alanlarda sorunun çözümünü Antlaşmada aramak zorundadır. Düzenlenmiş olan hiçbir konuda ulusal hukukun hükümlerine başvurması mümkün değildir. Dolayısıyla Antlaşmanın hangi konularda bir düzenleme içerdiğini saptamak büyük önem arz etmektedir. Bunu tespit edebilmek için öncelikle Antlaşma hükümlerinin nasıl yorumlanması gerektiği sorunu üzerinde durulması gerekir. CISG m.7, f.1 bu alanda özel bir düzenleme getirmiş ve Antlaşma hükümlerinin nasıl uygulanacağı ve uygulama alanının nasıl tespit edileceğini saptamıştır. Antlaşma normlarının yorumlanmasına rağmen, ihtilafa uygulanacak olan bir norm bulunamazsa, hakimin cevap araması gereken ikinci soru, bu boşluğun, CISG hükümlerinin kıyasen uygulanması veya CISG'a içkin genel ilkeler uyarınca doldurulmasının mümkün olup olmadığıdır (CISG m.7, f.2). Eğer bu da mümkün değilse veya Antlaşmanın zaten açıkça uygulama alanının dışında bırakmış olduğu bir konu söz konusu ise, son çare olarak, devletler özel hukuku kulları uyarınca saptanacak ulusal hukuk düzeninin normlarına başvurulacaktır.

B. CISG Hükümlerinin Yorumlanması

I. Genel Olarak

Milletlerarası bir antlaşma imzalanmak ve onaylanmak suretiyle bir ülkenin iç hukuku haline geldiğinde, bütün diğer hukuk kuralları gibi o ülkenin ulusal normları ile aynı kaderi paylaşır ve örneğin, o normlar gibi yorumlanır. Ancak uyumlaştırma ürünü hukuk ile ulusal hukukun aynı potaya atılması hukuk uyumlaştırmasının amaçları ile çelişen

bir durumdur⁹³. Onlarca imzacı ülkenin CISG hükümlerini ayrı ayrı yorumlaması⁹⁴ ve anlaması, uyumlaştırmadan elde edilmesi beklenen sonucun büyük ölçüde sabote edilmesi anlamına gelir⁹⁵. Bütün ülkelerin aynı normlara sahip olması onların bunları aynı şekilde uygulamaları için yeterli bir teminat değildir⁹⁶. Zira ulusal hukuklarda, mahkemelerin birbiriyle çelişen bir içtihat izlemesi halinde, genelde üst mahkemenin içtihadın birleştirilmesi yoluna gitmesi ve uygulamadaki farklılıkları bertaraf etmesi imkanı vardır. Oysa CISG'in uygulanması açısından bu türden bir üst mahkemenin var olmadığı aşikardır⁹⁷. İşte bu yüzden CISG m.7, f.1'de Antlaşma hükümlerinin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmiştir⁹⁸:

" (1) Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanması ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözettir. ..."

Görüldüğü gibi maddenin amacı, CISG'in, milletlerarası kökenli ulusal bir düzenleme olmasından kaynaklanacak olası çatışmaları engellemektir⁹⁹. Aşağıda öncelikle CISG m.7, f.1'de ele alınmış olan bu özel yorum ilkeleri açıklanmaya çalışılacak, daha sonra "klasik" yorum metotları ile bunların ilişkisi tespit edilecektir.

⁹³ Köhler, 15; Diedrich, 44; Müller / Togo, IHR 2005, 102.

⁹⁴ Civil law ile common law ülkelerinde geçerli olan yorum ilkeleri ve bunlar arasındaki farklar ve benzerlikler konusunda son derece ayrıntılı bir inceleme için bkz. Vogenauer, 430 vd.; 669 vd. ve iki sistemin mukayesesi için bkz. 1254 vd.

⁹⁵ Bkz. Basedow, BGH, 777, 778.

⁹⁶ G. Schmid, 18; Lookofsky, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. (Special Issue 2003), 263, 268; Ferrari, IHR 2001, 56, 57; Ryan, 4 Tul. J. Int'l & Comp. L. 99, 101 (1995-1996).

⁹⁷ Basedow, en azından AB üyesi ülkeler için Topluluk Mahkemesinin bu rolü üstlenebileceği teklifini getirmiş (EuZW 1992, Editorial, Europäisches Privatrecht: Das UN-Kaufrecht vor den EuGH, 489), ancak bu görüş öğretilde ve uygulamada kabul görmemiştir. Bu konudaki tartışmalar için bkz. G. Schmid, 33; Schroeter, § 21. BM nezdinde kurulacak böyle bir mahkemenin nasıl teşekkül edebileceği konusunda bkz. Diedrich, 108-109. Bu tür bir mahkemenin kurulması aleyhinde Linhart, 225 vd. ve 235.

⁹⁸ Kramer, JBI 1996, 137, 139. Bu düzenleme artık milletlerarası antlaşmalarda çok sık kullanılan bir formül haline gelmiştir. Örn. bkz. Convention on Agency in the International Sale of Goods, 8.02.1983 (Cenevre), m. 6, f.1; UNIDROIT Convention on International Factoring, 28.05.1988 (Ottawa), m.6, f.1; UNIDROIT Convention on International Financial Leasing, 20.05.1988 (Ottawa), m.6, f.1; UN-Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, 12.12.2001, Art 7 f.1. PICC Art.1.6 ve PECL Art.1:106 da CISG m.9'u örnek alarak kaleme alınmıştır.

⁹⁹ Yorum kurallarının hukuk güvenliğini tesis etmeye ve eşitlik ilkesinin korunmasına hizmet ettiği konusunda bkz. G. Schmid, 25; Diedrich, 60 vd.

II. Yorum İlkeleri

1. Antlaşmanın uluslararası niteliğinin dikkate alınması

Yorumda Antlaşmanın uluslararası niteliğinin gözetilmesinden kast edilen, CISG'in "otonom" yorumlanması¹⁰⁰; yani sadece Antlaşma metni ni esas alarak ve ulusal hukuklardaki farklı kavram ve kurumları göz ardı ederek yorum yapılması gereğidir¹⁰¹. Zira ancak otonom bir yorum yöntemi, hukukun birörnekleştirilmesi amacını güvence altına alabilir. Hakim kendi hukuk düzenindeki kavramlar ve bunlara verilen anlamlardan tamamen sıyrılarak soruna yaklaşması gerekir¹⁰². Bu bağlamda akla gelebilecek bir soru, CISG'in bir hükmünün belirli bir hukuk düzeninden etkilenerek kaleme alınmış olduğu hallerde¹⁰³ bu ülke uygulamasının ve doktrininin ne ölçüde dikkate alınacağıdır. Kural olarak bu hallerde bile bağımsız bir yorum yapılmaya çalışılmalıdır¹⁰⁴. Zira bir kez Antlaşma içine alınmakla, ulusal hukukun ilgili normu artık farklı bir normlar bütünü içinde yeni bir anlam kazanabilecektir¹⁰⁵. Ayrıca dünya-

¹⁰⁰ Bu yönde *Köhler*, 16; *G. Schmid*, 42; *Schlechtriem/Schwenzel/Ferrari*, Art.7 N.9; *Staudinger/Magnus*, Art.7 N.12; *Kramer*, JBI 1996, 137, 142; *Diedrich*, 76 vd.; *Koch*, RevCISG 1998, 177, 190; *Kaplan*, MHB 2002, 325, 343. Genel olarak milletlerarası antlaşmaların otonom yorumu hakkında bkz. *Basedow*, BGH, 777, 785 vd.; *Linhart*, 37.

¹⁰¹ Örn. OLG Karlsruhe'nin 25.06.1997'de verdiği bir kararda, Alman hukukuna özgü 'ayıp' veya 'vaat edilen vasıflar' gibi kavramların CISG çerçevesinde kullanılmayacağı hakkı olarak ifade edilmiştir (CISG-Online N.263). Ayrıca bkz. US Dist. Ct. (S.D.N.Y.), 06.04.1998, CISG-Online 440: "...although the CISG is similar to the UCC with respect to certain provisions, [...] it would be inappropriate to apply UCC case law in construing contracts under the CISG." Aynı şekilde Avusturya Yüksek Mahkemesinin Mayıs 2005'de verdiği bir kararında, semenin indirilmesi ile dönme hakkı arasındaki ilişkinin tespit edilmesinde alt derece mahkemesinin Avusturya hukukundaki duruma ilişkin açıklama yapması, CISG'in otonom yorumlanması gereğine aykırılık nedeniyle bir yanlışlık olarak nitelendirilmiştir. OGH 23.05.2005, CISG-Online N.1041. Aynı yönde ve çok kesin bir ifade ile BGH 02.03.2005, CISG-Online N.999.

¹⁰² *Ferrari*, IHR 2001, 56, 57; *Kramer*, JBI 1996, 137, 139. *Kramer*, CISG m.39, f.1'i örnek vermektedir. Ayıplı mal teslim edildiğinin saptanması halinde alıcının "münasip" (*angemessen/raisonnable/reasonable*) bir süre içinde satıcıyı bundan haberdar etmesi gerekir. Münasip olmanın ne olduğu tespit edilmeye çalışılırken hakim, örn. BK m.198'de kullanılan "derhal" (*sofort*) ifadesine verdiği anlamı veremez. Aynı şekilde Alman Ticaret Kanunu § 377'de yer alan "unverzüglich" (gecikmeksizin) ifadesi de esas alınmaz. Münasip süre milletlerarası ticaretin gereklerine uygun olarak saptanmak gerekir.

¹⁰³ Bunun en klasik örnekleri, kısmen *common law*, kısmen Fransız hukukunun etkisinde geliştirilmiş olan sözleşmenin "esash" ihlali (CISG m.25) kavramı ile ancak "öngörülebilir" zararların tazmin edileceğine ilişkin CISG m.74'dür. Bkz. ileride Bölüm 5.

¹⁰⁴ Bu yönde örn. *Schlechtriem/Schwenzel/Stoll/Gruber*, Art.74 N.34 vd.; *Lubbe*, *RabelsZ* 2004, 444, 447; *Koch*, RevCISG 1998, 177, 190; *Jung*, 242 vd. Aksi görüşte *Schlechtriem/Schwenzel/Ferrari*, Art.7 N.10; *Kramer*, JBI 1996, 137, 143.

¹⁰⁵ *Diedrich*, 74 ve 146. AB- Satım Yönergesinin uygulanmasında aynı yaklaşımın benimsenmesi gerektiği konusunda bkz. *Jud*, *Schadenersatz*, 34 vd.

nın çeşitli ülkelerinden hakimlerin, ilgili normun alınmış olduğu ülkenin hukuk düzeni hakkında araştırma yapmasını ve ona göre hükme anlam vermeye çalışmasını beklemek ütopyik olacaktır.

Buna karşılık CISG'a ilişkin olarak yapılan bilimsel yayınlarda bu türden bir kısıtlama getirmenin anlamı olamaz¹⁰⁶. Kuşkusuz bu yayınlarda CISG hükümlerinin kaynağındaki hukuk düzenleri de araştırılacak ve bundan çıkarılan sonuçların milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun olması halinde CISG hükümlerine de yeri geldiğinde "mebaz" ülke hukuk düzenine paralel bir anlam verilecektir¹⁰⁷. Farklı ülkelerdeki mahkemelerin de bu mukayeseli araştırmalardan faydalanmak suretiyle benzer sonuçlara ulaşması mümkündür. Yani dolaylı bir etkileşim söz konusu olacaktır. Nitekim bu çalışmanın temelinde de aym yaklaşım yatar.

2. Birörnek uygulamanın korunması

Bu ifade ile amaçlanan, benzer ihtilafların farklı ülkelerde mahkeme önüne geldiği hallerde CISG'in mümkün olduğu ölçüde yeknesak uygulanmasını sağlamaktır. Bunun için hakimlerin karşılaştırmalı hukukun verilerinden faydalanması bir zorunluluk teşkil eder¹⁰⁸. Nitekim bunu temin için gerek Birleşmiş Milletler'de UNCITRAL nezdinde gerekse muhtelif üniversiteler nezdinde veri-bankaları ihdas edilmiş¹⁰⁹ ve bu sayede bütün dünyada CISG'a ilişkin olarak verilen mahkeme kararları toplanmaya başlanmıştır¹¹⁰. Bugüne kadar başka hiçbir Antlaşmada ve hukuk uyumlaştırması aracında karşılaşılmamış bir akademik ağ oluşmuş ve bilgi akışı sağlanmıştır. Amaç, dünya genelinde yeknesak bir içtihadın gelişmesini sağlamak ve bu şekilde hukuk güvenliğine artırmaktır¹¹¹. Bu doğrultuda atılan son önemli adım ise, *New York Pace University*'nin inisiyatifi ile oluşturulmuş olan *CISG Advisory Board*, yani CISG Danışma Kuruludur. Dünyanın farklı ülkelerinden akademisyenlerden oluşan bu kurulun amacı, CISG'in uygulanması ile ilgili olarak çıkabilecek sorunların çözümü için objektif görüş oluşturmak ve bu sayede farklı ülke mahkemelerine yol göstermektir¹¹². Kurul her ne kadar herhangi

¹⁰⁶ Benzer şekilde *Staudinger/Magnus*, Art.7 N.37; *Schlechtriem*, *Unification*, 121, 141; *Faust*, *Vorhersehbarkeit*, 71 vd.

¹⁰⁷ *Koch*, RevCISG 1998, 177, 192.

¹⁰⁸ Bkz. *G. Schmid*, 67 dn.326; *Koch*, RevCISG 1998, 177, 213; *Müller/Togo*, IHR 2005, 102, 107.

¹⁰⁹ Bu veri-bankalarının İnternet adresleri için bkz. aşağıda Kaynakça.

¹¹⁰ Bu alanda yapılabilecekler için örn. bkz. *Honnold*, *Uniform Application*, 115, 120 vd. UNCITRAL bünyesinde bu alanda devam eden çalışmalar ve teklifler hakkında bkz. *G. Schmid*, 33 vd.

¹¹¹ *Kramer*, JBI 1996, 137, 141.

¹¹² Kurulun oluşumu ve amaçları hakkında bkz. *Herber*, *Eine neue Institution: Der*

resmi bir vafsa sahip olmasa da üyelerinin yıllardır CISG alanında çalışan kişiler olması yayınladığı görüşlerin uygulamada büyük etkinlik kazanması ihtimalini artırmaktadır¹¹³.

Kuşkusuz CISG'in uygulandığı bir mahkeme kararının, diğer bir ülke hakimisi açısından bağlayıcı olması söz konusu olamaz. Ancak Anglo Amerikan terminolojisinden gelen bir ifade ile bunların „ikna edici bir otoritesi“ vardır (*persuasive authority*)¹¹⁴. Aslında Türk hakiminin MK m.1, f.3 çerçevesinde zaten alışık olduğu bir muhakeme tarzı CISG m.7, f.1'de benimsenmiştir. Kendisinden beklenen, ulusal mahkeme kararlarının yanı sıra yabancı mahkeme kararlarını da değerlendirmeye alması¹¹⁵, *Kramer*'in ifadesi ile, bunların kendisine ilham kaynağı olmasıdır¹¹⁶. Türk yargısının özellikle İsviçre ve Alman kararlarını mukayeseli olarak değerlendirme konusundaki ileri düzeyi düşünüldüğünde bu hususun hakimler açısından bir sorun doğurmayacağı beklenir.

Yabancı mahkeme kararını değerlendirmelerine dahil eden hakimnin sadece uluslararası karar ahenğini sağlamak için bu karardaki çözümü aynen benimsemesi ise gerekli değildir¹¹⁷. CISG'in bir maddesinin uygulanması konusunda yerleşik bir milletlerarası içtihadın geliştiğinin kabul edilmediği bütün hallerde, mahkeme, benzer olaydaki kararın yanlış olduğu sonucuna vararak farklı bir değerlendirmeye gidebilir¹¹⁸. Ancak her halde kararın gerekçeli olması bu bağlamda büyük önem taşımaktadır.

CISG Advisory Council, IHR 2003, 201-202 ve *Mistelis*, CISG-AC Publishes First Opinion, IHR 2003, 243-244. İki metin www.cisg-online.ch/cisg/cisgac.html adresinden de temin edilebilir.

¹¹³ *Herber*, dn.112, 202.

¹¹⁴ *Linhart*, 39; *Lurger*, IHR 2001, 91, 100; *Schlechtriem*, IPRax 1996, 388, 389; *Kramer*, JBI 1996, 137, 146; *Schroeter*, § 21 N.70 vd.; *Ferrari*, IHR 2001, 56, 60; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.7 N.24. Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *G. Schmid*, 80 vd. ve 113 vd. Başka ülkelerin CISG hakkındaki kararlarını değerlendirmelerine katan mahkeme kararları için örn. bkz. US Dist. Ct., 17.05.1999, CISG-Online 387 (karar hakkında bkz. ileride bölüm 4, § 3 II 1); *Tribunal di Vigevano*, 12.07.2000, CISG-Online 378; BG 13.11.2003, CISG-Online N.840.

¹¹⁵ Milletlerarası ticarete özellikle hakem kararlarının da önem taşıdığı düşünülecek olursa, yayımlandıkları ve ulaşılabildiği ölçüde bu kararların da değerlendirilmede dikkate alınması gerekir, *G. Schmid*, 131.

¹¹⁶ *Kramer*, JBI 1996, 137, 146.

¹¹⁷ *Pichonnaz*, N.1628-1629; *Linhart*, 38-39.

¹¹⁸ *Schlechtriem*, Symposium Vischer, 9; *Linhart*, 39; *Canaris*, JZ 1987, 543, 549; *Kropholler*, 281 vd. *Common law*'da olduğu gibi (*stare decisis*), milletlerarası hukukta da yabancı mahkeme kararlarının bağlayıcı olması düşüncesi haklı olarak yerleşmemiştir. CISG bağlamında *stare decisis*-doktrininin uygulanmasına karşı ileri sürülen eleştiriler için bkz. *G. Schmid*, 110 vd. *Common law* ülkelerinde geçerli olan bu doktrinin İngiliz hukukundaki gelişimi hakkında bkz. *Vogenaue*, 955 vd. ve 1236 vd.

Zira ancak gerekçelerin ortaya konulması ile milletlerarası alanda uyumlu bir içtihadın gelişmesi imkanı vardır¹¹⁹. CISG alanındaki yabancı mahkeme kararlarının dikkate alınmaması ise, CISG m.7, f.1'e aykırılık oluşturacağı için, ilgili mahkeme kararı açısından bir temyiz sebebi sayılacaktır¹²⁰.

3. Uluslararası ticarete dürüstlük kuralının gözetilmesi

Dürüstlük kuralının, CISG hükümlerinin nasıl yorumlanacağını düzenleyen madde içinde yer alması aslında Antlaşmanın hazırlanması aşamasında yaşanan bir tartışmanın sonucudur¹²¹. Bir görüş doğrudan satım sözleşmesinin tarafları için dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğünü getirmek isterken diğer bir görüş bu „belirsiz“ kavram ile çalışılmaması istememiştir¹²². Dolayısıyla dürüstlük kuralı m.7 içinde, anlamı ve kapsamı hayli belirsiz bir şekilde düzenlenmiştir. Anılan yorum ilkeleri çerçevesinde, dürüstlük kuralına da, CISG'a uygun otonom bir anlam verilmesi gerekecektir.

Dürüstlük kuralı öncelikle CISG hükümlerinin yorumunda belirli bir esnekliğin sağlanmasına yarayabilir¹²³. Zaten bazı maddeler, „mantıklı“, „makul“ veya „esaslı“ olandan bahsetmek suretiyle bu esnekliği hakime tanımıştır¹²⁴. Diğer yandan bu kural, anlaşılması zorluk doğuran bazı CISG hükümlerinin anlamlandırılmasında da işe yarayabilecektir. Zira birden fazla anlama gelen CISG hükümlerinin, dürüstlük kuralına aykırı olan anlamları tercih edilmeyip, bu kuralla çelişmeyen yorumuna üstünlük verilecektir¹²⁵. Dürüstlük kuralının asıl işlevi ise boşlukların doldurulmasında görülmektedir¹²⁶. Ancak CISG'daki boşlukların doldurulması sorunu aşağıda ele alınacağı için burada ayrıntıya girilmeyecektir.

¹¹⁹ *Kropholler*, 282; *Köhler*, 26.

¹²⁰ *G. Schmid*, 158.

¹²¹ *Honnold*, Uniform Application, 115, 140; *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.7 N.25.

¹²² *MünchKommHGB/Ferrari*, Art.7 CISG, N.23.

¹²³ *Köhler*, 28-29; *Honnold*, Uniform Application, 115, 144.

¹²⁴ Örn. Sekreteryaya Şerhinde dürüstlük kuralının Antlaşma içindeki uygulamalarına örnek olarak şu maddeler sayılmıştır: CISG m.16, f.2 (b); 21, f.2; 29, f.2; 40; 47, f.1; 63, f.2; 85-88, *Sekreteryaya Şerhi*, Art.6 N.3 (İlgili yerde anılan madde numaraları New York Taslağına ilişkin olduğu için farklıdır. Burada madde numaraları nihai metne uyarlanmıştır).

¹²⁵ Bu bağlamda 1969 tarihli BM Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu m.31'e paralellik söz konusudur. Zira bu madde milletlerarası antlaşmaların dürüstlük kuralına uygun olarak yorumlanması gerektiğini genel kural olarak saptamıştır.

¹²⁶ *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.7 N.26; *Köhler*, 29.

CISG m.7, f.1'in „milletlerarası ticarete“ dürüstlük kuralının gözetilmesinden bahsetmesi bu kavrama yine “uluslar-üstü” bir anlam verilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Hakimlerin, kendi ulusal içtihatlarıyla bağlı kalmaksızın bu kavramı, sınır aşan sözleşmelerin özellikleri bağlamında somutlaştırmaya çalışması gerekir.

III. Yorum Yöntemleri

Yorum ilkeleri m.7, f.1'de tespit edilmiş olmasına rağmen, yorum yöntemleri açısından CISG özel bir düzenleme içermemektedir¹²⁷. Ancak Savigny'den beri¹²⁸ yaygın uygulama bulan yorum yöntemlerine ilişkin dörtü ayrıntı¹²⁹ bugün CISG hükümleri açısından da yaygın olarak kullanılmaktadır¹³⁰. Oysa *civil law* sisteminde yasaların yorumu için geliştirilmiş olan bu yöntemin *common law* ülkelerini de bünyesinde toplayan CISG açısından uygun olup olmadığı konusunda tereddüt edilebilir. Fakat bugünün mukayese hukuk verileri, hem *common law* ülkelerinde bu yorum ilkelerinin uygulandığını¹³¹ hem de *civil law* ülkeleri arasında bu metotlar konusunda yaygın bir konsensüs olduğunu göstermektedir¹³². Bu açıdan CISG hükümlerinin de aynı metotlarla yorumlanması kabul edilebilecektir¹³³.

1. Lafzî Yorum

Hakim araştırmada öncelikle maddenin lafzını esas alacaktır. Bu noktada gözden kaçırılmaması gereken bir husus, Türkçe'nin Birleşmiş Milletlerin resmi dillerinden biri olmaması nedeniyle tercümeyle ilişkin

¹²⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.7 N.28.

¹²⁸ Von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Band I, Berlin 1840, 214 vd.; Ayrıca bkz. U.Huber, Savignys Lehre von der Auslegung der Gesetze in heutiger Sicht, JZ 2003, 1-17.

¹²⁹ Bu yorum yöntemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Vogenauer, 440 vd.; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin u.a. 1991, 320 vd.; Serozan, Medeni Hukuk, § 5 N.21 vd.

¹³⁰ Örn. bkz. Faust, Vorhersehbarkeit, 5; Brunner, Art.7 N.5; Staudinger/Magnus, Art.7 N.31 vd.; Burkart, 142; MünchKommBGB/Westermann, Art.7 CISG, N.7. Aksi görüşte C. Schmid, Normenkonkurrenz, 63.

¹³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Vogenauer, 1295 vd.; Staudinger/Magnus, Art.7 N.30.

¹³² Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.7 N.29; Pier-Eiling, 156 vd.; Grieser, 74. Genel olarak yeknesak hukuk için bu yönde Kropholler, 260 vd.; Linhart, 33; Nitekim Avrupa Birliği Topluluk Mahkemesi de bu dört metodu AB mevzuatının yorumunda kullanmaktadır. Örn. bkz. Kropholler, Europäisches Zivilprozessrecht, 7. Aufl. Heidelberg 2002, Rn.42 vd.; Vogenauer, 346 vd. 1969 tarihli BM Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun 31 ve 32. maddelerinin bu görüşü desteklediği yönünde Basedow, BGH, 777, 786. Bu Antlaşma hükümlerinin dikkate alınmaması görüşünde C. Schmid, Normenkonkurrenz, 62.

¹³³ Ayrıntı için bkz. Koch, RevCISG 1998, 177, 195-206.

tereddüt halinde Antlaşmanın orijinal dillerinden¹³⁴ birindeki karşılığına bakma ihtiyacının hasil olacağıdır. Çelişki halinde orijinal dillerdeki ifade esas alınmak durumundadır. Ancak orijinal dillerdeki ifadelerin de birbirleri ile çelişmesi halinde nasıl hareket edilmesi gerektiği tartışmalıdır. Antlaşmanın ilk aşamada İngilizce kaleme alınmış olması nedeniyle son çare olarak hep İngilizce metne bakılması gerektiği görüşü¹³⁵ haklı olarak eleştirilmektedir¹³⁶. Zira Antlaşmanın son bölümünde açıkça, altı metinden her birinin aynı şekilde bağlayıcı olduğu ifade edilmiştir. Bunun yerine bütün orijinal metinlerin mukayesesi ile bir sonuca gidilmesi¹³⁷; bu mukayesenin de sonuçsuz kalması durumunda ise lafzî yorum yerine diğer yorum yöntemlerinden birine başvurulması uygun düşer¹³⁸.

Acaba hakim in kural olarak hep maddenin lafzına öncelik vermesi gerektiği; özellikle de açık ve anlaşılır bir düzenlemenin varlığı halinde aşağıda incelenecek olan diğer yorum yöntemlerine başvurmamasına gerek kalmayacağı söylenebilir mi?¹³⁹ Milletlerarası karar ahenginin sağlanması açısından bu gerekçe kuşkusuz cazip gözükmektedir. Ancak *Canaris*'in haklı olarak ifade ettiği gibi¹⁴⁰, sık sık madde lafzı düşünüldüğü kadar basit olmayacak, hakimler son derece anlaşılır olduğu düşünülen bir maddeye farklı anlamlar verebilecektir. Dolayısıyla, hakim in sadece madde lafzına bakması ve yorum sürecini yarıda bırakması, maddenin doğru anlaşılmasını tehlikesini beraberinde getirir¹⁴¹. Bu yüzden hakim in her halde maddenin arkasında yatan *ratio legis*'i araştırması istenir¹⁴². Çünkü asıl olan amaç unsurdur; maddenin lafzının açık ve net olmasına rağmen amaca aykırı düşmesi halinde hakim in lafızla bağ kalması düşünülemez¹⁴³.

¹³⁴ Bunlar: Arapça, Çince, İngilizce, Fransızca, Rusça ve İspanyolca'dır. Bu konuda ayrıca bkz. Linhart, 200 vd.

¹³⁵ Bu yönde Staudinger/Magnus, Art.7 N.17 ve 33; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.7 N.35. Bu yönde BG 13.11.2003, CISG-Online N.840. Bu soruna ilişkin olarak 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar Hukuku Konvansiyonu'nun ne ölçüde uygulama alanı bulacağı hakkında bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.7 N.33-35.

¹³⁶ Pichonnaz, N.1616.

¹³⁷ Köhler, 36; Linhart, 34 ve 204 vd.

¹³⁸ Koch, RevCISG 1998, 177, 193.

¹³⁹ Böyle bir kural aslında Digesta'da mevcuttu: “Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis questio” (Paulus, D. 32, 25, 1 = Eğer kelimeler herhangi bir belirsizlik içermiyorsa, iradenin ne olduğu sorusuna izin verilmemesi gerekir). Aynı kural *plain meaning rule* veya *sains claire doctrine* olarak Anglo-Amerikan hukukunda da geçerlidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Vogenauer, 795 vd.; Baumann, 83 vd.

¹⁴⁰ Yazarı bu görüşü, Alman iç hukukuna aktarılmış olan, çeklere ilişkin Cenevre Yeknesak Kanunu çerçevesinde ortaya çıkan bir ihtilaf vesilesiyle ifade etmektedir. JZ 1987, 543, 545.

¹⁴¹ G. Schmid, 25.

¹⁴² Pichonnaz, N.1614; Pier-Eiling, 157.

¹⁴³ Canaris, JZ 1987, 543, 546.

2. Sistematiik Yorum

Sistematiik yorumda amaç, birden fazla düzenleme arasında mümkün olduğu ölçüde uyum sağlamak, bunları birbirleri ile çelişmeyecek şekilde yorumlamak ve yorumlanan kuralı bir bütünün parçası olarak görmektir¹⁴⁴. Ancak CISG'in nispeten sınırlı bir alanda bir sistem oluşturduğu düşünülecek olursa bu yorum ilkesinin istisnaen hakime yardımcı olması beklenebilir. Herhangi bir borçlar kanununun sistematiğine dayanarak, bu sisteme içkin değer yargılarının CISG'in anlaşılmasında esas alınması ise mümkün değildir. CISG kendi içinde kapalı bir sistemdir ve ancak bu çerçevede yorumlanabilir¹⁴⁵.

3. Tarihsel Yorum

İlk bakışta CISG'in yeknesak yorumunu sağlamak açısından Antlaşmanın hazırlık sürecine ilişkin protokollere bakmak anlamlı gözükmektedir¹⁴⁶. Hazırlık sürecinin ayrıntılarının tümünün hem basılı olarak¹⁴⁷ hem de büyük ölçüde İnternet ortamında bulunuyor olması¹⁴⁸ nedeniyle ulaşılabilirlik bir sorun teşkil etmemektedir. Özellikle Antlaşmanın çok eski tarihli olmaması „yasa koyucu“nun hangi amaçlarla bir düzenlemeyi getirdiğini tespit etmeye ilişkin bir araştırmayı ilginç ve anlamlı da kılmaktadır. Ancak bu noktada, diplomatik konferanslardaki görüşmelerin sık sık hukuki olmayan yanı sıra siyasi bir nitelik arz edebileceği unutulmamalıdır¹⁴⁹. CISG hükümlerine anlam vermeye çalışırken, ulusal hukuk düzenlerinde de karşılaştığımız bir gerçeği unutmamak gerekir: tarihsel yorum yöntemi, yorum yöntemlerinden sadece birisidir ve günün ihtiyaçlarına, uluslararası gelişmelere uygun olmayan bir sonuca götürüyorsa o zaman aşılması gerekir¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Koch, RevCISG 1998, 177, 199.

¹⁴⁵ Köhler, 37; Kramer, JBl 1996, 137, 143; Staudinger/Magnus, Art.7 N.34. Kropholler, bir örnek hukukun teşviki için, yeri geldiğinde ulusal hukukun sistematiği ile çelişen bir sistematiğin öncelikle uygulanması gerektiğini, aksi takdirde hukuk uyumlaştırmasının anlamını yitireceğini ifade etmektedir (Kropholler, 272).

¹⁴⁶ Pier-Eiling, 158; Leyens, RevCISG 2003-2004, 3, 17. İngiliz hukukunda yaygın şekilde geçerli olan, yasa metinlerinin yorumunda hazırlık çalışmalarına bakılması yönündeki içtihat ve bunun milletlerarası Antlaşmalar açısından yumuşatılması hakkında bkz. Vogenauer, 967 vd. ve 982 vd.

¹⁴⁷ Özellikle bkz. Honnold, Documentary History ve BM tarafından yayınlanmış olan Official Records. Tam atıf için bkz. Kaynakça.

¹⁴⁸ Bunun için bkz. www.uncitral.org sitesinde "travaux préparatoires" bölümü.

¹⁴⁹ Köhler, 39; Diedrich, 71; Koch, RevCISG 1998, 177, 198; Pichonnaz, N.1620.

¹⁵⁰ Eğer CISG'in imzalanması ve onaylanması sürecinde âkit ülke parlamentosunda belirli görüşmeler olmuş, Antlaşmaya ilişkin teklifler veya yorumlar yapılmışsa ulusal nitelikteki bu tarihsel kaynakların, yorumda ancak sınırlı ölçüde bir etkisi olabilir. Asıl olan CISG'a ilişkin BM'deki görüşmeler ve dokümanlardır, ulusal parlamentolardakiler ancak bunlarla çelişmediği ölçüde gözetilebilir (Canaris, JZ 1987, 543, 548; Kramer, JBl 1996, 137, 144).

4. Teleolojik Yorum

Gai, amaca uygun yorumdan kast edilen, bir düzenlemenin arkasında yatan hukuk etiğine ilişkin değer yargılarının araştırılmasıdır. Yasa koyucunun ilgili normu ihdas ederken hangi değerleri korumak istediği, amacının ne olduğu sorgulanmakta ve anlaşılmayan norma bu şekilde bir anlam verilmeye çalışılmaktadır. CISG açısından bu yorum yönteminin ne ifade ettiği açıktır: hakim hep milletlerarası ticaretin gereklerini göz önünde bulunduracak ve buna göre hükümleri yorumlayacaktır. Tarafların genelde farklı ülkelerde bulunuyor olması, yani coğrafi bir mesafenin varlığı, örn. iletişim güçlükleri açısından dikkate alınacağı gibi, malın uzun mesafeler aşması gereği, tarafların seçimlik haklarının kullanılmasına ilişkin değerlendirmede de etkili olacaktır.

Bunun yanı sıra doktrinde, CISG'in uygulama alanını genişletici, yeknesak hukukun uygulanmasını teşvik edici bir yorumun tercih edilmesi de savunulmaktadır. Yani gerek yukarıda incelenmiş olan CISG m.1-3 gerekse aşağıda incelenecek olan m.4'ün mümkün olduğu ölçüde ulusal hukuklara başvurmayı gerektirmeyecek şekilde anlaşılması salık verilmektedir¹⁵¹.

Her halde hakim maddeye bir anlam verirken bunun başka bir ülke hakimi tarafından da aynen benimsenebileceğinden emin olmalıdır. Verdiği anlamı, „uluslararasılaştırmaya elverişli“ (internationalisierungsfähig), hakkında uluslararası bir konsensüsün oluşabileceği bir ratio legis olmalıdır¹⁵².

5. Karşılaştırmalı Yorum

Antlaşmanın bir örnek uygulamasını sağlamak açısından yorumda karşılaştırmalı¹⁵³ çalışması ve özellikle başka ülkelerde CISG'a ilişkin olarak verilmiş mahkeme kararlarının değerlendirilmesi gerektiği yukarıdaki açıklamalardan anlaşılmaktadır¹⁵⁴. Bunun yanı sıra hakim, ken-

¹⁵¹ Örn. bkz. Kramer, JBl 1996, 137, 145.

¹⁵² G. Schmid, 49; Magnus, RabelsZ 1989, 116, 125.

¹⁵³ Doktrinde, hakim yabancı ülkede CISG'a ilişkin olarak gelişmiş içtihat ve öğretiyi dikkate almasının bir "karşılaştırma" sayılmaması gerektiği ifade edilmektedir (G. Schmid, 27 vd.; Pier-Eiling, 160). Zira aynı hukuk kuralları hakkında verilmiş olan kararlar, yazılmış olan eserler söz konusudur. Her ne kadar bu eleştiride bir haklılık payı varsa da, fiilen farklı bir ülkenin hukuk uygulamasına bakılıyor olması nedeniyle metinde karşılaştırma kavramının kullanılmasından vazgeçilmemiştir.

¹⁵⁴ Ayrıca bkz. Burkart, 149 vd.; Müller/Togo, IHR 2005, 102, 104. Özellikle Avrupa'da üst mahkemelerin, ulusal hukukta karşılaştıkları ihtilaflarda da komşu ülkelerde verilmiş mahkeme kararlarını dikkate almasının, ortak bir Avrupa hukukunun gelişmesi açısından ne büyük faydaları olacağı hakkında bkz. Kramer, JBl 1996, 137,

di ülkesinde ve mümkünse başka ülkelerde CISG hakkında yayımlanmış olan eserlerden faydalanması da karşılaştırmalı yorum yönteminin uygulanması açısından önemlidir¹⁵⁵. Ancak otonom yorum ilkesinin asıl olması nedeniyle, hakim, kendi ülkesinde ulusal satım hukukuna ilişkin olarak yayımlanan eserlerden faydalanırken dikkatli davranması gerekir¹⁵⁶.

C. Satım Hukukunun CISG'da Düzenlenmeyen Yönleri: Boşluk Sorunu

I. Genel Olarak

CISG hükümlerinden, ihtilafa doğrudan veya yorum sonucu uygulanacak bir kural çıkarılamıyorsa ortada bir boşluk vardır. Giriş bölümünde ifade edilmiş olduğu üzere, satım hukukuna ilişkin sorunların tümünün cevabını CISG'da bulmak mümkün değildir. Ancak bu boşlukları ulusal hukuklardakine nazaran farklılık göstermektedir. Zira bir yanda, tamamen Antlaşmanın uygulama alanı dışında bırakılmış olan konular var olduğu gibi, diğer yanda, uygulama alanı içinde bulunan, fakat somut bir düzenleme yapılmamış olan konular da vardır. Bu iki kategoriyi ayırmak için doktrinde genelde ilkinde harici boşluklar (*externe Lücken*) ikincisine ise dahili boşluklar (*interne Lücken*) adı verilmektedir¹⁵⁷. Harici boşluklar, Antlaşmayı hazırlayanların zaten düzenlemek istemedikleri, yeknesak hukuk yaratmayı planlamadıkları alanlara ilişkindir. Bunların

138. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, ulusal hukuk düzenleri için sadece bir temenni olan bu mukayeseli yöntemin, CISG çerçevesinde bir zorunluluk oluşturduğudur. CISG m.7, f.1 hakime bu konuda açık bir talimat vermektedir.

155 Ayrıca bkz. yukarıda dn.103'e ilişkin metin. Hukuki sorunların çözümünde karşılaştırmalı yorum yönteminin kazandığı önem hakkında ayrıntılı olarak *Kramer, Konvergenzen und Internationalisierung der juristischen Methode*, in: *Die Zukunft des Rechts*, Meier-Schatz, (Hrsg.), Basel 1999, 71-88.

156 *Pichonnaz*, N.1624; *Grieser*, 76. PICC veya PECL kurallarının CISG'ın yorumlanmasında kullanılması imkanı olup olmadığı ise tartışmalıdır. Özellikle bu uyumlaştırma faaliyetlerinin amacının ve kapsamının CISG'dan farklı olmasının buna engel teşkil ettiği ifade edildiği gibi (*Michaels*, *RabelsZ* 1998, 580, 606; *Herber*, *IHR* 2003, 1, 7), bilfiil bu iki uyumlaştırma projesinden hangisine başvurulacağına da sorun yaratacağı vurgulanmaktadır. *Koch*'a göre, AB ülkelerinin hakimlerinin, CISG'ı yorumlarken daha çok PECL'e başvurması, AB dışı ülkelerin ise PICC'ye itibar etmesi beklenebileceğine göre, Antlaşmanın yeknesak uygulanması amaçlı sabote edilmiş olacaktır (*Koch*, *RevCISG* 1998, 177, 202-203). Buna karşılık CISG'ın yorumlanmasında PICC'ye başvurulabileceği yönünde *Brunner*, Art.7 N.9. Bu konuda bkz. bu bölümde aşağıda § 3 D IV.

157 Örn. bkz. *C. Schmid*, *Normenkonkurrenz*, 26; *Karollus*, 16; *Frigge*, 14; *G. Schmid*, 173 vd.; *Magnus*, *RabelsZ* 59 (1995), 469, 475; *MünchKommHGB/Benicke*, Art.4 CISG, N.4; *Schlechtriem*, *Unification*, 121, 129; *Burkart*, 111; *Brunner*, Art.4 N.3-4; *Ferrari*, *JZ* 1998, 9, 10. Bu iki boşluk türünün *intra legem* ve *praeter legem* boşlukları olarak nitelendirilmesi ile de karşılaşılmaktadır. Örn. bkz. *Dölle/Wahl*, Art.17 N.18.

hangileri olduğu kısmen, Antlaşmanın uygulama ve düzenleme alanının saptandığı 1. Bölümde belirlenmiştir. İlgili maddeler, yukarıda ele alınmış olan CISG m.2, m.3, f.2 ve aşağıda ele alınacak olan m.4 ve 5'tir. Ancak bu şekilde açıkça Antlaşmanın uygulama alanı dışında bırakılmamış olmakla beraber yine de harici boşluk oluşturan ve CISG'da düzenlenmeyen bir dizi başka husus daha vardır. Örneğin zamanaşımı süreleri gibi¹⁵⁸.

Diğer yandan CISG'da karşılaşılan ikinci kategori boşluklarda, yani dahili boşluklarda sorun daha da çetrefildir. Zira bu hallerde aslında Antlaşmanın düzenleme alanına dahil olan bir sorun söz konusudur. Yani Antlaşmayı hazırlayanların dahil etmek istedikleri ancak buna rağmen açık bir cevap üretmedikleri bir konu vardır. Bu iki boşluk türü arasındaki sınırlar çizilmesi ise büyük önem taşımaktadır, zira hakim bu boşlukları farklı yöntemlerle dolduracaktır. Eğer harici bir boşluk söz konusu ise, ilgili soruna doğrudan DÖH kurallarına göre tespit edilecek olan ulusal hukukun normu uygulanacaktır. Örn. mülkiyetin intikali konusunda bağlama kurah hangi hukuku yetkilendiriyorsa ona göre bir karar verilmesi gerekecektir. Buna karşılık dahili bir boşluk söz konusu ise hakim CISG m.7, f.2 uyarınca öncelikle Antlaşmanın genel ilkeleri çerçevesinde olaya bir çözüm üretmesi, yani bir anlamda hukuk yaratması gerekmektedir. Bu hallerde ancak, Antlaşmanın genel ilkelerinden de bir sonuca varamıyorsa, son çare (*ultima ratio*) olarak ulusal hukuku devreye sokabilecektir. Aşağıda öncelikle bu iki boşluk türü üzerinde durulacak, daha sonra da ne tür bir boşluk oluşturduğu belirsiz olan bazı konular ele alınacaktır.

II. Harici Boşluklar

1. Tanım

Harici boşluklar Antlaşmanın düzenlemek istemediği alanlar için kullanılan terimdir. Bu alanlarda Antlaşma, hukuk uyumlaştırması amacını gütmemiş, sorunun çözümünü ulusal hukuklara bırakmıştır. Bunun sebebi ise genelde, ilgili konuların kamu düzenini ilgilendirmesi veya hukuk tarihinden kaynaklanan kökleşmiş farklılıkların aşılacak bir uyumlaştırmaya gidilmesinin zor olmasıdır¹⁵⁹. Örn. bu gerekçelerle, mülkiyetin intikali, sözleşmenin geçersizliği, imalatçının sorumluluğu gibi sorunlar Antlaşmanın uygulama alanı dışında bırakılmıştır (m.4/5). Ancak açıkça anılan bu haller dışında da bazı konuların CISG'ın uygulama

158 *Brunner*, Art.4 N.18.

159 *Schlechtriem/Schwenzel/Ferrari*, Art.4 N.29.

alanına girmediği konusunda tereddüt yoktur. Nitekim m.4 "özellikle" düzenlenmeyen konuları anmak suretiyle sınırlı bir sayımı amaçlamadığını göstermektedir¹⁶⁰.

2. Sözleşmenin, Sözleşme Hükümlerinin ve Teamüllerin Geçerliliği

CISG m.4, c.2 uyarınca,

"... Antlaşmada aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece, özellikle; (a) sözleşmenin veya sözleşmenin hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği; (...) düzenlenmemiştir."

Yani, bir satım sözleşmesi CISG'ın uygulama alanına giriyor olması rağmen bu satım sözleşmesine ilişkin bazı hususlar CISG'ın düzenleme alanına girmemektedir. Bu hususlar, sözleşmenin tümel olarak geçerliliği veya tek tek hükümlerinin geçerliliği veya sözleşmeye uygulanacak teamüllerin geçerliliği sorunlarıdır. Sözleşmenin geçerliliği kavramı ile kast edilenin ne olduğu CISG'ın yorum ilkeleri uyarınca saptanacaktır¹⁶¹. Hakim, kendi hukuk düzenine (*lex fori*) veya DÖH kuralları uyarınca uygulamak durumunda olacağı hukuk düzenine (*lex contractus*) göre bu kavrama karar vermeyecektir. CISG, geçerlilik kavramından ne anlaşılması gerektiğini tespit edebilmesi için gerekli verileri içermektedir. Antlaşmanın yeknesak uygulanması, bu alanda da otonom yorum ilkesine mutlak şekilde uyulmasını gerektirir¹⁶².

"Aksine bir düzenleme bulunmadığı sürece" ifadesinden de anlaşıldığı üzere, Antlaşmada, geçerlilik sorununa ilişkin bir hüküm bulunması halinde, bu kural öncelikli olarak uygulanacaktır¹⁶³. Açıkça geçerlilik sorununu ele alan böyle bir madde, CISG m.11'dir. Buna göre, satım sözleşmesinin kurulması yazılı şekil şartına bağlı olmadığı gibi, başka bir şekilde uyularak akdedilmesi mecburiyeti de yoktur. Dolayısıyla ulusal hukuklarda satım sözleşmesinin yazılı şekle bağlı tutulmuş olması halinde bu hükümler uygulama alanı bulmaz¹⁶⁴.

¹⁶⁰ MünchKommHGB/Beniche, Art.4 CISG, N.1.

¹⁶¹ Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.4 N.16; Staudinger/Magnus, Art.4 N.20; Piltz, § 2 N.134 vd.; Honnold, CISG, N.204.2. CISG m.4'deki "geçersizlik" kavramının ulusal hukuk düzenlerine göre anlamlandırılması gerektiği görüşünde Lessiak, JBl 1989, 487, 493. Bu tartışma hakkında ayrıntı için bkz. C. Schmid, Normenkonkurrenz, 36 vd.

¹⁶² P.Huber, ZEuP 1994, 585, 595; Schlechtriem, Unification, 126, 128; Brunner, Art.4 N.5; Staudinger/Magnus, Art.4 N.11. Aksi görüş için bkz. Lessiak, JBl 1989, 487, 492.

¹⁶³ Heuzé, 84; Staudinger/Magnus, Art.4 N.3.

¹⁶⁴ Bunun aksine bir sonuç ancak, taraflardan birinin işyerinin, CISG m.96 uyarınca

Antlaşmada düzenlenmediği konusunda mutabakat bulunan, sözleşmenin geçerliliğine ilişkin sorunlar ise şunlardır¹⁶⁵:

- Tarafların hak ve fiil ehliyeti ve bundan yoksunluğun sözleşme üzerindeki etkileri;
- Ulusal hukuklardaki emredici hukuk kurallarına¹⁶⁶, ahlaka ve kamu düzenine aykırılık ve bu nedenle sözleşmenin tümünün veya bazı hükümlerinin geçersizliği;
- Sözleşmenin genel işlem şartları kullanılmak suretiyle akdedildiği hallerde bunların içerik denetimi ve geçersizliği sorunu¹⁶⁷. Buna karşılık GİŞ'in sözleşme içeriği olması ve yorumlanması sorununa ilişkin olarak Antlaşmanın, sözleşmenin kurulmasına ilişkin II. Kısım ve sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin m.8 uygulama alanı bulacaktır¹⁶⁸.

GİŞ'in içerik denetimi konusunda da Antlaşma hükümlerinin ulusal hukuk kuralları aracılığıyla önem kazanması mümkündür. Zira GİŞ'in en önemli denetim kriterlerinden biri yedek hukuk kurallarına iğkin olan değer yargılarından ciddi surette sapılmış olmasıdır. Hakimler kendi iç hukuk düzenlemelerine göre denetim icra ederken, GİŞ olmasaydı uygulanacak olan yedek hukuk kurallarının hangileri olacağını araştırmak ve bunların taraflar arasın-

çekince koymuş bir âkit devletin ülkesinde bulunması halinde mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.96 N.3; Ryan, 4 Tul. J. Int'l & Comp. L. 99, 105 vd. (1995-1996). Şekil serbestisi nedeniyle satım sözleşmesinin internet aracılığı ile kurulmasında herhangi bir sakınca olmadığı konusunda bkz. Falcioglu, 120 vd.

¹⁶⁵ Örn. bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.4 N.15-20; Staudinger/Magnus, Art.4 N.20 vd.; Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.34 vd.; MünchKommHGB/Beniche, Art.4 CISG, N.5 vd.; Honsell/Siehr, Art.4 N.4 vd.; Brunner, Art.4 N.5 vd.; Lookofsky, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. (Special Issue 2003), 263, 280 vd.

¹⁶⁶ İrade sakatlığı hallerinde sözleşmelerin geçerliliği sorunu aşağıda ayrı olarak ele alınacaktır. Bkz. bu başlık altında C IV 2.

¹⁶⁷ İçerik denetimi kavramı hakkında bkz. Atamer, GİŞ, § 10. İçerik denetimi alanında DÖH uyarınca belirlenecek ulusal hukuk düzenlemelerinin esas alınacağı konusunda bkz. OGH 7.9.2000, CISG-Online N.642. Olayda GİŞ yoluyla alıcının ödemelik defini ileri sürme imkanı sınırlanmıştır. Mahkeme, Alman hukuku uyarınca ilgili normun geçerliliğini değerlendirmek durumunda kalmış ve tarafların ikisinin de tacir olması nedeniyle butlan iddiasını reddetmiştir.

¹⁶⁸ Schultheiß, 12 vd. ve 40 vd.; Brunner, Art.4 N.41 vd.; Piltz, AGB in UN-Kaufverträgen, IHR 2004, 133; Janssen, Die Einbeziehung von AGB in internationale Kaufverträge und die Bedeutung der UNIDROIT- und der Lando Principles, IHR 2004, 194, 197; Ventsch/Kluth, Die Einbeziehung von AGB im Rahmen des UN-Kaufrechts, IHR 2003, 61, 62; Koller, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht (CISG) – Probleme aus schweizerischer Sicht, FS Honsell, Zürich 2002, 223, 236 vd.; OLG 21.04.2004, CISG-Online N.915; BGH 31.10.2001, CISG-Online N.617. Bkz. yukarıda Bölüm 3 § 2 B V 2.

daki hak ve borçları nasıl düzenlediğine, bu kuralların temelinde yatan *rationum* ne olduğuna bakmak durumundadır. Eğer GİŞ ile bunlardan aşırı ölçüde sapılmışsa bu hükümlerin batıl sayılması imkanı doğar. CISG da bir yedek hukuk düzeni olarak uluslararası satım hukukları açısından uygulama alanı bulacağı için, bu hükümlerden bazılarının GİŞ yoluyla bertaraf edilmesi halinde hakim bu normlara bir denetim ölçütü olarak yine başvurmak imkanına sahiptir. Örn. GİŞ içinde, en ufak ayıbın varlığı halinde dahi satım sözleşmesinden dönülebileceği hükmüne yer verilmişse, bu düzenlemenin, Antlaşmanın temel değer yargılarından birini ihlal ettiği sonucuna varılması gerekir. Bu değer yargısı, ancak "esashi" sözleşme ihlallerinde dönme hakkı tanımaktır (CISG m.49)¹⁶⁹. Hakim bu hükmü esas alarak ilgili GİŞ klozunun butlanına karar vermesi mümkün olacaktır.

- CISG m.9 uyarınca sözleşme içeriği olan teamüllerin geçerliliği sorunu da ulusal hukuklara göre çözülecektir. Ancak neyin teamül olduğu ve nasıl sözleşme içeriği olacağı münhasıran Antlaşma hükümleri uyarınca saptanır¹⁷⁰.

3. Mülkiyetin İntikali

CISG m.4, c.2 uyarınca,

"... Antlaşmada aksine bir düzenleme bulunmadığı surece, özellikle; (...)
(b) sözleşmenin, satılan malların mülkiyeti üzerindeki olası etkileri düzenlenmemiştir."

CISG, aynı daha önce ULIS'de de olduğu gibi mülkiyetin intikali sorununu açıkça düzenleme alanının dışında bırakmaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin aynı haklar üzerindeki etkisi, *lex rei sitae* kurah uyarınca saptanacak ulusal hukuka göre belirlenecektir¹⁷¹. Sekreteryaya Şerhinde de ifade edilmiş olduğu üzere¹⁷², mülkiyetin satım sözleşmesinin kurulması ile geçtiğini kabul eden ülkeler (örn. İngiltere, Fransa) ile borçlandırıcı işleme ek olarak bir de tasarruf işlemi arayan ülkeler (Almanya, İsviçre, Avusturya)¹⁷³ arasındaki uçurumun aşılması mümkün olmamıştır.

¹⁶⁹ Esashi ihlal kavramı hakkında bkz. aşağıda Bölüm 5 § 1 II.

¹⁷⁰ C. Schmid, Normenkonkurrenz, 47; Staudinger/Magnus, Art.4 N.30; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.4 N.26-27.

¹⁷¹ Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.4 N.29. Bu ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer/Şanlı, 280 vd.; Tekinalp, 249 vd.

¹⁷² Sekreteryaya Şerhi, Art.4 N.4.

¹⁷³ Bu alanda mukayeseli hukuk açısından ayrıntılı bir inceleme için bkz. v. Caemmerer, Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung, RabelsZ 12 (1938/1939), 675-713; Bucher, Die Eigentumstranslativwirkung von Schuldverträgen: Das "Woher" und "Wohin" dieses Modells des Code Civil, ZEuP 1998, 615-669.

Bu nedenle, satıcının mal üzerindeki mülkiyetin aktarılması borcunun bulunduğu ifadesi ile yetinilmiş (CISG m.30); bilfiil bu borcun nasıl ifa edileceği konusu düzenlenmemiştir. Dolayısıyla mülkiyeti muhafaza kaydıyla satım¹⁷⁴, mülkiyetin iyiniyetli iktisabı¹⁷⁵, aynı beklenen hakkın varlığı gibi sorunlar da hep ilgili ulusal hukuka göre çözülecektir¹⁷⁶.

Ancak mülkiyetin gereği gibi aktarılamaması ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek ihtilaflar yine CISG'in düzenleme alanı içinde yer almaktadır. Zira Antlaşma, mal üzerinde üçüncü kişilerin hak ve taleplerinin olması halinde bunun nasıl sonuçlar beraberinde getireceğini de açıkça düzenlemiştir¹⁷⁷.

4. Ölüm ve Yaralanma Halinde Sorumluluk

CISG m.5 uyarınca:

"Bu Antlaşma satıcının, malların bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına sebep olmasından kaynaklanan sorumluluğuna uygulanmaz."

ULIS'de açıkça ele alınmamış olan, ancak Viyana Antlaşmasının hazırlanması aşamasında tartışma konusu olmuş olan bir husus, satıcının sorumluluğu ile imalatçının sorumluluğu arasındaki ilişki olmuştur. Birçok ülkenin bu konuya ilişkin özel düzenlemelerinin olması ve tazminat talebinin temelinde haksız fiilin¹⁷⁸ mi yoksa sözleşme hukukunun mu yattığı konusunda farklı sistemlerin varlığı, bu alanın Antlaşma dışında bırakılması yönünde etkili olmuştur¹⁷⁹. Fransa, Finlandiya ve ABD'nin ortak teklifleri üzerine CISG m.5 nihai metne eklenmiştir¹⁸⁰.

Maddenin CISG'in düzenleme alanı dışında bıraktığı husus, satım konusu mal nedeniyle alıcının veya üçüncü bir kişinin ölmesi veya yaralanması halidir¹⁸¹. Bu hallerde satıcının veya imalatçının sorumluluğu, hakimin DÖH kuralları uyarınca uygulamak zorunda olacağı hukuka göre belirlenecektir¹⁸². Yani satıcının, CISG hükümlerine dayanılarak,

¹⁷⁴ Bu yönde FCA (Adelaide, SA) 28.4.1995, CISG-Online N.218 ("retention of title clause"); OLG Koblenz, 16.1.1992, CISG-Online N.47 ("Eigentumsvorbehalt").

¹⁷⁵ Bu yönde LG Freiburg 22.8.2002, CISG-Online N.711.

¹⁷⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.4 N.30.

¹⁷⁷ C. Schmid, Normenkonkurrenz, 50; Bucher, FG Neumayer, 171, 177. Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm 4 § 3 C.

¹⁷⁸ CISG ile haksız fiil hükümleri arasındaki yarışma sorunu konusunda bkz. bu Bölümde aşağıda § 4 C.

¹⁷⁹ Bkz. Köhler, 117 vd.; MünchKommBGB/Westermann, Art.5 CISG, N.1.

¹⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuhlen, 22 vd.; Official Records, 245 N.11 vd.

¹⁸¹ Staudinger/Magnus, Art.5 N.7.

¹⁸² Duruma göre ya haksız fiile ya da sözleşmeye aykırılığa ilişkin bağlama kurah uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Kuhlen, 45 vd.

ölüm veya yaralanma nedeniyle herhangi bir tazminata mahkum edilmesi mümkün değildir. Öğretide kabul edildiği üzere, satıcıya karşı rücu yoluyla da bu türden tazminat taleplerinin ileri sürülmesi mümkün olamazdır.¹⁸³

Buna karşılık satım konusu mal nedeniyle alıcının bir malvarlığı zararına uğraması hali m.5 kapsamında değildir, yani bu zararlar açısından CISG uyarınca tazminat talep etmek mümkündür.¹⁸⁴ Bu tazminat, hem alıcının malvarlığını artırma çıkarını (alışveriş çıkarı; *Äquivalenzzinteresse*), hem de bütünlük çıkarını (*Integritätsinteresse*) kapsar.¹⁸⁵ Yani İsviçre-Türk hukukunda alışık olduğumuz doğrudan zarar/dolaylı zarar ayrımı veya Alman hukuk çevresinde yaygın olan, ayıp zararları (*Mangelschäden*)/ayıbın devam eden zararları (*Mangelfolgeschäden*) gibi ayrımlar CISG'da yapılmamış, ikisi için de satıcının CISG uyarınca aynı kurallara göre sorumlu olduğu kabul edilmiştir. *Köhler*'in aktardığına göre¹⁸⁶, alıcının malvarlığında meydana gelen diğer zararları kapsam dışı bırakma yönünde Finlandiya'nın getirmiş olduğu teklif kabul görmemiştir. Bu teklifin reddedilme gerekçesi ise, ulusal hukuklarda hangi malvarlığı zararlarının imalatçının sorumluluğu temeline dayandırılacağı, hangisinin sözleşme veya genel haksız fiil hükümlerine dayandırılacağı konusundaki belirsizlik olmuştur. Zira devam eden zararlar CISG kapsamı dışında bırakılacak olsaydı, ilgili ulusal hukukta, bu tür zararların sadece sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca tazmin edilebilmesinin mümkün olduğu hallerde, alıcının talebinin boşa dönmesi tehlikesi doğmaktaydı.¹⁸⁷ Diğer yandan CISG m.74'de, satıcının tazmin etmesi gereken za-

¹⁸³ Schlechtriem/Schwenzer/*Ferrari*, Art.5 N.8; *Kuhlen*, 61; *Faust*, 8; *Slechtriem*, UN-Kaufrecht, N.39; *Bamberger/Roth/Saenger*, Art.5 CISG, N.3. Ancak OLG Düsseldorf tarafından 02.07.1993'de verilmiş olan bir kararda tam aksi sonuca varılmıştır. Olayda Alman satıcı, ABD'li alıcıya tahta işleme makineleri satmış; ABD'li alıcı ise bunları kendi alıcısı olan Rus firmasına teslim etmiştir. Makinelere birindeki sözleşmeye aykırılık nedeniyle bir işçi yaralanmış ve Rus firma ABD'li satıcısından tazminat tahsil etmiştir. ABD'li alıcının, Alman satıcısına rücu yoluyla ileri sürdüğü bu tazminat talebini mahkeme CISG hükümleri kapsamında değerlendirmiştir (CISG-Online N.74). Bu kararın eleştirisi için bkz. *Slechtriem*, EWIR 1993, 1075-1076.

¹⁸⁴ MünchKommBGB/*P.Huber*, Art.45 CISG, N.27. Bu alanda verilebilecek klasik örnek, satılan hayvanların hasta olması nedeniyle ölmesi (alışveriş çıkarı), aynı zamanda da alıcının kalan hayvanlarına da hastalığı bulaştırmasıdır (bütünlük çıkarı).

¹⁸⁵ Dikkat edilmesi gereken, bütünlük çıkarının sadece malvarlığı zararları açısından Antlaşma çerçevesinde korunduğudur. Yukarıda da ifade edildiği gibi, kişivarlığına gelen zararlar açısından ulusal hukuklar geçerlidir.

¹⁸⁶ *Köhler*, 119-120.

¹⁸⁷ Zira CISG uyarınca talep edilebilen sözleşmesel tazminatın yanı sıra ulusal hukuka göre ayrıca bir sözleşmesel tazminat talep edilemeyecektir. *Staudinger/Magnus*, Art.5 N.2 ve 10.

rarın, "mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşit" olacağı kabul edilince, m.5'de, malın sebep olduğu malvarlığı zararının kapsam dışı bırakılması, hangi zararın Antlaşma kapsamında tazmin edileceği konusunda önemli bir belirsizliğe sebep olacaktı.¹⁸⁸ Bütün bu gerekçelerle m.5'de bilinçli olarak, malın sebep olduğu malvarlığı zararları anılmamış ve bunların hepsinin Antlaşma uyarınca tazmin edilebilirliği benimsenmiştir.¹⁸⁹

CISG m.5 sadece teslim edilen malların bir kimsenin ölümüne ve yaralanmasına sebep olmuş olması halinde CISG hükümlerinin uygulanmayacağını ifade etmektedir. Bu durumda akla gelebilecek bir soru, kişi varlığı zararının, mallar nedeniyle değil de, örneğin malların teslimi sırasında satıcının veya yardımcı kişilerinin dikkatsiz davranışı veya montaj sırasındaki bir sorundan kaynaklanması halinde tazminatın hangi hükümler uyarınca talep edileceğidir. Öğretide genelde bu hallerde CISG'a dayanarak bir talebin kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁹⁰ Bu durumda ayrıca ulusal haksız fiil hükümleri uyarınca da bir tazminat talebi olup olmayacağı sorunu ise aşağıda incelenecektir.¹⁹¹

5. Hariçi Boşluk Oluşturduğu Tartışmasız Olan Bazı Konular

Her ne kadar CISG'da düzenlenmediği açıkça ifade edilmemiş olsa da, sözleşmenin kurulması ve ifası ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek bir dizi başka soruna da CISG içinde cevap bulmak mümkün olmayacaktır.¹⁹² Bunlar örneğin, temsil¹⁹³, zamanaşımı¹⁹⁴, alacağın temliki, borcun nakli, alacaklılar ve borçlular arasında teselsül, sözleşmenin üçüncü kişiler açısından doğurabileceği sonuçlar gibi bahislerdir. Bu alanların hepsinde, aynı hükümle CISG kapsamı dışında bırakılmış konular da olduğu gibi, devletler özel hukuku kuralları uyarınca hakimin uygulanması gereken hukuk devreye girecektir. Bu hallerde aslında bir dahili

¹⁸⁸ İsviçre-Türk hukukunda, doğrudan/dolaylı zarar ayrımını yapmak konusunda yaşanan tartışmanın hatırlanması yeterli olacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Berner-Kommentar/Giger*, Art.208 N.36 vd.; *Keller/Siehr*, 90; *BaslerKommentar/Honsell*, Art.208 N.9; *Serozan*, Borçlar Özel, 140; *Yavuz, Ayıp*, 173 vd.; *Aral*, 145 vd. Tazminatın kapsamının belirlenmesi konusunda bkz. ileride Bölüm 5 § 2 E.

¹⁸⁹ *Köhler*, 121; *Schneider*, 241; *Töber*, 118.

¹⁹⁰ *Staudinger/Magnus*, Art.5 N.5; *Slechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.5 N.7; *Brunner*, Art.74 N.1.

¹⁹¹ Bkz. bu Bölümde aşağıda § 4 C.

¹⁹² Bu konuda ayrıntılı bir döküm için bkz. *Slechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.4 N.32 vd.; *Staudinger/Magnus*, Art.4 N.35 vd.; *MünchKommBGB/Westermann*, Art.4 CISG, N.8 vd.

¹⁹³ *Brunner*, Art.4 N.33.

¹⁹⁴ Bu yönde OGH 7.9.2000, CISG-Online N.642. Zamanaşımı konusunda ayrıca bkz. aşağıda Bölüm 4 § 3 B IV 3 d.

boşluğun söz konusu olduğu, dolayısıyla CISG m.7, f.2 uyarınca bu boşluğun doldurulması gerektiği ise ileri sürülemezdir. Zira ilgili sorunlara ilişkin CISG'da hiçbir dayanak bulmak mümkün değildir.

III. Dahili Boşluklar

CISG m.7, f.2 uyarınca:

"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."

Harici boşluklardan farklı olarak, dahili boşluklar, hakkında CISG'da herhangi bir açık düzenleme bulunmayan, ancak buna rağmen Antlaşma tarafından düzenlendiği kabul edilen alanlarda söz konusu olur¹⁹⁵. Bu noktada hakimim zor bir muhakeme yürütmesi gerektiği açıktır. Hem yeknesak hukuk yaratılması düşünülmemiş olan alalarda (harici boşluk) Antlaşmaya dayanarak çözüm üretmemesi, hem de uyumlaştırılmak istenen bir alanda, ulusal hukuklara başvurmak suretiyle bu uyumlaştırmayı engellememesi gerekir. Örnek verilecek olursa, culpa in contrahendo, takas hakkı, ispat yükü, işlem temelinin çökmesi gibi konularda bir hüküm olmamasına rağmen, bunların aslında CISG'in düzenleme alanına girdiğini kabul edip etmeme konusunda karar vermesi gerektir¹⁹⁶.

Magnus tarafından ileri sürülen ve taraftar toplamış olan bir görüşe göre¹⁹⁷, hakim bir boşluk tespit ettiği zaman, bunun harici mi yoksa dahili mi olduğunu anlamak için şu muhakemeyi yürütmelidir: İlk cevap arayacağı soru, ilgili sorunun açıkça Antlaşma dışı bırakılmış olup olmadığıdır. Yani yukarıda üzerinde durulmuş olan harici boşluk türlerinden biri söz konusu mudur, onu tespit edecektir. Eğer bu araştırmanın cevabı olumsuz ise bu durumda sorulacak ikinci soru, ilgili konunun çözümüne ilişkin olarak Antlaşmadan bir genel ilke türetmenin mümkün olup ol-

¹⁹⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.7 N.43; Flesch, 150; Schlechtriem, AJP 1992, 339, 350, 354; Magnus, RabelsZ 1989, 116, 120; C. Schmid, Normeuekonkurrenz, 53-60; Frigge, 43 vd.

¹⁹⁶ Bu muhakemeyi yürütürken, hakimlerin mümkün olduğu ölçüde yine yabancı mahkeme kararlarını da değerlendirmeye dahil etmesi büyük önem taşımaktadır. Zira aynı ihtilafa bir ülke hakiminin CISG kapsamında çözüm üretmesi, diğerinin ise DÖH kuralları uyarınca uygulanacak hukuka başvurusunun beraberinde getireceği sakıncalar ortadadır. Bu konuda bkz. G. Schmid, 174.

¹⁹⁷ Magnus, RabelsZ 59 (1995), 469, 475 vd.; aynı yazar, RabelsZ 1989, 116, 122; Honold, CISG, N.102; Flesch, 151; Burkart, 191; Lookofsky, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. (Special Issue 2003), 263, 270; Bianca/Bonell/Bonell, Art.7 N.2.3.3.2.

madığıdır. Genel bir ilke türetmek mümkün ise bu durumda sorun, Antlaşmanın düzenleme alanı içindedir. Yani, önce ilgili hukuksal sorunun CISG kapsamına girip girmediği tartışmasını yapmayı, doğrudan ilkelere yola çıkılması teklif edilmektedir. CISG bir genel ilke içerdiği sürece ve içerdiği için sorun da CISG kapsamında sayılacaktır. *Magnus* bu yaklaşımı "in dubio pro lege uniforme" şeklinde ifade etmektedir: tereddüt halinde yeknesak hukuk uygulanır¹⁹⁸. Eğer hiçbir genel ilke türetilmiyorsa bu durumda artık Antlaşmanın açıkça düzenlemediği bir harici boşluk olduğu kabul edilecek ve sorun, ilgili ulusal hukuka göre çözülecektir.

IV. Ne Tür Bir Boşluk Oluşturduğu Tartışmalı Olan Bazı Konular

1. Başlangıçtaki imkansızlık

Sözleşmelerin hükümsüzlüğü sorunu her ne kadar açıkça CISG'in düzenleme alanı dışında bırakılmışsa da (harici boşluk), CISG'in geçerli saydığı satım sözleşmeleri, ulusal hukuklardaki aksine düzenlemeler nedeniyle hükümsüzlük yaptırımına tâbi tutulamaz¹⁹⁹. Bir olgunun CISG çerçevesinde düzenlenmiş olması durumunda ulusal hukukun yaptırımları devreye girmez. Bunun en güzel örneği, sözleşme öncesi imkansızlığın sözleşme üzerindeki etkisidir. Bilindiği gibi, Roma hukukundan devralınan bir ilke (*impossibilium nulla est obligatio*)²⁰⁰ uyarınca konusu imkansız olan sözleşmeler batıldır (BK m.19)²⁰¹. Ancak CISG, sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra gerçekleşen imkansızlık arasında bir ayırım yapmamaktadır²⁰². Yani sözleşme baştan imkansız bir konuya ilişkin olsa bile geçerli olarak kurulmuş olur ve duruma göre satıcının sorumluluğu doğar. Bunu doğrudan Antlaşmanın lafzından çıkarmak mümkündür. Zira, nakil halindeki malların satımında hasarın intikalini düzenle-

¹⁹⁸ Magnus, RabelsZ 53 (1989), 116, 122; Müller/Tbgo, IHR 2005, 102; Lookofsky, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. (Special Issue 2003), 263, 270 (yazar "in dubio pro conventione" kavramını tercih etmiştir).

¹⁹⁹ Pichonnaz, N.1665. Bu açıdan *Flambouras*'ın, 13 Pace Int'l Rev. 261, 269'da ifade ettiği aksi yöndeki görüşe katılmak imkanı yoktur.

²⁰⁰ Bu ilkenin kaynağı ve gelişimi hakkında bkz. Zimmermann, Law of Obligations, 686 vd.; Pichonnaz, N.84 vd.

²⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Altunkaya*, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005, 153 vd.; *Oğuzman / Öz*, 76 vd.; *Serozan*, Borçlar Genel, § 14. Ancak bu yaklaşımın bugün terk edilmekte olduğu konusunda bkz. ileride Bölüm 5 § 1 A dn.21.

²⁰² Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.4 N.24; Fischer, 249; Brunner, Art.4 N.9; Bamberger/Roth/Saenger, Art.4 CISG, N.14; Pichonnaz, N.1665; Schlechtriem, Unification, 121, 127 dn.11; Staudinger/Magnus, Art.4 N.44; Karollus, 43; Aksi görüşte Neumayer / Ming, Art.4 N.7; Heuzé, N.88 ve N.470 dn.442.

yen m.68 uyarınca²⁰³ "... satım sözleşmesinin akdi altında malın zayı olduğunu veya zarar gördüğünü satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği halde bu bilgiyi alıcıya açıklamamışsa ziya veya zarar rizikosunu satıcı taşır." Demek ki telef olmuş olan bir mala, örneğin çoktan batmış bir gemideki mala ilişkin olarak yapılmış satım sözleşmesi geçerliliğini korur ve duruma göre satıcının sözleşmesel sorumluluğu doğar²⁰⁴.

2. İptal Kabiliyeti

CISG hükümleri ile ulusal hukuk düzenlerindeki irade bozukluklarına ilişkin hükümler arasındaki ilişki, hayli tartışmalı bir konudur. Ulusal düzenlerin bir çoğunda, satımda ayıp hükümleri ile irade bozukluğu hükümlerinin ve özellikle hata hükümlerinin ne ölçüde yarışacağı sorununun tartışmalı olması da bunda temel etkindir²⁰⁵. Bilindiği üzere, Kara Avrupa'sı hukuk düzenlerinde yarışma sorununun temelinde, ayıp hükümlerinin bazen alıcı için dezavantajlı sonuçlar doğurabilmesi yatmaktadır²⁰⁶. Öncelikle zamanaşımı süresi, malın alıcıya tesliminden itibaren işleyen ve 6 ay ilâ 1 yıl arasında değişen kısa bir süredir. Oysa hata hükümleri uyarınca sözleşmeyi iptal etme hakkı, hatadan haberdar olduğu andan itibaren süre sınırlamasına tâbi olmaktadır. Buna ek olarak, aralarında İsviçre-Türk hukukunun da bulunduğu bazı hukuk düzenlerinde, alıcının muayene ve ihbar külfetine aykırı davranması halinde ayıp hükümlerine dayanma hakkını kaybetmesi söz konusu olabilmektedir. Son olarak alıcının, ağır ihmali de olsa hata nedeniyle sözleşmeyi iptal edebilmesine karşılık, normal özeni gösterdiğinde farkına varabileceği ayıplardan dolayı satıcıyı sorumlu tutma imkanı kural olarak yoktur.

BM satım hukuku açısından soruna yaklaşıldığında da aynı gerekçelerle, ulusal düzenlerdeki hata hükümlerine başvurma ihtiyacı doğabilecektir²⁰⁷. Zira aşağıda görüleceği üzere²⁰⁸, CISG sözleşmeye aykırılığı ihbar konusunda, malın tesliminden itibaren işleyecek 2 yıllık bir üst süre öngörmüştür (CISG m.39, f.2). Eğer alıcı bu süre içinde sözleşmeye aykırılığı tespit edip ihbarda bulunmamışsa, CISG çerçevesinde buna da-

²⁰³ Bu düzenleme hakkında bkz. ileride Bölüm 4 § 4 B II 2. Ayrıca bkz. *Brunner*, Art.68 N.2.

²⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Fischer*, 247 vd.

²⁰⁵ Avrupa ülkelerinde bu alanda uygulanan farkh çözümler hakkında bkz. *Schwartz*, *Sachmängelgewährleistung*, 47 vd.; *Ranieri*, 331 vd.; *Kötz*, *Europäisches Vertragsrecht*, Band I, Tübingen 1996, 266 vd. Türk hukuku açısından örn. bkz. *Serozan*, *Borçlar Özel*, 124-125; *Yavuz*, *Aynp*, 213 vd.; *Aral*, 160 vd.; *Kocayusufoğlu*, *Hata*, 79 vd. ve aynı yazar, *Borçlar Hukuku*, § 36 N.33 vd.; *Tandoğan*, 203 vd.

²⁰⁶ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. *P.Huber*, *Irrtumsanfechtung*, 24 vd.

²⁰⁷ Bkz. *P.Huber*, *ZEuP* 2004, 585, 588 vd.

²⁰⁸ Bölüm 4 § 3 B IV 3 d.

yanma hakkını kaybeder. Dolayısıyla alıcılar bu sürenin geçmesinden sonra ortaya çıkabilecek olan ayıplar açısından ulusal hukuk düzenlerindeki hata hükümlerine başvurmak isteyebilecektir. Diğer yandan, muayene ve ihbar külfeti öngörmeyen ülkeler açısından, CISG'in buna ilişkin hükümleri alıcılar için elverişsiz ek düzenlemeler anlamına gelecektir. Bu açıdan da ulusal hukuktaki imkanlara bir kaçış söz konusu olabilir. Son olarak CISG sistemi içinde de, alıcının, sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmesi gerektiği sözleşmeye aykırılıklardan satıcı sorumlu tutulamaz (CISG m.35, f.3). Dolayısıyla ihmali davranışı nedeniyle sözleşmeye aykırılığı tespit edememiş olan bir alıcı, hata hükümlerine dayanmak isteyebilecektir.

Özetle, ulusal hukuk düzenlerindeki yarışma sorunu, CISG düzeninde de devam etmektedir. Sorunun çözümüne ilişkin bir düzenleme ise Antlaşmada bulunmamaktadır. *Flesch*'in ayrıntılı olarak aktardığı üzere²⁰⁹, ULIS'de var olan açık hükme rağmen²¹⁰ CISG'da bu konuda ele alınmamasının sebebi, CISG'a paralel olarak satım sözleşmesinin geçerliliği sorununa ilişkin ayrı bir milletlerarası Antlaşmanın planlanıyor olmasıydı. Nitekim buna ilişkin taslakta sorunun çözümü de öngörülmüştü²¹¹. Ancak bu antlaşmanın hazırlanmasında yaşanan tartışmalar CISG'ın kabul edilmesini geciktireceği kaygısı ile sorun bir kenara bırakılmıştır. Hollanda temsilcisinin, en azından CISG içine, ulusal hukuklarda alıcıya sözleşmeyi iptal etme hakkı veren hükümlerin ancak, CISG'da öngörülmüş olan sürelerle uyulması halinde uygulanabileceği yönündeki bir düzenleme eklenmesi teklifi ise kabul görmemiştir²¹². Satım sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin Antlaşma da tamamlanmayınca sorun çözülmemiş olarak kalmıştır.

Öğretiye bakıldığında, azınlıkta kalan bir görüşün, irade sakatlığı halinde ulusal hukuklardaki iptal imkanlarının her zaman Antlaşmanın

²⁰⁹ *Flesch*, 142 vd.; ayrıca bkz. *Leyens*, *RevCISG* 2003-2004, 3, 19 vd.

²¹⁰ ULIS m.34, malın sözleşmeye aykırılığı nedeniyle ulusal hukuklarda var olabilecek yaptırımlara başvurulamayacağını ifade etmekteydi. Aynı düzenleme, satım konusu mal üzerinde üçüncü kişilerin hak ve taleplerinin olması bahası altında m.53'de de tekrar edilmekteydi. Dolayısıyla ULIS bağlamında, nitelik hatası hükümleri ile yarışma açıkça dışlanmıştı. Bkz. *Dölle/Stumpf*, Art.34 N.1 vd.; *Flesch*, 141 vd.

²¹¹ "The buyer shall not be entitled to avoid the contract on the ground of mistake if the circumstances on which he relies afford him a remedy based on the non-conformity of the goods with the contract or on the existence of rights of third parties in the goods." Aktaran *Flesch*, 142 dn.600.

²¹² Bkz. *Honnold*, *Documentary History*, 582-583. Bu hükmün kabulü halinde, ulusal hukuklarda hile ve tehdit nedeniyle sözleşmenin iptali imkanının da ancak muayene ve ihbar külfetine uymak kaydıyla kullanılabilir olması nedeniyle teklif reddedilmiştir.

yanı sıra uygulanacağını kabul ettiği görülmektedir²¹³. Bu görüşe göre CISG m.4 açıkça, Antlaşmanın, sözleşmelerin geçerliliğini düzenlediğini ifade etmektedir. "Geçerlilik" kavramının ne anlama geldiği ise ulusal hukuklara göre saptanmak gerekir. Eğer bir ulusal hukuk düzeni, iptal kabiliyetini geçerlilik sorunu olarak nitelendirmişse, ulusal hukukun ilgili hükümlerinin uygulanmasını engellemek mümkün olmayacaktır²¹⁴.

Ancak bugün büyük çoğunlukla kabul edilen görüş, irade sakatlığının türüne göre bir ayırım yapmaktan yanadır. Buna göre, Antlaşmada düzenlenmediği aşikar olan hile, tehdit, gabin gibi hallerde ulusal hukuk düzenlerine başvurmak mümkün olacaktır²¹⁵. Hata hükümleri açısından da yine bir ayırım yapmak gerekecektir. Söz konusu olan bir nitelik (vasıf) hatası²¹⁶ ise, Antlaşma hükümleri tek başına uygulanacak, ulusal hukuklara başvurulması imkanı olmayacaktır²¹⁷. Zira bu hallerde CISG m.4, c.2 anlamında bir geçerlilik sorunu yoktur. Burada CISG m.4, c.1 uyarınca açıkça Antlaşmanın düzenlenme konusu içine giren bir sözleşmeye aykırı ifa sorunu vardır²¹⁸. Buna karşılık diğer hata halleri açısından ulusal hukuk düzenlerinin kuralları devreye girecektir.

Bir örnek üzerinde sorun açıklanacak olursa: Avusturya Yüksek Mahkemesi'nin 27.02.2003 tarihli bir kararına konu olan olayda²¹⁹, satıcı, alıcıya, nakil halinde bulunan 3 konteyner donmuş balığı satmayı teklif etmiş; alıcının, ilgili balığı tanımadığını, dolayısıyla önce bir örnek görmek istediğini bildirmesi üzerine de aynı donmuş balık türünden kendisine iki çuval yollamıştır. Sorun, gerek konteynerlerdeki balığın gerekse örnek olarak yollanan balığın, sözleşmenin akdedildiği 1997 yılının değil

²¹³ *Neumayer/Ming*, Art.4 N.6; *Lessiak*, JBl 1989, 487, 496; *Bydlinski*, *Vertragsrecht*, 57, 86; *Karollus*, 42. Mutlak yarışmayı kabul eden bu yazarların, Avusturya ve İsviçre'den olması tesadüf değildir. Zira iki ülkenin iç hukuk düzenlemeleri açısından da iptal kabiliyeti ile ayıp hükümleri arasında yarışma kabul edilmektedir. Nitelik yazarların kendisi de bunu ifade etmektedir.

²¹⁴ Bu yönde *Lessiak*, JBl 1989, 487, 492.

²¹⁵ *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.4 N.24-25; *P.Huber*, ZEuP 1994, 585, 601; *Karollus*, 41; *Piltz*, § 2 N.136; *Staudinger/Magnus*, Art.4 N.50; *Brunner*, Art.4 N.10.

²¹⁶ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, Hata, 54 vd.; aynı yazar, *Borçlar Hukuku*, § 36 N.21 vd.

²¹⁷ *P.Huber*, ZEuP 1994, 585, 601; *C. Schmid*, *Normenkonkurrenz*, 185; *Schlechtriem/U.Huber*, Art.45 N.54; *Bucher*, FG Neumayer, 171, 190; *BSK/Honsell*, Vorbem. Zu Art.197-210, N.14; *Lurger*, IHR 2001, 91, 100; *Schlechtriem*, IPRax 2001, 161, 162; *Gerny*, 181; *Honsell/Siehr*, Art.4 N.6; *Staudinger/Magnus*, Art.4 N.50; *Ranieri*, 375 vd.; *MünchKommBGB/Westermann*, Art.4 CISG, N.10; *Brunner*, Art.4 N.10; *Hornung*, 119; *Kramer*, JBl 1996, 137, 151; *Leyens*, RevCISG 2003-2004, 3, 47. Bu yönde OGH 13.04.2000, CISG-Online N.576.

²¹⁸ Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi (§ 3 C II 2), m.4 anlamında "geçerlilik" kavramı ulusal hukuklara göre değil, otenom yorum yöntemi ile anlaşılmıştır.

²¹⁹ CISG-Online N.794. Karar hakkında bkz. *P.Huber*, IPRax 2004, 358 vd.

bir önceki yılın avlanma kotasına ait olmasıdır. Oysa alıcı, balığın aynı yılın kotasından olduğu inancı içindedir. Bu arada alıcının, malı satmak üzere Letonya'lı başka bir alıcı ile anlaşmış olduğundan satıcı haberdardır. Bu ülke mevzuatı ise balığın 6 aydan eski olması halinde ithaline izin vermemektedir. Nitelik bahkılar son alıcı tarafından teslim alınmamıştır. Mahkeme, alıcının, ulusal hukukuna göre hata hükümleri uyarınca bir iptal hakkının olup olmadığı sorununa hiç eğilmemiştir, zira alıcının, malın sözleşmeye aykırı olması nedeniyle CISG uyarınca bir talep hakkı olduğu kabul edilmiştir. Olayda tarafların, teslim edilen balığın 1997 kotası olması konusunda açıkça anlaşmamış olmasına rağmen, mahkeme, milletlerarası ticarete, donmuş balığın sözleşme akdedilen yılın ürünü olacağı konusunda bir teamül olduğu görüşünden hareket ederek sözleşmeye aykırılığı gerekçelendirmiştir²²⁰.

Görüldüğü gibi bu tür nitelik hatası hallerinde, alıcının, sözleşmeye aykırılık hükümleri uyarınca bir talep hakkı zaten vardır. Dolayısıyla bu talep var olduğu sürece, bunun yanı sıra ulusal hukuktaki bir talebin kabul edilmesi kanımca doğru değildir. Eğer satım hukuku alanında milletlerarası uyumlaştırma hedefini güden bir metnin, gerçekten de bu hedefe ulaşması isteniyorsa, mümkün olduğu ölçüde her ülkede yeknesak uygulanması ve Antlaşmanın temel değer yargıları ile çelişkiye düşülmemesi gerekir²²¹. Hukuk güvenliği mülhazaları da aynı sonuca götürmektedir. Aksinin kabul edilmesi halinde CISG m.39'da düzenlenmiş olan ihbar süresi ve 2 yıllık hak düşürücü süre sınırları kolaylıkla dolanabileceği gibi; Antlaşmanın temel tercihlerinden biri olduğu yukarıda görülmüş olan, sözleşmeyi sona erdirmeyi sınırlayan düzen de aşılabilecektir²²².

Ancak nitelik hatası için söylenenler, ulusal düzenlerde var olan diğer iptal kabiliyeti hallerinin de CISG'ın yanı sıra uygulama alanı bulamayacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla diğer hata hallerinde (beyan hataları) ve hile²²³, tehdit veya gabin gibi hallerde, iptal kabiliyeti imkanı CISG'dan bağımsız olarak mevcuttur.

²²⁰ Milletlerarası ticari teamüllerin nasıl sözleşme içeriği olduğu konusunda bkz. yukarıda 3. Bölüm II 3

²²¹ *P.Huber*, ZEuP 1994, 585, 599; *Leyens*, RevCISG 2003-2004, 3, 47.

²²² Ne yazık ki, bu çalışmada hep değerlendirmeye dahil edilmeye çalışılan PECL ve PICC'den bu alanda ilham alınması mümkün değildir. Zira iki metnin farklılık arz ettiği nadir noktalardan biri de budur. PECL Art. 4:119 yarışmayı sınırsız kabul ederken, PICC Art.3.7, yarışma imkanı vermemektedir. Hüküm gayet açık bir ifade ile, sözleşmeye aykırılığa dayanan bir talebi olan alıcının, hata hükümlerine başvurma imkanı olmadığını öngörmektedir.

²²³ *Lookofsky*, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. (Special Issue 2003), 263, 286.

D. CISG'da Boşluk Olması Halinde İhtilafa Uygulanacak Kuralların Tespiti

I. Sorunun Tespiti

Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, boşluğun türüne göre doldurma yöntemi de değişmektedir. Harici boşluklar açısından hemen DÖH kurallarının atfı ile tespit edilecek olan ulusal hukuka gidilecektir. Buna karşılık dahili boşluklar açısından m.7, f.2 önce CISG içinden bir çözüm üretilmesini istemektedir. Buna 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."

Yani dahili boşluklar açısından ancak ikinci aşamada ulusal hukuka gidilebilir. Bu açıdan aşağıda önce CISG içinde hakim hukuk yaratması sorunu üzerinde durulacak, daha sonra ulusal hukuka başvurulması ihtimali ele alınacaktır²²⁴.

²²⁴ CISG'in düzenleme alanına giren bir konuda norm bulunmaması halinde hakim CISG m.7, f.2 uyarınca genel ilkelere göre mi olayı çözmeye çalışacağı yoksa bu boşluğu sözleşmeyi tamamlayıcı bir yorum ile tarafların farazi iradelerine göre mi çözmeye çalışacağı sorusu akla gelebilir. Nitekim ulusal hukuk düzenlerinde de bu tür bir tartışma yaşanmaktadır. Yukarıda yedek hukuk kuralı mı, sözleşmeyi tamamlayıcı yorum mu öce gelir sorusunun devamı niteliğindedir bu tartışma. Kural, yedek hukuk kuralı olarak CISG'in uygulanmasıdır dedik. Ama CISG'da boşluk varsa bu durumda acaba yine aynı düşünceyi devam ettirerek, hakim genel bir ilke türetmesine mi öncelik vermek gerekir, yoksa somut olayda taraflar nasıl bir normun uygulanmasını isterlerdi sorusuna cevap aramak mı tercih edilmelidir? Yine Alman, İsviçre ve Türk hukuklarına bakıldığında konunun hayli tartışmalı olduğunu görmekteyiz. Bir görüşe göre (BernerKommentar/Kramer, Art.18 N.237; Jäggi/Gauch, Art.18 N.511 vd.; Gauch/Schluep/Schmid, N.1261vd., 1265) sözleşmeye uygulanacak bir yedek hukuk kuralının bulunmaması halinde, uygulanacak olan normun hakim tarafından MK m.1, f.2 uyarınca yaratılması gerekir. Eğer çözüm üretilmeye çalışılan sorun, aynı nitelikte sözleşmelerde tekrarlanabilecek bir sorunsu bu durumda hakim somut sözleşmedeki boşluğu tarafların farazi iradeleri uyarınca doldurmaya çalışmak yerine genel bir yedek hukuk kuralı yaratmaya çalışması gerektiği savunulmaktadır. Dolayısıyla hakim, yasa koyucu gibi hareket ederek (*modo legislatoris*) taraflar arasındaki ihtilafı çözecektir. Buna karşılık ihtilaf konusu bu şekilde genelleştirmeye elverişli olmayan, tekil, öznel bir sorun ise hakim bunu çözmek için yaratacağı kural ister istemez sadece o somut sözleşmenin gereklerini dikkate alan, tek seferlik uygulaması bulunan bir norm olacaktır. Buna karşılık Alman hukukuna bakıldığında genelde, yedek hukuk kurallarının eksikliği halinde artık hakim sözleşmeyi tamamlayıcı yorum dışında bir alternatifinin kalmadığı ifadesi ile karşılaşılmaktadır (Larenz/Wolf, § 28 N.112; Staudinger/Roth, § 157 N.27 vd.; Ehrliche, RabelsZ 60 (1996), 661, 684). Kanımca CISG m.7, f.2'nin, Antlaşmada ele alınmış olan konularda hakimi açıkça hukuk yaratmakla görevlendirdiği düşünülecek olursa, CISG açısından hep yedek hukuk kuralının öncelik sahibi olduğu kabul edilmelidir. Hakim genel ilkeler yaratarak bunları olaya uygulamak suretiyle olayı çözebildiği sürece bu alternatif tercih etmelidir. Bu konuda ayrıca bkz. Najork, 50 vd. ve 52.

II. Asli Olarak CISG'in Genel İlkelerine Göre Boşluk Doldurma

CISG m.7, f.2, Antlaşmanın boşluk içermesi durumunda hakim doğrudan devletler özel hukuku kuralları uyarınca yetkili olan hukuka gitmesini engelleyen, bu anlamda aynı yoruma ilişkin m.7, f.1 gibi, hukuk uyumlaştırmasını teşvik eden bir normdur. Norm boşluğu mümkün merbete Antlaşmanın kendi içinden doldurulmaya çalışılacaktır²²⁵. Ancak bu yapılırken uluslararası alanda Antlaşmanın yeknesak uygulanması kuralının da göz önünde tutulması gerekecektir. Yani hakim hem kendi ulusal hukukunda genel ilke olarak benimsenmiş kuralı CISG'in temelinde oturtmaması beklenir, hem de yabancı mahkemelerin aynı konuda vermiş olduğu kararları değerlendirmesi ve burada geliştirilmiş genel ilkeleri dikkate alması²²⁶. CISG'in son derece ayrıntılı ve iyi düşünülmüş bir sistem yaratmış olması itibarıyla bu Antlaşmadan tümevarım yöntemiyle bir dizi genel ilkenin türetilmesi imkanı mevcuttur²²⁷.

Ulusal hukuk düzenlerinde genel ilkeler yoluyla boşluk doldurulmasında öncelikle başvuru yöntem, kıyas ve teleolojik reduksiyondur²²⁸. Dolayısıyla Antlaşma çerçevesinde de bu iki yöntemin ne ölçüde uygulanabileceği üzerinde düşünülmalıdır. Kramer'in haklı olarak ifade ettiği gibi²²⁹, genel ilkelerin boşluk doldurmada kullanılması "sistem kıyasına" izin verilmiş olması anlamına gelir ve bu, "madde kıyası"ndan daha ileri bir adımdır. Dolayısıyla çoğun içinde az da vardır ilkesi uyarınca madde kıyasına da imkan verilmesi gerekir. Gerek kıyas gerekse amaca uygun sınırlama yöntemleri, eşit olana eşit muamele etme ilkesinin bir sonucu olarak milletlerarası alanda da aynen uygulanmak gerekir²³⁰.

Genel ilkelere kast edilen, Milletlerarası Adalet Divanı Statüsünün 38. maddesinde anılan, medeni ülkeler tarafından tanınmış genel hukuk ilkeleri değildir²³¹. Kast edilen Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere²³². Yani ilkenin bir türlü Antlaşmanın metninden veya sis-

²²⁵ Fischer, 201; Kramer, JBI 1996, 137, 147.

²²⁶ G. Schmid, 173 vd.

²²⁷ Kramer, JBI 1996, 137, 148.

²²⁸ Örn. bkz. Serozan, Medeni Hukuk, § 5 N.27 vd.

²²⁹ Kramer, JBI 1996, 137, 148.

²³⁰ Canaris, JZ 1987, 543, 547; Schlechtriem, Symposium Vischer, 11; G. Schmid, 175; Burkart, 191. Ayrıntılı olarak Kropholler, 293 vd.

²³¹ Magnus, RabelsZ 59 (1995), 469, 476. Madde 38'de anılan genel hukuk ilkelerinin hangileri olduğu hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz. Cheng, General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, 1953, reprint Cambridge 1987. Ayrıca bkz. Oğuz, AÜHF 2001/3, 11, 29 vd.

²³² Nitekim İngilizce metin açıkça bunu göstermektedir: "... in conformity with the general principles on which it [the convention] is based". Kavram hakkında bkz. Kropholler, 298 vd.

tematiğinden çıkarılabildiği; kaynağının Antlaşmada bulunması gerekir. Buna karşılık doktrinde bir kısım yazar, âkit devletlerin hepsine ortak bir hukuki ilkenin de CISG'in boşluklarının doldurulmasında dikkate alınabileceğini ifade etmektedir²³³. Kanımca bu görüşe katılmak mümkün değildir²³⁴. Her ne kadar hakimler kendi ulusal hukuklarındaki boşlukları doldururken bu türden mukayese bir araştırmanın sonuçlarını dikkate alabilirlerse de²³⁵, aynı şeyi CISG için yapmaları mümkün değildir²³⁶. Zira bu durumda gerçekten bütün Antlaşma ülkelerinin hepsinde geçerli bir hukuki ilke bulmak gerekir ki bu pek mümkün gözükmemektedir. Hem taraf ülkelerin hukuk düzenlerinin çeşitliliği bu ihtimali azaltmaktadır, hem de hakimnin böylesi bir araştırmanın altında kalkması teknik olarak mümkün değildir. Bu türden bir kapının açılması CISG'in mümkün olduğu kadar yeknesak uygulanması amacına da aykırı bir sonuç doğurabilir, zira her ulusal hakim mukayese araştırmasını sonucunda farklı bir genel ilke türetebilir. Dolayısıyla genel ilkelerin dayanağının Antlaşmada bulunmasına özen gösterilmelidir.

Bugüne kadar gerek doktrinde²³⁷ gerekse uygulamada CISG'a ilişkin olduğu kabul edilen genel ilkeler şunlardır:

- **İrade Özerkliği:** CISG m.6'da da ifade edilmiş olan bu kurala göre, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları hususlar CISG'in hükümlerine nazaran öncelikli olarak uygulanır²³⁸. CISG hükümleri yek niteliktedir.
- **Pacta Sunt Servanda:** CISG içinde açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, tarafların, akdettikleri sözleşmenin koşulları ile bağlılığı CISG'in da temelinde yatan bir ilke olarak kabul edilir²³⁹. Özellikle CISG m.71-73 bu bağlılığın ortadan kalkması için arana-

²³³ Bianca/Bonell/Bonell, Art.7 Bem.2.3.2.2; Frigge, 74.

²³⁴ Aynı yönde Magnus, RabelsZ 59 (1995), 469, 476.

²³⁵ Bu konuda ayrıntılı mukayese bilgi için bkz. Drobniç/van Erp (Eds.), The Use of Comparative Law by Courts, The Hague, 1999.

²³⁶ Najork, 52. Yazara göre, hakimlerin, ulusal hukuklardaki genel ilkeleri de ihtilafın çözümünde dikkate alabilmesini kabul etmek, CISG m.7, f.2, c.2'de yer alan ve ulusal hukuklara atıf yapan düzenlemenin kadük hale gelmesi sonucunu doğururdu. Zira hakimler her zaman bu türden bir genel ilke türetebilir ve ulusal hukukun uygulanmasını engelleyebilirdi.

²³⁷ Ayrıntılı bir sayım için bkz. Magnus, RabelsZ 59 (1995), 469, 480 vd.; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.7 N.48 vd.; Ferrari, JZ 1998, 9, 11 vd. PICC'de de, boşlukların doldurulması konusunda aynı ilke benimsenmiştir (Art. 1.6, II). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Weidemann, Lückenergänzung und richterliche Rechtsfortbildung nach Art.1.6 II der UNIDROIT-Principles for international commercial contracts, Frankfurt a.M.2001.

²³⁸ Burkart, 194.

²³⁹ Burkart, 197.

cak olan koşulların düzenlenmiş olması, bağlılığın esas alındığına işaret etmektedir.

- **Dürüstlük Kuralı**²⁴⁰: CISG m.7, f.1 uyarınca Antlaşma hükümlerinin yorumlanmasında, ticari hayatta dürüstlük kuralına sadık kalınmasını teşvik edecek çözümün tercih edilmesi gerekir. Kaleme almış şekli açısından sadece Antlaşma hükümlerinin yorumlanması alanında uygulama alanı bulacak olan bu ilke hakim görüşe göre genelleştirmeye elverişlidir²⁴¹ ve özellikle taraflar arasındaki sözleşmenin yorumlanmasında da etkin olacaktır²⁴². Bunun dışında hakkın kötüye kullanılması yasağı ile çelişkili davranış yasağının da bu maddeye dayandırılması teklif edilmektedir²⁴³. Dürüstlük kuralını uygun davranma gereğinin Antlaşmadaki yansımalarından birini m.80 de bulmak mümkündür. Bu madde, kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanan zarar tazmin ettirme imkanı olmadığını hüküm altına almaktadır²⁴⁴.
- **Güvenin Korunması**²⁴⁵: Belirli bir güven olgusu yaratmış olan kişinin, bunun sonuçlarına katlanması gerekeceği ilkesi de CISG içinde açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber genel ilke kategorisinde ele alınmaktadır.
- **Mantıklı ve Makul Olanın Ölçü Alınması**: Antlaşmanın bir dizi hükmünde "reasonable/raisonnable" kavramı kullanılmıştır. Bazen sürelerin makul olması, bazen davranışların makul olması aranmıştır. Dolayısıyla bunun da genel bir ilke katına çıkarılması teklif edilmektedir²⁴⁶.
- **Teamüllerin Önceliği**: Uluslararası tanınmışlık ve uygun davranışın var olması halinde teamüller CISG'a nazaran öncelikli olarak uygulanır (CISG m.9)²⁴⁷.

²⁴⁰ Najork, 52 vd.; BGH, 09.01.2002, CISG-Online N.651; Corte di Appello di Milano, 11.12.1998, CISG-Online N.430.

²⁴¹ Köhler, 29-30; Brunner, CISG Art.7 N.4; Koch, RevCISG 1998, 177, 208; Achilles, Art.7 N.8; Karollus, 12. Ferrari ise bu konuda dikkatli olunması ve dürüstlük kuralının ulusal hukuk düzenlerinden aşık olduğu şekilde bir genel hükme çevrilmemesi gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.7 N.49. CISG m.7, f.1'in yasama tarihini dikkate alarak aynı yönde Honnold, Uniform Application, 115, 144.

²⁴² Örn. OLG Hamburg 05.10.1998, CISG-Online, N.473.

²⁴³ Magnus, RabelsZ 59 (1995), 469, 480; Burkart, 195.

²⁴⁴ Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 3 B IV 4.

²⁴⁵ Honnold, Uniform Application, 115, 140; Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari, Art.7 N.54.

²⁴⁶ Bianca/Bonell/Bonell, Art.7 N.2.3.2.2; Frigge, 73; Najork, 56 vd.; Audit, N.55; Honnold, Uniform Application, 115, 139; Yovel, Art.49 N.7.4.

²⁴⁷ Ferrari, JZ 1998, 9, 12.

- **Şekil Serbestisi:** CISG m.11 sözleşmenin geçerli olarak kurulması ve ispatlanması konusunda şekil serbestisi kuralını getirmektedir²⁴⁸. Buradan türetilen genel ilke ile satım sözleşmesi çerçevesinde ifade edilecek bütün beyanların şekilsiz olabileceği sonucu çıkarılmaktadır.
- **Sözleşmenin Sona Erdirilmesi İmkanının Sınırlanmış Olması:** CISG içindeki bir dizi hükümden (CISG m.25/34/37/47/48/49/63/64), Antlaşmayı kaleme alanların, tarafların sözleşme ilişkisini sona erdirmesini zorlaştırmak istediği anlaşılmaktadır²⁴⁹. Bunun başlıca sebebi, milletlerarası satımlarda sözleşmenin tasfiyesinin beraberinde getireceği büyük zorluklar, özellikle de teslim edilmiş olan malın geri nakledilmedi. Bu yüzden, sözleşme ihlalinin ancak belirli bir yoğunluğa erişmesi halinde, yani esash olması halinde sözleşmeden dönme imkanı vardır²⁵⁰. Bu ilkedan hareketle, örneğin taraflarca sözleşmede kararlaştırılmış olan ek bir yükümlülüğün ihlalinin de, ancak sonuçlarının esash olması halinde sözleşmeden dönme imkanı verdiği kabul edilmelidir.
- **Zararın artmasını engelleme külfeti:** Yine doktrinde yaygın şekilde kabul edildiği üzere, taraflara karşılık olarak zararın artmasını engelleme külfeti yüklenmiştir²⁵¹. Bu hem kendi zararını hem de karşı tarafın zararını asgaride tutmak için gerekli önlemleri almayı ifade eder (CISG m.77/85/86).
- **İşbirliği Yükümlülüğü:** CISG'da düzenlenmiş olan yan edim yükümlülüklerinden çıkarsanan bu genel ilke uyarınca, tarafların sözleşmenin gereği gibi ifası için üstüne düşeni yapması ve sözleşme hedefini tehlikeye atmaması gerekir (CISG m.32, f.3, m.60, m.48, f.2²⁵²).
- **Tazminat Yükümlülüğü:** Satım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ihlali halinde bir tazminat ödenmesi gereği de CISG'nin bir dizi hükmünde kabul edilmiş bir kuraldır²⁵³. Bu durumda örneğin tarafların sözleşme ile getirdikleri ek yükümlülüklerin ihlali halinde de tazminat borcunun doğacağı kabul edilmek gerekir.

²⁴⁸ *Burkart*, 194. Ancak taraf devletlerin CISG'nin imzalanması aşamasında bu alanda bir çekince koyması imkanı vardır (CISG m.96).

²⁴⁹ *Achilles*, Art.46 N.1; *Flesch*, 152; *Pier-Eiling*, 167; *Audit*, N.55; *Honsell/Melis*, Art.7 N.13.

²⁵⁰ Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 D II 1.

²⁵¹ *Honnold*, Uniform Application, 115, 139; *Magnus*, *RabelsZ* 59 (1995), 469, 484; *Bianca/Bonell/Bonell*, Art.7 N.2.3.2.2; *MünchKommBGB/PHuber*, Art.77 CISG, N.3; *Audit*, N.55; *Karollus*, 16; *Piltz*, § 2 N.131.

²⁵² *Bianca/Bonell/Bonell*, Art.7 N.2.3.2.2; *Najork*, 63 vd; *Audit*, N.55. Ayrıca bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 A V 3 b.

²⁵³ *Schlechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.7 N.52.

- **Önce ifa yükümlülüğünün bulunmaması:** CISG m.58, f.1'in ifadesinden taraflardan hiçbirinin önce ifa yükümlülüğü altında olmadığı sonucu çıkarılmaktadır. Ancak alıcı açısından, parayı ödemediği önce malı kısa bir süre de olsa inceleme imkanı bulunmuş olmalıdır (m.58, f.3). Bu ilke ifa edilmiş olan edimlerin, sözleşmenin sona erdirilmesi halinde iadesi anında da geçerlidir. Taraflar yine aynı anda iade yükümlülüğü altındadır (*Zug um Zug*)²⁵⁴.
- **CISG çerçevesinde doğmuş alacakların takas edilebilirliği:** Takas kurumu CISG içinde düzenlenmemiştir²⁵⁵. Ancak, satıcının ifa ettiği malın ayıplı olması nedeniyle alıcının bir tazminat alacağını bulunması; bunun karşısında da satıcının bir semen alacağını var olması halinde tamamıyla CISG çerçevesinde doğmuş iki para alacağının CISG hükümleri uyarınca takas edilebilir edilemeyeceği tartışmalıdır²⁵⁶.

III. Tali Olarak Ulusal Hukuka Göre Boşluk Doldurma

Gerek harici bir boşluğun, gerekse CISG'nin genel ilkeleri uyarınca doldurulamayan dahili bir boşluğun varlığı halinde hakim, bu milletlerarası satım sözleşmesinden doğan ihtilafı kendi devletler özel hukuku kurallarının atfı uyarınca devreye giren ulusal hukuka göre çözecektir²⁵⁷. Bu sorunlar açısından yeknesak hukukun yaratılmak istenmediği kabul edilecek ve hakim, önüne gelen yabancılik unsuru taşıyan bir ihtilafı normalde nasıl bir muhakeme yürütüyorsa buna göre hareket edecektir. Ancak bu yöntemin *ultima ratio*, son çare, olarak uygulanması gerektiği açıktır²⁵⁸. CISG kuralları çerçevesinde bir çözüm üretmek mümkün olduğu ölçüde bu yöntemde ağırlık verilmelidir.

IV. Unidroit İlkelerinin (PICC) Boşluk Doldurmada Rolü

Son yıllarda doktrinde hayli yoğun şekilde tartışılan bir konu CISG'nin dahili boşluklarının, "genel ilke" teşkil ettiği kabul edilen

²⁵⁴ *Magnus*, *RabelsZ* 59 (1995), 469, 485.

²⁵⁵ Bu nedenle, devletler özel hukuku kurallarının atfı uyarınca belirlenecek ulusal hukukun uygulama alanı bulacağı yönünde OLG Hamm,09.6.1995, CISG-Online N.146.

²⁵⁶ Takas edilebileceği yönünde OLG Hamburg 26.11.1999, CISG-Online N.515 (CISG m.7, f.2 anlamında bir genel ilke sayılır); *Weber*, *Vertragsverletzungsfolgen*, 165, 186. Aksi görüşte *Slechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.7 N.55.

²⁵⁷ *Slechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.7 N.57.

²⁵⁸ *Kramer*, JBl 1996, 137, 149; *Staudinger/Magnus*, Art.7 N.58; *Slechtriem/Schwenzer/Ferrari*, Art.7 N.58.

Unidroit ilkeleri ile doldurulmasının mümkün olup olmadığıdır²⁵⁹. Zira PICC'nin dibâçesinde "Bu ilkeler milletlerarası yeknesak hukuk kurallarını yorumlamak ve tamamlamak üzere kullanılabilir" demek suretiyle, ilkelerin kaleme alınma sebeplerinden birinin bu olduğu açıkça ifade edilmiştir²⁶⁰. Nitekim bir grup yazar, m.7, f.2 uyarınca CISG'in düzenlemelelerinden genel bir ilke türetmenin mümkün olmadığı hallerde doğrudan ulusal hukuklara başvurmak yerine, CISG gibi, birçok ülke temsilcisinin, farklı hukuk çevrelerini dikkate alarak hazırlanmış olduğu PICC kurallarına genel ilke olarak başvurulmasının daha doğru olacağını savunmaktadır²⁶¹.

Pichonnaz'ya göre²⁶² bunun destekleyen birden fazla gerekçe vardır. Öncelikle, Antlaşmanın hükümleri ile PICC'nin hükümleri büyük ölçüde örtüşmekte ve CISG için kabul edilen "genel ilkeler" in çoğunluğu PICC içinde de açıkça kabul görmektedir²⁶³. Diğer yandan Unidroit ilkeleri politik açıdan tarafsızdır²⁶⁴. Örneğin PECL gibi Avrupa Birliği ülkeleri için hazırlanmış kurallar değildir bunlar. Aksine BM'nin uzman kuruluşu niteliğinde görev ifa eden, dünyanın 59 ülkesinin üye olduğu diplomatik bir oluşum olan UNIDROIT tarafından kaleme alınmışlardır. Bu açıdan genel kabul görmeleri potansiyeli çok yüksektir. Son olarak, Antlaşmanın çözüm sunmadığı alanlarda ulusal hukuklara başvurmak yerine, PICC gibi yine milletlerarası bir konsensüsün ürünü olan bir metne başvurmak, Antlaşmanın da amacına uygun bir sonuç olacaktır. Zira bu şekilde milletlerarası karar ahenginin sağlanması temin edilecektir. Antlaşmanın boşluklarını hep aynı metne dayanarak doldurmaya çalışmak, yeknesak bir milletlerarası satım hukuku yaratma amacını önemli surette desteklemektedir.

Buna karşılık bir dizi yazar, CISG içinde boşluk olması halinde Unidroit İlkelerinin bu boşlukları doldurmak için kullanılmasına taraftar

²⁵⁹ PECL'in bu tür bir rolü olup olamayacağı bu bağlamda tartışılmamaktadır. Zira PECL, Avrupa Birliği ülkeleri için hazırlanmış bir metin olmak itibarıyla, CISG gibi dünyanın her yerinden ülkenin taraf olduğu bir metnin tamamlanmasında kullanılmasına elverişli değildir. Buna karşılık PICC, aynı CISG gibi bu uluslararasılık unsuruna sahiptir. Bkz. *Herber*, IHR 2003, 1, 7.

²⁶⁰ Örneğin bkz. *Brödermann*, RIW 2004, 721, 728; *Dayınlarlı*, MHB 2003, 203, 210; *Oğuz*, AÜHF 2001/3, 11, 42.

²⁶¹ *Magnus*, *RabelsZ* 59 (1995), 469, 492 vd.; *Pichonnaz*, N.1643 vd.; *Basedow*, *Unif. L. Rev.* 2000-1, 129, 134 vd.; *Brödermann*, RIW 2004, 721, 729 dn.99; *Zeller*, 73; *Burkart*, 213 vd. ve 222; *Schlechtriem*, *EuZ* 2005, 26, 29; ICC Hakem Kararı N.8128/1995, CISG-Online N.526.

²⁶² Bkz. *Pichonnaz*, N.1643 vd.

²⁶³ PICC'nin hazırlanmasında zaten CISG hükümlerinin örnek alındığı konusunda bkz. *Magnus*, *RabelsZ* 1995, 469, 492-493; *Bonell*, *Restatement*, 65.

²⁶⁴ Aynı yönde *Basedow*, *Unif. L. Rev.* 2000-1, 129, 137.

değildir²⁶⁵. Zira CISG özellikle m.7'de, kendi içinden türetilecek genel ilkelerle boşluk doldurulmasını, buradan bir sonuç çıkarılamazsa da artık ilgili ulusal hukuka göre kural konulmasını öngörmüştür. Diğer yandan PICC'nin, CISG hükümleri ile uyumlayan bir dizi düzenleme içerdiğini de ifade eden *Herber*'e göre, bu kurallar CISG'a nazaran bir "aliud" teşkil eder ve ancak, tarafların bunlara sözleşmede açık atıf yapmış olması halinde uygulama bulabilir²⁶⁶.

Kanımca bu alanda *Bonell*'in uzlaştırıcı çözümüne katılmakta fayda vardır. Yazara göre, zaten CISG içinden türetilen bir ilkenin somutlaştırılması için PICC hükümlerine başvurulmasında bir sakınca olmak gerekir. Yani CISG'da genel olarak ifade edilen bir husus, PICC'de ayrıntılı olarak ele alınmışsa, bu normların CISG açısından da yol gösterici olması kabul edilmelidir²⁶⁷. Örneğin sözleşmenin esash ihlali kavramı CISG m.25'de sadece ana hatları ile tanımlanmışken, PICC Art. 7.3.1 daha ayrıntılı ve örnekler verilmek suretiyle kaleme alınmıştır²⁶⁸. Bu açıdan hakimlerin esash ihlalin ne olduğuna ilişkin tereddütlerinin olması halinde PICC, kavramı somutlaştırmada yardımcı olabilecektir²⁶⁹.

²⁶⁵ *Herber*, IHR 2003, 1, 6 vd.; *Najork*, 45; *Fischer*, 203; *Janssen*, Die Einbeziehung von AGB in internationale Kaufverträge und die Bedeutung der UNIDROIT - und der Lando-Principles, IHR 2004, 194, 198 vd.

²⁶⁶ *Herber*, IHR 2003, 1, 7.

²⁶⁷ *Bonell*, *Restatement*, 78; aynı yazar, *UCC L. J.* 2004, 49, 61. Aynı görüşte *Fischer*, 205; *Flambouras*, 13 *Pace Int'l Rev.* 261, 288-289; *Ferrari*, *JZ* 1998, 9, 16; *Canaris*, Die Stellung der "UNIDROIT Principles" und der Principles of European Contract Law" im System der Rechtsquellen, in: Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht, Tübingen 2000, 5, 28.

²⁶⁸ Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 1 B II 2 dn.77.

²⁶⁹ Başka örnekler için bkz. *Bonell*, *Restatement*, 76 vd.

§ 4. CISG Hükümleri İle Ulusal Hukuk Düzenleri Arasında Yarışma Sorunu

A. Sorunun Takdimi

Belirli bir sorun CISG'nin düzenleme alanına giriyorsa, kural olarak Antlaşmanın öncelikli uygulanması ilkesi geçerlidir²⁷⁰. İlgili sorun Antlaşmada açıkça düzenlenmemiş olsa bile, yukarıda üzerinde durulmuş olan yorum veya boşluk doldurma yöntemleri ile soruna ilişkin bir çözüm Antlaşmadan çıkarılabiliyorsa, yine Antlaşmanın öncelikli uygulanırılığı ilkesi geçerlidir²⁷¹. Yani bu hallerde ulusal hukuklarda var olan düzenlemeler hiç devreye girmez. Bu nedenle ulusal hukuktaki hükümler ile yarışma sorununun hiç yaşanmayacağı; bu hükümlerin ancak CISG'da düzenleme olmayan alanlarla sınırlı olarak uygulama bulacağı sonucuna varılabilir. Ancak bu iki norm bütünü keskin çizgilerle ayırmak her zaman mümkün olmamaktadır. Yukarıda, hata nedeniyle sözleşmenin iptali sorunu vesilesiyle görülmüş olduğu gibi, bazı hallerde, aynı hukuki olgunun farklı vasıflandırılması ve farklı talep temellerinin varlığı nedeniyle, Antlaşmanın yanı sıra uygulanması düşünülebilecek bir dizi ulusal hukuk normu olacaktır²⁷². Her ne kadar sorunu bütün boyutları ile yanıtsamak bu çalışmanın amacı dışında kalmaktaysa da, aşağıda en azından bazı önemli addedilen yarışma ihtimalleri üzerinde kısaca durulacaktır²⁷³.

B. Ayıba Karşı Tekeffül ve Borca Aykırılık Hükümleri İle Yarışma

Ulusal hukuklardaki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin, CISG düzenlemeleri karşısından uygulanması imkanı yoktur. Gerek alıcının sözleşmeye aykırı ifa halinde sahip olduğu seçimlik haklar gerekse tazminat

²⁷⁰ Staudinger/Magnus, Einl. zum CISG N.42; C. Schmid, RIW 1996, 904, 907; aynı yazar, Normenkonkurrenz, 24; Köhler, 66; Schlechtriem, Unification, 121, 126; P.Huber, ZEuP 1994, 585, 597.

²⁷¹ C. Schmid, RIW 1996, 904, 907.

²⁷² Schlechtriem'in haklı olarak ifade ettiği gibi, âkit devletler Antlaşmayı imzalarken, hangi iç hukuk kurallarının artık uygulanmayacağını saptayabilseler bu sorun hiç yaşanmayacaktır (Unification, 121, 126).

²⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. C. Schmid, Normenkonkurrenz, passim; Köhler, 65-70.

talebi açısından CISG hükümleri her türlü düzenlemeyi ihtiva etmekte ve ulusal hukuk düzenlerini dışlamaktadır²⁷⁴. Türk hukuku ile mukayese edildiğinde, CISG hükümleri zaten birçok noktada alıcı açısından daha avantajlıdır da. Ne TTK m.25'de öngörülen kısa muayene ve ihbar süreleri, ne 6 aylık zamanaşımı süresi, ne BK m.203 uyarınca yaşanan, tazminatın kapsamı tartışması CISG'da yoktur. Çalışmanın her noktasında gösterilmeye çalışılacağı üzere, bu avantajlar daha bir dizi başka alanda da kendisini göstermektedir.

C. Haksız Fiil Hükümleri İle Yarışma

CISG'nin yanı sıra ulusal hukuklardaki haksız fiil hükümlerinin uygulanmasının ne oranda mümkün olduğu çok tartışmalı bir noktadır. Yukarıda görülmüş olduğu üzere, sözleşmeye aykırı mal nedeniyle meydana gelen ölüm veya yaralanmalardan doğan zararlar için zaten CISG hükümleri devreye girmez. Bunlar sadece ilgili ulusal hukuk düzenine göre tazmin edilebileceği için yarışma sorunu da doğmayacaktır. Ancak sözleşmeye aykırı malın alıcının malvarlığında sebep olduğu zararlar (örn. zehirli yem nedeniyle ölen hayvanlar) açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Bu hallerde hem CISG hükümleri uyarınca hem de ulusal hukukların haksız fiil hükümleri uyarınca farklı talep temelleri söz konusu olabilmektedir²⁷⁵. Sorun özellikle, alıcının, CISG m.39, f.1'de düzenlenmiş olan, sözleşmeye aykırılığı ihbar süresini kaçırmış olması veya m.39, f.2'deki ihbara ilişkin 2 yıllık üst süresinin geçmiş olması nedeniyle satıcıya karşı haklarını kaybettiği hallerde doğmaktadır²⁷⁶. Zira bu hallerde alıcı, sözleşmeye aykırı mal nedeniyle uğradığı malvarlığı zararını en azından ulusal hukuklardaki haksız fiil hükümleri uyarınca tazmin ettirmek isteyecektir.

²⁷⁴ Köhler, 133-134.

²⁷⁵ Lookofsky, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. (Special Issue 2003), 263, 287.

²⁷⁶ Staudinger/Magnus, Art.5 N.11; Herber, FS Schlechtriem, 207, 209. Alıcının ihbar külfeti ve süreler hakkında bkz. aşağıda Bölüm 4 § 3 B IV 3. Nitekim OLG München tarafından ULIS'in uygulandığı dönemde verilen bir kararda sorun tam da bu olmuştur. Olayda Alman satıcı, perde üzerine uygulanan kimyevi bir maddenin üreticisidir. İtalyan alıcı bu kimyevi maddeyi satın almış ve kendi alıcılarına aktarmıştır. Ancak onlardan gelen sözleşmeye aykırılık ihbarı üzerine, satım konusu kimyasal maddenin perdelerin renginin açılmasına sebep olduğu anlaşılmıştır. İlk alıcının, Alman satıcısına karşı sözleşmesel bir talep ileri sürmesi, ihbar sürelerinin kaçırılmış olması nedeniyle mümkün olmamıştır. Mahkeme, haksız fiil hükümlerinin ULIS'in yanı sıra uygulanmasını kabul etmiştir. Bkz. OLG München 9.8.1995, RIW 1996, 955 vd. Buna karşılık OLG Thüringen tarafından verilen bir kararda ihbar sürelerinin kaçırılmış olması nedeniyle sözleşmesel bir talebin ileri sürülemeyeceği, bunun yanı sıra da ulusal hukuktaki haksız fiil hükümlerine başvurulamayacağı kabul edilmiştir (OLG Thüringen 26.5.1998, CISG-Online N.513).

Uygulamaya bakıldığında, bir dizi mahkeme kararının alıcıya, CISG hükümlerinin yanı sıra ulusal haksız fiil hükümleri uyarınca bir tazminat hakkı tanıdığı²⁷⁷, bazılarının ise yarışmayı reddettiği ve CISG'in münhasır uygulanmasını kabul ettiği görülmektedir²⁷⁸. Aynı bölümlük öğretide de mevcuttur. Bir grup yazar, CISG'in hukuk uyumlaştırması hedefini gerekçe olarak ileri sürerek bu tür bir yarışmaya karşı çıkmaktadır²⁷⁹. Zira alıcının haksız fiilden kaynaklanan alternatif bir talebinin kabul edildiği ülkelerde, satıcının sözleşmesel sorumluluğu için CISG'da öngörülmuş olan muayene ve ihbar külfeti gibi önkoşulları kolayca dolanması mümkün olacak; ulusal hukuk düzeninde haksız fiile dayanan bir talebi olmayan alıcılar ise mağdur edilecektir²⁸⁰. Dolayısıyla soruna ilişkin, CISG içinde bir talep temeli var olduğu sürece ulusal hukuktaki diğer talep temellerine, özellikle de haksız fiile dayanmak mümkün olmamaktadır²⁸¹.

Buna karşılık diğer bir görüş, CISG hükümleri ile ulusal haksız fiil hükümlerinin yarışabileceğini kabul etmektedir²⁸². Alıcı, alternatif talep yarışmasının varlığı nedeniyle, dilerse muayene ve ihbar külfetini yerine getirerek, kusur şartı açısından daha avantajlı olan CISG'in sorumluluk rejimini işletebilecek, dilerse de bu külfetleri yerine getirmede hallerde

²⁷⁷ US Dist. Ct. E.D. of Pennsylvania 29.08.2000, CISG-Online N.675 (Tek satıcılık sözleşmesinin ihlali sonucunu doğuran davranış yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle sorumluluk haksız fiil hükümlerine dayandırılabilir); Haksız fiil talebini sadece olayla sınırlı olarak kabul eden, genelleme yapmaktan kaçınan bir karar için bkz. US Dist. Ct. SDNY, 10.05.2002, CISG-Online N.653.

²⁷⁸ LG Frankenthal 17.4.1997, CISG-Online N.479; OLG Thüringen 26.5.1998, CISG-Online N.513 (Satım konusu alabahlıkların hastalıklı olduğu ve bu yüzden alıcının çiftliğindeki bütün alabahlıkların öldüğü gerekçesi ile açılan dava, ihbar sürelerinin kaçırılmış olması ve ulusal haksız fiil hükümlerinin CISG'in yanı sıra uygulanamayacağı gerekçesi ile reddedilmiştir).

²⁷⁹ Herber, IHR 2001, 187, 191; aynı yazar FS Schlechtriem, 207, 218 vd.; Kuhlen, 114 vd.; Heuzé, N.90; Honnold, CISG, N.73; Piltz, § 2 N.128-129; MünchKommBGB/P.Huber, Art.45 CISG, N.27; P.Huber, IPRax 1996, 91, 94; Kohler, 142-150.

²⁸⁰ Honnold, CISG, N.73. Örneğin Fransız hukukunda geçerli olan "non cumul" doktrini uyarınca sözleşme ve haksız fiilden doğan taleplerin yığılması mümkün değildir. Sözleşmeden doğan bir talep var olduğu sürece, haksız fiil hükümlerine başvurulamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bénabent, N.523 vd.; v. Walter, Die Konkurrenz vertraglicher und deliktischer Schadenersatznormen im deutschen, ausländischen und internationalen Privatrecht, Regensburg 1972, 60 vd.

²⁸¹ Herber, IHR 2001, 187, 191; P.Huber, IPRax 1996, 91, 93.

²⁸² Schlechtriem, RabelsZ 2005, 356, 361; Honsell/Siehr, Art.5 N.4; Honsell/Schöne, Art.74 N.3; Achilles, Art.5 N.1; Schlechtriem/U.Huber, Art.45 N.59; Brunner, Art.5 N.2; Neumayer/Ming, Art.5 N.2; Bernstein/Lookofsky, § 4-6; Schlechtriem/Schwenzel/Ferrari, Art.5 N.12; Bamberger/Roth/Saenger, Art.5 CISG, N.7; Staudinger/Magnus, Art.5 N.14; Gerny, 181; MünchKommHGB/Benicke, Art.5 CISG, N.8; C. Schmid, Normenkonkurrenz, 273 vd.; aynı yazar, RIW 1996, 904, 908; Lookofsky, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. (Special Issue 2003), 263, 288.

iç hukukun haksız fiil hükümlerine başvurabilecektir²⁸³. Bu çözüm, özellikle haksız fiil hükümlerini dışlamamanın, zarar gören açısından zaman zaman beraberinde getireceği ağır sonuçlar ileri sürülerek gerekçelendirilmektedir. Ayrıca Antlaşmanın, bu alanda yarışmayı dışladığına ilişkin hiç bir düzenleme içermediği ve haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmesel sorumluluğun farklı işlevlerinin olduğu da ifade edilmektedir²⁸⁴. Magnus'a göre sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu arasında birincisi lehine bir öncelikten yol çıkılamayacağı üzere, ulusal hukukların bu iki talep temeli arasındaki ilişkiyi düzenlemekte serbest oldukları ve her somut olayda DÖH kuralları gereği uygulanacak olan hukukta var olan çözüme bakılması gerekir²⁸⁵.

Sorun, yukarıda CISG m.5 açıklanırken de üzerinde durulmuş olduğu gibi, CISG'in, birçok ulusal hukuk düzeninden farklı olarak, malın sebep olduğu dolayı/devam eden zararlara ilişkin tazminat talebini de düzenlemesinden kaynaklanmaktadır. Yani sadece sözleşmeye aykırı malın kendisinin zarar görmesi değil (bozuk fritözün yanması), bu malın meydana getirdiği diğer malvarlığı zararları (bozuk fritözün içinde bulunan patatesin yanması/bozuk fritözün içinde bulunduğu evin yanması) açısından da tazminat, kural olarak CISG çerçevesinde talep edilebilmektedir²⁸⁶. Buna rağmen, ulusal hukuklardaki haksız fiil hükümlerine başvurulmasını kabul etmek içinse kuvvetli bir gerekçeye ihtiyaç vardır. Kamıca bu noktada Schneider'in teklifini takip etmek düşünülmelidir²⁸⁷. Yazar, CISG'in yeknesak uygulamasını teşvik etmek üzere, Antlaşmada çözüm üretilmiş olan bir alanda ulusal hukuklara gidilmesinin mümkün olmaması gerektiği görüşüne katılmaktadır. Nitekim yukarıda²⁸⁸, hata hükümleri açısından da kabul edildiği üzere, bu temel yaklaşım terk edilmemelidir. Ancak yazarın gösterdiği üzere, CISG'in düzenleme getirmek istediği alanın doğru tespit edilmesi halinde sorun zaten kendiliğinden çözülecektir.

CISG, tarafların, sözleşme ile risk tahsisini (*Risikokollokation*) gerçekleştirdikleri alanlara, yani sözleşmesel dengeyi kurarken dikkate aldıkları veya alabilecekleri risklere ilişkin olarak yeterli düzenleme içermektedir²⁸⁹. Bu alanlarda, tarafların kurmuş oldukları sözleşmesel den-

²⁸³ Honsell/Schöne, Art.74 N.3.

²⁸⁴ Staudinger/Magnus, Art.5 N.14.

²⁸⁵ Staudinger/Magnus, Art.5 N.14. Aynı yönde Gerny, 181.

²⁸⁶ Bu konuda ayrıntı için bkz. ileride Bölüm 5 § 2 E II 2.

²⁸⁷ Schneider, 241 vd.

²⁸⁸ Bu bölümde, bu paragraf altında C IV 2.

²⁸⁹ Schneider, 243 vd. Sözleşme yoluyla tarafların belirli bir riziko dağılımı gerçekleştirdikleri ve tarafların edimleri arasındaki dengenin, bu dağılımın da dikkate alınması suretiyle belirlendiği yönündeki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Triantis, Unforeseen Contingencies. Risk Allocation in Contracts, in: Encyclopedia of Law and Economics, 1999, N.4500 (<http://encyclo.findlaw.com/>); Schäfer/Ott, 278 vd.

geye müdahale edilmemeli ve sadece CISG çerçevesinde ileri sürülebilecek sözleşmesel talepler kabul edilmelidir. İleride görüleceği üzere m.74 uyarınca alıcının hem alışveriş/fifa menfaatini hem de malvarlığına ilişkin bütünlük menfaatini CISG içinde koruma imkanı vardır. Bu imkan var olduğu ölçüde CISG'ın yanı sıra ulusal hukuk düzenleri devreye girmez. Fakat tarafların üzerinde hiç düşünmedikleri, öngörmedikleri bir rizikonun gerçekleştiği hallerde, sözleşmesel bir talep söz konusu olmayacağı için, bu hallerde haksız fiil hükümleri uyarınca yöneltilecek bir talebin önünü kesmenin de anlamı yoktur²⁹⁰.

D. Diğer Bazı Hukuksal Taleplerle Yarışma

Yarışmanın söz konusu olabileceği diğer bir hal ise ulusal hukuklardaki sebepsiz zenginleşme hükümleridir. Ancak bu hallerde de dikkatli olmakta fayda vardır. Zira sözleşmeden dönme sonrasındaki tasfiye ilişkisi, aşağıda görüleceği üzere²⁹¹, büyük ölçüde CISG m.81 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla ancak bu hükümlerin çözüm üretmediği ve CISG m.7 uyarınca boşluk doldurma suretiyle de çözülemeyen sorunlar açısından ulusal hukuklardaki sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmak mümkün olabilir²⁹². Diğer yandan "işlem temelini çökmesi", "*clausula rebus sic stantibus*", "*impracticability*", "*imprévision*" gibi ulusal hukukta mevcut kurumlara başvurmak da mümkün olmamalıdır. Zira bu konu da CISG m.79'da düzenlenmiştir, dolayısıyla ulusal hukuklara nazaran öncelikli uygulanması gerekir²⁹³.

Akla gelebilecek diğer bir kurum, sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumluluktur. CISG'da bu sorun düzenlenmemiştir. Hatta Antlaşmanın hazırlanması sürecinde *culpa in contrahendo*'ya ilişkin olarak açık bir hüküm eklenmesi konusu tartışılmış ancak teklifler kabul edilmemiştir²⁹⁴. Dolayısıyla yapılması gereken, en azından bazı yönleri-

²⁹⁰ *Schneider*, 248 vd. Nitekim haksız fiil hükümleri ile koşulsuz bir yarışmayı kabul eden yazarların, yarışmayı reddedenlere en çok yönelttiği eleştiri, sözleşmesel risk dağılımı kapsamında ele alınmayacak olan, dolayısıyla da sözleşmesel bir koruma yükümlülüğüne dayandırılmayacak olan taleplerin açıkta kalması tehlikesidir (örn. *Schlechtriem*, *RabelsZ* 2005, 356, 361). Oysa metindeki ayırım yapıldığında, bunu aşmak mümkün gözükmemektedir. Ayrıca bkz. *Lookofsky*, 13 *Duke J. Comp. & Int'l L. (Special Issue 2003)*, 263, 284-286.

²⁹¹ Bölüm 5 § 2 D VI 1.

²⁹² Bu yönde BG 07.07.2004, CISG-Online N.848.

²⁹³ Aynı yönde *Lookofsky*, 13 *Duke J. Comp. & Int'l L. (Special Issue 2003)*, 263, 283; *Pichonnaz*, N.1816; *Brunner*, Art.79 N.27; *Staudinger/Magnus*, Art.79 N.24; *Bianca/Bonell/Tallon*, Art.79 N.3.1.2; *Honnold*, N.432.2 dn.16; *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.79 N.31; Aynı yönde LG Aachen, 14.05.1993, CISG-Online N.86. Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 3 II 1 c bb.

²⁹⁴ Bkz. *Jud*, *Schadenersatz*, 92.

le Antlaşmada ele alınıp alınmadığını araştırmaktır. Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, başlangıçtaki kusurlu imkansızlık veya sözleşme öncesi yanlış bilgi verilmesi gibi, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını engellemeyen hallerde, ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıklara ilişkin olarak CISG içinde çözüm üretmek gerekecektir²⁹⁵. Buna karşılık sözleşmenin, örneğin hile nedeniyle ulusal hukuka göre iptalinin söz konusu olduğu durumlarda, yine bu ulusal hukukun *culpa in contrahendo*'ya dayanan bir tazminat talebine izin verip vermediği de araştırılacaktır²⁹⁶. Aynı şekilde sözleşme öncesi kusurlu davranış nedeniyle karşı tarafın vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde CISG çerçevesinde bir sorumluluk söz konusu olmaz. Bu hallerde de ulusal hukukun sözleşme veya haksız fiil hukuku hükümleri uyarınca bir çözüm üretilecektir²⁹⁷.

²⁹⁵ *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.74 N.11.

²⁹⁶ Aynı yönde *Jud*, *Schadenersatz*, 110 vd.

²⁹⁷ *Gerny*, 182

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
SATICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİ

§ 1. Genel Olarak

Antlaşmanın "Malların Satımı" adlı 3. Kısımının 2. Bölümü, satıcının yükümlülükleri ve satıcının bu yükümlülüklerine aykırı davranması halinde alıcının hakları bahsine özgülenmiştir. Bu başlığın giriş maddesi, CISG m.30, satıcının başlıca yükümlülüklerini saymaktadır. Buna göre satıcı, taraflar arasındaki sözleşme ve Antlaşma hükümleri dairesinde malı teslim etmek, ilgili belgeleri devretmek ve mal üzerindeki mülkiyeti nakletmek borcu altındadır.

Bu tanımdan anlaşıldığı üzere satıcının ilk yükümlülüğü malı teslim etmektir¹. Teslim eyleminin içeriği ve teslim yeri m.31'de saptanmıştır. Antlaşma iki alternatif üzerinde durmaktadır: aranılacak veya gönderilecek borçlar. Götürülecek borçlar Antlaşmada ayrıca ele alınmamıştır. Bir gönderme borcunun söz konusu olduğu hallerde satıcıya düşen ödevler CISG m.32'ye göre belirlenecektir. Teslim eyleminin hangi anda tamamlanmış olması gerektiği konusunda ayrıntılar ise CISG m.33'de verilmiştir.

Satıcının ikinci yükümlülüğü, satım konusu malla ilgili belgeleri devretmektir (CISG m.34). Bu belgelerin hangileri olduğu sözleşme hükümleri, teamül (CISG m.9) ve dürüstlük kuralı (CISG m.7, f.1) uyarınca tespit edilir.

CISG m.30 uyarınca satıcıdan atması beklenen diğer bir adım ise mülkiyeti nakletmesidir. Ancak Antlaşmanın uygulama alanı incelendiğinde aktarıldığı üzere², mülkiyetin hangi anda ve nasıl intikal ettiği sorusunun cevabı Antlaşmada yer almamaktadır. Dolayısıyla bu konuda, yetkili mahkemenin devletler özel hukuku kurallarının hangi ülke hukukuna göndermede bulunduğu bakmak gerekecektir. Genelde *lex rei sitae* kuralının devreye gireceği ve malın bulunduğu yer hukuku uyarınca mülkiyetin de intikal edeceği kabul edilir³. Nitekim MÖHUK da m.23'te bu çözümü benimsemiştir.

¹ Antlaşma Almanca "liefern", İngilizce "to deliver" ve Fransızca "livrer" kavramlarını kullanmıştır.

² Bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 C II 3.

³ Bu madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *G.Tekinalp*, 250 vd.; *Nomer/Şanlı*, 280 vd.

Satıcının teslim ettiği malın sözleşmeye uygun olması ve üçüncü kişilerin bu mal üzerinde herhangi bir talep sahibi olmaması yükümlülüğü ise CISG m.30'da ayrıca ifade edilmemiştir. *Karollus*'a göre bunun sebebi, Antlaşmayı hazırlayanların CISG m.30'daki ifadeyi büyük ölçüde ULIS m.18'den aynen devralmış olmalarıdır⁴. Zira aşağıda görüleceği üzere⁵ ULIS sisteminde satıcının teslim borcu temel borcudur ve ancak sözleşmeye uygun bir mal teslim edilmesi halinde bu borç gereği gibi ifa edilmiş sayılır. Dolayısıyla ULIS m.18'de sadece teslim borcundan bahsedilmiş olması tutarlıdır. Buna karşılık CISG bu sistemden ayrılmış, teslim borcu ile sözleşmeye uygun mal teslim borcunu ayrı ayrı değerlendirmiştir. Dolayısıyla bu sistemde aslında CISG m.30'un da farklı kaleme alınması gerekirdi. Ancak CISG m.30'da ayrıca ifade edilmemiş olmasına rağmen satıcının kuşkusuz, sözleşmede kararlaştırılmış olan özelliklere uygun mal teslim etme yükümlülüğü vardır. Aksi takdirde teslim borcunu yerine getirmiş olmakla beraber yine de sözleşmeye aykırı davranmış olaktan kurtulamayacaktır. Nitekim CISG m.35-44 satıcının bu yükümlülüğünün kapsamına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.

Satıcının bu temel yükümlülükleri dışında da bazı yükümlülükleri olabilir. Bunlar tarafların iradesinden, uygulanmakta olan teamüllerden, Antlaşmadan veya dürüstlük kuralından kaynaklanabilir⁶. Örneğin nakliye süreci için bir sigorta sözleşmesi akdetmek, gerekli bilgileri alıcıya aktarmak, malın montajını gerçekleştirmek, karşı tarafın hukuki değerlerinin zarar görmeyeceği bir şekilde ifa etmek, sözleşmenin gereği gibi ifasını engelleyecek davranışlardan kaçınmak gibi yükümlülükler bunlar arasında sayılabilir⁷. Bunların ifa edilmemesi, aynı diğer yükümlülüklerle aykırılıkta olduğu gibi, CISG m.45 sonrasında yer alan yaptırımların devreye girmesine sebep olur⁸. Antlaşma, asli ve yan edim yükümlülükleri şeklinde bir ayırım yapmamış, bunların ihlalinin farklı sonuçlar doğurmasını öngörmemiştir⁹. Dolayısıyla Alman ve İsviçre-Türk doktrinlerinde kabul edildiği üzere yan edim yükümlülüklerinin bağımlı ve bağımsız olarak ayrılması¹⁰ ve ancak bağımsızlara aykırılığın ifa talebine im-

⁴ *Honsell/Karollus*, Art.30 N.3.

⁵ Bkz. aşağıda § 2 A II.

⁶ *MünchKommBGB/Gruber*, Art.30 CISG, N.7 vd.

⁷ *Hackenberg*, 61 vd.; *Honsell/Karollus*, Art.30 N.17-18; *Staudinger/Magnus*, Art.30 N.16-17; *Brunner*, Art.30 N.7 vd.

⁸ *Herber / Czerwenka*, Art.30 N.9; *Brunner*, Art.30 N.8.

⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Bölüm 5 § 1 B II 2 b.

¹⁰ Örneğin bilgi verme, rekabet etmeme, gerekli resmi belgeleri temin etme yükümlülüğü gibi yükümlülükler, bağımsız olarak dava konusu edilebilecek yan edim yükümlülükleridir. Buna karşılık bağımlı yan edim yükümlülükleri özellikle koruma amaçlıdır. Bunlar tek başına dava konusu edilemez, ancak ihlal edilmeleri halinde bir tazminat talebi doğar. Bu konuda bkz. örn. *Guhl/Koller*, § 2 N.30; *Schwenzer*, *Allgemeiner Teil*, N.4.24; *Kock*, 2 vd.; *Kocayusufoğlu*, *Borçlar Hukuku*, § 2 N.7 vd.; *Serozan*, *MHAD* 1969, 211, 233 dn.42; benzer yönde *Kılıçoğlu*, 19-20.

kan vermesi, buna karşılık bağımlıların ihlalinde sadece tazminat istenebilmesi gibi bir ayırım Antlaşmada yoktur¹¹. CISG sadece, sözleşme ihlalinin esash olup olmadığı üzerinde durmaktadır. Kuşkusuz, ağır ihlaller genelde asli edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesi durumunda söz konusu olacaktır, ama götürü olarak bu tür bir eyleme yapmak mümkün değildir¹².

Bu bölümde, Antlaşmada ele alınmış sırası ve sistematığına uygun olarak önce mal teslim ve belgelerin devri yükümlülüğü bir başlık altında incelenecek; ikinci bir başlıkta ise ifa edilen malın sözleşmeye uygunluğu ve üçüncü kişilerin bu mala ilişkin taleplerinin sözleşmeye uygun ifa üzerindeki etkisi üzerinde durulacaktır. Satıcının bu yükümlülüklerine aykırı davranmasının sonuçları ise aşağıda Bölüm 5 altında ele alınacaktır.

¹¹ *Schlechtriem*, Verkäuferspflichten, 103, 111; *Staudinger/Magnus*, Art.30 N.20; *MünchKommBGB/Gruber*, Art.30 CISG, N.10; *Ziegler*, 29. Buna karşılık *Hackenberg* ve *Kock*, bu tür bir ayırımın en azından satıcının yükümlülüklerini tasnif etmek açısından önemini muhafaza ettiği gerekçesi ile CISG bağlamında da yan edim yükümlülükleri kavramını kullanmaktadır (*Hackenberg*, 4 vd.; *Kock*, 16 vd.).

¹² Metin içinde yine de yan edim yükümlülüğü kavramı zaman zaman kullanılacaktır. Ancak bu ayırımın, Antlaşma açısından bir önem taşımadığı göz ardı edilmemelidir.

§ 2. Mal ve Belgeleri Teslim Etme Yükümlülüğü

A. Malı Teslim Etme Yükümlülüğü

I. Gereği Gibi Teslimin Şartları

Satıcının teslim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş sayılması için ya sözleşmede belirlenmiş olan ya da Antlaşma uyarınca belirlenecek olan teslim eylemini, doğru yerde ve doğru zamanda gerçekleştirmesi aranır. Bu açıdan teslim yükümlülüğünün üç boyutu vardır: teslim yeri (CISG m.31), teslim eylemi (CISG m.31-32) ve teslim zamanı (CISG m.33). Tarafların sözleşmede bu üç unsura ilişkin bir düzenleme yapmış olması mümkün olduğu gibi, teslim yükümlülüğünü sadece bazı yönleri ile düzenlemiş olmaları da mümkündür. Üçüncü bölümde aktarılmış olduğu gibi, taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacak hükümleri bulmak için öncelikle sözleşmede kararlaştırılanlar¹³, burada bir hüküm olmaması halinde ise taraflar arasında teslime ilişkin olarak oluşmuş olan alışkanlıklara ve m.9, f.2 uyarınca sözleşme içeriğinden sayılan teamüllere bakmak gerekir. Ancak bu araştırma sonrasında yine bir kural saptanamazsa bu durumda artık CISG'nin yedek hukuk kuralları devreye girecektir.

CISG m.31 teslim kavramını tamamen satıcının perspektifinden ele alarak düzenlemiştir. Yani teslimin gerçekleşebilmesi için alıcının herhangi bir katılımına ihtiyaç yoktur¹⁴. İfaya yönelik hareketlerin tamamlanması yeterlidir, ayrıca ifa sonucunun gerçekleşmiş olup olmadığı bu noktada önem taşımaz¹⁵. Satıcıdan beklenen, alıcının, malın zilyetliğini kazanabilmesi için kendi üstüne düşen filleri tamamlamasıdır. Alıcının zilyetliği fiilen kazanmış olması ise aranmamaktadır¹⁶.

¹³ *MünchKommBGB/Gruber*, Art.31 CISG, N.1.

¹⁴ Bu düzenleme ULIS'den önemli surette sapmaktadır. Zira ULIS m.19'da teslim açıkça iki taraflı bir eylem olarak öngörülmüş ve alıcının da bu eyleme katılımı aranmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve bu düzenlemenin temelleri hakkında bkz. *Dölle/U.Huber*, Art.19 N.16 vd.

¹⁵ *Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer*, Art.31 N.4; *Herber/Czerwenka*, Art.30 N.2.

¹⁶ Malın zaten alıcının zilyetliğinde bulunduğu istisnai hallerde, örn. malın incelenmek üzere kendisine daha önce verilmiş olduğu hallerde, artık satıcının ayrı bir teslim borcu söz konusu olmayacaktır (*Neumayer/Ming*, Art.30 N.2). Bu hallerde tarafların mülkiyetin nakli konusunda anlaşması yeterlidir (*brevi manu traditio*).

Aşağıda teslim yükümlülüğüne ilişkin bilgi verilirken, ilk olarak teslim eyleminin gerçekleştirilmesi gereken yer saptanmaya çalışılacak; daha sonra ilgili eylemin farklı türleri üzerinde durulacak; son olarak da teslim eyleminin hangi anda tamamlanmış olması gerektiği konusu ele alınacaktır. Ancak teslim yükümlülüğünün içeriğine ilişkin ayrıntılara geçmeden, teslimin gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmenin ne açıdan önem taşıdığı, CISG çerçevesinde teslim borcuna atfedilen anlamın ne olduğu üzerinde kısaca durmak gerekir.

II. Malı Teslim Yükümlülüğüne CISG Çerçevesinde Atfedilen Anlam

İsviçre-Türk hukukunda satım sözleşmesine ilişkin eserlerde karşılaşılan sistematik düşünüldüğünde, genelde teslim ve mülkiyeti nakil borcunun bir arada ele alındığı¹⁷; teslimin, “mülkiyeti nakil borcunun bir sonucu ve onun tamamlayıcısı”¹⁸ olarak değerlendirildiği dikkati çeker. Oysa CISG, mülkiyetin intikali sorununu uygulama alanı dışında bırakmış olduğu için, ulusal hukuklardan farklı olarak satıcının teslim borcunu ön plana çıkarır¹⁹. Ön planda olan teslim ile ilgili eylemdir, yoksa bu eyleme ulusal hukuklarda bağlanan zilyetliğin nakli veya mülkiyetin intikali sonucu değildir²⁰. Mülkiyetin nakli için malın zilyetliğinin alıcıya aktarılması şartı aranan hukuk düzenlerinde, CISG’ın öngördüğü teslim eyleminin gerçekleştirilmesi, bazen dolaysız zilyetliğin alıcıya nakledilmesi açısından da yeterli olacaktır²¹. Ancak teslim borcunun yerine getirilmesi ile zilyetliğin naklinin sağlanmadığı haller de olabilir. Örneğin, ileride görüleceği gibi, satıcının malları, alıcıya ulaştırılmak üzere ilk taşıyıcıya teslim etmesi ile birlikte teslim borcu CISG uyarınca ifa edilmiş olur (CISG m.31/a). Ancak bu aşamada henüz alıcının ilgili mallar üzerinde zilyetliği ve dolayısıyla mülkiyet hakkını kazandığından bahsetmek mümkün değildir. Bunun için ya malların fiilen varma yerinde alıcıya verilmesi ya da malları temsil eden belgelerin ona ulaştırılması suretiyle

¹⁷ Arslanlı, 47, 49; Aral, 88 ve 91; Yavuz, Borçlar Özel, 65; ZürcherKommentar/Schönle, Art.185 N.69 vd.

¹⁸ Tandoğan, ÖBİ V/1, 119.

¹⁹ Teslim borcunun satıcının “birincil, merkezi, asli” borcu olduğu şeklindeki ifadeler için örn. bkz. Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.30 N.2; Schlechtriem, Verkäuferpflichten, 103, 111; Neumayer/Ming, Art.30 N.2; Honsell, SJZ 1992, 345, 347.

²⁰ Schlechtriem, Verkäuferpflichten, 103, 111. Bucher’in haklı olarak ifade ettiği gibi, CISG bağlamında sözleşmenin ifasından bahsedildiğinde kastedilen mülkiyetin nakli değil, alıcıya malın teslim edilmesidir, Bucher, F&G Neumayer, 171, 177.

²¹ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.30 N.7.

dolaysız veya dolaylı zilyetliğin kendisine kazandırılması gerekir²². Bu açıdan Antlaşma bağlamında teslim kavramı, gerek zilyetliğin nakli gerekse mülkiyetin nakli tartışmalarından bağımsız olarak düşünülmelidir. Bu hususlar ilgili devletler özel hukuku normlarının atıfları çerçevesinde tespit edilecek olan ulusal hukuka göre çözülecektir.

Teslim borcunun önem taşıyabileceği diğer bir alan hasarın intikali-dir. La Haye satım hukuku konvansiyonunda teslim, hasarın intikali için önkoşul sayılmış²³ ve bu açıdan da kavrama büyük bir önem atfedilmiştir²⁴. Ancak ULIS’in uygulandığı dönemlerde bu tercih eleştirilmiş²⁵ ve uygulamada da sorunlar yaratmış olduğu için bu yaklaşım BM konvansiyonu hazırlanırken terk edilmiştir²⁶. CISG çerçevesinde teslim ve hasarın intikali sorunları birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmiştir. Her ne kadar CISG’a göre de teslim ve hasarın intikali birçok halde aynı anda gerçekleşmekteyse de aşağıda görüleceği üzere bu bir zorunluluk teşkil etmemektedir.

ULIS içinde teslim kavramına bağlanan bir diğer sorunsal, teslim edilen malın sözleşmeye uygunluğu. La Haye satım hukuku konvansiyonuna bakıldığında, teslim borcunun ancak, “sözleşmeye uygun mal” vermek suretiyle ifa edilebileceği görülmektedir (ULIS m.19)²⁷. Bu nedenle, satıcının alıcıya ve taşıyıcıya sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi, yani ayıplı ifa, *aliud* ifa veya kısmi ifa hallerinde ULIS çerçevesinde bir “teslim”den bahsetmek mümkün değildir²⁸. Dolayısıyla teslim bağlanan, ifanın zamanında gerçekleşmiş olması, malın ayrılmasıyla birlikte hasarın intikali ve semenin muaccel olması gibi sonuçlar kural olarak doğmamaktadır²⁹.

²² Nitekim İsviçre-Türk doktrininde de “teslim” ile “zilyetliğin nakli” kavramlarının ayrılması gereğine işaret edilmektedir. Doktrinde hakim görüş uyarınca teslim, zilyetliğin nakline nazaran daha dar bir kavramdır (Arslanlı, 50 vd.; Kalpsüz, İfa Mahalli, 143 vd.; Tandoğan, ÖBİ V/1, 119; BernerKommentar/Giger, Art.184 N.39-40). “Teslim borcunun ifa edilmiş sayılması için tesellüm şart değildir, yeter ki, satıcı bu neticenin sağlanması için kanun ve teamül icabı uhdesine düşen vazifeyi yapmış olsun.” (Arslanlı, 53).

²³ Dölle/U.Huber, Art.19 N.3.

²⁴ Hasarın intikali konusunda bkz. aşağıda Bölüm 4 § 4.

²⁵ Neumayer’e göre hasar düzenlemesinin yetersizliği çok sayıda ülkenin ULIS’i imzalamaması sebeplerinden biridir (Neumayer, FS Caemmerer, 955, 959). Ayrıca bkz. Dölle/Neumayer, Art.97 ULIS, N.3 ve 26 vd.; U.Huber, RabelsZ 1979, 413, 451 ve 458; Kromer, 247 vd.; Hutter, 12.

²⁶ CISG ve ULIS’in bu noktada mukayesesi için bkz. U.Huber, RabelsZ 1979, 413, 450 vd.

²⁷ “Teslim, sözleşmeye uygun bir malın verilmesidir.” (ULIS m.19). Bu konuda ayrıntı için bkz. Kromer, 238-240; Hutter, 9 vd.

²⁸ Dölle/U.Huber, Art.19 N.153; Erdem, La Livraison, N.344; Hutter, 12; 35.

²⁹ Schackmar, N.185.

Ancak ULIS'de kabul edilmiş olan bu teslim kavramı, "non-conformity" (sözleşmeye aykırılık) ile "non-delivery" (teslim etmeme) kavramlarını birbirine karıştırmış olması gerekçesiyle sıkça eleştiriye uğramıştır³⁰. Bu yüzden La Haye satım hukukunda tercih edilmiş olan ve teslimi adeta kilit kavram haline getiren³¹ yaklaşım CISG'da devam ettirilmemiştir³². Satıcının yükümlülüklerinin ele alındığı Kısım III/Bölüm II'nin ilk ayrımı satıcının teslim yükümlülüğüne, ikinci ayrımı da malın sözleşmeye uygun olma gereğine özgülenmiştir. Bu sistematığın de gösterdiği gibi Antlaşmayı hazırlayanlar, teslim ve sözleşmeye uygun mal teslimi olgularını ayırmak ihtiyacını hissetmişlerdir³³. Malın teslimi, malın ayrılıp olmasının ve hasarın intikali sorunları birbiri ile ilişkilendirilmemiştir³⁴. Teslim kavramına ilişkin başka bir tanım verilmesi yönündeki çaba ise, ülke temsilcilerinin anlayamaması nedeniyle başarısız olmuştur. Bunun üzerine, ABD'nin teklifine uyularak, teslimi tanımlamak yerine sadece satıcının yükümlülüklerini, onun yapması gerekenleri saymak tercih edilmiştir.

İşte bu yüzden CISG m.30'da sadece "mal" teslim etmek yükümlülüğünden bahsedilmektedir. Kuşkusuz CISG m.30 ve m.35 uyarınca satıcının bu mal, sözleşmede ve Antlaşmada öngörüldüğü şekilde teslim etme borcu vardır. Ancak satıcının, teslim borcunu yerine getirmiş sayılması için mutlaka sözleşmede belirlenmiş özelliklere sahip bir mal teslim etmesini gerektirmediği kabul edilmek gerekir³⁵. Her ne kadar yerlerde satıcının CISG m.35 vd. hükümlerini ihlal ettiği kabul edilecek olsa da, m.31 vd.'da yer alan teslim yükümlülüğüne aykırı bir davranış söz konusu olmayacaktır. Bu ayrımın yapılması önemlidir, zira satıcının hiç ifa etmemesi ile sözleşmeye uygun ifa etmemesi arasında, uygulanacak

³⁰ bkz. *Benicke*, IPPrax 1997, 326, 328; *Erdem*, La Livraison, N.344 ve dn.260; *Hutter*, 13; *Neumayer*, FS Csemmerer, 955, 958; *Honnold*, Documentary History, 168 vd.

³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Kromer*, 234 vd.; *Rabel*, RabelsZ 9 (1935) 1, 56 (Yazar bu maddede ULIS'e ilişkin taslağı takdim etmekte ve bu taslağı hazırlayanların, menkul mülkiyetinin nakli alanında ulusal hukuk düzenlerinin farklılıklarını açacak, bunları yansıtmayacak bir kavrama ihtiyaç duyduklarını ve bu yolda teslim kavramını kullandıklarını ifade etmektedir. Yazara göre "teslim" bütün Antlaşmanın temel kavramıdır).

³² BM Genel Sekreterliğinin hazırladığı bir raporda bu tercihin sebepleri özellikle ULIS'e yöneltilen eleştiriler çerçevesinde açıklanmıştır, bkz. *Honnold*, Documentary History, 168 vd.

³³ *Aue*, 60; *Schwartz*, Sachmängelgewährleistung, 45; *Schlechtriem/U.Huber*, Art.49 N.19.

³⁴ *U.Huber*, RabelsZ 1979, 413, 450 vd.

³⁵ *Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer*, Art.31 N.33; *Schackmar*, N.186vd.; *Honsell/Karollus*, UN-Kaufrecht, Art.30 N.8-9; *Staudinger/Magnus* Art.30 N.5 ve Art.35 N.9; *Schlechtriem*, UN-Kaufrecht, N.123; *Erdem*, La Livraison, N.344; *Vogel*, 35.

yaptırımlar açısından bir farklılık olacaktır. Bu nedenle sorun, satıcının ne zaman ifa etmemiş; ne zaman ifa etmiş, ancak bunu sözleşmeye aykırı gerçekleştirmiş sayılacağını tespit etmektedir.

Dolayısıyla bu çalışmada teslim kavramı ile kast edilen, malın zilyetliğinin alıcıya geçebilmesi için satıcının üzerine düşen eylemleri tamamlamış olmasıdır. Bundan sonra zilyetliği fiilen edinip edinmemek alıcının kendisine kalmış olan bir husustur.

III. Teslim Yükümlülüğünün İfa Edileceği Yer

1. Teslim yerinden ne anlaşılmalı gerekir?

Teslim yeri (*Lieferort*; *lieu de livraison*; *place of delivery*), satıcının, mal teslimine ilişkin eylemlerini tamamlaması gereken yerdir³⁶. Belirleyici olan, satıcının yükümlülükleri açısından son hareketin nerede gerçekleştirildiğidir. Bu noktadan itibaren satım sözleşmesinden beklenen sonuçların alınması kural olarak alıcının hareketlerine bağlıdır³⁷. Örneğin mal teslim almak gibi. Gerçi gönderme borçları açısından mal nakil halinde olduğu sürece satıcının mah geri çağırma borcu devam etmektedir ama bu borç, teslim yerinin tayini açısından önem taşımaz.

Bu anlamda teslim yeri, satım sözleşmesinde satıcının borcunu eda ettiği yer, yani "edim yeri"dir (*Leistungsort*). Edim yeri, edim hareketlerinin tamamlandığı yerdir, ama bu yer, edim sonucunun alındığı yer ile her zaman örtüşmeyebilir³⁸. Özellikle milletlerarası satımlarda, satıcının mal gönderme borcunun olduğu hallerde, edim yeri, yani teslim yeri, malın ilk taşıyıcıya verildiği yerdir. Buna karşılık edim sonucunun alındığı yer (*Erfolgsort*), alıcının malın zilyetliğini kazandığı "varma yeri"dir (*Bestimmungsort*, *lieu de destination*) ve bu açıdan edim yerinden ayrılmaktadır³⁹. Varma yeri malın nakledileceği son nokta; alıcının malı teslim alacağı yerdir⁴⁰. Aranacak ve götürülecek borçlarda edim hareketinin

³⁶ *Erdem*, La Livraison, N.359; *Kalpsüz*, İfa Mahalli, 140; *Tiryakioğlu*, 224; *Schackmar*, N.293; *Piltz*, § 4 N.45; *Pallasch*, Ulrich, Gefahrübergang und Leistungsort beim Versandkauf, BB 1996, 1121, 1122.

³⁷ *Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer*, Art.31 N.4.

³⁸ *Larenz*, Schuldrecht I, 193; *Serozan*, Borçlar Genel, § 4 N.1; *Hegetschweiler*, 28; *Schack*, N.8.

³⁹ *Schack*, N.8; *Eren*, Borçlar Hukuku, 899.

⁴⁰ *Erdem*, La Livraison, N.362; *Kock*, 122. Teslim yeri ve varma yeri arasında ayrım yapmanın önemi, Alman hukukunda yakın geçmişte hasarın intikali sorunu çerçevesinde yaşanan bir tartışma bağlamında da ortaya çıkmıştır. BGB reformu sonrasında, gönderme borçlarında satıcının, taşıyıcıya malı teslim etmesi ile karşı edim hasarının alıcıya geçeceği yönündeki hükümün (BGB § 447) tüketici satımlarında uygulanmayacağı öngörülmüştür (BGB § 474). Ancak alt derece mahkemeleri bu

gerçekleştirildiği yer ile edim sonucunun alındığı yer örtüşür⁴¹; teslim yeri ile varma yeri aynı yerdir⁴². Buna karşılık gönderilecek borçlarda bu ayrıma ihtiyaç vardır.

CISG bu farkh “yerler” arasında hangisinin, satıcının borcu açısından ifa yeri (*Erfüllungsort*) olarak nitelendirileceği sorunu üzerinde durmamış; bu kavram Antlaşma içinde kullanılmamıştır. Oysa birçok ulusal hukuk düzeninde ifa yeri, alacaklının ve borçlunun temerrüdü, teslim ve nakil masraflarının taşınması, hasarın intikali, yetkili mahkemenin tayini⁴³, uygulanacak hukukun tespiti⁴⁴ gibi sorunlar açısından kullanılan

hükümün yorumlanması konusunda tereddüt yaşamış ve kısmen § 474’ün artık bütün tüketici satımları açısından bir götürme borcu düzenlemiş olduğuna, dolayısıyla da teslim anına kadar edim ve karşı edim hasarının satıcıda kalacağına hükmetmiştir. Ancak Alman Federal Mahkemesi 16.07.2003 tarihli kararında bu yorumu reddetmiş ve tüketici satımlarında bir gönderme borcunun kararlaştırılmış olması durumunda ifa yerinin yine taşıyıcıya teslim yeri olacağına, § 474 düzenlemesinin bu konuda bir değişiklik getirmediğine hükmetmiştir. Mahkemeye göre, yasa koyucunun amacının, gönderme borcu içeren tüketici satımlarında varma yeri ile ifa yerini eşleştirmek olduğu söylenemez. İfa yeri yine taşıyıcıya teslim olduğu için, edim hasarı da bu andan itibaren alıcıya geçer. Yani malın yolda telef olması halinde satıcının yeni bir mal ile ifa etme borcu söz konusu olmaz. Edim hasarı alıcıdadır. Buna karşılık alıcının semeni ödeme borcu, genel kuraldan farklı olarak, tüketici satımlarında düşer. Yani karşı edim hasarını satıcı taşır (BGH 16.07.2003, ZGS 2003, 438-439; Karar hakkında bkz. *Stephan Lorenz*, *Gattungsschuld, Konkretisierung und Gefahrtragung beim Verbrauchsgüterkauf nach neuem Schuldrecht*, ZGS 2003, 421-423 ve aynı yazar *Leistungsgefahr, Gegenleistungsgefahr und Erfüllungsort beim Verbrauchsgüterkauf* - BGH, NJW 2003, 3341 vd.; aynı yönde bir kavram kargaşası için bkz. LG Bad Kreuznach 13.11.2002, VuR 2003, 80. Bu karar hakkında bkz. *Mankowski*, EWiR 2003, 351-352).

⁴¹ *Rabl*, 111.

⁴² *Erdem*, La Livraison, N.363; *Schackmar*, N.293.

⁴³ Bu bağlamda özellikle 22 Aralık 2000 yılında Avrupa Birliği bünyesinde kabul edilmiş olan “Medeni ve Ticari Meselelerde Yetki ve Mahkeme Kararlarının Tenfiz Hakkında 44/2001 sayılı Konsey Tüzüğü”nün (“Brüksel I- Tüzüğü”, ATRG 16.1.2001 L 12/1) 5. maddesi dikkate değerdir. Bu madde uyarınca, sözleşmeden doğan talepler için ifa yeri mahkemesi, borçlunun ikametgahı mahkemesinin yanında alternatif yetkiye sahiptir (m.5, b.1, a). Eğer sözleşme bir menkulün satımına ilişkinse, ifa yeri teslim yeridir (m.5, b.1, b). Bu madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Rauscher/Leible*, EuZPR Art. 5 Brüssel I -VO, N.51-59; *Ena-Marlis Bajons*, *Der Gerichtstand des Erfüllungsortes: Rück- und Ausblick auf eine umstrittene Norm*, Zu Art.5 Nr.1 EuGVÜ und seiner revidierten Fassung in der Brüssel I-VO, in: *Einheit und Vielfalt des Rechts, Festschrift für Reinhold Geimer*, München 2002, 15-66; *Wurmnest*, IHR 2005, 107, 112-113; *Gsell*, IPRax 2002, 484 vd.

⁴⁴ Her ne kadar Brüksel I-Tüzüğü (bkz. dn.43), yetkili mahkemenin tayininde ifa yeri hukukunu esas almışsa da AB üyesi devletler tarafından imzalanmış olan “Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 1980 tarihli Roma Antlaşması” (Konsolide şekli için bkz. ATRG 26.1.1998, C 27/34), hukuk seçimi yapılmamış olan hallerde sözleşmenin tâbi olacağı hukuku ifa yerinden bağımsız olarak saptamıştır. Roma Antlaşması m.4 uyarınca sözleşme, en yakın irtibatlı olduğu hukuk düzenine tabidir. Ancak bu yer Türk hukukunda olduğu gibi (MÖHUK m.24) sözleşmenin karakteristik ediminin ifa edilecek olduğu yer değil, karakteristik edi-

bir kavramdır⁴⁵. Bu açıdan CISG çerçevesinde de ifa yerinin hangisi olduğunun belirlenmesi önem taşır.

Aranacak ve götürülecek borçlarda olduğu gibi, ifa hareketlerinin tamamlandığı yer ile ifa sonucunun gerçekleştiği yer örtüşüyorsa, ifa yerinin de burası sayılacağı açıktır. Buna karşılık gönderme borçlarında tereddüt doğabileceği gibi, özellikle satıcının, malı, işyerinin bulunduğu yerden değil, farklı bir yerden gönderme borcunu üstlendiği *nitelikli gönderme borçlarında*⁴⁶ sorun iyice belirginleşmektedir. Gönderme borçları açısından yaygın olarak kabul edilen⁴⁷ bu borcun bir yan borç olduğu ve ifa yerini değiştirmedir⁴⁸. Aynı aranacak borçlarda olduğu gibi satıcının işyerinin bulunduğu yer veya malın sözleşmenin akdi anında bulunduğu yer ifa yeri kabul edilmektedir. Satıcı sadece teslim borcunun yanı sıra malın gönderilmesini organize etme görevini de üstlenmiştir.

Buna karşılık nitelikli gönderme borçları konusunda doktrinde aynı konsensüsü bulmak mümkün değildir. Örneğin, satıcının işyerinin Frankfurt, alıcının işyerinin ise Buenos Aires olduğu bir ihtimalde, taraflar CIF Amsterdam ifa edilecek bir satım sözleşmesi kararlaştırmış ise ifa yerinin Frankfurt mu yoksa Amsterdam mı olduğu sorusu tereddüt doğuracaktır⁴⁹. Satıcının sadece bir gönderme borcu vardır dersek teslim ve dolayısıyla ifa yeri Frankfurt olur. Buna karşılık kısmen bir götürme kısmen de bir gönderme borcu olduğu kabul edilirse Amsterdam ifa yeridir demek gerekir⁵⁰. Bu hallerde birçok ulusal hukuk düzeninde kabul edildiği gibi son ifa hareketinin gerçekleştirildiği yer ifa yeri olarak nite-

mi ifa edecek olan kişinin mutad meskeninin olduğu yerdir. Böylelikle ifa yerinin değişkenliğinden sıyrılmak mümkün olmuş, uygulanacak hukukun sözleşmenin akdi anında öngörülebilirliği sağlanmak istenmiştir. Nitekim Türk hukukunda da bu yönde bir değişiklik yapılması teklif edilmektedir, bkz. *Tiryakioğlu*, 236 vd. Roma Antlaşması hakkında bkz. *Martiny* in: *Reithmann/Martiny*, N.3 vd.; *Ehşi*, Roma Konvansiyonu, 105 vd.

⁴⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Kalpsüz*, İfa Mahalli, 6-15; *BernerKommentar/Weber*, Art.74 N.16 vd.

⁴⁶ *Kock* bu haller için bir “kısmi götürme borcu”ndan bahsetmektedir (*Kock*, 112).

⁴⁷ *Honsell*, SJZ 1992, 345, 349; *ZürcherKommentar/Schraner*, Art.74 N.47; *BernerKommentar/Weber*, Art.74 N.43 vd.; *Schwenzer*, *Allgemeiner Teil*, N.7.06; *Oğuzman /Öz*, 256; *Serozan*, *Borçlar Genel*, § 4 N.7; *Erdem*, SİF Satışlar, 59; *Kalpsüz*, *Denizsızı Satışlar*, 29.

⁴⁸ Eski Ticaret Kanunu m.698/II’ye göre “... bayiin mücerret mebiin masarifi nakliyesini deruhde etmesiyle naklolunacağı mahallin, mahalli teslim addi lazım gelmez”. Nitekim *Kalpsüz*, buna benzer bir kuralın artık pozitif hukukumuzda var olmamasına rağmen aynı esasın ticari bir örf ve adet kuralı olarak bugün dahi cari olduğunun kabul edilmesini teklif etmektedir (bkz. *Kalpsüz*, İfa Mahalli, 60).

⁴⁹ *Incoterms*’ün sözleşme içeriği olması halinde satıcının teslim borcunu ifa yerinin nasıl tespit edileceği hakkında bkz. bu bölümde aşağıda § 2 A III 2 b aa.

⁵⁰ Bu konuda bkz. *Atamer*, *Oğuzman’a Armağan*, 131, 157 ve 165-166; *CIF satım için aynı yönde Erdem*, SİF Satışlar, 74.

lendirmek uygun gözükmektedir⁵¹. Malın taşıyıcıya teslimi ile birlikte son ifa hareketi gerçekleştirilmiş olacağı için bu yer hem teslim hem de ifa yeri olacaktır⁵².

2. Antlaşma ve Sözleşme Uyarınca Teslim Yerinin Saptanması

Hakim, satıcının teslim borcunu nerede ifa edeceğini öncelikle sözleşme, taraflar arasındaki alışkanlıklar ve teamüller uyarınca belirlemeye çalışacak, bunlardan herhangi bir veri elde edemediği hallerde ise CISG m.31'e göre teslim yerini saptayacaktır⁵³. Bu anlamda CISG m.31, borcun ifa mahallini genel olarak bütün sözleşmeler için saptayan BK m.73'ün, satıcının teslim borcuna uyarlanmış karşılığını teşkil etmektedir⁵⁴. Aşağıda öncelikle CISG içinde yer alan düzenleme, daha sonra, uygulamada özellik arz eden bazı sözleşmesel teslim yerleri üzerinde durulacaktır.

a. CISG m.31 uyarınca teslim yeri

CISG m.31, tarafların teslim yerine ilişkin bir düzenleme yapmamış olması halinde uygulanacak olan yedek hukuk kuralıdır. Nitekim CISG'ın getirdiği çözüm BK m.73'e paraleldir⁵⁵. Genel kural, teslim borcunun, sözleşmenin kurulması anında satıcının işyerinin bulunduğu yerde ifa edilmesidir. Aynı m.73, b.3'de olduğu gibi, alacaklı/alcının, borç-

⁵¹ Erdem, La Livraison, N.361; Brunner, Art.31 N.7; Bonell/Liguori, 2 Uniform L. Rev. 1997, 385, 395; Larenz, Schuldrecht I, 193; ZürcherKommentar/Schranner, Art.74 N.21; ZürcherKommentar/Schönle, Art.185 N.44; Tiryakioğlu, 224 vd.; Eren, Borçlar Hukuku, 899-900.

⁵² Ancak bu yerin aynı zamanda milletlerarası yetkili mahkemeyi tayinde de esas alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. U.Huber/Widmer'e göre, ne satıcının ne de alıcının işyerinin bulunmadığı bir yerin yetkili mahkemeyi belirlemek açısından esas alınması doğru değildir. Yazarlar bu yerin hasarın intikali, masrafların taşınması gibi konularda belirleyici olacağını ancak yetkili mahkemenin tayininde kullanılmayacağını savunmaktadır, bkz. Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.92 ve 96. Buna karşılık Magnus, Bruksel-I çerçevesinde de teslim yerinin, malın ilk bağımsız taşıyıcıya teslim edildiği yer olduğu görüşündedir bkz. Magnus, IHR 2002, 45, 47. Devletler özel hukukundaki "ifa yeri" ile borçlar hukuku anlamındaki "teslim yeri"nin aynı yer olmak zorunda olmadığı konusunda bkz. Schack, N.207 vd.; Gsell, IPRax 2002, 484, 488; MünchKommHGB/Benicke, Art.31 CISG, N.34; Haeger/Bentele, Der Lieferort als Gerichtsstand – zur Auslegung des Art.5 Nr.1 lit.b EuGVO, IPRax 2004, 73 vd. (Yazarlar gönderilecek borçlarda DÖH açısından varma yerinin teslim yeri olarak nitelendirilmesinden yanadır).

⁵³ Honsell/Karollus, Art.31 N.2.

⁵⁴ Alıcının para borcu açısından ifa yeri ise CISG m.57'de düzenlenmiştir. Buna göre alıcı, sözleşmede başka bir hüküm bulunmaması şartıyla, para borcunu satıcının işyerinin bulunduğu yerde veya, ödemenin malların veya bunları temsil eden belgelerin teslimine bağlanmış olması halinde teslim yerinde ifa edecektir.

⁵⁵ Bu hüküm hakkında bkz. Serozan, Borçlar Genel, § 5 N.5-8.

lu/satıcının ayağına gelmesi beklenir - bir aranacak borç söz konusudur. Ancak bu çözüm özellikle milletlerarası satımlarda amaca uygun olmayacaktır. Dolayısıyla Antlaşma, öncelikle uygulanması söz konusu olabilecek iki alternatif teslim yeri daha öngörmüştür. Bunlardan biri malın bulunduğu veya üretileceği yerde teslim edilmesi (bkz. BK m.73, b.2), diğeri ise, satıcının malı gönderme borcunu üstlenmiş olduğu hallerde, taşıyıcının bulunduğu yerde malın teslim edilmesidir.

Milletlerarası satımlarda en sık karşılaşılabilecek beklenen, gönderme borcu içeren satım sözleşmeleri olduğu için, bunlar açısından teslim borcunun nerede ifa edilmiş sayılacağı sorunu CISG m.31 (a)'da ilk sırada düzenlenmiştir. Eğer sözleşme bir gönderme borcu içermiyorsa bu durumda ikincil olarak CISG m.31 (b)'de düzenlenmiş bir halin var olup olmadığı araştırılır. Duruma göre malın bulunduğu veya imal olunacağı yerde teslim edilmesi gerekir. Eğer somut olayda bu söz konusu değilse, en son çare (*ultima ratio*) olarak genel kural uygulanır ve satıcının işyerinde ifa gerçekleşir⁵⁶. Aşağıda m.31'in sıralaması takip edilerek öncelikle bu farklı teslim yerlerine ilişkin açıklama verilecektir.

aa. Gönderme borçlarında teslim yeri

(1) Ne zaman bir gönderme borcu vardır?

CISG m.31 (a) uyarınca satıcı teslim yükümlülüğünü, "satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermek ..." ile ifa etmiş olur. Bu ifadeden anlaşılacağı üzere CISG, gönderme borçlarında teslim yerini, malın alıcıya ulaştırılmak amacıyla ilk taşıyıcıya verildiği yer olarak belirlemektedir.

Dolayısıyla CISG m.31, (a)'nın uygulanabilmesinin ön koşulu, taraflar arasındaki sözleşmeden bir nakil borcunun doğduğunun kabul edilmesidir⁵⁷. Aksi takdirde m.31, (b)/(c) bentleri uygulama alanı bulur. Her ne kadar milletlerarası ticarete asıl olan, gönderme borcunun varlığı ise de bu borç kendiliğinden doğmaz⁵⁸. Bunun için ya sözleşmede açık

⁵⁶ Erdem bu sıralamayı eleştirmektedir. Yazara göre genel kural, satıcının işyerinde malı alıcının emrine amade bulundurması olduğuna göre bu hususu düzenleyen bent c'nin ilk sırada yer alması daha doğru olacaktır (Erdem, La Livraison, N.388). Ancak bu teslim opsiyonu Antlaşma tarafından en son çare olarak öngörülmüştür. Dolayısıyla mantığa uygun sıralama CISG m.31'de yapıldığı gibi, ilk uygulanacak olasılıktan, son uygulanacak olasılığa doğru gidilmesidir. Hakim öncelikle a-bendinin uygulanırlığını araştırarak, uygulanmayacağına kanaat getirirse b-bendini de neyecek, bu da uymazsa c zaman c-bendini devreye sokacaktır (bkz. Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.18). Nitekim BK m.73 de benzer bir mantıkla kaleme alınmış, genel kural (c) bendinde düzenlenmiştir.

⁵⁷ C. Schmid, 254; Bamberger/Roth/Saenger, Art.31 CISG, N.5.

⁵⁸ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.17.

bir düzenleme mevcut olmalı, ya da taraflar arasında oluşmuş olan alışkanlıklar veya milletlerarası ticarete geçerli teamüller, bir nakil borcunun varlığı sonucuna götürmelidir⁵⁹. Milletlerarası ticarete, tarafların sözleşmenin akdi anında ayrı ülkelerde bulunması durumunda, gönderme borcunun satıcıya düşeceği konusunda bir çok halde yerleşmiş bir teamülün varlığından yola çıkılabilecektir⁶⁰. Ancak sözleşmede açık bir hüküm yok ve CISG m.9 çerçevesinde sözleşme içeriği haline geldiği farz edilen teamüllerden de bu yönde bir veri elde edilemiyorsa, bir aranacak borcun varlığını kabul etmek dışında çare yoktur.

Sözleşmede bir gönderme borcunun kararlaştırıldığı sonucuna varılabiliyor ancak teslim yerine ilişkin bir açıklık yoksa CISG m.31 (a) yedek hukuk kuralı olarak devreye girer ve malın ilk taşıyıcıya teslim edilmesi ile bu borç sona erer. Yani satıcının sözleşmede malın gönderilmesini üstlenmiş olmasını, teslim borcunun malın varma yerinde ifa edileceği şeklinde anlamlandırılması mümkün değildir⁶¹. Bir götürme borcu düzenlenmek isteniyorsa, yani teslim yeri varma yeri olarak düzenlenmek isteniyorsa doğrudan bu hususun sözleşmeden anlaşılabilir olması gerekir⁶². Aksi takdirde bir gönderme borcu vardır ve malın alıcıya nakledilmesi amacıyla ilk taşıyıcıya teslim edilmesi ile birlikte teslim yükümlülüğü de ifa edilmiş sayılır.

(2) Malın ilk taşıyıcıya verildiği yer

CISG m.31 (a) gönderme borçlarında teslim yerini, malın alıcıya ulaştırılmak amacıyla ilk bağımsız taşıyıcıya verildiği yer olarak belirlemektedir. Ancak Antlaşma bu yerin somut olarak neresi olacağı konusunda herhangi bir ayrıntı içermemektedir. Dolayısıyla satıcının bu yeri seçmekte serbest olduğu kabul edilecektir⁶³. Dilerse belirli bir noktaya ka-

⁵⁹ MünchKommBGB/Gruber, Art.31 CISG, N.22-23. Dikkat edilmesi gereken bir husus, teslim borcu ile ilgili iki tür ticari teamülün var olabilmesidir. Birincisi doğrudan teslim yerinin saptanması imkanı verir, ki bu durumda m.31 yedek hukuk kuralı olarak hiç devreye girmez (bkz. yukarıda dn.53'e ilişkin metin). İkincisi ise, milletlerarası satımlarda malın satıcı tarafından gönderilmesi borcu olduğu kuralları ilişkindir. Bu durumda satıcının malı göndermesi gerekir, ancak teslim yeri konusunda bir açıklık yoktur. O yüzden m.31 çerçevesinde bir çözüm üretmek ihtiyacı doğmaktadır.

⁶⁰ Karollus, 108; Neumayer/Ming, Art.31 N.4; Soerge/Huber, § 447 N.10; Schackmar, N.212; Nitekim Alman mahkemeleri, tacirler arasında bu türden bir teamülün varlığını çok uzun yıllardır kabul etmektedir. Örn. bkz. RGZ 103, 129, 130; BGH NJW 1991, 915, 916; LG Köln NJW-RR 1989, 1457.

⁶¹ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.5. Nitekim 1926 tarihli Ticaret Kanunu m.698, f.2, c.2'de de aynı ilke yer almaktaydı.

⁶² Götürme borçları için bkz. bu bölümde aşağıda § 2 A III 2 b bb.

⁶³ Schackmar, N.297; Lüderitz, Pflichten, 179, 182; MünchKommHGB/Benicke, Art.31 CISG, N.14; Hackenberg, 47; Renck, 77.

dar mal kendisi nakledip ondan sonra bağımsız bir taşıyıcıya teslim edebilir, dilerse işyerinin bulunduğu yerde taşıyıcıya teslim edip bu yükümlülüğünden kurtulabilir. Ancak satıcı, işyerinden başka bir yerde malı taşıyıcıya teslim ettiği hallerde, bu ana kadar teslim borcunu yerine getirmiş sayılmaz.

Satıcının seçim hakkı konusunda CISG m.7, f.1'de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralı sınır teşkil eder. Satıcının ilk taşıyıcıya malı teslim edeceği yeri tayin ederken, alıcı açısından en az sorun doğuracak olan yeri seçmesi gerekir. Ne malın naklini tehlikeye sokacak, ne de çok fazla gecikmesine sebep olacak bir teslim yerinin seçilmesi uygun düşmez⁶⁴. Özellikle CISG sisteminde de ilk taşıyıcıya teslim ile mala ve semene ilişkin hasarın alıcıya geçeceği düşünülecek olursa (CISG m.67, f.1⁶⁵) teslim yerinin seçilmesinde satıcının dikkatli davranması gereği daha da iyi anlaşılacaktır. Malın sağlam varması açısından takip etmesi gereken en uygun ve tehlike arz etmeyen rotaya göre ilk taşıyıcıya teslim yerinin belirlenmesi gerekir. Aksi takdirde CISG m.7, f.1 çerçevesinde satıcının sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı davrandığı kabul edilmek gerekecek ve ileride ele alınacak olan CISG m.45 ve devamındaki yaptırımlar devreye girecektir⁶⁶.

bb. Aranacak borçlarda teslim yeri

(1) Genel olarak

Taraflar arasında akdedilen satın sözleşmesi malın nerede teslim edileceği konusunda bir hüküm içermiyor ve malın gönderilmesi borcunu da ihtiva etmiyorsa bu durumda CISG m.31'in (b) ve (c) bentleri teslim yerinin saptanması açısından yedek hüküm olarak devreye girecektir. Söz konusu iki çözüm de alıcı için bir aranacak borç öngörmektedir. İki halde de satıcı açısından teslim borcu, malı, maddede saptanan yerlerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmakla ifa edilmiş olur. Bu yer ilk ihtimalde, malın bulunduğu veya imal edileceği yer (b-bendi), ikinci ihtimalde satıcının işyerinin bulunduğu yerdir (c-bendi). CISG'nin sıralamasına göre b-bendi öncelikli, c-bendi tali olarak (*ultima ratio*) devreye girer⁶⁷.

⁶⁴ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.32; Schackmar, N. 297-298.

⁶⁵ Gönderme borcu içeren sözleşmelerde hasarın intikaline ilişkin CISG m.67 düzenlemesi, tarafların bir teslim yeri saptamamış olması halinde hasarın ilk taşıyıcıya teslim ile; buna karşılık satıcının malı belirli bir yerde taşıyıcıya teslim etmesi kararlaştırılmışsa ancak bu yerde teslim ile hasarın alıcıya intikal edeceğini öngörmüştür. Bu konuda bkz. ileride Bölüm 4 § 4.

⁶⁶ Schackmar, N.298.

⁶⁷ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.45.

(2) Malın bulunduğu veya imal edildiği yer

CISG m.31 (b) sözleşmenin, belirli bir malın veya belirli bir stoktan teslim edilecek ve çeşidi ile belirlenmiş bir malın veya imal edilecek veya üretilecek bir malın teslimine ilişkin olması durumunda, teslim borcunun, malın sözleşmenin akdi anında bulunduğu yerde veya imal edileceği yerde ifa edilmesini öngörmektedir. Ancak bu bendin devreye girebilmesi için tarafların ikisinin de sözleşmenin akdi anında bu yerin neresi olduğu konusunda bilgi sahibi olması gerekir. Madde müspet vukufu aramaktadır⁶⁸. Tarafların gerekli özeni göstermiş olsaydı bilgi sahibi olabilecek olması yeterli sayılmaz. Aynı şekilde alıcının, malın yerini veya imalat veya üretim mekânını sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenmesi halinde de artık b-bendinin uygulanması düşünülemez. Bu hallerde genel norm olarak aşağıda incelenecek olan c-bendi devreye girecektir⁶⁹.

CISG m.31 (b) satım konusu olan malın belirli bir yer ile özel bir ilişkinin olduğu şu dört farklı hali düzenlemektedir⁷⁰:

- Satım sözleşmesi, ferden belirlenmiş bir mala ilişkindir ve tarafların ikisi de sözleşmenin akdi anında malın nerede bulunduğunu bilmektedir.
- Satım sözleşmesi, belirli bir stoktan karşılanacak ne'v'en belirlenmiş mala ilişkindir ve tarafların ikisi de, sözleşmenin kurulması anında bu stokun nerede bulunduğunu bilmektedir. Örn. bir limana yanaşmış bulunan geminin içindeki buğday, belirli bir rezervden teslim edilecek şarap gibi. Eğer sözleşme salt çeşit borcuna ilişkinse b-bendinin uygulanması mümkün değildir⁷¹. Bu teslim yerinin devreye girmesinin ön koşulu bir sınırlı çeşit borcunun varlığıdır.

⁶⁸ MünchKommHGB/Beniche, Art.31 CISG, N.19; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.48; Schackmar, N.306. Bu açıdan İsviçre-Türk hukukuna nazaran bir farklılık yoktur. Her ne kadar BK m.73 "borç muayyen bir şeye taalluk ediyorsa bu şey akdin inikadı zamanında bulunduğu yerde teslim olunur" hükmü, tarafların, malın nerede bulunduğunu bilmeleri önkoşulunu anlamamaktaysa da doktrinde bunun bilinmesi gereği kabul edilmektedir, örn. bkz. Kalpsüz, İfa Mahalli, 95; Schwenger, Allgemeiner Teil, N.7.15; BaslerKommentar/Leu, Art.74 N.5. Erdem, bu hallerde yasamın, tarafların malın nerede bulunduğunu bildiği varsayımından yola çıktığını ifade etmektedir, ancak bunun dayanağını açıklamamaktadır (Erdem, La Livraison, N.436 dn.321). Oysa ispat külfeti açısından büyük önem taşıyan bu hususta yasamın nötr kaldığını, yani malın, sözleşmenin akdi anında nerede bulunduğunu, dolayısıyla da teslim yerinin neresi olduğunun alıcı tarafından bilindiğini satıcının ispat etmesi gerektiğini kabul etmek daha uygun düşer.

⁶⁹ Schackmar, N.300.

⁷⁰ Ayrım için örn. bkz. Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.46; Honsell/Karollus, Art.31 N.26 vd.

⁷¹ Renck, 93.

- Satım sözleşmesi, henüz imal edilecek bir mala ilişkindir ve tarafların ikisi de sözleşmenin akdi anında imalathanenin nerede olduğunu bilmektedir. Ancak uygulamada sık sık, satıcının, başkası tarafından imal edilen malları satması söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla imal yeri satıcıya ait olabileceği gibi üçüncü bir kişinin de olabilir. Bu ihtimalde tarafların malın nerede imal edilecek olduğunu bilmesinin teslim yerini burası olarak belirlemek için yeterli bir sebep olup olmadığı konusunda tereddüt edilebilir. Zira, mal imalatçıdan tedarik etmek ve alıcının emrine sunmak aslında satıcının borcudur ve bunu alıcıya yüklemek için bir sebep bulmak güçtür. Dolayısıyla üçüncü kişinin imalatçı olduğu hallerde ancak sözleşmede bu konuda açık verilerin bulunması kaydıyla teslim yerinin imalathane yeri olduğu sonucuna varılabilir⁷². Aksi takdirde b-bendinin değil c-bendinin uygulanacağı ve malın satıcının işyerinde teslim edilmesi gerektiği kabul edilmelidir⁷³.
- Satım sözleşmesi, satıcı veya bir üçüncü kişi tarafından yetiştirilecek veya devşirilecek bir şeye ilişkindir ve tarafların ikisi de sözleşmenin akdi anında bunun nerede gerçekleşeceğini bilmektedir⁷⁴. Kastedilen, bir taş ocağının veya bir üzüm bağının ürününün satılması ve tarafların ikisinin de bağın veya taş ocağının nerede bulunduğunu sözleşmenin akdi anında bilmesidir. Ancak aynı imal edilecek olan mallarda olduğu gibi, bu ihtimalde de, tarafların malı yetiştirildiği yerden gidip teslim alma külfetini gerçekten alıcıya yüklemek isteyip istemediği hususu araştırılmalıdır. Ürünün elde edileceği yerin alıcının ve satıcının işyerinden tamamen ayrı üçüncü bir mekan olduğu hallerde satıcının işyerine kadar nakil borcunun aslında satıcıda olduğunu ve c-bendinin devreye girdiğini kabul etmek sık sık daha uygun olacaktır⁷⁵.

Malın tesadüfen sözleşmenin akdi anında bulunduğu yer, teslim yerini belirlemek açısından yeterli olmaz. CISG m.31 (b)'nin devreye girebilmesi için malın normal olarak bulunduğu veya bulunmasının beklenebileceği bir yer söz konusu olmalıdır⁷⁶. Dolayısıyla malın o anda bir sergi

⁷² Honsell/Karollus, Art.31 N.30; Schackmar, N.305. Örneğin satıcının sattığı tekstil ürünlerini imal eden fabrikanın alıcının ülkesinde bulunması halinde, tarafların, teslimin de burada gerçekleşeceğini istemiş olduklarından yola çıkılabilir.

⁷³ Schackmar, N.305.

⁷⁴ Aynı CISG m.3'de olduğu gibi bu maddede de Anlaşma, bir yanda doğal kaynaklar ile diğer yanda ham madde veya yarı işlenmiş maddeden imal edilen mallar arasında bir ayrım yapmaktadır. Bu ayrımı yansıtabilmek için imal etmek ve yetiştirmek kavramlarını kullanmak uygun gözükmemektedir.

⁷⁵ Honsell/Karollus, Art.31 N.30; Neumayer/Ming, Art.31 N.9.

⁷⁶ Erdem, La Livraison, N.433; İsviçre hukuku için aynı yönde BaslerKommentar/Weber, Art.74 N.135.

veya tamirat nedeniyle başka bir yerde bulunması gibi hallerde bile teslim yeri yine, malın normal olarak bulunması beklenebilecek olan yer olacaktır.

(3) Satıcının işyeri

CISG m.31'in c-bendi teslim yeri konusunda son çare (*ultima ratio*) devreye girecek olan kurah saptamaktadır. Eğer taraflar sözleşmede teslim ilişkine bir yer tayin etmemişse, bir gönderme borcu söz konusu değilse ve (b) bendinin şartları da gerçekleşmemişse bu durumda alıcının, malı, satıcının işyerinden teslim alması gerekir. CISG m.31 (b)'de olduğu gibi bu hallerde de bir aranılacak borç söz konusudur⁷⁷. Eğer satıcının birden fazla işyeri varsa sözleşme ile en yakın irtibatlı olan yer esas alınır (CISG m.10, a)⁷⁸. Örneğin sözleşme görüşmeleri bir işyerinde yürütülmüş ancak satım konusu malın imal edileceği yer başka bir işyeri ise bu durumda imal yerinde teslim alınacağını kabul etmek daha uygun olacaktır⁷⁹. Satıcının mesleki veya ticari bir işyeri yoksa bu durumda m.10 (b) uyarınca satıcının mutat meskeni teslim yeri olacaktır (CISG m.10, b).

Satıcının işyeri dendiğinde tam olarak hangi mekânın kastedildiği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu ifade bilfiil satıcının işyerinin içinde bulunduğu mekânı kasteder⁸⁰. Erdem ise, malın, işyerinin bulunduğu mekândan ayrı ama aynı şehir sınırları içinde başka bir mekânda bulunması halinde bu yerin de işyeri sayılacağını ifade etmektedir⁸¹. Yazarı verdiği örnekte, işyeri Marsilya merkezinde olan satıcının, teslim etmesi gereken malların limandaki bir antrepeda bulunması halinde malın orada teslim için arz edilmesi de işyerinde teslim sayılır. Nitekim bu ikinci görüşün ticaret hayatının ihtiyaçlarına daha uygun olduğu kabul edilmek gerekir. Örn. 10.000 litre ham petrole ilişkin bir satım sözleşmesinde teslim yeri kararlaştırılmadığı ve CISG m.31, (a) ve (b) bentlerinin de uygulanması söz konusu olmadığı için⁸² CISG m.31, (c)'nin devreye girecek olması halinde, satıcının alıcıya işyerinin bulunduğu şehirde ancak somut

⁷⁷ Erdem, La Livraison, N.446.

⁷⁸ CISG m.10 şu ifadeyi içermektedir: "Bn 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 mutat meskeni esas alınır".

⁷⁹ Schackmar, N.316.

⁸⁰ Honsell/Karollus, Art.31 N.40; Schackmar, N.315; Schlechtriem/U.Huber, Art.31 N.51.

⁸¹ Erdem, La Livraison, N.448.

⁸² Satıcı açısından bir gönderme borcu olmadığı için a-bendi; alıcı, henüz sözleşmenin kurulması anında malın nerede bulunduğu konusunda bilgi sahibi olmadığı için b-bendi uygulanamayacaktır.

olarak nerede petrolü teslim edeceğini bildirmesi⁸³ yeterli sayılmalıdır. Bu hallerde ayrıca petrolün işyerinin bulunduğu yere naklini aramanın bir anlamı olmaz.

Satıcının işyerini veya mutat meskenini sözleşmenin akdi anından sonra değiştirmesi halinde alıcının bu konuda uyarılması ve yeni yerden malı teslim almanın kendisinden beklenemeyecek zorlukları (CISG m.7) beraberinde getirmemesi şartıyla teslim yeri yeni mekân olarak kabul edilebilir⁸⁴. Ancak satıcının, alıcının, malı yeni mekânda teslim alması yüzünden uğradığı zararı karşılaması gerekir⁸⁵.

b. Sözleşme Hükümleri Uyarınca Teslim Yeri

Yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi, milletlerarası sözleşmelerde tarafların teslim yerine ilişkin olarak bir düzenlemede bulunmuş olması ihtimali yüksektir. Her ne kadar bu düzenlemeleri burada tek tek ele almak mümkün değilse de en azından bazı ihtimallere değinmekte fayda olduğu düşünülmektedir. Özellikle *Incoterms*'e atf yoluyla teslim yerinin belirlenmesi halinde CISG m.31'den ne ölçüde farklı çözümlere ulaşıldığı saptamak gerekir. Bunun yanı sıra Antlaşmada hiç düzenlenmemiş olan götürme borçlarında ve nakil halindeki malların satımı durumunda teslim yerinin neresi olacağı da sorun doğurabilir. Aşağıda kısaca bu hususlar üzerinde durulacaktır.

aa. *Incoterms*'e atf yoluyla teslim yerinin belirlenmesi

Milletlerarası ticarete ifa yerinin belirlenmesi için en sık atf yapılan kurallar kuşkusuz MTO tarafından yayınlanmakta olan *Incoterms*'dür⁸⁶. Bu klozlar, ifa yerinin bir şehir adından daha kesin olarak belirlenmesine imkan tanımakta (örn. limanda, güvertede, fabrikada) ve yeknesak uygulama nedeniyle karışıklıkları engellemektedir. Bu bağlamda incelenmeye değer olan bir husus, *Incoterms* kurallarının ne ölçüde Antlaşmada sunulan teslim yerine ilişkin çözümlerden ayrılmış olduğudur.

CISG m.31 (b) ve (c) - bendi ile paralellik gösteren *Incoterms* kuralı EXW (ex-works) kuralıdır. Bu hallerde kastedilen, malın, satıcının işyerinden, fabrikasından, imal edildiği, üretildiği yerden alıcı tarafından

⁸³ Bildirim yükümlülüğü hakkında bkz. aşağıda IV 2.

⁸⁴ Böyle bir ayırım yapmaksızın sözleşmenin akdi anındaki işyerinde teslimin gerçekleştirileceği yönünde Erdem, La Livraison, N.450.

⁸⁵ Schackmar, N.318; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.49; Honsell/Karollus, Art. 31 N.40; MünchKommHGB/Beniche, Art.31 CISG, N.23.

⁸⁶ Bu kurallara ilişkin olarak bkz. yukarıda Bölüm 3 § 2 D I.

teslim alınacak olmasıdır⁸⁷. Buna karşılık CISG m.31 içinde hiç düzenlenmemiş olan bir hal *Incoterms* D-klozlarıdır⁸⁸. Bu hallerde satıcı malı belirli bir yere kadar nakletmeyi üzerine almıştır (sınırı kadar, belirli bir limana kadar vs.), dolayısıyla bir götürülecek borç vardır. *Incoterms* F ve C kuralları ise teslim yeri olarak saptanan yere bağ olarak CISG m.31 (a) ile örtüşür ya da ayrışır⁸⁹. Eğer satıcının işyerinin bulunduğu şehirde ilk taşıyıcıya teslim ediliyorsa bu durumda m.31 (a) ile aynı teslim yeri söz konusudur. Buna karşılık malın öncelikle belirli bir yere kadar satıcı tarafından nakledilmesi gerekiyorsa bu durumda kısmen bir götürülecek borç, kısmen de bir gönderilecek borç söz konusu olacaktır. Örn. Malın CIF Hamburg satılması ve satıcının işyerinin Hannover'de bulunması halinde, malın Hamburg limanına kadar satıcı tarafından götürülmesi gerekir. Burada mal, taşıyanın gemisine teslim edilecektir. Bu andan itibaren bir gönderme borcu vardır. Gerçi F- ve C-klozlarında da satıcının teslim borcunun içeriği ya m.31, b-c'ye (belirli bir yerde hazır bulundurma) ya da m.31 (a)'ya (gönderme) paralellik göstermektedir ancak teslim yeri değişmektedir⁹⁰. Zira satıcının teslim borcunu ifa edebilmek için çoğunlukla mal belirli bir yere kadar ayrıca nakletmesi gerekmektedir.

Eğer CISG m.31 ve *Incoterms* kuralları bir arada ele alınarak, satıcının yükümlülüklerinin en az olduğu hallerden en çok olduğu hallere doğru bir sıralama yapılacak olursa teslim yerleri açısından aşağıdaki tabloya ulaşılabılır⁹¹:

- CISG m.31, (b)(c) ve E-klozu uyarınca satıcının işyeri veya yerleşim yeri veya malın imal yeri veya malın sözleşmenin kurulması anında bulunduğu yer;
- CISG m.31, (a) ile F ve C klozları uyarınca satıcının malı ilk taşıyıcıya teslim ettiği yer. F klozlarında taşıma masrafları alıcıda/C klozlarında taşıma masrafları satıcıda;
- D-klozlarının uygulandığı hallerde, baştan sona satıcı tarafından organize edilen ve kendi hesabına gerçekleştirilen taşıma eyleminin varma yeri.

Satıcının, bu faaliyetleri karşılığında semene ne zaman hak kazandığı ve bunun nerede ödeneceği ise *Incoterms* içinde düzenlenmemiştir⁹². Tüm klozlar açısından aynı şekilde kaleme alınmış olan B.1. hükmü uya-

⁸⁷ Bredow/Seifert, 29; Renck, 92.

⁸⁸ Renck, 122; 128-129.

⁸⁹ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.73.

⁹⁰ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.74.

⁹¹ Ayrıca bkz. Schackmar, N.378.

⁹² Brunner, Art.58 N.7.

yrıca semen, sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde ödenecektir. Bu durumda CISG'nin uygulama alanına giren ve taraflar arasındaki sözleşmede hüküm bulunmayan mallarda CISG m.57'ye göre ödeme yeri satıcının işyeri veya ödemenin, balların veya belgelerin verilmesi karşılığında yapılması gerekiyorsa bunların verildiği yerdir. Her halde satıcının, karşılıklı ve aynı anda ifayı sağlamak açısından mal veya belgelerin teslimini semenin ödenmesine kadar geciktirmesi mümkündür⁹³.

bb. Götürme borçlarında teslim yeri

CISG m.31'de götürme borçları ayrıca düzenlenmemiş olduğundan kural olarak ancak tarafların bu konuda açık bir düzenleme⁹⁴ yapmış olması veya istisnai olarak CISG m.9, f.1 ve 2 anlamında bir alışkanlık veya teamülün var olması halinde bir götürme borcunun mevcudiyeti kabul edilebilir⁹⁵. Götürme borcunda, CISG m.31 (a)'dan farklı olarak, satıcı bilfiil malın naklini sözleşmeyle üstlenmiştir. Yani varma yerine kadar taşıma yükümlülüğü, doğrudan bir asli edim yükümlülüğü olarak satıcıya yüklenmişse bir götürme borcu söz konusu olur⁹⁶. Dolayısıyla götürme borçlarında teslim yeri, varma yeridir. Oysa gönderme borçlarında sadece naklin gerçekleşmesi için gerekli olan işlemlerin yapılması, naklin organize edilmesi, bazen de taşıma masraflarının karşılanması üstlenilmiş

⁹³ Wiegand, Käufer, 143, 153; Staudinger/Magnus, Art.58 N.22-23.

⁹⁴ Bazı hallerde tarafların ifadelerinden teslim borcunun niteliği açık olarak anlaşılabilir. Örneğin malın "franko=masrafsız" (frei) teslim edileceğinin sözleşmede ifade edilmiş olması halinde bunun ne anlama geleceği genelde bütün hukuk düzenlerinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu hallerde satıcı açısından bir götürme borcu söz konusudur; malın kararlaştırılan yerde teslimine kadar masrafların yanı sıra basarı da o taşır (Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.76; Soergel/U.Huber, § 447 N.84; Kalpsüz, İfa Mahalli, 150; OLG Karlsruhe, 20.11.1992, CISG-Online N.54). Diğer bir görüşe göre, bu hallerde ticaret hayatında kastedilen sadece taşıma masraflarının satıcıya ait olmasıdır (Akıntürk, 168; ZürcherKommentar/Schraner, Art.74 N.38; Hegetschweiler, 97). Nitelik Borçlar Kanunu m.186, f.2 de bu yorumu destekler mahiyettedir. Buna göre "Masrafsız teslim şart edilmiş ise satıcı nakil masraflarını üzerine almış addolunur." Yani bir gönderme borcunun varlığı kabul edilir. Ancak üstünlük verilmesi gereken görüş kanımca, somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi ve bu alanda yeknesak kabul gören bir teamülün var olmadığının kabul edilmesidir (Bu yönde Baumbach/Hopf⁹¹, § 346 N.40; Brunner, Art.31 N.3; Magnus, IHR 2002, 45, 49; OLG Köln, 16.07.2001, CISG-Online N.606). Ancak taraflar arasında "franko" kaydına özel bir anlam verilmişse bu anlamın esas alınacağı açıktır. Bu yönde BGH 11.12.1996, CISG-Online Nr.225. Ayrıca bkz. yukarıda Bölüm 3 § 2 A II.

⁹⁵ Renck, 77 dn.127; Honsell, SJZ 1992, 345, 350; Schlechtriem, Verkäuferpflichten, 103, 113; MünchKommHGB/Benicke, Art.31 CISG, N.29; Honsell/Karollus, Art.31 N.44. Tereddüt halinde bir gönderme borcunun varlığının kabul edileceği yönünde: HG Zürich 10.02.1999, CISG-Online N.488.

⁹⁶ Brunner, Art.31 N.7; BernerKommentar/Weber, Art.74 N.31. HG Zürich 10.02.1999, CISG-Online N.488.

olduğu için kural olarak teslim yeri yine malın bulunduğu yer olarak kalmaktadır⁹⁷.

cc. Satım sözleşmesinin akdi anında nakil halinde bulunan mallarda teslim yeri

Tartışma olan bir husus, nakil halinde (uçakta, gemide, kamyon, trende) olan mallara ilişkin bir satım sözleşmesi yapılması ve bu sözleşmede teslim yerinin kararlaştırılmaması halinde teslim yerinin neresi olacağıdır. Bu mallar açısından CISG m.31 (a)'nın uygulama alanı bulamayacağı açıktır. Zira mal zaten taşıyıcıya teslim edilmiş durumdadır⁹⁸. Diğer yandan (c) bendi de uygun bir çözüm sunmamaktadır, zira malın satıcının işyerinde hazır bulundurulmadığı aşıkardır. Nitekim öğretilde çoğunluk bu hallerin CISG m.31 (b) çerçevesinde değerlendirilmesi taraftarıdır⁹⁹. Zira konteyner, gemi, kamyon vs. içinde olmak itibarıyla, nakil halinde malın yerinin belirli olduğu ifade edilmektedir. Fakat teslim yerinin, sözleşmenin akdedilmesi anında malın bulunduğu yer olacağını savunmak kanımca ikna edici değildir¹⁰⁰. Zira m.31 (b), sözleşmenin kurulduğu sırada malların bulunduğu yerde bunların hazır bulundurulması ile teslim borcunun sona ermesini öngörmekte; teslim yerinin de bu yer olduğunu kabul etmektedir. Bu durumda ister istemez, okyanusun ortasındaki bir noktanın teslim yeri olduğunu kabul etmek gerekecektir¹⁰¹. Ancak bu görüş taraftarlarından hiçbiri, teslim yerine ilişkin bu sonucun nasıl aşılabileceği konusunda bir açıklama vermemektedir.

Kanımca nakil halinde mallar açısından da teslim yerinin ancak iki yer olması ihtimali vardır: ya malların ilk taşıyıcıya verildiği yer, yani gönderme yeri veya nakil faaliyetinin sona erdiği yer, yani varma yeri. Oysa nakil halinde mallar açısından ikisi de uygun gözükmemektedir. Zira satım sözleşmesi yapıldığında mallar çoktan gönderme yerinden ayrılmıştır, dolayısıyla bu satım sözleşmesi açısından oranın teslim yeri olduğunu kabul etmek uygun düşmez. Varma yerinin teslim yeri olduğunu savunmak ise ancak bir götürme borcunun kabul edilebileceği hallerde an-

⁹⁷ Bkz. bu bölümde yukarıda § 2 A III 1.

⁹⁸ Schackmar, N.215; Erdem, La Livraison, N.406.

⁹⁹ Schackmar, N.311-312; Erdem, La Livraison, N.438; Staudinger/Magnus, Art.31 N.28; Karollus, 110; Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.125; MünchKommHGB/Benicke, Art.31 CISG, N.28; Sekreteryaya Şerhi, Art.29 N.12; MünchKommBGB/Gruber, Art.31 CISG, N.12; Brunner, Art.31 N.10.

¹⁰⁰ Aynı yönde Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.79.

¹⁰¹ Nakil halinde mallara ilişkin satım sözleşmesinin akdedildiği anda malın bulunduğu yerin teslim yerini tayin açısından hiçbir önem taşımadığı yönünde Schack, N.66.

lamlı olabilir. Fakat nakil halinde malın satıldığı birçok halde taraflar bir götürme borcu kararlaştırmamıştır. Nitekim nakil halinde malların satımında hasarın intikalini düzenleyen CISG m.68 uyarınca, sözleşmede aksine bir kayıt yoksa, hasar sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçer. Oysa bir götürme borcunda ancak malın varma yerinde alıcıya sunulması ile hasar intikal edecektir¹⁰². Dolayısıyla nakil halinde mallara ilişkin satım sözleşmelerinde taraflar soruna bir açıklık getirmediği sürece borçlar hukuku anlamında bir teslim yeri tespit etmenin mümkün olmadığı kabul edilmelidir¹⁰³.

IV. Teslim Yükümlülüğünün İçeriği

CISG m.31'in Almanca tercümesine bakıldığında, maddenin kenar başlığının "teslim yükümlülüğünün içeriği ve teslim yeri" olduğu görülmektedir. Teslim yerinin neresi olacağı yukarıda açıklanmaya çalışılmıştır. Bu başlık altında amaçlanan, CISG içinde saptanmış farklı teslim eylemlerini ve bunların içeriğini incelemektir. Satıcının, yukarıda belirlenmiş olan teslim yerinde somut olarak ne yapması halinde teslim borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılacağı sorusuna cevap aranacaktır¹⁰⁴.

1. Gönderme borcu: Malı, alıcıya nakledilmek üzere ilk taşıyıcıya teslim etme

CISG m.31 (a) uyarınca teslim yükümlülüğü, "satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermek ..." suretiyle ifa edilmiş olur. Dolayısıyla teslim eylemi açısından belirleyici olan unsurlar, malın ne zaman m.31 (a) anlamında

¹⁰² Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.81.

¹⁰³ Devletler özel hukuku alanında soruna farklı şekilde yaklaşılması ihtiyacı olabilir. Zira yetkili mahkemeyi tayin etmek açısından ifa yerinin bulunması ihtiyacı olacaktır. Bu hallerde kanımca varma yerinin ifa yeri olarak değerlendirilmesi düşünülmelidir (aynı yönde Schack, N.66). Zira malın bu yerde alıcı tarafından teslim alınacak olması bu yer ile sözleşme arasında sıkı bir bağlantı kurar. Yukarıda kısaca üzerinde durulmuş olduğu gibi, milletlerarası yetki doğuran ifa yeri ile borçlar hukuku anlamında teslim yerinin her zaman örtüşmesi gerekmez. Bkz. yukarıda dn.52 ve Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.96; Schack, N.207 vd.; Gsell, IPRax 2002, 484, 488.

¹⁰⁴ CISG, ULIS'deki düzenlemeden farklı olarak, teslim borcunun yerine getirilmiş sayılması için alıcıdan herhangi bir hareket beklemez. Oysa ULIS m.19 aranacak borçlarda malın alıcı tarafından teslim alınmış olmasının aranmasıdır. Bu yüzden aranacak borçlarda mal satıcının elinde bulunduğu sürece teslim borcu yerine getirilmemiş sayılmaktaydı (bkz. Dölle/U.Huber, Art.19 ULIS, N.39 vd.). CISG düzenlemesinde ise teslim borcunun ifası alıcının katılımdan bağımsız olarak düzenlenmiştir. Bu şekilde, milletlerarası ticarete yerleşmiş geleneklere de uygun olan çözüm tercih edilmiştir.

taşınmayı gerektirdiği, taşıyıcının kim olduğu ve taşıyıcıya teslimden ne anlaşılması gerektiğidir.

a. Malın taşınmasının gerekmesi

CISG m.31 malın taşınmasının gerekip gerekmediği ayırımı üzerine kuruludur. Taşınması gerekli ise m.31 (a), gerekli değilse m.31 (b)/(c) uygulama alanı bulacaktır. Bu açıdan malın naklinden bahsedildiğinde ne anlaşılması gerektiği özellikle önem taşımaktadır. Yani satım konusu malın bir yerden diğerine götürüldüğü durumların hangisinde gönderme borcunun ifası amacıyla bir naklin söz konusu olduğunu saptamak gerekir¹⁰⁵. Öğretide bir görüş, m.31 (a)'nın uygulanabilmesi için taşıma eyleminin muhakkak satıcının inisiyatifi üzerine gerçekleştirilmesini aramaktadır¹⁰⁶; nakil işlemi alıcının organize ettiği hallerde CISG m.31 (a) uygulanamayacak, ifa yeri diğer bentlere göre tayin edilecektir. Buna karşılık Magnus, "sözleşme uyarınca satıcının veya alıcının bağımsız taşıyıcı görevlendirecek olması vakıasına göre ifa yerinin farklılaşması çelişkili bir sonuç olurdu" görüşünü ifade etmektedir. Bu açıdan yazar nakli kim organize etmiş olursa olsun, bağımsız bir taşıyıcı tarafından gerçekleştirilmesi durumunda teslim borcunun içeriğinin hep m.31 (a)'ya göre belirlenmesini savunmaktadır¹⁰⁷.

Honnold'un haklı olarak ifade ettiği gibi, aslında her satım sözleşmesi malın taşınmasını gerektirir¹⁰⁸. Tarafların ikisi aynı şehirde bulunuyor olsa bile bu değişmez. Dolayısıyla bu tartışmayı somut örnekler üzerinde düşünerek çözmek daha doğru gözükmektedir. Eğer malın satıcının işyerinin bulunduğu yerden taşınması gerekiyor ve bütün nakliye sözleşmelerini alıcı akdediyorsa, buna rağmen bir gönderme borcunun var olduğunu ve satıcının borcunun malı ilk taşıyıcıya teslim olacağını kabul etmek suni bir çözüm olurdu. Bu hallerde bir aranacak borç vardır ve satıcı açısından malı hazır bulundurmak ile teslim borcu sona erer. Malın, satım sözleşmesinin kurulduğu sırada bulunduğu veya üretileceği yerden naklinin gerekli olduğu ve bu nakli tamamıyla alıcının organize ettiği hallerde de farklı bir sonuca ulaşılamaz. Bu hallerde de bir gönderme borcunun varlığını kabul etmek için sebep yoktur. Aksi takdirde bü-

¹⁰⁵ Bu tartışmada nakil masraflarını kimin taşıyor olduğu önem taşımaz. Bkz. MünchKommBGB/Gruber, Art. 31 CISG, N.17; Brunner, Art.31 N.5; Staudinger/Magnus, Art.31 N.17.

¹⁰⁶ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.15; Erdem, La Livraison, N. 415; Neumayer/Ming, Art.31 N. 7; Piltz, § 4 N.19-20; Herber/Czerwenka, Art.31 N.4; Achilles, Art.31 N.3; Karollus, 108; Renck, 108.

¹⁰⁷ Staudinger/Magnus, Art.31 N.16. Aynı yönde Soergel/Lüderitz/Schüssler-Langeheine, Art 31 N.2; Heilmann, 227; Brunner, Art.31 N. 5; MünchKommBGB/Gruber, Art.32 CISG, N.9.

¹⁰⁸ Honnold, CISG, N.208.

tün satım sözleşmelerinin "gönderme borcu" içerdiğinden yola çıkmak gerekir.

Nitekim alıcının harekete geçmesini gerektiren haller, satıcının bir gönderme borcunun olmadığı olasılıklardır¹⁰⁹. Bu hallerde satıcıdan malı hazır bulundurmaktan başka bir şey yapması beklenmez. Malı teslim almak için gerekli bütün organizasyonu yapmak görevi alıcıya düşer. Dolayısıyla CISG m.31 (a)'nın uygulanma alanının, kural olarak, naklin satıcının inisiyatifi ile gerçekleştirildiği haller olduğunu kabul etmek uygun düşer. İstisnaen, malın belirli bir yere kadar satıcı tarafından götürüleceği ve burada bir taşıyıcıya teslim edilecek olması halinde, bu noktadan itibaren nakli alıcının organize etmiş olması bir gönderme borcunun kabulünü engellememektir. Ancak bu durumda da zaten taraflar arasındaki sözleşmede bir düzenleme olacak ve teslim yeri gibi teslim eyleminin niteliği de alıcının talimatına göre belirlenecektir. CISG m.31'de saptanmış yedek hukuk kuralları devreye girmeyecektir. Örneğin FCA¹¹⁰, FAS ve FOB satım klotlarının kararlaştırılmış olması halinde taşıma sözleşmesini akdetmek alıcıya düşecek, satıcı ise malı, alıcı tarafından seçilmiş olan taşıyıcıya (kararlaştırılan yerde, geminin yanında veya küpeştede) teslim etmekle borcunu ifa etmiş olacaktır. Bu hallerde teslim yerinin neresi olduğu zaten CISG m.31 (a)'dan bağımsız olarak saptanır. Dolayısıyla da naklin alıcı tarafından organize edilmiş olmasının bir gönderme borcunun kabulünü engelleyip engellemediği tartışmasının bir önemi kalmaz.

CISG m.31 anlamında nakil sayılmayacak diğer bir hal, imalatçının veya üreticinin sözleşme konusu malı satıcıya ulaştırmak üzere bir taşıyıcıya teslim etmesi halidir. Zira teslim borcunun ifa edilmiş sayılması için satıcının malı eline geçirmesi yeterli değildir. Ayrıca bu malı, kendi alıcısının eline geçmesi için göndermesi de gerekir¹¹¹. Malı tedarik etmek teslim borcunun ifasının bir ön koşuludur, ancak henüz mal alıcıya ulaştırılmak üzere yola çıkmadığı için teslim eylemi tamamlanmış sayılamaz.

b. Taşıyıcı

Malın, alıcının eline geçmek üzere teslim edileceği taşıyıcıdan kaste-

¹⁰⁹ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.16.

¹¹⁰ FCA klotuna rağmen taraflar arasında oluşmuş alışkanlıklar nedeniyle nakliye sözleşmesinin yine de satıcı tarafından akdedilmesi gerekebileceği konusunda bkz. Bredow/Seiffert, 37.

¹¹¹ Staudinger/Magnus, Art.31 N.13; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.14; Honsell/Karollus, Art.31 N.10.

dilen, taşıma işleri ile iştigal eden her türlü bağımsız işletmedir¹¹². Bunlar posta işletmeleri, havayolu, demiryolu, deniz veya kara yoluyla taşımacılık hizmeti sunan işletmeler olabilir¹¹³. Her ne kadar CISG m.31 (a)'da taşıyıcının bağımsız olması gereğinden açıkça bahsedilmemekteyse de, doktrinde bu konuda herhangi bir tartışma yoktur. Satıcının kendisinin nakliyenin belirli bir bölümünü veya tamamını gerçekleştirilmesi halinde teslim borcu, satıcı mal üzerinden elini çekene kadar ifa edilmiş olmaz¹¹⁴. Satıcının yardımcı kişileri tarafından nakliyenin gerçekleştiriliyor olması da aynı sonuca götürür¹¹⁵. Mal, satıcının hakimiyet ve organizasyon alanında kaldığı sürece CISG m.31 (a) çerçevesinde değerlendirilecek bağımsız bir nakil eylemi söz konusu değildir¹¹⁶. Bunun en önemli sonuçlarından biri CISG m.67 uyarınca hasarın alıcıya intikal etmemesidir.

Taşıyıcının ne zaman bağımsız olarak nitelendirilebileceği sorusu, satıcı ve taşıyıcı arasındaki sözleşmeye göre değerlendirilecektir. Eğer aralarında bir hizmet akdi bulunmuyor ve dolayısıyla taşıma, işletme içi bir faaliyet olarak gerçekleştirilmiyorsa taşıyıcının bağımsız olduğu kabul edilebilir. Örn. TTK m.762¹¹⁷ (HGB § 407; OR Art.440) anlamında bir taşıma sözleşmesinin varlığı halinde bağımsız bir taşıyıcı söz konusudur. İki tarafın da aynı çatı ortaklık içinde yer alıyor olması önem taşımaz. Zira taraflar farklı tüzel kişiliklere sahip olmak itibarıyla geçerli bir taşıma sözleşmesi akdedebilecek konumda iseler yine bağımsız bir taşıyıcı söz konusudur¹¹⁸.

¹¹² Erdem, La Livraison, N.407; Schackmar, N.217; MünchKommHGB/Benicke, Art.31 CISG, N.10; Staudinger/Magnus, Art.31 N.18; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art.31 N.2; Neumayer/Ming, Art.31 N.7.

¹¹³ Farklı taşıma türleri hakkında bilgi için örn. bkz. Ülgen, Hüseyin, Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara 1987; Arkan, Sabih, Demiryoluyla Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları, Ankara 1987; Ziya Akıncı, Karayolu ile Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara 1999. Ayrıca genel olarak Zeyneloğlu, passim.

¹¹⁴ Schackmar, N.220-221; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.22-23; Honsell/Karollus, Art.31 N.17; MünchKommHGB/Benicke, Art.31 CISG, N.10; Neumayer/Ming, Art.31 N.6; Heilmann, 229.

¹¹⁵ Renck, 118 vd.

¹¹⁶ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.22; Renck, 118.

¹¹⁷ Bu madde hakkında bilgi için örn. bkz. Eriş, 13 vd.; Zeyneloğlu, 29 vd.

¹¹⁸ Erdem, La Livraison, N.410; Schackmar, N.220; Bianca/Bonell/Lando, Art.31 N.2.4. Buna karşılık nakliye işini, satıcının işletmesi içindeki bir departmanın gerçekleştirilmesi halinde bağımsız bir taşıyıcıdan bahsetmek mümkün değildir (Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.23). Diğer yandan imalatçı malı doğrudan alıcıya yolluyorsa, onun malı bağımsız bir taşıyıcıya teslim etmesi ile de teslim yükümlülüğü yerine getirilmiş olur. Yok eğer nakliye, imalatçı kendisi gerçekleştiriyorsa malın bilfiil alıcıya teslim edilmesine kadar teslim borcu ifa edilmiş sayılmaz, zira bu durumda imalatçı, bağımsız taşıyıcı konumunda değildir. Onun satıcı adına hareket eden bir yardımcı kişi olduğu kabul edilmek gerekir (Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art.31 N.2).

Bazı hallerde satım sözleşmesine konu malın nakledilmesi birden fazla nakil aracı ve dolayısıyla birden fazla taşıyıcının varlığını gerektirebilir¹¹⁹. Örneğin hava ve kara taşımasının kombine şekilde gerçekleştirildiği bir nakliye işleminde birden fazla bağımsız taşıyıcı kullanılmaktadır. Bu durumda CISG m.31 (a) uyarınca malın ilk taşıyıcıya teslim edilmesi borcun ifası açısından yeterli kabul edilir¹²⁰. Satıcının yapması gereken sadece, malın, alıcının eline ulaşmasını temin edecek sayıda ve nitelikte taşıma sözleşmesi akdetmektir. İlk bağımsız taşıyıcıya teslim ile hasar CISG m.67 uyarınca alıcıya intikal eder.

Taşıma işleri komisyoncusu¹²¹ ile sözleşme akdedilmesi ve kendisine malın teslim edilmesi halinde teslim borcunun yerine getirilip getirilmediği hususu ise çok tartışmalıdır. Zira taşıma işleri komisyoncusunun (Spediteur / forwarding agent) görevi aslında taşıma işini organize etmek, yani malı taşıtmaktır¹²². Kendisi kural olarak taşıma işini gerçekleştirmez. Mal doğrudan, komisyoncunun kendi adına ancak satıcı hesabına taşıma sözleşmesi akdettiği taşıyıcıya teslim edilir. Bu hallerde taşıyıcıya teslim ile satıcının yükümlülüğünün ortadan kalkacağı tartışmalıdır. Buna karşılık malın doğrudan taşıyıcıya değil de komisyoncuya teslim edilmiş olmasının nasıl değerlendirmek gerekir? Doktrinde bir görüşe göre, sadece malın bağımsız bir taşıyıcıya teslim edilmesi halinde m.31 (a) anlamında teslim borcu yerine getirilmiş olur. Taşıma işleri komisyoncusuna teslim kural olarak yeterli değildir¹²³. Bu görüşe göre ancak istisnaen, komisyoncunun taşıma işini bilfiil üzerine almış olduğu durumlarda (TTK m.814; OR Art.439/436), satıcının ona teslim etmek suretiyle teslim borcunu ifa etmiş olduğu kabul edilebilir¹²⁴.

Kanımca çözümü farklı olasılıkları dikkate alarak üretmekte fayda vardır. İhtimallerden ilki doğrudan komisyoncunun, nakledilecek malı

¹¹⁹ Karma/multimodal taşıma hakkında örn. bkz. Akıncı, Karayolu, 38.

¹²⁰ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.20; Honsell/Karollus, Art.31 N.14; Piltz, § 4 N.21; Staudinger/Magnus, Art.31 N.20 vd.; MünchKommHGB/Benicke, Art.31 CISG, N.11.

¹²¹ Kavram hakkında bkz. Eriş, 724 vd.; Zeyneloğlu, 341 vd.

¹²² Bu yönde örn. TTK m. 808; OR Art.439; HGB § 453; dHGB § 407.

¹²³ Erdem, La Livraison, N.412; Staudinger/Magnus, Art.31 N.18; Herber/Czerwenka, Art.31 N.6; Art.32 N.7; Hutter, 17; Heilmann, 230; Honsell/Schönle, Art.67 N.17; BGE 122 III 106, 108. Lando bu konudaki kararın, satıcının işyerinin bulunduğu ülkedeki yasal düzenlemeye göre verilmesini teklif etmektedir (Bianca/Bonell/Lando, Art.31 N.2.4.). Örn. gönderme borcu içeren satım sözleşmelerinde hasarın intikalini düzenleyen BGB § 447'de, taşıma işleri komisyoncusu ile taşıyıcı eş tutulmuş; hınlardan birine teslim ile hasarın alıcıya geçeceği öngörülmüştür. Aynı hüküm Avusturya Ticaret Kanununda da mevcuttur (Art.8 Nr.20 EVHGB).

¹²⁴ Erdem, La Livraison, N.413; Staudinger/Magnus, Art.31 N.18; Herber/Czerwenka, Art.31 N.6; Heilmann, 230; Piltz, § 4 N.23.

gelip satıcıdan teslim almasıdır. Bu hallerde komisyoncunun, malı teslim almak ve satıcının mekanından taşıyıcıya kadar nakledecek olması açısından zaten "ilk taşıyıcı" konumuna girdiği kabul edilebilir¹²⁵. Dolayısıyla bu hallerde satıcı açısından teslim borcunun ifa edildiği sonucuna varılmalıdır. Sorun doğurabilecek olan ihtimal, malın bilfiil satıcı tarafından komisyoncuya götürülerek teslim edilmesi ve onun, bir taşıyıcı ayarlayana kadar malı örneğin bir depoda muhafaza etmesidir. Bu hallerde ilk bağımsız nakliye işlemi daha gerçekleşmemiştir¹²⁶. Fakat yukarıda ifade edildiği gibi, birçok hukuk düzeninde komisyoncunun taşıma işlemi bilfiil üzerine alabilmesi imkanı vardır. Hatta komisyoncunun, satıcı ile aralarındaki sözleşmede aksine bir düzenleme olmaması halinde taşıyıcı olarak devreye girmesi satıcının iradesinden tamamen bağımsızdır¹²⁷. Dolayısıyla, komisyon sözleşmesinde açıkça aksine düzenleme olmadığı sürece komisyoncuya teslim ile satıcı açısından teslim borcunun ifa edildiğini kabul etmek amaca daha uygundur¹²⁸. Aksi takdirde komisyoncunun nasıl hareket edeceği konusu açıklık kazanana kadar teslimin gerçekleşip gerçekleşmediği belirsiz kalacak ve hasarın intikal amı konusunda tereddüt yaşanacaktır. Aksine sözleşmesel bir düzenleme olan hallerde ise komisyoncunun malı ilk taşıyıcıya teslim etmesi amna kadar teslim eyleminin tamamlanmadığı kabul edilecektir¹²⁹.

c. Malın alıcıya nakledilmek üzere taşıyıcıya teslim edilmesi

Gönderme borçlarında teslim yükümlülüğünün tamamlanmış sayılabilmesi için malların taşıyıcının hakimiyet alanına geçmiş olması gere-

¹²⁵ Schlechtriem/Schwenzer/*U.Huber/Widmer*, Art.31 N.28; Honsell/*Karollus*, Art.31 N.18; *Furtak*, Jahrbuch für italienisches Recht 3 (1990), 127, 132; benzer şekilde Honsell, SJZ 1992, 345, 349.

¹²⁶ Nitekim bu yüzden, bağımsız bir taşıyıcıdan bahsedilemeyeceği ve satıcının bu tarz bir komisyoncuya malı teslim etmesi halinde ilk taşıyıcıya teslimin gerçekleşmediği yönünde, *Erdem*, La Livraison, N.412.

¹²⁷ Örn. hkz. MünchKommHGB/*Bydlinski*, Art.458 N.2 vd.; *BaslerKommentar/Staehelin*, Art.439 N.17-18.

¹²⁸ *U.Huber*, *RabelsZ* 1979, 413, 455; Schlechtriem/Schwenzer/*U.Huber/Widmer*, Art.31 N.28-29; *Renck*, 117; Schlechtriem/Schwenzer/*Hager*, Art.67 N.5; MünchKommBGB/*P.Huber*, Art.67 CISG, N.10; *Imberg*, 153-154. *U.Huber* haklı olarak, iç hukuk düzenlerinde komisyon veya taşıma sözleşmesine ilişkin olarak yapılan farklı tanımların, CISG gibi milletlerarası bir antlaşmanın uygulanmasında varılacak sonuçların farklılaşmasına sebep olması ihtimalini eleştirmektedir (Schlechtriem/*U.Huber*, Art.31 N.29; aynı yönde *Renck*, 117).

¹²⁹ Buna karşılık *Schackmar*, sadece komisyoncunun sözleşmede malı taşıma veya alt taşıyıcılar yoluyla taşıma borcunu üstlendiği hallerde kendisinin CISG m.31 (a) anlamında taşıyıcı sayılabileceğini ifade etmektedir (*Schackmar*, N.234). Yazarın gözden kaçırdığı nokta, komisyoncunun bu tür bir taşıma yapabilmesi için sözleşmede açık bir hükme ihtiyaç olmamasıdır. Aksine, ancak sözleşmede açık hükümle bu engellenmişse, o zaman komisyoncu taşıma işini kendisi üstlenemez.

kir¹³⁰. Örneğin malın, taşıyıcının nakliye aracına yüklenmesi; satıcı malı nakliye aracına yüklenmiş halde teslim ediyorsa, ilgili aracın taşıyıcı tarafından teslim alınması gerekir¹³¹. Başlı başına malı hazır bulundurma taşıyıcıya teslim anlamına gelmez¹³².

Bunun yanı sıra taşıyıcıya yapılan teslimatın, ilgili alıcıya gönderilmek üzere yapıyor olması gerekir¹³³. Taşıyıcı ile satıcı arasında akdedilen taşıma sözleşmesi, malın belirli bir alıcıya nakledilmesi içeriğine sahip olmalıdır¹³⁴. Örn. paketin üstünde alıcının ismi ve adresinin yer alması veya alıcının, gerek taşıma senedinde (karş. TTK m.769) gerekse konişmentoda (karş. TTK m.1098) gönderilen kişi olarak belirtilmesi gibi. Aksi takdirde teslim gerçekleşmemiştir. Mal, alıcının daha sonra belirlenmesi kaydıyla taşıyıcıya teslim edilmişse henüz CISG m.31 (a) anlamında borç ifa edilmemiştir. Eğer mal taşıyıcıya teslim edilirken kime gönderildiği belirlenmiş ancak daha sonraki bir talimat ile bu isim değiştirilmişse ilk alıcıya karşı başta ifa edilmiş olan teslim borcu geriye etkili olarak yeniden doğar¹³⁵.

Taşıyıcı malı alıcıya nakletmek amacıyla bir kez teslim aldıktan sonra artık nakil sırasında gerçekleşen gecikme veya yaşanan diğer sorunlar alıcının sorumluluk alanına dahil olur¹³⁶. CISG m.67 uyarınca hasar da alıcıya intikal eder.

2. Aranacak borç: Malı hazır bulundurma

Eğer satım sözleşmesinde malın gönderilmesine ilişkin bir yükümlülük yer almıyor, ifaya ilişkin olarak ilgili ticaret dâhında geçerli teamüller veya taraflar arasındaki alışkanlıklar da bir gönderme borcu tesis etmiyorsa, malın, CISG m.31, (b)/(c) uyarınca saptanacak olan yerde¹³⁷, alıcı tarafından teslim alınabilecek şekilde ifa tarihinde tasarrufuna hazır

¹³⁰ MünchKommHGB/*Benicke*, Art.31 CISG, N.8; *Schackmar*, N.236; *Piltz*, § 4 N.21; *Neumayer/Ming*, Art.31 N.5.

¹³¹ Schlechtriem/Schwenzer/*U.Huber/Widmer*, Art.31 N.29.

¹³² *Piltz*, § 4 N.21; *Staudinger/Magnus*, Art.31 N.21.

¹³³ *Staudinger/Magnus*, Art.31 N.22; Schlechtriem/Schwenzer/*U.Huber/Widmer*, Art.31 N.30.

¹³⁴ Ancak teslim borcunun ifa edilmiş sayılabilmesi için ne malı temsil eden belgelerin teslim edilmiş olması bir ön koşuldur, ne de alıcının malın teslim edildiği konusunda bilgilendirilmiş olması. Belgeleri teslim borcu CISG m.34'de (bkz. bu bölümde aşağıda § 2 B), alıcının malın gönderilmesi konusunda haberdar edilmesi ise m.32, f.1'de (bkz. bu bölümde aşağıda § 2 C IV) ayrı olarak ele alınmıştır.

¹³⁵ Honsell/*Karollus*, Art.31 N.21; *Staudinger/Magnus*, Art.31 N.23.

¹³⁶ Schlechtriem/Schwenzer/*U.Huber/Widmer*, Art.31 N.30; CIF-Incoterms klozu açısında bkz. *Erdem*, SIF Satışlar, 17.

¹³⁷ Bkz. bu bölümde yukarıda § 2 A III 2 a bb.

bulundurulması ile teslim borcu yerine getirilmiş olur. Aranacak borçlarda teslim tek taraflı bir işlemdir, yani alıcının katılımı gerekmez¹³⁸. Alıcının mal teslim almaması, satıcı açısından teslim borcunun yerine getirilmiş olduğunu kabule engel değildir¹³⁹.

Satıcının teslim borcunu yerine getirmiş sayılabilmesi için kendi üzerine düşen bütün hareketleri tamamlamış olması gerekir¹⁴⁰. Yani alıcının veya onun bir temsilcisinin mal gelip teslim almasını engelleyecek hiçbir şeyin kalmamış olması gerekir¹⁴¹. Nevi borcunda teslim edilecek malın muhakkak ayrılmış ve işaretlenmiş olması gerekmez¹⁴². Önemli olan alıcının geldiği anda satıcının malı ayırıp teslim etme imkanının olmasıdır. Mesela bir miktar petrolün satılması halinde ilgili rafinerinin o miktar petrolü ayrı bir muhafazaya aktarıp alıcının emrine amade kılması gerekmez. Yeter ki alıcı geldiğinde var olan stoktan tatmin edilebilecek olsun¹⁴³.

Ancak satıcının malı belirli bir zaman aralığı içinde herhangi bir anda teslim edebileceği veya teslim tarihine ilişkin hiçbir düzenleme yapılmamış olması nedeniyle sözleşmenin kurulması anından itibaren makul bir süre içinde teslim edebileceği hallerde, malı hazır bulundurmanın yanı sıra alıcının bu durumdan haberdar edilmesi de gereklidir¹⁴⁴. Zira alıcının sürekli satıcıya gidip malı tasarrufuna sunup sunmadığını araştırması beklenemez. Bu hallerde teslim borcu, bildirim gönderilmesi ile ifa edilmiş olur. Bildirimin varması aranmaz, zira CISG m.27, Antlaşmanın 3. Kısımında düzenlenmiş olan bildirimlerde, aksine bir açıklık olmadığı sürece, beyanın etki doğurmasını, varmasına değil, gönderilmesi şartına bağlamıştır¹⁴⁵. Dolayısıyla bildirim geç varması halinde bile satıcının teslim borcunu vaktinde yerine getirmiş olduğu kabul edilmek gerekir.

Sadece bir muhafaza içinde nakledilmesi mümkün olan mallarda

¹³⁸ Piltz, § 4 N.25.

¹³⁹ Honsell/Karollus, Art.31 N.33.

¹⁴⁰ Brunner, Art.31 N.9.

¹⁴¹ Schackmar, N.242.

¹⁴² MünchKommHGB/Benucke, Art.31 CISG, N.24; Schackmar, N.243; Piltz, § 4 N.26; Neumayer/Ming, Art.31 N.11. Malın ayrılması aranacak borçlarda hasarın intikali açısından önem taşır. Buna karşılık teslim borcunun yerine getirildiğini kabul açısından malın ayrılmış olması aranmaz. Erdem, La Livraison, N.561-562'de bu hususu dikkate almamış gözükmektedir. Aranacak borçlarda hasarın intikali konusunda bkz. aşağıda Bölüm 4 § 4 B II 3.

¹⁴³ Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.126; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.50; Honsell/Karollus, Art.31 N.34.

¹⁴⁴ Bianca/Bonell/Lando, Art.31 N.2.7; Neumayer/Ming, Art.31 N.12; Honsell/Karollus, Art.31 N.34; Piltz, § 4 N.26.

¹⁴⁵ Honsell/Karollus, Art.27 N.1.

paketleme yükümlülüğü satıcıdır¹⁴⁶. Malı, alıcı tarafından rahatça nakledilebilecek şekilde hazır bulundurması gerekir. Ancak bundan sonra teslim borcunu gereği gibi yerine getirmiş sayılabilir. Dolayısıyla paketlemeye ilişkin masraflar satıcıya aittir¹⁴⁷. Buna karşılık sözleşmede aksine bir düzenleme olmadığı sürece yükleme masrafları alıcıdır¹⁴⁸. Zira bu hallerde alıcının tasarrufuna amade bulundurmaya aşan bir fiil söz konusudur.

Eğer mal bir üçüncü kişinin elinde bulunuyorsa, örn. bir antreoda muhafaza ediliyorsa, satıcının, alıcının malı buradan sorunsuz teslim alabilmesi için üstüne düşen her şeyi yapmış olması gerekir¹⁴⁹. Satıcı ya malları bir vedia akdi uyarınca bulunduran kişiye karşı var olan hakkını alıcıya temlik edecek ve bu temlik hakkında müstevidiyi haberdar edecek ya da örn. TTK m.746'da düzenlenmiş olan makbuz senedi türü bir senet mevcut ise bunu alıcıya ciro ve temlik edecektir¹⁵⁰. Malın daha sonra bil-fiil alıcı tarafından teslim alınıp alınmaması satıcının teslim borcunu ifa etmiş sayılması açısından önem taşımaz¹⁵¹. Alıcının kıymetli evrak tarzında bir senet düzenlenmesini talep etme hakkı yoktur. Satıcının, müstevidiyeye karşı var olan, malların teslimi yönündeki talebini alıcıya temlik etmesi yeterlidir¹⁵².

Kuşkusuz malın ilgili mekanda bulunmaması veya müstevidinin bu malları alıcıya teslim etmemesi halinde, satıcı açısından teslim borcu yerine getirilmemiş sayılacaktır¹⁵³. Eğer mallar ilgili mekanda bulunuyor, müstevidi de teslim etme niyetinde olmasına rağmen kendisine yapılması gereken ödeme yapılmadığı için malları alkoyma hakkını kullanıyorsa, bu durumda teslim borcu yerine getirilmiştir, ancak malın, üçüncü kişilerin haklarından arı olarak teslim edilmesi borcu ihlal edilmiştir (CISG m.41)¹⁵⁴.

¹⁴⁶ Honsell/Karollus, Art.31 N.34; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.53.

¹⁴⁷ BK m.185'deki masraf dağılımı CISG'dakine paraleldir. Örn. bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, 125.

¹⁴⁸ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.54; Honsell/Karollus, Art.31 N.34.

¹⁴⁹ Schackmar, N.244.

¹⁵⁰ Piltz, § 4 N.27; Kromer, 256; Staudinger/Magnus, Art.31 N.27. Hasarın da bu anda alıcıya geçeceği konusunda bkz. U.Huber, RabelsZ 1979, 413, 457. Bu iki yöntemin de CISG'in hazırlanma süreci dikkate alındığında teslim borcunun yerine getirilmesi açısından yeterli sayılacağı ve bu konuda yaşanmış olan tartışmalar hakkında bkz. Kromer, 256-258.

¹⁵¹ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.58.

¹⁵² Hutter, 18; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.59.

¹⁵³ Schackmar, N.245; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.60.

¹⁵⁴ Schlechtriem/U.Huber, Art.31 N.59. Bu konuda bkz. bu bölümde aşağıda § 3 C II 1.

V. Teslim Yükümlülüğünün İfa Edileceği Zaman

1. Genel Olarak

Teslim eyleminin ne zaman gerçekleşeceğini tespit etmek muacceli-yetin, ifa ve talep edilebilirliğinin ne zaman söz konusu olacağını tespit etmek açısından büyük önem taşır. Bunun yanı sıra, satıcının ne zaman sözleşmeye aykırı davranmış sayılacağı da bu ana göre belirlenecektir¹⁵⁵. Kural olarak taraflar ifanın hangi anda gerçekleşeceğini serbestçe tayin edebilirler. Bunun açık veya örtülü şekilde olması mümkündür. CISG m.33 ifa zamanı konusunda hem tarafların iradesine dayanan iki hali (belirli tarihte/belirli zaman aralığında ifa) düzenlemiş, hem de tarafların düzenleme yapmamış olması halinde devreye girecek olan bir yedek hukuk kurali öngörmüştür¹⁵⁶. Aşağıda bu kurallar üzerinde kısaca durulacaktır.

2. Teslim için belirli bir tarihin saptanmış olması

CISG m.33, tarafların iradelerinin öncelikli olarak uygulanacağı kuralına sadık kalarak, sıralamada ilk bu halleri incelemiştir. Maddenin a-bendi uyarınca satıcının malları "sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir tarih varsa bu tarihte" teslim etmesi gerekir¹⁵⁷. Tarih en kolay belirli bir günün kararlaştırılması yoluyla kesinleştirilebilir. Ancak bunun dışında gerçekleşeceği kesin olan bir olaya atıf yapılması ("ilk gemi geldiğinde") veya hesap yoluyla tespit edilmesi mümkün olan ("yılbaşından sonraki 3. pazartesi") bir tarihte ifanın istenmesi de düşünülebilir. İlgili günde, iş saatleri dahilinde satıcının her an ifa etmesi mümkündür. Kuşkusuz tarafların tarihin yanı sıra teslim saatini de baştan belirlemeleri mümkündür.

3. Teslim için belirli bir zaman diliminin saptanmış olması

Tarafların sözleşmede ifa zamanına ilişkin olarak yaptıkları düzen-

¹⁵⁵ Gönderme borçlarında ifanın vaktinde gerçekleştiğini kabul etmek için satıcının bu tarihte malı yollamış olması yeterli kabul edilir. Malın hangi tarihte vardığı sadece götürme borçları açısından önem taşır, *Honsell*, SJZ 1992, 345, 349; *A.Koller*, FS Kramer, 517, 522; *Larenz*, Schuldrecht I, 194; HG Zürich 10.02.1999, CISG-Online N.488.

¹⁵⁶ İfa zamanını saptayan PECL Art. 7:102 ve PICC Art. 6.1.1, CISG m.33'deki ifade aynen benimsenmişlerdir.

¹⁵⁷ CISG içinde muayyen vadeli işlemler ve kesin vadeli işlemler şeklinde bir ayrıma rastlanmamaktadır. Ancak ifa tarihinin sözleşme açısından özellikle önem taşıdığı hallerde, bu tarihin geçirilmesi, sözleşmenin esash ihlali anlamına gelecektir. Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. aşağıda Bölüm 5 § 1 B II 3 b ve Bölüm 5 § 2 D II 1.

leme kesin bir tarih yerine bir zaman dilimi de öngörebilir. "Sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir zaman dilimi varsa, koşullardan tarih saptama yetkisinin alıcıda olduğu anlaşılmadıkça, bu zaman dilimi içinde herhangi bir anda" satıcının teslimi gerçekleştirilmesi gerekir. Bu durumda, somut olarak hangi anda ifanın gerçekleşeceğini tayin etmek kural olarak borçluya bırakılmıştır¹⁵⁸. Ancak şartların aksine bir sonuca götürmesi ve ifa anını saptama yetkisinin alıcıda olduğunun anlaşılması da mümkündür.

Bir zaman dilimi tespit edilen haller örn. "mayıs ayı içinde", "23. hafta içinde", "yetkili makamlardan onay alındığı andan itibaren 1 hafta içinde" gibi bir içeriğe sahip olabilir¹⁵⁹. Bu durumda cevaplanması gereken bir soru ifa dönemi içinde düşen tatil ve resmi günlerin nasıl değerlendirileceğidir. *Schackmar*'ın teklif ettiği üzere, kabul beyanına ilişkin olarak bu sorunu ele alan CISG m.20, f.2'nin burada da kıyasen uygulanması mümkündür. Buna göre kural olarak tatil günleri de sürenin hesaplanmasında dikkate alınır, ancak sürenin son gününün bir tatil gününe denk gelmesi halinde bundan sonraki ilk iş günü de hesaba dahil edilir. Bu durumda teslim yerindeki tatil günlerinin dikkate alınacağı açıktır. Teslim yeri satıcının işyeri ise onun ayrıca alıcının ülkesindeki tatil günlerine ilişkin olarak bir araştırma yürütmesine gerek yoktur¹⁶⁰.

Teslime ilişkin zaman dilimi içinde somut günü tayin etme hakkının alıcıya verilmiş olması açıkça sözleşmede kararlaştırılmış olabileceği gibi zımni olarak da bu sonuca varılabilir¹⁶¹. Örn. *Incoterms* içinde bir F-klozunun seçilmiş olduğu hallerde taşıyıcıyı ve nakil aracını alıcının temin etmesi gerekir¹⁶² ve ancak onun satıcıya kime ve hangi anda ifa edeceğini bildirmesi üzerine teslimat gerçekleştirilebilir¹⁶³. Kuşkusuz bu bildirim ayrıca makul bir süre önce yapılmış olması gerekir ki satıcı ifa hazırlıklarını tamamlayabilsin.

¹⁵⁸ Borçlunun, belirlenen dönemin son gününde ifa etmesi halinde de ifa zamanında gerçekleşmiş sayılır. Bkz. BG 15.09.2000, CISG-Online N.770; ICC Award N.9117, ICC Bull. 2000, 83, 88 vd. (Olayda ifa dönemi olarak 1993-1994 yılları kararlaştırılmış ve tahkim heyeti 31 Aralık 1994 tarihinde gerçekleştirilecek bir ifanın dahi vaktinde yapılmış sayılması gerektiğine hükmetmiştir).

¹⁵⁹ Örneğin sözleşmede teslimatın 25 Mayıs-5 Haziran arasında yapılacağı ifadesi CISG m.33 (b) çerçevesinde değerlendirilir, BG 15.09.2000, CISG-Online N.770.

¹⁶⁰ *Schackmar*, N.398.

¹⁶¹ *Erdem*, La Livraison, N.483-485.

¹⁶² Bkz. yukarıda 3. Bölüm § 2 III 1 a.

¹⁶³ MünchKommBGB/Gruber, Art.33 CISG, N.7; *Brunner*, Art.33 N.3. Alıcının bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde CISG m.60 (a)'da düzenlenmiş olan teslim alma borcuna aykırı davranması söz konusu olur. Bu durumda satıcının CISG m. 61 vd. hükümlerine başvurma imkanı doğar.

4. Teslim zamanı konusunda belirli bir düzenleme yapılmaması olması nedeniyle makul süre içinde ifa yükümlülüğü

Taraflar ifaya ilişkin ne somut bir an ne de bir zaman dilimi tayin etmemiş ve hal ve şartlara göre sözleşmeden de böyle bir tarih çıkarsanmıyorsa¹⁶⁴ bu durumda ifanın "... sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde" gerçekleşmesi gerekir. Sözleşmenin hangi anda kurulmuş sayılacağı CISG m.23 uyarınca tayin edilecektir¹⁶⁵. Buna göre kabul beyanının hüküm doğurduğu anda sözleşme kurulmuş sayılır. Makul süre de bu andan itibaren işlemeye başlar.

Makul olan sürenin ne olacağı kuşkusuz her somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir¹⁶⁶. Alıcının işinin acil olup olmadığı kadar satıcının malı stokta bulundurup bulundurmadığı, malın nakli için yapılacak düzenlemelerin ne kadar vakit gerektireceği gibi bir dizi hususun dikkate alınması gerekir¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Örneğin sözleşmede yer alan, "derhal", "en kısa sürede" ifa edilmesi gerektiği yönünde ifadeler de ifa anının kesin olarak saptanmasına yaramaz. Bu hallerde de (c) bendi uygulama bulur. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.33 N.7.

¹⁶⁵ Bu madde hakkında örn. bkz. Katharina S. Ludwig, Der Vertragsschluss nach UN-Kaufrecht im Spannungsverhältnis von Common Law und Civil Law, Frankfurt a.M. 1994, 346-348.

¹⁶⁶ Brunner, Art.33 N.4; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.33 N.16.

¹⁶⁷ OLG Naumburg tarafından verilmiş olan bir karara konu olan olayda, icapta bulunan alıcı ifa tarihinin 15.3.1997 olmasını teklif etmiş, ancak satıcının kabul beyanında ifa tarihinin "saklı tutulduğu" ifadesine yer verilmiştir. Mahkeme, alıcının değişikliğe itiraz etmemiş olması nedeniyle sözleşmenin bu içerikle 29.1.1997 tarihinde kurulduğuna kanaat getirmiştir (karş. CISG m.19). Bunun sonucunda ifa tarihinin sözleşmede kararlaştırılmamış olduğu ve CISG m.33 (c) uyarınca tespit edilmesi gerektiğini kabul etmekle beraber mahkeme, "makul süre"nin tayininde taraflar arasındaki sözleşme görüşmelerinin, dolayısıyla da 15.3.1997 tarihinin yine de dikkate alınacağına hükmetmiştir. Bu sebeple 15 Mayıs'ta yapılan teslimatın makul bir süre içinde gerçekleşmediği sonucuna varılmıştır (OLG Naumburg 27.04.1999, CISG-Online N.512). İsviçre'de mahkeme kararına konu olan bir olayda ise taraflar bir makinanın satımı konusunda 24 Ocak günü anlaşmış ancak makinenin henüz monte edilmiş olarak kullanılmakta olduğu fabrikadan ne zaman teslim alınabileceğini, satıcının alıcıya bildirmesi gerektiği konusunda mutabık kalmamıştır. Sözleşme görüşmeleri sırasında satıcı, makinanın tahminen Mart başına kadar kullanımda kalacağını bildirmiştir. Mahkeme bu ifadeden yola çıkarak satıcıya ek bir süre daha tanımak suretiyle Nisan başının makul bir ifa tarihi olacağına, bu tarihten sonra artık satıcının vaktinde ifa etmiş sayılmayacağına kanaat getirmiştir. Bkz. KG Appenzell Ausserrhoden 10.03.2003, CISG-Online N.852.

VI. Malın Teslimine İlişkin Sözleşmeye Aykırılıklar

1. Erken Teslim

Tarafların ifanın belirli bir tarihte gerçekleştirileceği konusunda anlaşmış olduğu hallerde, bu tarihten önceki bir tarihte ifa etmek sözleşmeye aykırı bir davranış teşkil eder. CISG m.52, f.1 uyarınca alıcı, satıcının erken ifasını kabul veya ret konusunda bir seçimlik hakka sahiptir. Kabul etmek mecburiyeti yoktur¹⁶⁸. Ret hakkının kullanılması halinde satıcının ifa tarihinde teslim eylemlerini bir daha gerçekleştirmesi gerekir¹⁶⁹. Buna karşılık alıcı malı kabul ederse kural olarak ifa gerçekleşmiş olur. Ancak başlı başına malları kabul etme, ifa tarihinin değiştirilmesi sayılması açısından yeterli sayılmamalıdır¹⁷⁰. Yani erken ifa sonucunda satıcının da semeni erken talep edebilmesi, muayene ve ihbar sürelerinin de bu tarihte başlaması söz konusu olmaz. Nitekim hem PECL Art.7:103 hem de PICC Art. 6.1.5 erken ifanın kabul edilmiş olmasının karşı edimin ifa tarihini değiştirmeyeceği kuralını benimsemişlerdir.

Alıcının erken teslim edilmesini kabul ettiği mallarla ilgili olarak bir sözleşmeye aykırılık söz konusu ise, satıcının CISG m.37 uyarınca vadeye kadar bu aykırılıkları giderme hakkı vardır. Aşağıda üzerinde durulacağı gibi¹⁷¹ CISG, *common law* sisteminde benimsenmiş olan, sözleşmeye aykırılığı gidermeye yönelik "ikinci servis şansı"ni (*right to cure*) satıcıya tanıtmıştır.

2. Geç Teslim

Eğer satıcı ifayı vaktinde gerçekleştirmezse aşağıda, Bölüm 5'de incelenecek olan CISG m.45 vd. hükümlerindeki yaptırımlar uygulama alanı bulur¹⁷². Yani alıcı aynen ifade ısrar edebileceği gibi (m.46), şartları yerine gelmişse sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir. Kuşkusuz bu iki halde de alıcı tazminat talep etme hakkına da sahiptir. Bunun yanı sıra CISG m.48 satıcıya sözleşmeye aykırılığı giderme imkanını da tanıtmıştır. Yani ifa tarihi geçmiş olmasına rağmen satıcı, alıcı açısından kat-

¹⁶⁸ Staudinger/Magnus, Art.52 N.7.

¹⁶⁹ Kuşkusuz alıcı bu hakkını ancak CISG m.7'de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralının sınırları içinde kullanabilir. Aynı yönde Bianca/Bonell/Will, Art.52 N.2.1.3; MünchKommBGB/P.Huber, Art.52 CISG, N.8.

¹⁷⁰ Staudinger/Magnus, Art.52 N.14; Achilles, Art.52 N.3; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.52 N.4; MünchKommBGB/P.Huber, Art.52 CISG, N.11; Gutknecht, 46. Aksi görüşte Bamberger/Roth/Saenger, Art.52 CISG, N.4.

¹⁷¹ Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 A V 2.

¹⁷² Aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı gibi, CISG sistemi içinde temerrüt gibi bir kategoriye rastlanmaz. Geç ifa, sözleşmeye aykırı ifanın bir türüdür ve özel bir düzenlemeye tâbi tutulmamıştır. Bkz. Bölüm 5 § 1 A ve § 1 B II 3 b.

lanılmaz bir gecikme yaratmaması ve masraflarının da karşılanması şartıyla ifayı gecikmiş olarak da gerçekleştirebilir. Bu husus da aşağıda ele alınacaktır¹⁷³.

3. Yanlış Yerde Teslim

Satıcının teslimle ilgili diğer bir sözleşmeye aykırı davranışı ise malı yanlış yerde teslim etmesidir¹⁷⁴. Bu konuda akla gelebilecek olasılıklar malın yanlış yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması veya yanlış yere gönderilmesi olabileceği gibi, malın yanlış yerden gönderilmiş olması da mümkündür. Bütün bu hallerde ikili bir ayırım yapılabilir: alıcı bu yanlışlık nedeniyle malı hiç teslim alamamışsa¹⁷⁵, satıcı teslim borcunu hiç yerine getirmemiş sayılır ve bunun yaptırımlarına tâbi olur. Yok eğer alıcı yanlış yerde kendisine sunulan veya yanlış yerden gönderilen malı teslim almışsa, bu durumda teslim borcu yerine getirilmiştir, ancak alıcının bu yanlışlık nedeniyle uğradığı zararı tazmin ettirme imkanı olur¹⁷⁶.

B. Belgeleri Verme Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

CISG m.30, satıcının yükümlülüklerini sayarken, malı teslim etmenin yanı sıra mala ilişkin belgelerin verilmesini de öngörmektedir. Nitekim CISG m.34'de bu yükümlülüğe ilişkin bazı özelliklere değinilmiştir. Buna göre

“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.”

Maddenin birinci fıkrası ashında sadece irade özerkliği ilkesini bir

¹⁷³ Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 A V 3.

¹⁷⁴ ULIS m.30 satıcının yanlış yerde ifası konusunda açık bir düzenleme getirmiş olmasına rağmen CISG'a bu hüküm aktarılmamıştır.

¹⁷⁵ Alıcının malı teslim alınmamasının CISG m.7 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemesi gerekir. Aksi takdirde malı teslim alma borcuna (CISG m.60) aykırı davranış olur. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.39 ve N.78.

¹⁷⁶ U.Huber, *RebelsZ* 1979, 413, 508.

kez daha teyit etmekte ve bu konuda tarafların sözleşmede kararlaştırdıklarının esas alınacağını ifade etmektedir. Dolayısıyla satıcının bu tür bir yükümlülüğünün olup olmadığı taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine, CISG m.9 uyarınca taraflar arasında oluşmuş alışkanlıklara, teammüllere ve m.7, f.1 anlamında dürüstlük kuralına göre saptanacaktır¹⁷⁷. Verilmesi gereken belgelerin hangileri olduğu konusunda m.34'de ayrıntıya girilmemiş olmasının nedeni, bu konuda her hukuk düzeninin ayrı belgeler öngörüyor olması ve satım konusu mala ve malın nakliyesine ilişkin özelliklere bağlı olarak belgelerin her somut olayda değişebilmesidir¹⁷⁸. Uygulamada karşılaşılabilecek olan belgeler özellikle malın zilyetliğinin kazanılması için gerekli olan belgeler, malın gümrükten geçirilerek ithal edilmesi için gerekli olan belgeler, taşıyıcı veya sigortacıya karşı taleplerin yöneltmesine yarayan belgeler ve malın işlevini yerine getirebilmesi için gerekli olan kullanma talimatı gibi belgelerdir^{179,180}.

Malın varma yerinde taşıyıcıdan teslim alınabilmesi için kullanılacak olan evrak türü birçok hukuk düzeninde kıymetli evrak niteliğinde düzenlenmiştir¹⁸¹. Türk hukukunda bunlar örneğin konişmento (TTK m.1097-1098), makbuz senedi (TTK m.746) ve taşıma senedidir (TTK m.769¹⁸²). Buna karşılık kıymetli evrak niteliğinde olmayan ancak teslim edildiğini belgeleme gücü olan evrak da söz konusu olabilir. Örneğin tesellüm ilmühaberi (TTK m.769, f.3 - 770) veya CMR m.4 vd. uyarınca düzenlenmiş olan bir sevk mektubu¹⁸³ (*consignment note*), taşıma işleri komisyoncusu tarafından verilen belge, hava yük senedi (Sivil Havacılık Kanunu m.110 vd.) gibi¹⁸⁴.

¹⁷⁷ Erdem, *La Livraison*, N.509; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.30 N.6; Kock, 45-46.

¹⁷⁸ Kromer, 266-267; Kock, 47.

¹⁷⁹ Kock, 47; Kromer, 266; Sekreteryeye Şerhi, Art. 32 N.2; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.34 N.1.

¹⁸⁰ Örneğin CIF satışta satıcının alıcıya teslim etmesi gereken belgeler için bkz. Erdem, *SIF Satışlar*, 146 vd.

¹⁸¹ TTK m.557 uyarınca “Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunlarda mündemice olan hak senetten ayrı olarak dermeyer edilemediği gibi başkalarına da devredilemez”. Bu madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Poray/Tehinalp*, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 16. bası, İstanbul 2005, N.16 vd. Taşıma senetleri kıymetli evrak niteliğini haiz olduğu hallerde hak senette mündemice sayılır ve senedin devri ile eşyanın dolaylı zilyetliği de naklolunmuş olur (*Rey*, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 2 Aufl. Band I, Bern 2000, N.1732; Serozan, *Eşya Hukuku*, 116).

¹⁸² Bu madde hakkında bkz. *Eriş*, 242.

¹⁸³ Bilgi için bkz. *Akıncı*, *Karayolu*, 47.

¹⁸⁴ Hava yük senedi teslim borcu hakkında bkz. Tribunal of International Commercial Arbitration of the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 24.01.2002, CISG-Online N.887.

Mahın gümrükten geçirilmesi için gerekli olan belgeler ise örneğin ithal veya ihraç izin belgesi, menşe şahadetnamesi, fatura gibi belgelerdir¹⁸⁵. Taraflar arasında *Incoterms* kurallarının uygulandığı hallerde bunların A8/B8 düzenlemeleri¹⁸⁶ ayrıntılı olarak hangi evrakın satıcı tarafından temin edilmesi gerektiğini düzenler. Ayrıca mala ilişkin olarak bir sigorta sözleşmesinin akdedilmesi satıcıya düşüyorsa bu durumda satıcının alıcıya sigorta poliçesini de ulaştırması gerekir¹⁸⁷. Özellikle CIF satım gibi, sigorta sözleşmesini satıcının akdettiği ancak malın taşıyıcıya teslimi sonrasında hasarı alıcının taşıdığı hallerde bunun önemi ortadadır.

II. Belgelerin Verilme Şekli ve Yeri

Belgelerin verilme şekli konusunda CISG m.34 özel bir düzenleme yapmamış, bu konuda sözleşmede öngörülen hükümlerin uygulanması gerekeceğini vurgulamıştır. Sözleşmede bu konuda açık bir düzenleme olmaması halinde CISG m.9 uyarınca örf ve adete veya taraflar arasındaki alışkanlıklara bakmak gerekecektir. Evrakın verilme şekli kuşkusuz kıymetli evrakın türü ve düzenlenme tarzı ile de alakalıdır¹⁸⁸. Eğer bir emre yazılı senet varsa ciro, nama yazılı senet varsa teslim, hamile yazılı senet varsa alacağın temlik işlemlerine gerek olacaktır. Ayrıca elektronik veri transferi olanaklarındaki gelişmelere paralel olarak belgelerin kısmen elektronik yollardan da nakledilmesinin mümkün olduğu unutulmamalıdır. Nitekim *Incoterms* A.8 kuralı özellikle bu imkanı vurgulamaktadır.

Evrakın verilme yeri de yine CISG m.34 uyarınca sözleşmesel kuralara göre tayin edilir. Aksi takdirde CISG m.9 devreye girer¹⁸⁹. Bazen tarafların kararlaştırmış oldukları ödeme usulleri belgelerin nerede teslim edileceği konusuna açıklık getirebilir¹⁹⁰. Örn. ödeme için bir akreditif açılmış olan hallerde satıcının belgeleri verme yeri, alıcının bankasının kendi ülkesindeki muhabir bankası olacaktır. Buna karşılık "evrak karşılığında ödeme" kaydı¹⁹¹ konması durumunda satıcının, alıcının işyerine

¹⁸⁵ LG Hamburg 05.11.1993, CISG-Online N.215 (Analiz sertifikası ve menşe şahadetnamesi). Ayrıca bkz. *Erdem*, SIF Satışlar, 155 vd.

¹⁸⁶ Bkz. yukarıda Bölüm 3 § 2 C I 1.

¹⁸⁷ *Kock*, 52.

¹⁸⁸ *Kock*, 59.

¹⁸⁹ *Erdem*, La Livraison, N.543.

¹⁹⁰ *Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer*, Art.34 N.3; *Kock*, 57; *Schackmar*, N.468.

¹⁹¹ "Cash against documents" kaydı hakkında bilgi için bkz. *Şanlı/Ekşi*, 75 vd.; *Po-roy/Yasaman*, N.224h.

kadar evrakı götüreceğinden yola çıkılabilir¹⁹². Eğer malın, satıcının işyerinde teslim alınacağı öngörülmüşse bu durumda alıcının geldiği anda evrakın da kendisine verilmesi gerekir¹⁹³. Bu hallerde satılan mal için olduğu gibi, belgeler için de bir aranacak borç söz konusu olacaktır.

Eğer sözleşmede bu alanda hiçbir düzenleme yoksa ne olacağı doktrinde tartışmalıdır¹⁹⁴. Bir görüşe göre belgelerin verilme yeri, malın teslim yeri olmalıdır¹⁹⁵. Bir diğer görüşe göre, sözleşmede açıklık olmayan hallerde satıcının, rizikosu kendisine ait olmak üzere belgeleri alıcının işyerine yollaması veya malı teslim alacağı yerde ona devretmesi gerekir¹⁹⁶. Yani belgeler açısından bir götürme borcu söz konusu olacaktır¹⁹⁷, zira alıcının belgelerin kaybına karşı kendisini sigortalaması imkanı yoktur. Birinci görüşün avantajı kuşkusuz, satıcının bütün yükümlülüklerinin aynı yerde sona erecek olmasıdır. Nitekim götürme borçlarında ve aranacak borçlarda teslim yeri ile evrakı devir yerinin aynı olması sorun da doğurmaz. Ancak gönderme borçları açısından aynı sonuca varmak zor gözükmemektedir. Zira bu hallerde satıcının belgeleri alıcıya yollaması halinde, bunların rizikosu alıcıya ait olmak üzere naklolunması uygun gözükmemektedir¹⁹⁸. Özellikle alıcı açısından bu dönemde bir sigortalama imkanının olmaması kanımca göz ardı edilemez.

III. Belgelerin Verilme Zamanı

Belgelerin verilmesi şekli ve yerinde olduğu gibi verilme zamanında da belirleyici olan, taraflar arasındaki sözleşmesel düzenlemeler ve CISG m.9 uyarınca teamüller ve taraflar arasındaki alışkanlıklardır. Kısmen zaten ödemeye ilişkin düzenlemeler en geç ne zamana kadar belgelerin verilmesi gerektiği konusunda belirleyici olacaktır (örn. akreditifin geçerlik süresi içinde evrakın muhabir bankaya verilmesi gerekecektir¹⁹⁹). Ve-

¹⁹² *Schackmar*, N.468.

¹⁹³ *Kock*, 57.

¹⁹⁴ Antlaşmada bu konuya açıklık getiren, CISG m.31'e paralel bir düzenleme olmasının bir eksiklik teşkil ettiği yönünde *Hutter*, 25; *U.Huber*, *RabelsZ* 43 (1979) 413, 510.

¹⁹⁵ *Schackmar*, N.471; *Piltz*, § 4 N.85; *Staudinger/Magnus*, Art.34 N.8.

¹⁹⁶ *Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer*, Art.34 N.3; *Soergel/Lüderitz/Schubert-Langeheine*, Art.34 N.2; *Bamberger/Roth/Saenger*, Art.34 CISG, N.4; *MünchKommHGB/Beniche*, Art.34 CISG, N.4; *Honsell/Karollus*, Art.34 N.7; *Kock*, 57 vd.; *Pier-Eiling*, 116.

¹⁹⁷ *Beniche*, CISG m.30'da malların tesliminden ("deliver", "livrer", "liefiern"), buna karşılık belgelerin verilmesinden ("hand over", "remettre", "übergeben") bahsedilmiş olmasının da buna delalet ettiğini ifade etmektedir, *MünchKommHGB/Beniche*, Art.34 CISG, N.4. Aynı yönde *Pier-Eiling*, 116.

¹⁹⁸ *Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer*, Art.34 N.3.

¹⁹⁹ *Kock*, 55.

ya evrakin, malın teslim alınması için gerekli olduğu hallerde, yani bunlar olmadan alıcının malı teslim edemediği hallerde en geç bu ana kadar belgelerin alıcının eline geçmesi gerekir²⁰⁰. Eğer alıcının teslim için belgelere ihtiyacı yoksa bu durumda CISG m.33 (c)'nin, CISG m.7 yoluyla kıyasen uygulanması ve belgeleri verme yükümlülüğünün de sözleşmenin akdinden itibaren münasip bir süre içinde gerçekleştirilmesini kabul etmek doğru görülmektedir²⁰¹.

IV. Belgelerin Verilmesine İlişkin Sözleşmeye Aykırılıklar

Belgelerin verilmesi ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek olan sözleşmeye aykırılıklar iki türdür. Ya belgeler hiç verilmemiştir ya da verilmiş olmasına rağmen belgelerin içeriği ile ilgili bir sorun vardır. Ancak belgenin niteliğine göre bu iki tür sözleşmeye aykırılığın yine iki farklı şekilde değerlendirilmesi olasılığı vardır. Eğer verilmeyen belgeler nedeniyle alıcı malları teslim alamamışsa, bu durumda sözleşmede teslim yükümlülüğüne aykırı davranılmış olur ve bu yaptırımlar devreye girer²⁰². Kural olarak alıcı aynen ifade ısrar edebileceği gibi, duruma göre sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir. Her halde tazminat talep etme hakkı da vardır. Eğer satıcının sunmamış olduğu belgeler, malların teslim alınmasını değil de, malın gereği gibi kullanılmasını veya değerlendirilmesini engellemiş ise bu durumda sözleşmeye aykırı, ayıplı bir ifa gerçekleşmiştir. Örneğin kullanma talimatının veya mala ilişkin menşe şehadetnamesinin verilmemiş olması gibi²⁰³. Dolayısıyla bu hallerde alıcı açısından bir muayene ve ihbar külfeti söz konusudur. CISG m.38 ve 39 kıyasen uygulanacak ve eksik belgeler için alıcının süresi içinde ihbarda bulunması aranacaktır²⁰⁴.

²⁰⁰ Sekreteryaya Şerhi, Art.32 N.3. Ayrıca bkz. Erdem, SİF Satışlar, 160.

²⁰¹ Schackmar, N.477; MünchKommBGB/Gruber, Art. 34 CISG, N.5; Neumayer/Ming, Art. 34 N.4; Honsell/Karollus, Art. 34 N.6.

²⁰² Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 1 B II 3 d; Bölüm 5 § 2 D II 2.

²⁰³ Örneğin OLG München tarafından 2002 yılında verilmiş olan bir karara konu olan olayda satıcı, satım konusu arpanın biyolojik ortamda yetiştirildiğine dair sertifikayı alıcıya teslim etmemiştir. Alıcı, konvansiyonel şekilde üretilen arpaya nazaran iki kat fiyata satılan arpayı bu nedenle gereği gibi değerlendirememiştir. Mahkeme bu hallerde malın sözleşmeye aykırı şekilde teslim edilmiş sayılacağına hükmetmiştir. Dolayısıyla teslim edilmeyen belgeye ilişkin olarak da CISG m.39'da düzenlenmiş olan ayıplı ihbar süresinin de uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. OLG München 13.11.2002, CISG-Online N.786.

²⁰⁴ Herber/Czerwenka, Art.34 N.7; Staudinger/Magnus, Art.38 N.9; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.38 N.7; Brunner, Art.38 N.4; Freiburg, 188; Vogel, 42 vd. Buna karşılık doktrinde bazı yazarlar bu tür belgelerin hiç CISG m.34'de anılan "belgeler" çerçevesinde değerlendirilmeyeceğini ifade etmektedir. Örn. bkz. Kock, 54; Schackmar, N.450.

CISG m.34, CISG m.37 ve m.48'e paralel olarak, satıcıya, belgelerin teslimi bağlamında gerçekleşmiş olan sözleşmeye aykırılıklar açısından da ikinci bir servis şansı vermektedir²⁰⁵. Satıcı eğer belgeleri vadesinden önce teslim etmişse bu durumda tarafların kararlaştırdığı süre kadar belgelerde var olan sözleşmeye aykırılıkları gidermesi imkanı vardır²⁰⁶. Ancak aynı m.37'de olduğu gibi m.34'de de bazı sınırlamalar getirilmiştir. Buna göre ikinci servis şansının alıcı açısından katlanılamaz güçlükler veya masraflar doğurmaması gerekir²⁰⁷. Alıcının tazminat talep etme hakkı her halde saklıdır.

C. Malın Teslimiyle İlgili Diğer Bazı Yükümlülükler

CISG m.30'da sayılmış olan, malı ve malla ilgili belgeleri teslim etme borcunun yanı sıra bazı satım sözleşmeleri açısından satıcının teslim borcuyla ilgili başka yükümlülükleri de olabilir. Bunlar her satım sözleşmesinde var olmayacağı için topluca bu başlık altında ele alınmaktadır. İncelenecek olan yükümlülük türleri, sık karşılaşılan ve kısmen CISG içinde kısmen de Incoterms içinde ele alınmış olan bazı yükümlülüklerdir. Bunun dışında tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşme içeriğini diledikleri gibi şekillendirebilecekleri açıktır.

Satıcının teslimle ilgili diğer yükümlülüklerine aykırı davranması otomatik olarak teslim yükümlülüğünün ihlal edilmesi sonucunu doğurmaz. Bunlar kısmen bağımsız, "ek" yükümlülüklerdir²⁰⁸, dolayısıyla ihlal edilmeleri halinde bir yaptırım uygulanması, kural olarak teslimin gerçekleşmiş olmasından bağımsız olarak değerlendirilir²⁰⁹. Ancak CISG m.32, f.1 uyarınca yapılması gereken ihbarda olduğu gibi, bazı yükümlülüklerde aykırılıklar aynı zamanda teslimin gerçekleşmediğini kabul etmeyi gerektirebilir ve dolayısıyla buna bağlı yaptırımların öncelikle uygulanması sonucunu doğurur.

I. Malı Kontrol Etme, Paketleme ve İşaretleme

Satıcının, teslim yükümlülüğü çerçevesinde malı tartması, sayması, ölçmesi vs. gerekebilir. Taraflar arasında aksine bir düzenleme olmadığı

²⁰⁵ Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 A V 2.

²⁰⁶ Kock, 71. Genel olarak m.34 ile m.37 arasındaki ilişkiye dikkat etmek gerekir. Birçok halde aslında satıcının maldaki ayıpları gidermesi nedeniyle bu ayıpların yanı sıra belgeleri de daha sonra değiştirilmesi söz konusu olmaktadır. Yani aslında belgede değişiklik yapabilmek, m.37'deki ikinci servis şansının bir yansıması olmaktadır (Kock, 73).

²⁰⁷ Erdem, La Livraison, N.549 vd.

²⁰⁸ Sekreteryaya Şerhi Art.30 N.1.

²⁰⁹ Honsell/Karollus, Art.32 N.1.

sürece²¹⁰ bu yükümlülüklerle bağlantılı masrafları satıcı taşır, zira hepsi teslimle ilgili fiillerdir²¹¹.

Satıcının, malı paketleme yükümlülüğünün varlığı, satıcının malı gönderme borcunun olup olmamasından bağımsız olarak değerlendirilir. Satıcının malı alıcının tasarrufuna hazır tutacağı hallerde de malın nakliye için uygun bir muhafaza içinde bulundurulması gerekir²¹². Aynı şekilde, malın taşıyıcıya teslim edilirken de nakliye için uygun şekilde paketlenmiş olması aranır. Aksi takdirde malın alıcı veya taşıyıcı tarafından teslim alınması mümkün olmayacak, dolayısıyla da nakil gerçekleştirilebilecektir. Paketleme yükümlülüğüne aykırılığın bu şekilde nakli engellediği hallerde, satıcının teslim borcunu yerine getirmemesi söz konusu olur ve yaptırımlar da ona göre şekillenir.

Ancak paketleme yükümlülüğünün gereği gibi ifası genelde malın ayıpsız olarak alıcının eline ulaşması amacıyla hizmet eder. Yani bu hallerde paketleme yükümlülüğü, malı korumaya, dış etkenlerden zarar görmesini engellemeye yarar. Eğer bu yükümlülüğe aykırı davranılmış ve mal bu yüzden zarar görmüşse, malın ayıpsız ifası nedeniyle satıcının sorumluluğu söz konusu olur. Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus, CISG m.35, f.2 (d)'de bizzat paketleme yükümlülüğüne aykırılığın ayıpsız ifa örnekleri arasında sayılıyor olmasıdır²¹³. Buna göre malın "ola-

²¹⁰ Tarafların *Incoterms* çerçevesinde sözleşme akdettikleri kabul edilebilen hallerde, bu kizozların A.9/B.9 hükümleri bahsedilen masrafların kimin tarafından taşınacağını konusunda belirleyici olacaktır.

²¹¹ *Piltz*, § 4 N.112; *Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer*, Art.31 N.83. Nitekim BK m.185 de, aksine sözleşmesel düzenleme veya örf ve adet olmadığı hallerde teslim masraflarının satıcıya ait olduğunu vurgulamaktadır.

²¹² *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.30; *Bamberger/Roth/Saenger*, Art. 35 CISG, N.10; *Piltz*, § 4 N.109.

²¹³ Oysa paketleme yükümlülüğünün malın zarara uğramadan nakli amacıyla hizmet ettiği hallerde, Kara Avrupası hukuklarında genelde bir yan edim yükümlülüğünün varlığı kabul edilir (Örn. bkz. *Honsell*, *Besonderer Teil*, 43; *BernerKommentar/Giger*, Art.188 N.14 vd.; *Kock*, 139 vd.; *Soergel*¹²/*U.Huber*, § 459 BGB, N.57; *Yavuz*, *Ayıp*, 64). Bunun arkasında yatan düşünce ise, yan edim yükümlülüğüne aykırılığın kabulü halinde genel borca aykırılık hükümlerinin daha avantajlı kurallarının uygulanabilmesidir. Alman Federal Mahkemesinin 1976 yılında verdiği bir karar buna ilişkin güzel bir örnek teşkil etmektedir. Olayda sözleşme uyarınca boş olarak teslim edilmesi gereken piller, alıcıya dolu olarak teslim edilmiş, ayrıca paketleme gereği gibi yapılmamış olduğu için, alıcı tarafından piller nakledilirken bir yangın çıkmış ve hem piller, hem de alıcıya ait araç yanmıştır. Sorun, hem ayıpsız bir ifanın gerçekleştirilmiş olması hem de paketleme yükümlülüğüne aykırılıktır. Eğer piller, talep edildiği gibi boş olarak alıcıya teslim edilmiş olsaydı, kuşkusuz yangın çıkmayacaktı. Ancak mallar gereği gibi paketlenmiş olsaydı da yangın çıkmayacaktı. Mahkeme, malın teslim alınması sonrasında vaktinde ayıp ihbarında bulunulmadığı için burada alıcının talebini paketleme yükümlülüğünün ihlal edilmesine, yani bir yan edim yükümlülüğünün ihlaline bağlamayı tercih etmiş, dolayısıyla da genel borca aykırılık hükümlerini ve zaman aşımı sürelerini uygulamıştır.

ğan" şekilde, olağanın ne olduğu belli değilse "uygun" şekilde paketlenmemiş olması onun ayıpsız ifa edildiği anlamına gelir. Dolayısıyla her ne kadar teslim aşamasında ortaya çıkan bir yükümlülük söz konusu olsa da sorun aslen malın sözleşmeye uygunluğu sorunu ile alakalı olduğu için aşağıda ilgili başlık altında ele alınacaktır²¹⁴.

II. Malı Taşıma

CISG m.32, f.2 uyarınca, "satıcı, malların taşınmasını sağlamayı üstlenmiş ise, taşınmanın kararlaştırılan yere kadar, koşulların gerektirdiği nakil araçlarıyla ve böyle bir naklin mutat şartlarına uygun bir biçimde gerçekleşmesi için gerekli sözleşmeleri yapmak zorundadır". Satıcının borcunun niteliği öncelikle yine taraflar arasındaki sözleşmeye²¹⁵, alışkanlıklara ve teamüllere göre belirlenecektir²¹⁶. Ancak taraflar arasında bir gönderme borcu kabul edilmiş olmasının buna ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamışsa ayrıntılar m.32, f.2 uyarınca tespit edilir.

CISG m.32, f.2 sadece m.31 (a) uyarınca bir gönderme borcunun var olduğu hallerde uygulama alan bulur. Bir götürme borcu söz konusu ise satıcının nasıl bir taşıma sözleşmesi akdettiği sadece onun kendi menfaatlerini korumak açısından önem taşıyabilir; teslim yerine kadar taşıma işlemini gerçekleştirmek zaten sözleşmesel borcudur, hasarı da kendisi taşır²¹⁷. Buna karşılık aranılacak borçlar açısından satıcının bir taşıma sözleşmesi akdetmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla m.32, f.2 sadece gönderme ve nitelikli gönderme borçlarında²¹⁸, nakil sözleşmesini satıcı-

(BGHZ 66, 208 vd.). Buna karşılık 1983 yılında verilen bir kararda, bu içtihadı sınırlandırma ihtiyacı doğmuştur. Olayda mahkeme, paketleme yükümlülüğüne aykırılığın tek sonucunun malın ayıpsız olarak teslim edilmesi olması halinde, yine ayıp hükümlerine ilişkin zaman aşımı süresinin uygulamamın daha doğru olacağını ifade etmiştir. Mahkemeye göre, malın baştan ayıpsız teslim edilmesinde ayıp hükümlerini, malın baştan ayıpsız ancak kötü ambalaj içinde teslim edilmesi ve bu yüzden daha sonra ayıpsız olarak alıcının eline varması halinde genel borca aykırılık hükümlerinin uygulanması tutarlı bir yaklaşım olamaz (BGHZ 87, 88, 94). İşte CISG sisteminin avantajı, bu ayrımı ihtiyaç kalmakazın her iki halde de malın ayıpsız ifa edildiği sonucuna varılacak olmasıdır. CISG'in yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı hakkında bkz. Bölüm 5 § 1 A.

²¹⁴ Bkz. aşağıda Bölüm 4 § 3 B II 1 e ve 2 e.

²¹⁵ Tarafların *Incoterms* 2000 kizozlarından birini seçmiş olması halinde, nakliye sözleşmesine ilişkin ayrıntılar A.3 hükmü altında bulunacaktır. Örneğin CIF kizozu açısından satıcının "... sözleşmede tanımlanan türde mallar için normal olarak kullanılan bir deniz taşıma aracı ile, olağan bir rota izlenerek, belirlenen varış limanına taşınması amacıyla yine olağan koşullar içeren bir sözleşme akdetmek" borcu vardır. Bu düzenleme hakkında bkz. *Erdem*, *SİF Satışlar*, 93 vd.

²¹⁶ *Kock*, 115. Ne zaman bir gönderme borcunun varlığının kabul edilebileceği konusunda bkz. bu bölümde yukarıda § 2 A III 2 a aa (1) ve § 2 A IV 1 a.

²¹⁷ *Brunner*, Art.32 N.3.

²¹⁸ Kavram için bkz. yukarıda dn.46.

nın akdettiği hallerde devreye girer²¹⁹. Bu hallerde gerekli taşıma sözleşmelerini akdetmek satıcının borçlarından birini oluşturur ve bunu yapmadığı sürece teslim yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaz²²⁰. Bilfiil taşıma masraflarını kimin taşıyor olduğu ise kural olarak önemli değildir²²¹.

Satıcıdan beklenen öncelikle malın kararlaştırılan yere nakli için gerekli olan sözleşmeleri akdetmesidir. Buna ek olarak, akdedeceği sözleşmelerin koşulların gerektirdiği türde bir nakil aracına ilişkin olmasına dikkat etmelidir. Örneğin malın güvenli bir şekilde, bozulmadan, süresinde varma yerine ulaşmasını temin edecek bir araç seçilmek gerekir²²². Kuşkusuz malın hangi rota üzerinde nakledileceği de önem taşır. Bu bağlamda da satıcı en güvenli ve kestirme rotayı seçmek durumundadır. Ancak buna ilişkin kararın sık sık, masrafların kimin tarafından taşınacak olduğu sorusu ile bağlantılı olduğu da göz ardı edilmemelidir. Eğer masraflar alıcı tarafından taşınıyorsa, satıcının alıcının bu konudaki tercihlerini de dikkate alması gerekir²²³.

Taşıma sözleşmesinin mutad bir içerikle akdedilmiş olması ifadesinden doktrinde anlaşılın, taşıma ücretinin mutad olması ve sözleşme kayıtlarının olağan dışı bir şekilde alıcı aleyhine olmamasıdır. Nakliye bedelinin mutad olup olmadığı malın niteliğine ve güvenli bir naklin gereklerine göre tespit edilir²²⁴. Daha ucuz olacağı düşüncesi ile elverişli olmayan bir aracın kullanılması uygun düşmez. Taşıma sözleşmesinde alıcı aleyhine, örneğin sorumsuzluk kayıtlarının yer alması halinde de bunların mutad olup olmadığına bakılır²²⁵. Eğer ilgili branşta sorumsuzluk kayıtları kabul edilebilir olarak değerlendiriliyorsa m.32, f.2'ye aykırılık söz konusu olmayacaktır. Örneğin bazı nakliye dallarında geçerli olan matbu sözleşme metinlerini kullanmak suretiyle sözleşme akdedilmesi halinde satıcının bir sözleşmeye aykırılığından bahsedilemez. Genel işlem şartla-

²¹⁹ Aynı görüşte *Kock*, 113; *Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer*, Art.32 N.15; *Honsell/Karollus*, Art.32 N.15. *Bezirksgericht der Saane* tarafından 20.02.1997'de verilen bir karar konu olayda taraflar satıcının nakli organize edeceği konusunda anlaşmış ancak naklin hangi araçlarla yapılacağı hususuna ilişkin sözleşmesel uyuşma sağlanamamıştır. Mahkeme bu durumda satıcının hangi nakil araçlarını kullanacağını tek başına takdir edebileceğine ve İsviçre'den Moskova'ya malın trenle taşınması halinde uygun olmayan bir aracın seçildiği sonucuna varılamayacağına hükmetmiştir (CISG-Online N.426).

²²⁰ *Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer*, Art.32 N.17. Kimlerin "taşıyıcı" sayılabileceği konusundaki tartışma için bkz. yukarıda § 2 A IV 1 b.

²²¹ *Staudinger/Magnus*, Art.32 N.20; *Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer*, Art.32 N.25.

²²² *Erdem*, La Livraison, N. 605; *Herber/Czerwenka*, Art.32 N.7; *Brunner*, Art.32 N.2; *Piltz*, § 4 N.101-102.

²²³ *Honsell/Karollus*, Art.32 N.18-19.

²²⁴ Bkz. *Erdem*, SIF Satışlar, 101.

²²⁵ *Kock*, 118; *MünchKommBGB/Gruber*, Art.32 CISG, N.12.

rı içinde yer alan sorumsuzluk kayıtları, alıcı lehine bir sigorta koruması var olduğu durumlarda sorun doğurmayacaktır²²⁶. Satıcı açısından, sigorta sözleşmesi akdetme yükümlülüğünün olup olmadığı ise bir alt başlıkta ele alınacaktır.

III. Malın Taşıma Rizikosunu Sigortalama veya Sigortalanabilmesi İçin Gerekli Bilgileri Aktarma

CISG m.32, f.3'de, satıcının, bir nakliye sigortası yaptırma mecburiyeti altında olmadığı hallerde alıcıya, bu sigortayı yaptırabilmesi için ihtiyaç duyacağı bütün bilgileri aktarması gerektiği öngörülmüştür²²⁷. Örneğin nakliye aracı, taşımanın başlangıç ve muhtemel bitiş tarihi, taşıma güzergahı, malın özellikleri gibi hususlarda alıcının bilgilendirilmesi gerekecektir. Maddenin asli uygulama alanı, diğer iki fıkrasında olduğu gibi, bir gönderme borcunun söz konusu olduğu sözleşmelerdir. Zira, arancak borçlarda, malı teslim aldıktan sonra alıcının malı nakletmesi gerektiği ve bir sigorta yaptıracağı hallerde mala ilişkin bütün bilgilere sahip olduğu varsayımından hareket edilebileceği gibi, götürülecek borçlarda, zaten satıcının kendisi malın nakliyesinden ve sigortasından sorumlu olduğu için yine gerekli bütün bilgiler elinin altında olacaktır. Sadece gönderilecek borçlarda, alıcının sigorta yükümlülüğü altında olmasına rağmen sigortalayacağı mala ve nakliye sözleşmesine ilişkin herhangi bir bilgi sahibi olmaması durumu ile karşılaşılmaktadır. İşte fıkranın amacı, bu hallerde satıcıya gerekli bilgi akışını temin etmektir. Ancak, istisnai olarak götürme borçları ve aranacak borçlar açısından da bu tür bir bilgi akışına ihtiyaç olduğu hallerde m.32, f.3'ün bunlara da uygulanması veya m.7, f.1'de yer alan dürüstlük kuralı uyarınca bu bilgi verme yükümlülüğünün kabul edilmesi mümkündür²²⁸.

CISG m.32, f.3 satıcının, nakliye sigortası akdetme yükümlülüğü altında olmadığı hallerden bahsetmek suretiyle BM-satım hukukunda satıcı açısından genel olarak bir sigorta mecburiyetinin olmadığını da açıklığa kavuşturmuştur²²⁹. Nitekim gönderme borçlarında satıcının mali

²²⁶ *Herber/Czerwenka*, Art.32 N.7; *Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer*, Art.32 N.20; *Kock*, 119.

²²⁷ CISG m.32, f.3 gibi bütün *Incoterms* kurallarının A.10 hükmü, sigorta yükümlülüğünün alıcıda olması halinde satıcının ona gerekli bilgileri aktarması gerektiğini öngörmektedir. Malın sigortalanması yükümlülüğünün satıcıda olduğu CIF klotlarında dahi, alıcının ek bir sigorta yaptırarak isteyebileceği ihtimaline binaen yine A.10 hükmü satıcı açısından bir bilgi verme yükümlülüğü getirmektedir.

²²⁸ *Kock*, 132; *Honsell/Karollus*, Art.32 N.23; *MünchKommHGB/Benicke*, Art.32 CISG, N.14.

²²⁹ *Schackmar*, N.495; *Erdem*, La Livraison, N.615; *Neumayer/Ming*, Art.32 N.9; *Staudinger/Magnus*, Art.32 N.22; *Bianca/Bonell/Lando*, Art.32 N.2.4; *Renck*, 145; *Kock*, 120 ve 132; *Piltz*, § 4 N.107; *Honsell/Karollus*, Art.32 N.20.

taşıyıcıya teslim etmesi ile hasarın alıcıya geçtiği düşünülecek olursa mal sigortalaması gerekenin de aslen alıcı olması doğaldır. Bu açıdan satıcının bir sigorta sözleşmesi akdetme mecburiyeti ancak taraflar arasındaki sözleşmeden, alışkanlıklardan veya sözleşme içeriği olduğu kabul edilebilen milletlerarası teamüllerden doğabilir. Gerçi bazı yazarlar satıcının sigorta yaptırma yükümlülüğünün varlığını CISG m.32, f.2'deki, naklin mutat koşullarda sağlanması gerektiği ifadesine dayandırmaktaysa da²³⁰, bu doğru gözükmektedir. Özellikle *Incoterms*'e bakıldığında, gönderme borcu içeren sözleşmelerde sigorta sözleşmesini satıcının akdetmesinin ticari hayatta mutat olduğunu ileri sürmek zorlaşmaktadır. Zira bu klozlar arasında gönderme borcu içeren yedisinden sadece ikisi sigorta mecburiyeti öngörmektedir²³¹. Diğer beş klozda ise mal sigortalatmak alıcıya düşmektedir. Dolayısıyla ticaret hayatında bu konuda mutat olandan bahsetmek pek mümkün gözükmektedir. Satıcının kural olarak ne malı gönderme borcu vardır ne de göndermesi gereken hallerde malı sigortalama borcu.

IV. Alıcıya İhbarda Bulunma

Gönderme borçlarında malın teslimi ve nakliyesi ile bağlantılı olan diğer bir yükümlülük de satıcının bazı hallerde alıcıyı bilgilendirmesinin gerekmesidir. CISG m.32, f.1 uyarınca,

"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."

Demek ki satım konusu mala ilişkin özgülleme²³² mal üzerine konan işaretler²³³, taşıma belgeleri üzerindeki kayıtlar²³⁴ veya diğer bir şekil-

²³⁰ Brunner, Art.32 N.4; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.32 N.26.

²³¹ *Incoterms*'de sigortalama yükümlülüğü sadece CIF ve CIP klozlarında düzenlenmiştir. Bunların kararlaştırılmış olması halinde satıcının bir nakliye sigortası akdetmesi gerekir. Kuşkusuz sigortadan doğan taleplerin alıcı tarafından ileri sürülebilir olmasının da sağlanması gereklidir. *Incoterms* 2000 CIF klozu A3, b hükmü uyarınca, sigorta sözleşmesinde meblağ tespit edilmemişse, korumanın, "Institute Cargo Clauses of the Institute of London Underwriters" kurumunun poliçelerinin veya bununla eşdeğer poliçelerin sağlayacağı asgari korumayı sağlaması gerekir. Bu koruma semen + % 10'dur, bkz. Herber/Czerwenka, Art.32 N.8).

²³² Satıcının belli bir mal ile belirli bir sözleşmeden doğan borcunu ifa etme iradesi, objektif olarak anlaşılabilir ve denetlenebilir şekilde dışa yansımış ise özgülleme gerçekleşmiştir (Dölle/U.Huber, Art.19 N.105).

²³³ Örn. mal paketlenmiş ve üzerine alıcının ismi vs. yazılmış.

²³⁴ Örn. mala ilişkin taşıma senedinde alıcının ismi ve bütün ayrıntılar gösterilmiş (TTK m.769); deniz taşımasında konişmentoda doğrudan gönderilenin adı ve soyadı gösterilmiş (TTK m.1098,b.5).

de²³⁵ gerçekleşmemişse²³⁶, satıcının, alıcıya, malı gönderdiği konusunda ihbarda bulunması ve gönderilen malı tanımlaması beklenmektedir²³⁷. CISG uyarınca ihbar yükümlülüğü ancak tali olarak vardır, yoksa malın gönderildiğinin her durumda alıcıya ihbar edilmesi söz konusu değildir. Hem bir gönderme borcu olacaktır, hem de özgülleme başka türlü gerçekleşmemiş olacaktır²³⁸.

Aynı m.31, (a)'da olduğu gibi m.32, f.1 de sadece gönderme borcu içeren sözleşmelere ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Dolayısıyla malın taşıyıcıya verilmesi ile teslim borcunun sona ermediği, özellikle malın belirli bir noktaya kadar (sınır, alıcının işyeri, alıcının işyerinin bulunduğu şehirdeki liman gibi) satıcı tarafından taşınması ve alıcıya teslim edilmesi gereken (götürme borcu) veya malın doğrudan satıcının işyerinde teslim alınacağı (aranacak borç) sözleşmelerde bu fıkra uygulanmaz²³⁹. Buna karşılık mal belirli bir yere kadar satıcı tarafından götürülmekte ve orada bağımsız bir taşıyıcıya teslim edilmekte ise, malın ilgili satım sözleşmesine özgülennemiş olması kaydıyla yine bir ihbar yükümlülüğü mevcut olacaktır²⁴⁰.

²³⁵ Mal alıcının özel siparişi üzerine hazırlanmışsa ve zaten ayırdedici özelliklere sahipse bu durumda ayrıca ilgili satım sözleşmesine tahsisi gerekmez (Dölle/U.Huber, Art.19 N.105).

²³⁶ Örn. konişmento düzenlenmiş ancak emre kaydını içermekte, yani alıcının kim olduğu konişmentodan anlaşılabilir (TTK m.1101). Veya doğrudan satıcının emrine düzenlenen bir konişmento söz konusudur. Örn. dökmeye bir yük taşınmaktadır ve satıcı bunu kısmı çeşitli alıcılara "CIF varna limanı" satmıştır. Bu hallerde taşıyan satıcıya, onun adına düzenlenmiş bir tek konişmento vermekte ve bu konişmento varna limanındaki bir ambar sahibine ulaştırılmakta, o da gelen malı ilgili oranlarda alıcılara teslim etmektedir (Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.32 N.4).

²³⁷ Hutter, 26.

²³⁸ Renck, 153; Honsell/Karollus, Art.32 N.4.

²³⁹ Kock, 80, 89; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.32 N.2; Münch-KommBGB/Gruber, Art.32 CISG, N.3; Renck, 153. Aranacak borçlarda da satıcının teslim borcunu yerine getirmek açısından bazen bir ihbar yükümlülüğü olabilir. Bu haller özellikle, malın somut olarak nerede teslim edileceği konusunda tereddüt olması halinde, ifa yerini alıcıya bildirmek için yapılan ihbar (bkz. bu bölümde dn.83'e ilişkin metin) ve malın hangi tarihte teslim edileceğinin kesin olarak belli olmadığı hallerde malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmaya başlandığı an bildirmek için yapılan ihbardır (bkz. bu bölümde dn.144'e ilişkin metin). Gerçi bu hallerdeki ihbar yükümlülüğü CISG m.32, f.1'e doğrudan dayandırılmaz, ancak bu fıkradan kıyasen CISG m.7, f.2 anlamında bir genel ilke türetilmesi kanımca mümkündür. Bu amaçla faydalanılabilecek diğer bir madde ise CISG m.79, f.4'dür. Bu madde uyarınca satıcının sorumlu olmadığı sebeplerden ötürü ifayı gerçekleştiremeyeceği hallerde durumu alıcıya bildirme yükümlülüğü vardır. Eğer satıcı ifa engellerini öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde durumdan alıcıyı haberdar etmezse bundan doğan zararı tazmin etmek zorunda kalır. Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 3 E.

²⁴⁰ MünchKommBGB/Gruber, Art.32 CISG, N.3; Najork, 68.

Fıkranın uygulanmasının ikinci koşulu ise özgüllemenin gerçekleşmemiş olmasıdır. Ancak ihbar suretiyle özgüllemenin ne amaca hizmet ettiği, yani fıkranın *ratio legis*'inin ne olduğu doktrindeki ifadelerden tam olarak saptanamamaktadır. Sık sık bu fıkranın, hasarın alıcıya intikali açısından önem taşıdığı vurgulanmaktadır. Amacın, malın yolda telef olmasından sonraki bir aşamada satıcının malı tahsis ettiğini iddia edip edim ve buna bağlı olarak karşı edim hasarını alıcıya taşımasını engellemek olduğu ifade edilmektedir²⁴¹. Nitekim gönderme borçlarında hasarın intikaline ilişkin m.67, f.2'de, hasarın intikali açısından malın sözleşmeye özgülennmiş olmasının aranması²⁴² bu yaklaşımı destekler gözükmektedir. Ancak kanımca m.32, f.1 hasarın intikali aşamasından mantıksal olarak önce gelmesi gereken teslim aşamasına ilişkin bir yükümlülüktür²⁴³. Satıcıdan bu ihbarı yapmasının beklenmesinin sebebi, aksi takdirde taşıyıcıya verdiği malların söz konusu satım sözleşmesinden doğan borcunu ifa amacına hizmet ettiğinin anlaşılmasındadır²⁴⁴. Üzerinde herhangi bir isim, adres veya ayrıntı hiçbir özellik olmaksızın bir malın taşıyıcıya verilmesi teslim borcunun ifası için yeterli olamaz²⁴⁵. Gönderme borçlarında teslimin vadesinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, malın taşıyıcıya teslimi anına göre belirlenir²⁴⁶. İşte bu anda satıcı en azından alıcıya ihbar suretiyle ifa iradesini beyan etmediği takdirde vadeyi kaçırmış sayılacak ve bunun sonuçlarına katlanacaktır²⁴⁷. Dolayısıyla-

²⁴¹ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.32 N.1; Hutter, 26; C. Schmid, 254; Schackmar, N.500.

²⁴² CISG m.32, f.1 ile gönderme borçlarında hasarın intikaline ilişkin m.67, f.2 arasındaki ilişki için bkz. aşağıda Bölüm 4 § 4 B II 1.

²⁴³ Buna karşılık Dölle/U.Huber uyarınca gönderilme ihbarı teslim yükümlünün bir parçası değildir. Dolayısıyla buna aykırı davranılması da ifa etmeme anlamına gelmez. Sadece bu ihbar yapılmaya kadar satıcının ifa edip etmediği belirsizlik içindedir. İhbar ile birlikte bu belirsizlik geriye etkili olarak ortadan kalkar (ULIS Art.19, N.118). Oysa ULIS m.19, f.3'ün ifadesi, CISG m.32, f.1'e nazaran yukarıda savunulan görüşü daha da çok desteklemektedir. Zira teslim borcunu düzenleyen madde içinde yer alan bu fıkra uyarınca: "Taşıyıcı teslim edilmiş olan malın açıkça sözleşmenin ifası amacına hizmet ettiği, üzerine yazılı adresten veya diğer bir şekilde anlaşılamiyorsa, satıcı malı teslim etmenin yanı sıra göndermeye ilişkin bir ihbarda bulunmak ve gerekli olan hallerde mal ayrıntılı olarak tanımlayan bir belgeyi alıcıya vermek zorundadır".

²⁴⁴ Staudinger/Magnus, Art.32 N.14.

²⁴⁵ Dolayısıyla CISG m.32, f.1'deki "sözleşmeye tahsis" şartının hem çeşit borcu hem de parça borcu açısından mevcut olduğu kabul edilmelidir.

²⁴⁶ Larenz, Schuldrecht I, 194. Malın hangi tarihte varıldığı sadece götürme borçları açısından önem taşır. Bkz. Honsell, SJZ 1992, 345, 349; HG Zürich 10.02.1999, CISG-Online N.488.

²⁴⁷ İhbarın etki doğurma amacı CISG m.27 uyarınca belirlenir. Dolayısıyla satıcının vaktinde ve uygun iletişim araçları ile yollanmış olması şartıyla, ihbarın geç varması, yolda kaybolması veya içeriğinin değişmesi rizikosunu alıcı taşır (Schlechtriem/U.Huber, Art.32 N.7; Kock, 103).

la hasarın intikali sorunu, zaten teslim hiç gerçekleşmediği için doğmayacaktır.

Eğer özgülleme başka yollardan gerçekleşmişse, bu durumda bir ihbarın yapılması sadece bilgilendirme amacına hizmet eder²⁴⁸. Zira özgüllemenin objektif olarak var olması yeterlidir. Alıcının bundan haberdar olması gerekmez. Örneğin alıcının adına bir paketin yollanmasından alıcının haberdar edilmesi gerekmez. Bu hallerde teslim borcu ifa edilmiş olduğu gibi hasar da alıcıya intikal etmiştir.

İhbarın içeriği ve şekli konusunda m.32, f.1 bir düzenleme içermektedir. Dolayısıyla yazılı veya sözlü olarak yapılması mümkündür²⁴⁹; önemli olan koşullara uygun araçlarla yapılmış²⁵⁰ ve malın alıcı tarafından teslimine elverişli olmasıdır²⁵¹. Satıcının malın miktarını, nakliye aracını, taşıyıcının kimliğini sözlü olarak bildirmesi mümkün olduğu gibi doğrudan bu ayrıntıları içeren taşıma senedini yollaması da mümkündür²⁵². Örneğin kendi emrine düzenlenmiş olan bir konişmentoyu ciro edip alıcıya yollaması da ihbar olarak kabul edilir. Bu durumda satıcı hem belgeleri teslim yükümlülüğünü hem de ihbar yükümlülüğünü bir arada gerçekleştirmiş olmaktadır. Ancak bu şart değildir. Belgeleri göndermeden de bir ihbarda bulunması imkanı vardır.

İhbarın ne zaman yapılması gerektiği konusunda da m.32, f.1'den bir sonuca varılamamaktadır. Bu konuda Alman doktrininde iki görüşün savunulduğu dikkati çekmektedir. Bir görüşe göre, CISG m.7, f.2'den yola çıkarak m.33 (c)'yi uygulamak, dolayısıyla da ihbarın göndermeden itibaren makul bir süre içinde gerçekleştirilmesini aramak gerekir²⁵³. Diğer bir görüş uyarınca, bu ihbar için süre şartı yoktur, ihbarın malın varma

²⁴⁸ MünchKommHGB/Benicke, Art.32 CISG, N.3.

²⁴⁹ MünchKommHGB/Benicke, Art.32 CISG, N.8.

²⁵⁰ CISG m.27 uyarınca Antlaşmada "... aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin ... bildirim, talep veya diğer bir açıklaması koşullara uygun araçlarla yapılmışsa, bu açıklamamın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması açıklamada hulunan tarafı ona dayanmak hakkından yoksun bırakmaz." ULIS m.19'da yer alan ve yanlış anlamalara sebep olacak şekilde, satıcının, yüklem evrakını yollaması gerektiği ibaresi CISG'da terk edilmiştir (Herber/Czerwenka, Art.32 N.4).

²⁵¹ Malın birden fazla alıcıya toplu olarak yollanması halinde tahsisin gerçekleştirilmesi için alıcılara yapılacak bildirimde, kaç birim mal gönderildiği ve nakil aracı hakkında bilgi verilmesi yeterli kabul edilmelidir. Bu yönde Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.32 N.5; Piltz, § 4 N.104; MünchKommHGB/Benicke, Art.32 CISG, N.5; MünchKommBGB/Gruber, Art.32 CISG, N.5; Staudinger/Magnus, Art.32 N.13.

²⁵² Honsell/Karollus, Art.32 N.9; Kock, 101.

²⁵³ Schackmar, N.501; Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.32 N.6; Bianca/Bonelli/Lando, Art.32 N.2.2.2; Honsell/Karollus, Art.32 N.10; Piltz, § 4 N.105; Bamberger/Roth/Saenger, Art.32 CISG, N.5.

yerine ulaşmasına kadar yapılması mümkündür²⁵⁴. CISG m.32, f.1'de öngörülen ihbarın amacının, hem malın sözleşmeye özgülenmesi hem de buna bağlı olarak edim hasarının intikal etmesi olduğu düşünüldüğünde, kanımca çözümün farklı olması gerekir. Malların açıkça sözleşmeye tahsis edilmemiş olduğu hallerde teslim borcu ancak alıcıya yapılacak bir bildirim ile tamamlanmış kabul edilebileceğine göre bu ihbarın en kısa sürede yapılması, satıcının vaktinde ifa etmiş sayılabilmesi açısından önem taşır. Satıcı bu ihbarı yapmadığı sürece alıcı, ifanın gerçekleşmediğinden hareket etmek ve bunun yaptırımlarına başvurmakta haklı olmaktadır. Eğer kesin vadedi bir işlem söz konusu değilse bu durumda ihbarın göndermeden itibaren makul bir süre içinde yapılması kabul edilebilir. Bu hallerde edim hasarı da malın ilk taşıyıcıya teslimi anında alıcıya geçecektir. Ancak satıcı makul süreyi kaçırmış ise, yine bir ihbarda bulunmak suretiyle geç de olsa borcunu ifa edebilir²⁵⁵. Sadece bu hallerde makul süre kaçırıldığı için hasar ilk teslim anında değil, ihbardan sonra intikal edecek ve o ana kadar hasarı satıcı taşımak zorunda kalacaktır.

Satıcının gönderme ihbarında bulunma yükümlülüğü CISG'da sadece malın sözleşmeye özgülenmesi amacı ile düzenlenmiştir. Buna karşılık genel bir kural olarak bilgilendirme yükümlülüğüne yer verilmemiştir²⁵⁶. Bu tür bir yükümlülük ancak sözleşmeden, taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklardan veya milletlerarası teamüllerden kaynaklanabilir²⁵⁷. Oysa bir gönderme borcu düzenleyen *Incoterms*'lerin tümünde²⁵⁸ A.7 hükmü gönderme ihbarını genel bir yükümlülük olarak düzenlemiştir. Zira bu ihbar, malın ilgili sözleşmeye tahsisi açısından önem taşıdığı gibi alıcının, saptanan yerde malı vaktinde teslim alabilmesi için gerekli adımları atabilmesi açısından da önemlidir. Bunun yanı sıra alıcının mala ilişkin sigorta yaptırabilmesi için de gönderme anı konusunda bilgilendirilmesi önem taşır. Bu açıdan CISG'da genel bir gönderme ihbarının düzenlenmemiş olmasının bir eksiklik oluşturduğu kabul edilmek gerekir²⁵⁹.

²⁵⁴ Staudinger/*Magnus*, Art.32 N.10; *Kock*, 102.

²⁵⁵ Kuşkusuz geç bildirimde bulunma, dolayısıyla geç teslim etmiş olmaktan dolayı alıcının uğramış olduğu zararı tazmin etmesi yükümlülüğü devam eder. Bu bağlamda hasarın intikali ile ilgili olarak önem taşıyan CISG m.70 düzenlemesi aşağıda ele alınacaktır. Bkz. bu bölümde aşağıda § 4 B IV.

²⁵⁶ Akai görüşte *Erdem*, La Livraison, N.561.

²⁵⁷ MünchKommBGB/*Gruber*, Art.32 CISG, N.4; *Kock*, 83; *Honsell/Karollus*, Art.32 N.7.

²⁵⁸ FCA, FAS, FOB, CFR, CIF, CPT, CIP hükümlerinin tümünde A.7 hükmü, alıcının "uygun araçlarla" ve mümkün olduğu kadar çabuk haberdar edilmesini öngörmektedir. CIF satışlarda satıcının yapması gereken ihbar hakkında bkz. *Erdem*, SIF Satışlar, 89 vd.

²⁵⁹ Aynı yönde *Kock*, 83. Yazar özellikle Amerikan hukukunda var olan ihbara ilişkin düzenlemeyi bu konuda örnek olarak göstermektedir (Bkz. Sec.2-504 (c) UCC). Bu hüküm hakkında bilgi için bkz. *Renck*, 151-152.

İhbar yükümlülüğüne aykırılığın yaptırımları somut olaya göre değişecektir. Eğer ihbar, malın sözleşmeye özgülenmemiş olması nedeniyle, satıcının teslim borcunu vaktinde ifa etmiş sayılabilmesinin bir önkoşulu ise, ihbarda bulunmamak ifa etmeme anlamına gelir ve satıcı bunun sonuçlarına katlanır. Yok eğer ihbar sadece sözleşme ile kararlaştırılmış ve malın sözleşmeye özgülenmiş olduğu hallerde bile alıcının yüklemenden haberdar edilmesi amacına hizmet etmekteyse, ifa gerçekleşmiştir ancak satıcı sözleşmesel bir borcuna aykırı davranmış olduğu için alıcının uğrayacağı zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır²⁶⁰. Bundan daha ileri giden bir yaptırım, örn. sözleşmeden dönme bu hallerde genelde söz konusu olmayacaktır.

V. Masraflar ve İzinler

Milletlerarası satım sözleşmelerinin ifası ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek ithalat-ihracat izinlerinin alınması, vergi ve harçların ödenmesi gibi çeşitli yükleri taraflardan hangisinin taşıması gerektiğine ilişkin bir yedek hukuk kuralı CISG içinde yoktur. Dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşmeden bu konuda bir hüküm çıkarsanmadığı hallerde²⁶¹ sorunun CISG'in genel ilkelerine göre çözülmesi gerekecektir. Bu konuda çoğunluk görüşü, malın teslim yerine göre bir ayırım yapma taraftarıdır²⁶². Yani satıcı malın teslim yerine kadar ortaya çıkan masrafları karşılayacak ve gerekli formaliteleri halledecek; teslimden sonra ise artık alıcı sorumlu olacaktır. CISG'da teslim yerinin satıcının yükümlülükleri açısından son noktayı teşkil etmesi nedeniyle masraflar ve izinler konusunda da teslim yerine göre bir ayırım yapılması makul gözükmektedir. Ancak gönderme borcu içeren sözleşmelerde satıcının borcu taşıyıcıya teslim ile sona erse ve teslim satıcının ülkesinde gerçekleşse bile ihraç müsadelerinin vs. almak satıcıya düşer.

²⁶⁰ *C.Schmid*, 254; MünchKommHGB/*Benicke*, Art.32 CISG, N.9.

²⁶¹ Taraflar arasında bir *Incoterms* klozu saptanmış olan hallerde belirsizlik yaşanmayacaktır. Zira bu klozların her birine ilişkin A2/B2 hükmü "Lisans, onay ve formaliteler" başlığı altında bu konuda taraflara düşen görevleri saptamakta; A6/B6 açıklamaları ise "Masraf Dağılımı" başlığı altında hangi masrafların kimin tarafından taşınacağını düzenlemektedir. Ayrıntı için bkz. *Schackmar*, N.524 vd. ve 536 vd.; *Renck*, 181 vd. ve 195 vd.

²⁶² *Schackmar*, N.523 ve N.534-535; *Achilles*, Art.31 N.17; *Brunner*, Art.31 N.12; *Staudinger/Magnus*, Art.31 N.30; *Honnold*, N.211; *Herber/Czerwenka*, Art.30, N.9; *Najork*, 70; MünchKommBGB/*Gruber*, Art.31 CISG, N.24-25; *Piltz*, § 4 N.113.

§ 3. Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Etme Yükümlülüğü ve Üçüncü Kişilerin Mala İlişkin Talepleri

A. Genel Olarak

Antlaşmanın, satıcının yükümlülüklerine ilişkin ikinci alt ayrımı, satıcının teslim ettiği malların sözleşmeye uygun olması ve bu mallar üzerinde üçüncü kişilerin talep sahibi olması sorununa özgülenmiştir. Bunlardan sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümlülüğü CISG m.35-40 arasında, üçüncü kişilerin mal üzerinde talep sahibi olması sorunu ise CISG m.41-43 arasında düzenlenmiştir. Her ne kadar CISG, malın ayıplı olması veya mal üzerinde üçüncü kişilerin taleplerinin olması durumunda uygulanacak olan yaptırımları büyük ölçüde birbirine yaklaştırmışsa da²⁶³, sistematik olarak bu iki sorunun ayrı ayrı maddelerde incelenmiş olması nedeniyle²⁶⁴ bu bölümlemeye sadık kalınacaktır. Dolayısıyla aşağıda önce ayıplı mal teslim edilmesi hali ele alınacak, ardından üçüncü kişilerin mala ilişkin taleplerinin var olması sorunu üzerinde durulacaktır.

B. Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Etme Yükümlülüğü

I. Malın Sözleşmeye Uygunluğu Ne Anlama Gelir?

CISG birçok ulusal hukuk düzeninden ayrılarak "ayıp" kavramı yerine "sözleşmeye uygunluk" (*Vertragsmäßigkeit/Conformity/Conformité*) kavramını ön plana almıştır²⁶⁵. Bu açıdan *common law* sisteminin yaklaşımı olan ve ayıba karşı tekeffülü genel sözleşmeye aykırılık kural-

²⁶³ MünchKommBGB/Gruber, Art.35 CISG, N.2; Langenecker, 52-53. Reform sonrasında Alman borçlar hukukunda da aynı sistematik benimsenmiş ve zapt ile (kanunda hukuki ayıp kavramı kullanılmıştır) ayıba karşı tekeffülün hukuksal sonuçları birlikte düzenlenmiştir (bkz. BGB § 434-435 ve 437).

²⁶⁴ Hutter'in aktardığına göre Antlaşmanın hazırlanması sürecinde zapt ve ayıpı sadece hukuki sonuçları açısından değil, hukuki olguları açısından da birlikte düzenleme çabası, iki kurumun ağır basan farklılıkları nedeniyle başarılı olamamıştır (Hutter, 28).

²⁶⁵ Kircher, 49; Staudinger/Magnus, Art.35 N.1. Bu yaklaşım zaten ULIS m.33'de de benimsenmiş olan yaklaşımdır (örn. bkz. Schwenk, RabalsZ 35 (1971), 645, 654 vd.); CISG dışında örneğin AB-Yönergesi m.2, Hollanda Medeni Kanunu m.7:17/I "sözleşmeye uygunluk" kavramı ile çalışmaktadır. Finlandiya ve İsveç çözümlerinin de aynı olduğu yönünde bkz. Schwartze, Sachmängelgewährleistung, 74.

ları içinde değerlendiren sisteme itibar edilmiştir²⁶⁶. Ayıp hükümlerinin özel olarak düzenlenmesi tercih edilmemiştir. Bilindiği gibi, Kara Avrupa'sı ülkelerinde, Roma hukukundan beri var olan²⁶⁷ bir ayrılık devam ettirilerek, genel sözleşmeye aykırılık hükümleri ile ayıba karşı tekeffülden sorumluluk hükümleri ayrı ayrı ele alınmıştır. Oysa bugün birçok ülkenin doktrininde bu ayrım eleştirildiği gibi²⁶⁸, yeni tarihli kanun reformlarının tümünde bu ikiliği aşma yönünde ciddi adımlar atılmıştır²⁶⁹. Özellikle, Kara Avrupa'sı ülkelerine özgü bu tartışmaya hiç girmemiş ve ayıplı ifanın bir "sözleşmeye aykırılık" teşkil ettiği öncülünden hareket etmiş olan CISG'in bu konuda büyük etkisi olmuştur. Diğer yandan AB Yönergesinin de CISG'i örnek alması, Yönergeyi iç hukuklarına aktaran ülkeler için, kanunlarında değişiklik yapmak açısından bir diğer motivasyon sebebi olmuştur. Welser'in ifadesi ile: "Modern ifa engelleri teorilerinin önemli çıkış noktası, ayıba karşı tekeffülün dayanağını sözleşmesel yükümlülüklerin ihlalinde görmeleridir"²⁷⁰.

Teslim edilen malın sözleşmeye uygunluğu ise iki şekilde denetlenmektedir. Ya ifa edilecek mala ilişkin olarak sözleşmede bir düzenleme yapılmıştır - bu durumda tarafların bu subjektif beklentilerine uygunluk ön plandadır (CISG m.35, f.1). Ya da sözleşmede bir düzenleme yapılmamıştır veya eksik yapılmıştır. Bu hallerde tarafların objektif beklentileri önem kazanır (CISG m.35, f.2)²⁷¹. Sadece, genel olarak o mallarda aranan

²⁶⁶ Hutter, 27; Aue, 69; Nickel/Saenger, JZ 1991, 1050; Staudinger/Magnus, Vorbem. Art.35 ff. N.2; Dölle/Stumpf, Vor. Art.33-49, N.1. ULIS'in benimsenmesi aşamasında *common law* sisteminden ne ölçüde faydalandığı konusunda bkz. Alexander Szahats, The Influence of Common Law Principles on the Uniform Law on the International Sale of Goods, ICLQ 15 [1966] 749 vd. CISG çerçevesinde sözleşmeye aykırılığın sebebine göre ayırım yapılmadığı hususu aşağıda (Bölüm 5 § 1 I) daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ancak şimdiden bilinmelidir ki, CISG, sözleşme ihlalinin, imkansızlık, temerrüt, kötü veya ayıplı ifa gibi hallerden hangisine dayanacağına kural olarak bir önem atfetmez. Sözleşme ihlalinin varlığı yeterlidir, yaptırımlar yeknesaktır.

²⁶⁷ Roma hukukundaki bu ikiliğin kavramsal olmaktan çok tarihsel sebepleri için bkz. Zimmermann, Law of Obligations, 308 vd. ve aşağıda Bölüm 5, § 1, A dn.20.

²⁶⁸ Nitekim İsviçre-Türk hukukunda da ayıptan sorumluluğun kaynağında aslında taraflar arasındaki sözleşmenin yattığı, dolayısıyla ayıplı ifa halinde sözleşmeden doğan borcun gereği gibi yerine getirilmediği, yani özel olarak düzenlenmiş bir kötü ifa halinin var olduğu görüşü hakim görüştür. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Hata, 68 dn.84; Yavuz, Ayıp, 29; Serozan, BÖ, 123-124; Aral, 114-115; Arslanlı, 65 vd. Buna karşılık ayıba karşı tekeffül borcunun yasal bir borç olduğu görüşünde Edis, 26; Tandoğan, 163.

²⁶⁹ Bunun en önemli örneği yukarıda (Bölüm 1, § 2) açıklanmış olan Alman Medeni Kanununda 2002 yılı itibarıyla yapılmış olan reformdur. Bunun yanı sıra CISG'in yaklaşımı Hollanda, İsveç, Finlandiya gibi ülkelerin hukuklarını etkilediği gibi, AB Satım Yönergesi de aynı konsept ile çalışmayı tercih etmiştir. Bu konuda ayrıntı için bkz. Schwartze, Sachmängelgewährleistung, 73 vd.

²⁷⁰ Welser, Reform, 63, 65.

²⁷¹ Ziegler, 69.

özelliklere sahip olmamak değil, somut sözleşme ile aranan özelliklere sahip olmamak da malın ayıph olması anlamına gelir²⁷². Bu açıdan CISG, örneğin Alman hukukunda BGB reformuna kadar tartışılan bir hususu; ayıp kavramının subjektif olarak mı yoksa objektif olarak mı belirleneceği hususunu²⁷³ kural olarak subjektif ayıp kavramı²⁷⁴ lehine çözmüştür²⁷⁵.

Malın objektif niteliklerinin hangileri olacağı konusundaki düzenleme yapılırken *common law* çevresi belirleyici olmuştur²⁷⁶. Gerek Amerikan *Uniform Commercial Code* (UCC), gerekse İngiliz *Sale of Goods Act*, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları hususların yanı sıra, kararlaştırmış oldukları varsayılan hususların da satım konusu malın sözleşmeye uygunluğunun belirlenmesinde esas alınacağını öngörmüştür²⁷⁷. Bu amaçla, iki yasa da, bu varsayımlı şartları *implied warranties*²⁷⁸ (UCC § 2-314/315) veya *implied terms*²⁷⁹ (SGA Sec.14) kavramları altında ayrıntılı olarak saptamıştır. İşte, CISG m.35, f.2'de de malın sözleşmeye uygunluğu için sahip olması gereken özelliklerin tek tek sayılması yöntemini benimsemiştir²⁸⁰. Kara Avrupa'sı sisteminde çok yaygın olmayan bu me-

²⁷² Honsell, Besonderer Teil, 137.

²⁷³ Bu tartışma hakkında örn. bkz. *Larenz, Schuldrecht II/1*, 38; *Staudinger/Honsell* (1995) § 459 BGB N.31; *Flume, AcP* 193 (1993) 89, 92. Alman Medeni Kanununun reformuyla bu konudaki tartışmalara bir son verilmiş ve yeni § 434 BGB'de subjektif ayıp kavramı ile çalışılmaya başlanmıştır (bkz. *P.Huber* in: *P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung*, N.12/10-11). Yani ifa edilen malın ayıplı olup olmadığı değerlendirilirken öncelikle tarafların sözleşmede kararlaştırdıklarına uygun bir mal ifa edilmiş mi ona bakılacak, eğer böyle bir düzenleme yoksa, bu durumda ikincil olarak objektif kriterlerin devreye girmesi mümkün olacaktır.

²⁷⁴ Objektif ve subjektif ayıp kavramları hakkında Türk hukuku açısından açıklamalar için bkz. *Kocayusufpaşaoğlu, Hata*, 64 dn.73; *Yavuz, Ayıp*, 68 vd. *Serozan, BÖ*, 126. Diğer Avrupa ülkelerinde bu ayıp kavramlarından hangisinin tercih edildiği konusunda bkz. *Schwartz, Sachmängelgewährleistung*, 76-79.

²⁷⁵ *Janssen*, 74; *Valcéroel Schnüll*, 162; *Hutter*, 30; *Schlechtriem*, UN-Kaufrecht, N.133. Nitekim AB-yönergesi de, BM hukukunun etkisiyle soruna bu şekilde yaklaşmıştır (Yönerge m.2; ayrıca bkz. *Axel Flessner*, Richtlinie und Reform - Die Einpassung der Kaufgewährleistungs-Richtlinie ins deutsche Recht, in: *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Köln 2000, 233, 237); *Homann*, 181 vd.

²⁷⁶ *Aue*, 72. Kuşkusuz bu maddenin esinlendiği ULIS m.33 de aynı etkiyi taşımaktadır.

²⁷⁷ Bu konuda bkz. aşağıda II 2 a.

²⁷⁸ Bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Cerutti*, N.623-624; *Nickel/Saenger*, JZ 1991, 1050, 1051.

²⁷⁹ Bu kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Benjamin/Reynolds*, N.11-001vd.; *Treitel*, The Law of Contract, 11th, 201 vd.

²⁸⁰ CISG m.35, f.2, a = UCC § 2-314, SGA Sec.14(2)-(2A)-(2B); CISG m.35, f.2, b = UCC § 2-315, SGA Sec.14(3); CISG m.35, f.2, c = UCC § 2-313/c, SGA Sec.15; CISG m.35, f.2, d = UCC § 2-314/e, SGA Sec.14.

tot²⁸¹ son yıllarda sadece CISG'nin kaleme alınmasında değil, örneğin AB-Yönergesi m.2, Hollanda Medeni Kanunu m.7:17'de ve reform sonrası BGB § 434'de de kullanılmıştır.

Diğer yandan CISG m.35, ifa edilen malın sözleşmeye uygunluğunu saptarken tümel, genel bir ayıp kavramından yola çıkmaktadır²⁸². Yani ulusal hukuklarda sık sık yapılan, ayıph ifa/başka bir şeyle ifa/eksik ifa gibi ayırmalar veya açık ayıp/örtülü ayıp veya lüzumlu vasıf/zikir ve vaat olunan vasıf²⁸³, parça borcu/çeşit borcu gibi ayırmalar BM-satım hukukunda yapılmamakta²⁸⁴; bunların hepsi "sözleşmeye uygun ifa" kavramı altında ele alınmaktadır²⁸⁵.

II. Sözleşmeye Uygunluğun Saptanması

1. Edime ilişkin sözleşmesel (subjektif) beklentiler (CISG m.35, f.1)

a. Genel Olarak

CISG m.35, f.1 uyarınca satıcının, sözleşmede kararlaştırılan miktar, kalite ve türde mal teslim etmesi gerekir. Ayrıca malın, sözleşmede belirlenmiş olan paket veya muhafazada sunulması sözleşmeye uygun ifanın bir şartıdır²⁸⁶. Ancak tarafların, CISG m.35 fıkra 1'de sayılan hal-

²⁸¹ Örneğin *Schlechtriem*, CISG m.8'de düzenlenmiş bulunan, sözleşmenin kurulması safhasındaki taraf beyanlarının ve davranışlarının yorumuna ilişkin genel hüküm sayesinde, satım konusu malın sahip olması gereken özelliklere ilişkin tarafların uyulan iradelerinin içeriğinin rahathkla saptanabileceğini ifade etmektedir. Yazar, buna rağmen m.35/1'deki bu tür bir sayıma gidilmesini, hukukçu olmayanlar için uygulamada sağlayacağı kolaylık nedeniyle onaylamaktadır (*Schlechtriem*, Seller's Obligations, 6-22).

²⁸² *Valcéroel Schnüll*, 160 vd. Yukarıda dn.266'de de bahsedilmiş olduğu üzere, CISG sistemi, sözleşmeye aykırılığın sebeplerine göre yaptırımları farklı düzenleyen bir sistem değildir. Dolayısıyla ayıp kavramının içeriği belirlenirken de bu yaklaşıma uygun olarak tümel bir bakış açısı benimsenmiştir. Fransız, İspanyol, İtalyan hukuklarındaki ayıp kavramı ile CISG'nin ayıp kavramının mukayesesi için örn. bkz. *Valcéroel Schnüll*, passim.

²⁸³ Dolayısıyla CISG çerçevesinde alıcı, satıcı tarafından özellikle vaat edilmemiş olsa bile sözleşme konusu maldan beklemekte haklı olduğu tüm özelliklere uygun bir malın teslim edilmesini isteyebilir (*Staudinger/Magnus*, Art.35 N.16; *U.Huber*, Haftung des Verkäufers, 11; *Schlechtriem*, IPRax 1996, 12, 13; BG 22.12.2000, CISG-Online, N.628). Beklemekte haklı olduğu özelliklerin hangileri olduğu ise aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

²⁸⁴ *Bucher*, FS Welsler, 1, 11; *Honsell*, SJZ 1992, 345, 350-351.

²⁸⁵ *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.4; *Honsell/Magnus*, Art.35 N.3-7; *MünchKommBGB/Gruber*, Art.35 CISG, N.1; *Hutter*, 27.

²⁸⁶ CISG'nin sözleşmeye uygunluk konusunda saydığı bu kriterler örn. İsveç Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda da benimsenmiştir. Bu yasanın 16. paragrafı uyarınca malın "türü, miktarı, kalitesi, diğer özellikleri ve ambalajı itibarıyla sözleşmede kararlaştırılanla örtüşmesi gerekir". Bu yasa hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Ebersohli*, Vertragsfreiheit und Verbraucherschutz in der schwedischen Gesetzgebung der letzten Jahrzehnte, Zum skandinavischen Einfluss auf das Europäische Verbraucherschutzrecht, Göttingen 2003, passim.

ler dışında, mala ilişkin diledikleri konuda sözleşmesel düzenleme yapması imkanı kuşkusuz vardır; fıkra 1 bu anlamda sınırlı bir sayım içermemektedir²⁸⁷. Fakat bu özelliklerin CISG m.35 kapsamında değerlendirilebilmesi için doğrudan malın nesne olarak özelliklerine ilişkin olması gerekir²⁸⁸.

Tarafların, teslim edilecek malın özelliklerine ilişkin olarak yaptıkları düzenleme açık veya zımni olabilir²⁸⁹. Örneğin taraflardan birinin sözleşmeye dahil ettiği GİŞ²⁹⁰ içindeki hükümlerde, teslim edilecek olan mala ilişkin ayrıntılar bulunması veya tarafların belli DIN normlarına atıf yapması hallerinde açık bir anlaşmanın varlığından yola çıkılabilir²⁹¹. Zımni bir uyuşmanın varlığını tespit etmek için sadece somut olayın özellikleri değil, ticari teamüller ve taraflar arası alışkanlıkları da dikkate almak gerekir. Aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere, m.35 f.2'de sayılan hallerin de, tarafların mala ilişkin olarak üzerinde zımnen uyuştukları özellikler olarak yorumlanması mümkündür²⁹².

Satıcının malı için verdiği reklamlardaki vaatlerinin ne ölçüde sözleşme içeriği olacağı konusu bir yorum sorunudur. Kanımca somut olayın özelliklerine göre satıcının reklamlarda kullandığı ifadelerin de onun icabı kapsamında sayılması ve dolayısıyla alıcının kabnl beyanı ile sözleşme içeriği olabileceği görüşünün benimsenmesi gerekir²⁹³. Özellikle AB Yönergesi m.2, f.2, d bendinde tüketici satımları açısından bu çözümün açık-

²⁸⁷ Janssen, 74 dn.311; Staudinger/Magnus, Art.35 N.15.

²⁸⁸ Staudinger/Magnus, Art.35 N.1. Tarafların malın yeniden satış değerine ilişkin olarak sözleşmede bir düzenleme yapmış olması, ancak bunun gerçekleşmemesi durumunda bir ayıptan bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışmalıdır. Hutter göre, satıcının, alıcıya, ilgili malı pazarlamayı düşündüğü ülkedeki değerine ilişkin olarak bir taahhütte bulunmuş olması ve fakat malın daha düşük bir fiyata satılması halinde "kalite"nin gereği gibi olmaması nedeniyle bir ayıptan bahsetmek mümkündür (Hutter, 34). Ancak malın ayıplı olup olmadığı teslim anına göre saptanacağına göre ve söz konusu örnekte malın ileride tekrar satılması anına ilişkin bir vaat söz konusu olduğuna göre bu hallerde bir ayıptan bahsetmek kanımca mümkün değildir. Olsa olsa satıcının bağımsız bir garantiden dolayı sorumlu tutulması veya alıcının hata nedeniyle sözleşmeyi iptal etmesi düşünülebilir (aynı yönde BaslerKommentar/Honsell, Art.197 OR N.17). CISG hükümleri ile iç hukuktaki bu hükümlerin yarışması konusunda bkz. yukarıda Bölüm 2 § 1 D II.

²⁸⁹ Ancak CISG m.35, ULIS m.33'de olduğu gibi, tarafların sözleşmede zımni olarak da belirli özellikler tespit edebileceği ifadesini kullanmamıştır. Buna rağmen CISG uyarınca da, tarafların sözleşme konusu malın özelliklerine ilişkin zımni bir anlaşma yapabileceğini kabul etmek sözleşme hukuku ilkelerinin bir gereğidir (bkz. Staudinger/Magnus, Art.35 N.13; Hutter, 33; Heilmann, 176; bu yönde BGHZ 129, 75, 70-80).

²⁹⁰ GİŞ'in sözleşmeye dahil edilmesi sorunu hakkında bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 II 2.

²⁹¹ Staudinger/Magnus, Art.35 N.13.

²⁹² Bkz. bu bölümde aşağıda B II 2 a.

²⁹³ Aynı yönde Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.134; Augenhöfer, 119.

ça kabul edilmiş olması²⁹⁴, en azından CISG'ı uygulayan Avrupa mahkemelerinde bu yorumun gelişmesini teşvik etmesi beklenebilir²⁹⁵. Yönergenin bu bendi, nihai satıcının, imalatçının veya onun temsilcisinin, malın somut özelliklerine ilişkin olarak reklamlarda kullandıkları ifadelerinin, malın sahip olması gereken kalitenin belirlenmesinde dikkate alınacağını öngörmektedir²⁹⁶. Dolayısıyla bu ifadenin içeriği ile örtüşmeyen mal, sözleşmeye aykırı sayılacak ve nihai satıcının sorumluluğunu doğuracaktır.

Kısaca üzerinde durulması gereken diğer bir nokta ise, sözleşmeye aykırılığın, malın piyasa değerini düşürmesi gerekip gerekmediğidir. Klasik örnek, teslim edilen arabanın daha önce kaza geçirmiş ama mükemmel şekilde tamir edilmiş bir araba olmasıdır. Aslında araba olağan kullanım amacını gerçekleştirebilecek durumda olmasına rağmen, piyasa değerine ilişkin olarak ciddi bir sorun vardır. Bu sebeple çeşitli ulusal hukuk düzenlerinde²⁹⁷, sözleşmeye aykırılığa bağlı olarak malın değerinde ortaya çıkan azalma bağımsız bir "ayıp" türü sayılmıştır. Oysa BM-satım hukuku çerçevesinde bu tür bir ifade kullanılmadığı gibi yeni Alman hukuku düzenlemesi (§ 434 BGB) ve AB-Yönergesi m.2 de bu kriteri kullanmamayı tercih etmiştir²⁹⁸. Dolayısıyla bir sözleşmeye aykırılığın varlığının tespit edilmesi aşamasında kural olarak bunun, malın maddi değeri üzerindeki etkisi belirleyici olmayacaktır. Ancak buna gerek de yoktur, zira verilen araba örneğinin de gösterdiği gibi, bu hallerde zaten sözleşmede tarafların kullanılmış veya yeni bir araba olması veya kullanılmış olmasına rağmen, kaza geçirmemiş bir araba olması konusunda sözleşmesel bir düzenleme yapmış olmaları beklenir. Eğer kullanılmış bir araba olmasına rağmen bu konuda açık bir düzenleme yapılmamışsa, sözleşmeyi tamamlayıcı yorum yoluyla bu yönde zımni bir irade uyuşmasının varlığı kabul edilebilir.

²⁹⁴ Madde hakkında bkz. Grundmann/Bianca/Grundmann, Art.2 N.34; Homann, 184 vd. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.4, f.1 de, 2003 yılında AB-mevzuatı ile uyumun sağlanması amacıyla aynı doğrultuda değiştirilmiştir.

²⁹⁵ Yönergenin dördüncü maddesi, nihai satıcının tüketiciye karşı sorumlu tutulması halinde, sözleşmeye aykırılığa sebep olan önceki satıcı veya imalatçıya karşı rücu haklarının olacağını öngörmüştür (Örn. bkz. Augenhöfer, 144 vd.). Bu durumda malı iç pazarda satan nihai satıcının, yurt dışında bulunan kendi satıcısının reklamlarına uymayan mal nedeniyle sorumlu tutulması ihtimali vardır. Bu açıdan, AB yönergesinin dolaylı etkisi ile reklamlarda kullanılan ibarelerin milletlerarası ticari satımlarda da sözleşme içeriği olduğu sonucuna varılması kolaylaşmaktadır (Schlechtriem/Schwenzler/Schwenzler, Art.35 N.14).

²⁹⁶ Augenhöfer, 70 vd.; Grundmann/Bianca/Grundmann, Art.2 N.38 vd.

²⁹⁷ Örn. BK m.194; Art.197 OR; eski BGB § 459/I; Art.1490 Ceiv.

²⁹⁸ AB Yönergesinin hazırlanması aşamasında bu konuda farklı tasarımların da gündeme geldiği konusunda bkz. Schwartze, Sachmängelgewährleistung, 80. Alman hukuku hakkında bkz. P.Huber, in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.12/10 vd.

b. Miktar

CISG m.35, f.1'de sayılan subjektif kriterlerden ilki miktardır. Yani miktar itibarıyla sözleşmesel düzenlemeden sapılması ve ifanın eksik gerçekleşmesi halinde ayıplı bir ifanın varlığı kabul edilecektir²⁹⁹. Bu hallerde alıcının CISG m.38-39 uyarınca bir muayene ve ihbar külfeti de vardır³⁰⁰. Bunun temelinde yatan düşünce, satıcının teslim ettiği malın, örneğin, % 10'unun ayıplı olması ile % 10'unun eksik olması arasında aslında bir fark bulunmamasıdır³⁰¹. İki halde de sözleşmeye aykırı bir davranış vardır; satıcının bu sözleşmeye aykırılık hakkında bilgilendirilmesi ihtiyacı mevcuttur³⁰² ve paralel yaptırımların uygulanmasını engelleyebilecek farklı bir menfaat çatışması söz konusu değildir. CISG'in bu çözümünde ilk anda yadırgatıcı gelen, İsviçre-Türk hukukunda, borçlunun kısmi ifayı kabul etme yükümlünün olmaması (BK m.68); buna rağmen kabul etmesi halinde ise ayıplı ifa hükümlerinin uygulanmamasıdır³⁰³. Kalan bölüm açısından satıcının ayıplı ifa ettiğinden değil, ifa etmediğinden bahsedilmekte³⁰⁴; dolayısıyla alıcının bir ihbar külfeti de söz konusu olmamaktadır.

CISG'in bu farklı düzenlemesi Antlaşmaya hakim olan yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı çerçevesinde açıklanabilir. İleride ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı gibi³⁰⁵, Antlaşma, sözleşmeye aykırılığın türüne göre bir ayırım yapmaksızın bütün sözleşmeye aykırılıkları aynı şekilde değerlendirmeyi tercih etmiştir. Geç, eksik, ayıplı, aliud ifa eden satıcı her seferinde sözleşmeye aykırı ifa etmiştir. Yaptırımlar da mümkün olduğu kadar yeknesak düzenlenmiştir. Bir dizi ihtimalde eksik ve ayıplı ifa arasındaki sınırların çok zor çizilebilir olması da bu yaklaşımın haklılık payının olduğunu göstermektedir³⁰⁶. Nitekim aynı düşünce ile Alman

²⁹⁹ Piltz, § 5 N.29. ULIS'in aynı yönde düzenlemesi (m.33, f.1, a) için bkz. Dölle/Stumpf, Art.33 N.3-7. AB-satım yönergesi de bu çözümü benimsemiş ve miktar eksikliklerini ayıplı ifa içinde değerlendirmiştir, bkz. Schwartze, ZEuP 2000, 544, 555; Grundmann/Bianca/Grundmann, Art.2 N.12.

³⁰⁰ Heilmann, 171; Janssen, 78; Hirner, 139; Staudinger/Magnus, Art.39 N.10; OLG Koblenz, 31.01.1997, CISG-Online N.256; OLG Düsseldorf, 08.01. 1993, CISG-Online N.76 (eğer alıcı ihbar külfetini zamanında yerine getirmezse, eksik ifaya rağmen, semenin tamamını ödemek durumunda kalır).

³⁰¹ Hirner, 139.

³⁰² Hutier, 31.

³⁰³ Serozan, BÖ, 129; Aral, 116. Diğer Avrupa ülkelerine ilişkin mukayeseli bilgi için bkz. Schwartze, Sachmängelgewährleistung, 118 vd.; Basedow, Reform, 28-29.

³⁰⁴ Bkz. Gümüş, Tekil Armağanı, 603, 627 vd.

³⁰⁵ Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 1.

³⁰⁶ Örneğin büyük bir alanın döşenmesi için talep edilen fayansların sadece % 80'inin teslim edilmiş olması ve kalan % 20 açısından aynı rengin tutturulmasının müm-

Medeni Kanunu da 2002 reformunda ayıplı hükümlerini değiştirmiş, yeni BGB § 434 Abs.3 düzenlemesi, CISG ile aynı yönde kaleme alınmıştır³⁰⁷. Buna göre "satıcının ... daha az bir miktar teslim etmesi hali de maddi ayıba eş tutulur"³⁰⁸. Ancak aşağıda üzerinde durulacağı gibi, eksik ifa ile ayıplı ifanın aynı değerlendirilmesine rağmen uygulanacak yaptırımlar açısından doktrinde tartışma yaşanmaktadır³⁰⁹.

Antlaşmanın ayıplı ifa ile aynı kefeye attığı "eksik ifa" olgusundan tam olarak ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Farklı olasılıklar üzerinde durarak soruna cevap aramak doğru gözükmemektedir. Eğer satıcı alıcı tarafından anlaşılır şekilde kısmi ifayı teklif ediyor (taşımaya belgelerinde borçlu olunan 1000 ton yerine 800 ton buğday gösterilmiş) ve alıcı da bunu kabul ediyorsa bu durumda CISG m.35 kapsamında değerlendirilebilecek bir hal söz konusu olmaz. Bu hallerde satıcı zaten tüm borcunu ifa etme saiki ile hareket etmemektedir. Alıcının kısmi ifayı kabul etmiş olması ise, kalan kısım açısından iki alternatif olduğunu gösterir. Ya kalanın daha sonra teslim edilecek olması konusunda taraflar anlaşmıştır veya böyle bir anlaşma sağlanamadığı için alıcının ifa edilmeyen kısım açısından sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurması mümkündür. Bu hallerde eksik kalan kısım açısından alıcının halen aslı/orijinal ifa talebi devam etmektedir.

Buna karşılık satıcının sözleşmeden doğan borcunun tamamını ifa etme niyeti ile bir mal teslim etmesi ve bunun, sözleşmede kararlaştırılan miktara nazaran eksik olması halinde ayıplı bir ifa söz konusudur (gizli eksik ifa/*verdeckte Mankolieferung*)³¹⁰. Miktardaki eksikliğin malın

kün olmadığı hallerde eksik ifa ile ayıplı ifa birbirinin içine geçmektedir. Özellikle bu örnekte, teslim edileni, kısmi bir ifa olarak nitelendirmenin önemi de ortaya çıkmaktadır. Zira kısmi ifa söz konusudur dersek, alıcının, kalan % 20'nin aynı renkte olamayacağını anlaşılması halinde teslim edilen bölümü geri verip tümü aynı renk tonunda başka bir fayans seçme imkanı, yani yenisi ile değiştirme seçimi hakkı olmayacaktır.

³⁰⁷ BGB reformuna ilişkin hükümet gerekçesinde, satılan 100 şarap şişesinden 90'nun teslim edilmesi ile 100'ünün teslim edilmesine rağmen bunlardan 10'unun sirkeleşmiş olması arasında alıcı açısından herhangi bir fark olmadığı hakkı olarak vurgulanmaktadır. Bkz. BT-Drucks. 14/6040, 187.

³⁰⁸ Bu düzenleme hakkında bkz. Lorenz/Riehm, N.496; MünchKommBGB/Westermann, § 434 BGB, N.42; Grigoleit/Riehm, ZGS 2002, 115 vd.

³⁰⁹ Bkz. Bölüm 5 § 2.

³¹⁰ BGB 434, Abs.3'ün de aynı anlaşılması gerektiği yönünde Bamberger/Faust, § 434 BGB N.113; Staudinger/Matusche-Beckmann, BGB § 434 N.122; Haas, in: Das neue Schuldrecht, Kapitel 5 N.127; Palandt/Putzo, BGB § 434 N.53; Baumbach/Hopt³¹, § 377 HGB, N.17-18; Emmerich, BT, § 4 N.32.

³¹¹ Örneğin eksik sayıda odun/odunun uzunluğunun kararlaştırıldandan az olması; eksik dolap ünitesi/dolabın genişliğinin kararlaştırıldandan az olması bir fark yaratmaz. Oysa Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.4, malın "niteliğine aykırılık"tan bahsetmektedir.

vasfını da etkileyip etkilemediği³¹¹ bu çerçevede önem taşımayacaktır. 1000 ton buğdayın satımına ilişkin sözleşmeye rağmen alıcıya sadece 950 ton teslim edilmesi (ancak taşıma belgelerinde 1000 ton yazması) halinde ortada bir ayıplı ifa vardır ve alıcının ayıptan doğan haklarını kullanması mümkündür³¹². Özellikle bu hallerde alıcının ayıbı ihbar yükümlülüğü önem kazanır, zira bunu vaktinde yerine getirmemesi halinde 1000 ton buğdayın karşılığını ödemesi gerekecektir³¹³.

Borçlanılandan fazla ifa edilmesi hali CISG m.52'de ayrı olarak ele alınmıştır³¹⁴. Kural olarak bu hallerde de ayıplı bir ifanın varlığı kabul edilmekte ve alıcının durumu satıcıya ihbar etmesi gereğinden yola çıkılmaktadır³¹⁵. CISG m.52, CISG m.35'e bir istisna olarak düşülmemiştir; eksik ifa ile fazla ifa, sözleşmeye aykırı ifanın türleri olarak değerlendirilmiştir.

c. Kalite

CISG m.35, f.2'de saptanan ikinci kriter kalitedir. Buna göre, teslim edilen malın sözleşmede kararlaştırılmış olan kalitede olması gerekir. Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesinin çizdiği sınırlar içinde, hangi kalitede bir malın satıma konu olduğunu serbestçe belirleyebilirler. Örneğin malın menşei, oluşumu, hammaddesi, imal yılı, görünüşü gibi akla gelebilecek her konuda tarafların bir düzenleme yapması imkanı vardır. Bir malın kalitesini belirleyen, ilgili mala ilişkin somut fiziksel özelliklerin yanı sıra, o malın çevresi ile olan sosyal, ekonomik veya hukuksal ilişkileri-

³¹² Kuşkusuz miktar eksikliğinin bir sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilebilmesi için, bazı branşlarda geçerli olan veya ticari teamüllerde kabul edilebilir bulunan sapmalardan daha ciddi bir sapmanın gerçekleşmesi aranacaktır (Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.35 N.8; Hutter, 30-31; Dölle/Stumpf, Art.33 N.6; Janssen, 78).

³¹³ OLG Düsseldorf, 08.01.1993, CISG-Online N.76; BG 07.07.2004, CISG-Online N.848 (Olayda, kamyonla nakledilmiş olan 35.641, 21 CHF değerindeki kablolar teslim alınırken, malın miktarının sözleşmeye uygun olarak düzenlenmiş taşıma senedindeki gibi olduğu teyit edilmiştir. Ancak 3 gün sonra malın miktarının eksik olduğu tespit edilmiştir. Bu eksikliğin ihbar edilmesi gerektiği gibi, hasarın intikali anında var olduğu da alıcı tarafından ispat edilmek durumundadır, ispat edememesi halinde tam semeni ödemesi gerekir); LG Tübingen, 18.06.2003, CISG-Online N.784.

³¹⁴ Ayrıca art arda teslim şartlı sözleşmelerde kısımlardan birinin ifa edilmemesi halinde devreye girecek olan yaptırımlar da CISG m.73 altında, alıcı ve satıcı için ortak bahisler bölümünde düzenlenmiştir.

³¹⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.35 N.8; Schlechtriem/U.Huber, Art.52 N.5-6; Heilmann, 651; Hutter, 32; Vogel, 37; OLG Rostock, 25.09.2002, CISG-Online N.672.

³¹⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.35 N.9.

dir³¹⁶. Malın kullanımı veya onun değeri açısından önem taşıdığı sürece, kaynağını malın kendisinde bulan ve belirli süre o malın taşımaya devam ettiği her türlü hukuksal veya fiili özellik kaliteyi belirler³¹⁷.

ULIS'de kullanılmış olan "vasıf" kavramı CISG'da terk edilmiş ve yerine kalite kavramı tercih edilmiştir. Bu tercih yerinde olmuştur, zira vasıf kavramı birçok ulusal hukukta, nitelik vaadinin yanı sıra kullanılan kavrama tekabül etmektedir. Oysa yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi Antlaşma, lüzumlu vasıf ve vaatler arasında bir ayırım yapmamaktadır. Nitekim kalite kavramı ulusal hukuklarda kullanılan "vasıf" kavramına nazaran daha geniş anlaşılmalı ve mala ilişkin vasıfların yanı sıra aslında vaat edilmiş sayılabilecek özellikleri de içerdiği kabul edilmelidir³¹⁸. Sözleşmede belirlenen bu kaliteden her sapma, alıcının mala ilişkin muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesini gerektirir³¹⁹.

Tarafların malın kalitesini açıkça belirledikleri hallerin çoğunda, teslim edilen malın ayıplı olup olmadığının tespit edilmesi bir sorun doğurmayacaktır. Buna karşılık tarafların sözleşmede ayrıntıya girmemiş olduğu hallerde malın hangi kalitede olması gerektiğinin saptanması, asıl sorun doğuran husustur ve aşağıda ayrı olarak ele alınacaktır³²⁰.

d. Tür³²¹

Kara Avrupa'sı sisteminde çok tartışılan konulardan birisi, sözleşmede kararlaştırılan maldan başkası (*aliud*)³²² ile ifa etme halinde bu ifanın nasıl değerlendirileceği sorunu olmuştur. Bu hallerde satıcının ifa etmiş kabul edilemeyeceği sonucuna varılacak olursa genel sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanacak ve satıcı ifa etmeme nedeniyle temerrüde düşürülebilecektir. Buna karşılık başka şey ile ifa da, ifa olarak kabul

³¹⁷ Heilmann, 164; Janssen, 75. Alman hukukundaki reform sonrasında § 434'ün de aynı şekilde anlaşılması gerektiği yönünde P.Huber in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.12/23.

³¹⁸ Janssen, 75; Heilmann, 164-165; Hutter, 34.

³¹⁹ Janssen, 75.

³²⁰ Bkz. bu bölümde aşağıda § 3 B II 2.

³²¹ Antlaşmanın İngilizce metninde "description", Fransızca metninde "type", Almanca metninde ise "Art" kavramları kullanılmaktadır. Fransızca ve Almanca metin örtüşmektedir. İngilizce metinde farklı bir kavram kullanılmamasının sebebi, büyük ihtimalle, UCC § 2-314(2),a ve SGA Sec.14/Subs.2A'da teslim edilen malın "description", yani tanıma uygun olması gerektiğinin ifade edilmiş olmasıdır. Bunun yanı sıra Kara Avrupa'sı hukuklarında olduğu gibi "başka bir tür" ile ifa (*aliud*) sorununun Common Law hukuk çevresinde geçerli olan yeknesak sözleşmeye aykırılık kavramı nedeniyle var olmaması da diğer bir sebep olabilir.

³²² Bu kavram hakkında örn. hkz. Kevork Acemoğlu, "Aliud" ve Federal Mahkemenin "Aliud" konusundaki Tutumu Üzerine, MHAD, 1972 (yıl 6/9), 19-29; Gelzer, AJP 1997, 703 vd.; Koller, FS Kramer, 531 vd.

edilecek olursa satımda ayıp hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Bu tartışma, birçok ülkede genel sözleşmeye aykırılık ve ayıba karşı tekeffül düzenlemeleri arasındaki önemli farklar nedeniyle teorik bir tartışma olmanın çok ötesine geçmiştir³²³. Bu farklılıklar, özellikle ayıba karşı tekeffül hükümleri arasında ayıpsız mala ilişkin ifa talebinin sadece çeşit borcu açısından var olması, zamanaşımı süresinin genel borca aykırılık hükümlerinin uygulanması halinde çok daha uzun olması ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulandığı hallerde borçlunun kusurunun aranmaması noktalarında yoğunlaşmaktadır. Her ne kadar ifa etmeme ve ayıplı ifa etmenin yaptırımları arasında, BM-satım hukuku açısından bir farklılaşma olmasa da, Antlaşma, aliud ifasına ilişkin yaşanan bu tartışmayı, devam ettirmek istememiş ve sözleşmeye uygun ifanın, kararlaştırılan türde malın ifası anlamına geleceğini açıkça ifade etmiştir³²⁴.

Ancak, CISG'da nispeten açık bir ifade kullanılmış olmasına rağmen doktrinde *aliud* ifanın nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususu kısmen halen tartışmalıdır. Bir görüşe göre *aliud* ifa halinde CISG hükümleri çerçevesinde de teslim borcu yerine getirilmemiş olur³²⁵, satıcı ifa etmemenin sonuçlarına tâbi olur. Yazarlara göre bu durumun, sipariş edilmiş bir malın gönderilmesi ile mukayese edilmesi mümkündür³²⁶. Özellikle Sekreteryaya Şerhinde, Art.29 N.3 altında "*mısır yerine patates teslim edilmesi ifa sayılmaz*" tarzında bir ibare kullanılması suretiyle *aliud* ifa-

³²³ Bu konuda Avrupa ülkelerindeki farklı uygulamaların bir karşılaştırması için bkz. *Schwartz*, *Sachmängelgewährleistung*, 112-117 ve *Ranieri*, 273 vd.

³²⁴ Nitekim bazı Kara Avrupa'sı ülkelerinin kanunlarında ve *Common Law* sisteminde de benimsenmiş olan yaklaşım budur. Örneğin **Hollanda** Medeni Kanunu 7. kitap madde 17/III'de, kararlaştırılan maldan başkasının veya başka bir *türün* veya miktar, ölçü veya ağırlık olarak sapan bir şeyin teslim edilmesi halinde teslim edilen malın sözleşmeye uygun olmadığından bahsetmektedir. **İsveç** Satım Kanunu § 17/I uyarınca "malın *tür*, miktar, kalite, diğer özellikleri ve paketi itibarıyla sözleşmede kararlaştırılanla uyumaması gerekir" (tercüme için bkz. *Ranieri*, 313). **Alman** hukukunda da 2002 reformu sonrasında aynı yaklaşımın benimsendiği konusunda bkz. aşağıda dn.340. Bunun yanı sıra **Finlandiya** ve **Danimarka**'da aynı yaklaşımın geçerli olduğu konusunda bkz. *Schwartz*, *Sachmängelgewährleistung*, 73. **Avrupa Birliği** yönergesi her ne kadar açıkça bunu ifade etmemiş olsa bile aliud ifayı da ayıplı ifa olarak nitelendirmek istediği doktrinde genelde kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Faber*, *JbZivRWiss* 1999, 85, 91vd. Yönerge açısından bu yönde *Schwartz*, *ZEuP* 2000, 544, 555; *Kramer*, *FS Honsell*, 247, 253; *Morgenroth*, *RIW* 2003, 837, 840; *P.Huber*, *FS Henrich*, 297, 313. Yönergenin gerekçesi için bak. ZIP 1996, 1850vd. **Common Law** sisteminde aliud/peius ayrımının yapılmadığı konusunda bkz. *Ranieri*, 311.

³²⁵ *Erdem*, *La Livraison*, N.348; *Erdem*, *SIF Satışlar*, 73; *Loewe*, 51; *Neumayer*, *RIW* 1994, 99, 105; *Neumayer/Ming*, Art.35 N.3; *Bianca* in: *Bianca/Bonell*, Art.35 N.2.4 (ancak Art.35 Nr.1.3.'de yazar aksi görüşü savunur şekilde bir ifade kullanmıştır); *OLG Düsseldorf*, *NJW-RR* 1994, 506 (bu kararın eleştirisi için bkz. *Magnus*, *JuS* 1995, 870, 871).

³²⁶ *Loewe*, 51; *Neumayer*, *RIW* 1994, 99, 105.

nın ayıplı ifa olarak değerlendirilmemesi gerektiği intibasının uyandırılmış olması bu görüş taraftarlarının dayandığı gerekçelerden biridir³²⁷. Yine bu yazarların görüşüne göre borçlanılan maldan tamamen farklı bir malın teslim edilmesi halinde alıcının haklarından faydalanabilmesi için ihbar külfetini yerine getirmesi gerektiğinin kabul edilmesi de uygun bir çözüm değildir³²⁸.

Buna karşılık doktrinde çoğunluk görüşü *aliud* ifayı da kötü ifa olarak nitelendirmekten yanadır³²⁹. Nitekim CISG m.35, f.1'in açıkça, malın "*türü*" itibarıyla farklı olması halinde de ayıplı sayılacağını ifade etmiş olması bu görüşü desteklemektedir. Ayıplı ifa ve başka bir şeyle ifa halleri arasında bir ayırım yapmanın ulusal hukuklarda her zaman büyük sorun yaratmış olması ve dolayısıyla hukuk güvenliğinin sarsılıyor olması bu konudaki tercihin en önemli gerekçesidir³³⁰. Alıcının, aynı ayıplı ifa hallerinde olduğu gibi, *aliud* ifasında da malı muayene ettikten sonra satıcıya bu konuda ihbarda bulunması kendisinden beklenmektedir³³¹. Bu ihbar külfetinin yerine getirilmesinin ihmal edildiği hallerde ise alıcı açısından doğabilecek olumsuz sonuçların CISG m.40 uyarınca engellenme-

³²⁷ Oysa maddenin hazırlanma süreci bu türden bir yorumla elverişli değildir, (bkz. *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.10). Özellikle, ULIS m.33'de de aliud'un peius ile eş tutulmuş olması (f.1, b), CISG'da bu alanda değişiklik yapılmak istense, daha açık şekilde bu farklı düzenleme niyetinin belirtilmiş olmasını gerektirirdi (*Kromer*, 275; *Reimers-Zocher*, 273; *Ziegler*, 69). Oysa CISG hazırlanırken bu düzenleme tartışma konusu bile olmamıştır.

³²⁸ *Erdem*, *La Livraison*, N.348.

³²⁹ *Benicke*, *IPRax* 1997, 326, 328; *Heilmann*, 170-171; *Janssen*, 77; *Schackmar*, N.200; *Staudinger/Magnus*, Art.35 CISG N.9; *Schlechtriem/U.Huber*, Art.31 N.34-36 ve Art.49 N.19; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.10; *Ziegler*, 69; *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.49 CISG, N.48; *Herber/Czerwenka*, Art.35 N.2; *Honsell/Magnus*, Art.35 N.6; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art.35 N.5-6; *U.Huber*, *RabelsZ* 1979, 413,483,484; *U.Huber*, *Haftung des Käufers*, 11; *Kramer*, *FS Honsell*, 247, 251-252; *Ranieri*, 313; *Schwartz*, *Sachmängelgewährleistung*, 45; *P.Huber*, *Irrtumsanfechtung*, 98; *Prieß*, 56; *Gelzer*, *AJP* 1997, 703, 708; *Kircher*, 51; *Aue*, 70; *Hutter*, 19-20, 36-37; *Tercier*, N.1432; *Koller*, *recht* 2003, 41, 47. Alman Federal Mahkemesinin 1996 yılında verdiği bir kararda satıcının teslim etmesi gereken, AB menşeli 15.000 kg kobalt sülfat % 21 yerine Güney Afrika menşeli ve yüzdesi daha düşük bir kobalt sülfat teslim edilmiştir. Mahkemeye göre bir *aliud* ifa söz konusu olmasına rağmen, BM-satım hukuku çerçevesinde başka bir şeyle ifa ile ayıplı ifa aynı değerlendirildiğinden olayda bir *ifa etmeme* hali değil bir *ayıplı ifa* halinin varlığı kabul edilmek ve bunun sonuçları uygulanmak gerekir (BGH 03.04.1996, CISG-online N.135).

³³⁰ Örn. bkz. *Schackmar*, N.192; *Basedow*, *Reform*, 27; *U.Huber*, *Gutachten*, 764-765; *P.Huber*, *Irrtumsanfechtung*, 98.

³³¹ *Witz/Salger/Lorenz*, Art.39 N.4; *U.Huber*, *Haftung des Käufers*, 11; *P.Huber*, *Irrtumsanfechtung*, 99; *Kromer*, 275; *Hutter*, 20; 37; *Vogel*, 36.

³³² *Honsell/Magnus*, Art.35 N.6; *Benicke*, *IPRax* 1997, 326, 331; *Hutter*, 20; *Münch-KommBGB/Gruber*, Art.35 CISG, N.4; *Janssen*, 77; *Koller*, *FS Kramer*, 531, 543; *Freiburg*, 186.

si imkanı vardır³³². Zira ilgili maddeye göre, satıcının sözleşmeye aykırılığı bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmadığı hallerde ihbarın vakitinde yapılmadığı savunmasını ileri sürmesi mümkün değildir³³³. Satıcının, bir aliudun teslim edildiğinden haberdar olmadığı nadir hallerde ise bilinçli olarak *ayıplı* ifade bulunan kişiye nazaran daha az korunmasını gerektirecek bir durum yoktur. Dolayısıyla alıcının bir ihbarda bulunmasını aramak, hele de milletlerarası satımlarda alıcının durumunu ağırlaştırıcı bir çözüm olmayacaktır.

Gerçekten de patates yerine buğday teslim edilmesi halinde bir aliud ifanın varlığı rahatlıkla kabul edilebilirken, Yugoslav gürgeni yerine Romen gürgeni³³⁴, kış buğdayı yerine yaz buğdayı tohumu³³⁵ teslim edilmesi gibi hallerde ayırımın temellendirilmesi gittikçe zorlaşmaktadır. Doktrinde bir kısım yazarın savunduğu gibi, teslim edilen malın nitelikleri ile sözleşmede borçlanılan malın nitelikleri arasında "çarpıcı" bir sapma³³⁶ olması haliyle sınırlı olarak ifa etmemeden bahsedilmesi³³⁷ de bu sefer çarpıcı/çarpıcı olmayan türünde bir ayırımın yapılmasını gerektirecektir ki bu da aynı sorunun başka bir düzeyde devam etmesi anlamına gelir³³⁸. Hukuk güvenliği açısından bütün bu hallerde ortak bir çözümü öngörmek ve hepsinde kötü ifadan bahsetmek daha uygun gözükmemektedir. Unutulmamalıdır ki, ulusal hukuklarda aliud ifanın ifa etmeme olarak nitelendirilmesinin temelinde yatan gerekçe, yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, genel borca aykırılık hükümleri ile satımda ayıp hükümleri arasında var olan elverişsiz farklılıktır³³⁹. Dolayısıyla sadece taraflar

³³² Bu madde hakkında hkz. bu bölümde aşağıda § 3 B IV 3 e bb (1). Ayrıca bkz. BK m.200.

³³⁴ BGH LM § 477 BGB N.5.

³³⁵ BGH NJW 1968, 640.

³³⁶ *Loewe*, 51("krasse aliud Lieferung"); *Neumayer*, RIW 1994, 99, 105 ("krasses aliud"); *Erdem*, La Livraison, N.348 ("totalement différentes").

³³⁷ Alman Ticaret Kanunu § 378'in, 2002 değişikliği öncesindeki şekli, ticari satışlar açısından bu türden bir ayırma gitmiş ve teslim edilen malın sipariş edilen maldan açıkça, önemli surette sapması halinde bir aliudun varlığını kabul etmişti. Bu nitelendirmenin beraberinde getirdiği zorluklar hakkında örn. bkz. *Baumbach/Hopt*, HGB³⁰, § 378 N.1vd.; *Schmidt-Räntsch*, N.741.

³³⁸ *Honsell/Magnus*, Art.35 N.6; *Witz/Salger/Lorenz*, Art.35 N.7; *Staudinger/Magnus*, Art.35 CISG N.9; *Benicke*, IPRax 1997, 326, 328; *Soergel*¹²/*U.Huber*, Vor § 459 N.127; *Vogel*, 35; *Janssen*, 77.

³³⁹ Örneğin Flume, Alman mahkeme kararlarında bir aliud ifanın, dolayısıyla ifa etmeme halinin, genelde hep, davacının artık zamanaşımına uğramış talebini ileri sürmeyecek olması nedeniyle kabul edildiğini yazmaktadır (*Flume*, AcP 193 (1993), 89, 96). Türk hukukunda satım sözleşmesinde aliud ifa sorununun nasıl çözülmesi gerektiği konusunda örn. bkz. *Acemoğlu*, yukarıda dn.322; *Serozan*, MHAD 1969, 211, 236; *Kocayusufoğlu*, Hata, 73 dn.98. Yargıtay'ın yine zamanaşımını düşüncesi ile aliud ifa kavramına dayandığı ilginç bir karar için bkz. *Yavuz*, Borçlar Özel, 95 dn.20a.

arasında hiçbir sözleşmenin var olmadığı hallerde bir malın gönderilmesini teslim olarak nitelendirmek söz konusu olmayacaktır. Bunun dışında kalan hallerde satıcının, alıcı ile aralarındaki sözleşmeden doğan borcunu ifa etmek amacıyla ona bir mal sunması CISG çerçevesinde hep ifa olarak nitelendirilecektir³⁴⁰.

Aliud ifanın da ifa olarak kabul edilmesi halinde, *Neumayer* tarafından ileri sürüldüğü gibi³⁴¹, ilk taşıyıcıya teslim ile hasarın alıcıya geçmesi nedeniyle, alıcının bir de kaza sonucu yok olan aliud için para ödemek zorunda kalacağı şeklinde bir eleştiri ise yersizdir. Öncelikle aliud değil de paramparça bir malın ilk taşıyıcıya teslim edilmesi halinde de alıcı kaza halinde semeni ödemek durumunda kalacaksa sorun menfaatler dengesi açısından farklı değildir. Dolayısıyla iki halin de aynı şekilde çözümlenmesi gerekir. Bahsedilen hallerde sorun bir ispat sorunudur. İlk taşıyıcıya teslim anında aliud ifanın veya ayıp ifanın varlığını veya yokluğunu kimin ispatlaması gerektiği tespit edilmesi gereken husustur. Bir kez sözleşmeye aykırılığın tespit edilmesinden sonra zaten CISG m.70 uyarınca hasarın alıcıya geçmesi de engellenmiş olacaktır³⁴².

e. Paket veya muhafaza

CISG m.35, f.1, malın sözleşme ile kararlaştırılmış olandan farklı paketlenmiş olmasını, diğer sözleşmeye aykırılıklar ile aynı kategoride ele almıştır. Bu şekilde, ulusal hukuklarda, paketleme yükümlülüğünü yaygın şekilde bir yan edim yükümlülüğü olarak nitelendiren ve ayıp hü-

³⁴⁰ Nitekim 2002 yılında Alman Medeni Kanununda ve buna bağlı olarak Ticaret Kanununda yapılan değişikliklerde de CISG sistemi benimsenmiş ve BGB § 434, Abs.3'de, satıcının borçlanılan maldan başka bir şey ile ifa etmesi halinde yine ayıp hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. Bu değişikliğe paralel olarak, HGB § 378'de, ticari satışlar açısından düzenlenmiş olan aliud ifaya ilişkin madde de kandan çıkarılmıştır. Yani gerek BGB, gerekse HGB açısından artık aliud ve peius aynı hükümlere tabidir (Yasa gerekçesi için bkz. BT-Drucks. 14/6040, 216). Ancak çok tartışılmalı olan bu fıkra hakkında örn. bkz. *Emmerich*, BT, § 4 N.28 vd.; *Lorenz*, JuS 2003, 36vd.; *F.Huber* in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.12/59vd.; *Musielak*, NJW 2003, 89vd. Satıcının aliud teşkil eden ve teslim etmesi gerekenden daha değerli bir uesne ile ifa borcunu yerine getirmiş olması halinde satıcının sadece alıcının insafına kalacağı; onun, ayıp hükümlerini devreye sokmaması halinde satıcının bir şey yapamayacağı konusundaki eleştiriler ise yerinde değildir. Zira hataen aliud'u teslim etmiş olan satıcı bu gibi durumlarda sebepsiz zenginleşme hükümlerinden faydalanabilir. Bu hallerde alıcının, kendisine sözleşmeden doğan asıl borcun ifa edilmesine kadar aliud'u alıkoyma hakkının var olduğunu kabul etmek gerekir (*Lorenz*, JuS 2003, 36, 39).

³⁴¹ *Neumayer*, RIW 1994, 99, 105.

³⁴² Ayıplı ifaya ilişkin ispat yükü konusunda bkz. bu bölümde aşağıda VII.

³⁴³ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 2 C I, dn.213'de anılan kararlar. Ayrıca BaslerKommentar/*Honsell*, Art.197 OR N.10; *Serozan*, MHAD 1969, 211, 233 dn.42; ve özellikle Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.35 N.11 dn.36'daki mukayeseli atıflar.

kümlerinin devreye girmesini dışlayan uygulama³⁴³ CISG'a aktarılmamıştır. Aşağıda ayrıntılı olarak üzerinde durulacak olan yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı³⁴⁴, CISG içinde bu tür ayrımlar yapılması ihtiyacını ortadan kaldırmıştır. Dolayısıyla tarafların sözleşmede kararlaştırmış oldukları paketleme yükümlülüğüne aykırı davranan satıcı, kural olarak, sözleşmeyi ihlal etmiş olacaktır³⁴⁵. Bu bağlamda iki olasılık üzerinde durulmak gerekir.

- Malın ambalajının, onun zarar görmeden nakledilmesi amacının ötesinde bir amaca hizmet etmesi, yani ambalajın da malın niteliklerinden birini oluşturması durumunda ambalajsız veya bozuk ambalajlı mal teslimi başlı başına bir sözleşmeye aykırılık oluşturur³⁴⁶. Örneğin değerli kol saatlerinden her birinin bir ambalaj içinde teslim edilmesi kararlaştırılmış ise satıcının buna aykırı davranışı sözleşmeye aykırılığı oluşturmak için yeterli sayılır. Tek tek saatlerin de zarar görmemiş olması bu noktada önem taşımaz. Alıcının muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesi gerekir.
- Malın ambalajının sadece onun zarar görmeden bir yerden diğerine nakledilmesi amacına hizmet etmesi durumunda³⁴⁷ ise aynı sonuca varmak doğru gözükmemektedir. Bu hallerde bir alt ayırım yapılarak malın, sözleşmeye aykırı ambalaja rağmen alıcıya ayıpsız olarak teslim edilmiş olup olmadığına bakmak gerekir. Eğer mal ayıpsız teslim edilebilmişse, bu durumda yine de bir sözleşmeye aykırılık kabul etmek uygun olmaz. Aksine bir çözüm, CISG m.7'de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder³⁴⁸. İstinaen, malın ambalajı için ek bir ücret tayin edilmiş olması halinde, alıcının bu sözleşmeye aykırılıktan dolayı bir tazminat talebi düşümlü olabilir.

³⁴⁴ Bkz. Bölüm 5 § 1.

³⁴⁵ Aşağıda görüleceği üzere (Bölüm 4 § 3 B II 2 d), tarafların malın ambalajına ilişkin sözleşmesel bir düzenleme yapmaması halinde aranacak olan asgari ambalaj, CISG m.35, f.2 (d)'de yedek hüküm olarak ayrıca belirlenmiştir. Buna göre ilgili malın mutad paketleme usulüne uygun; böyle mutad bir usul yoksa malın muhafazası için gerekli şekilde paketlenmiş olması aranır. Bu halde de aksine davranmış bir sözleşmeye aykırılık teşkil eder.

³⁴⁶ *Audit*, N.100; *Heilmann*, 175; *Janssen*, 79; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.31. Ulusal hukuklarda da bu tür ambalajın eksik veya bozuk olması "ayıp" kavramı altında ele alınmaktadır (örn. bkz. *Soergel*¹²/*U.Huber*, § 459 N.57; *Yavuz, Ayıp*, 64; *Janssen*, 79).

³⁴⁷ Bkz. *Erdem*, SIF Satışlar, 78 vd.

³⁴⁸ *Hutter*, 38; *Janssen*, 79.

2. Edime ilişkin objektif beklentiler (CISG m.35, f.2)

a. Genel Olarak

Genelde hiçbir sözleşmede taraflar, teslim edilecek mal ile ilişkin olarak bütün ayrıntıları saptamazlar. Bir dizi özellik veya kaliteye ilişkin uyulması gereken standart üzerinde ayrıca durulması ihtiyacı hissedilmez. Ama, kararlaştırılmamış, hiç konuşulmamış olsa bile, örneğin, teslim edilen makinenin çalışması, çeliğin passız, buğdayın küfsüz olması gerektiği tartışmasızdır. Bu nedenle, bütün hukuk düzenlerinde, teslim edilen malın sadece sözleşme koşullarına uygunluğu değil, bunun ötesinde belirli objektif kriterlere de uygun olması aranır.

İşte CISG m.35, f.2'de de tarafların sözleşmede yeterli düzenleme yapmadıkları hallerde edimin sözleşmeye uygunluğunun değerlendirilebilmesi için sahip olması gereken özelliklerin hangileri olduğu saptanmıştır. Bunlar, her türlü edim açısından uygulama alanı bulan ve tarafların aksine düzenleme yapmamaları halinde devreye giren hükümlerdir³⁴⁹. CISG m.35, f.2'de sayılmış olan kriterler sırasıyla: (a) Malın olağan kullanım amacına uygun olması; (b) malın, alıcının aradığı özel bir kullanım amacına uygun olması; (c) malın, alıcıya gösterilmiş olan numune veya örneğe uygun olması; ve son olarak da (d) malın ambalajının gereği gibi olmasıdır.

Satıcı tarafından teslim edilen malın, CISG m.35, f.2'de sayılan özelliklere uygun olması gereğinin kaynağında, tarafların varsayımsal iradelerinin mi³⁵⁰ yoksa yasal bir yükümlülüğün mü³⁵¹ yattığı hususu ise tartışmalıdır³⁵². Ancak hangi görüşe itibar edileceği bazı hallerde önem taşıyabilmektedir, zira ilk görüşün kabulü halinde CISG m.8 uyarınca taraf

³⁴⁹ *Staudinger/Magnus*, Art.35 N.10.

³⁵⁰ Bu görüşte *Hyland*, *Conformity of Goods*, 305, 318; *Gabriel*, 120; *Schlechtriem*, UN-Kaufrecht, N.135; *Mansel*, AcP 204 (2004), 396, 419; *Koller/Stalder*, FS Gauch, 477, 487; *Hutter*, 39; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.12; *Brunner*, Art.35 N.7. Yeni BGB § 434 düzenlemesi ve AB-Yönergesi m.2 açısından bu yönde *Schlechtriem*, *Gewährleistungsrecht*, 205, 214; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 234. Bu yazarlara göre, satılan malın sahip olması gereken özelliklere ilişkin düzenlemelerin, tarafların sözleşmede açık bir hüküm koymaması halinde devreye giren yedek hukuk kuralları olarak değil de, tarafların zımni olarak kararlaştırdıkları sözleşme koşulları olduğu kabul edilmelidir. Yani malın, yasa gereği bazı objektif kriterlere uygunluğu aranmamakta da, yine aslında tarafların kararlaştırdıkları varsayılan subjektif özelliklere uygunluğu aranmaktadır. Dolayısıyla § 434 BGB, sözleşmelerin yorumuna ilişkin BGB § 133 ve 157'nin bir yansıması olarak algılanmaktadır.

³⁵¹ Bu görüşte *Staudinger/Magnus*, Art.35 N.10, 17; *P.Huber*, FS Henrich, 297, 299.

³⁵² Bkz. *Hyland*, *Conformity of Goods*, 305, 318 vd.; *Schlechtriem*, UN-Kaufrecht, N.135.

iradelerini esas alan bir yorum yapmak gerekirken, ikinci görüş benimseirse m.7 uyarınca Antlaşmayı yorumlayarak m.35'deki kurallara bir anlam vermek gerekecektir. *Ex lege* bu kurallar uygulanıyor dersek, bu durumda somut sözleşmeden soyutlayarak, bütün sözleşmelere uyacak bir yorumu tercih etmek gerekir. Buna karşılık *ex contractu* bu kurallar taraflara uygulanır dersek, sadece tarafların iradesinin ön planda olduğu bir yorum yapılabilecektir. Yani öncelikle fiili iradeye (m.8, f.2) ikinci olarak da varsayımsal iradeye bakılacaktır (m.8, f.2).

Bu iki görüş sırasıyla, Anglo-Amerikan hukuk çevresinin farazi irade görüşü³⁵³ (*implied terms*) ile Kara Avrupa'sı sisteminin yasal tekeffül görüşüne tekabül etmektedir³⁵⁴. Bilindiği üzere Anglo-Amerikan sistemi, tarihsel gelişiminin bir sonucu olarak, aslen bir içtihat hukukudur³⁵⁵. Yani hukukun öncelikli kaynağı mahkeme kararlarıdır. Dolayısıyla sözleşme boşluklarının doldurulması konusunda da asli görev mahkemelere düşmüştür ve Kara Avrupa'sı sistemine içkin olan yedek hukuk kuralı kavramı bir rol oynamamıştır. Mahkemeler ise sözleşmede var olan boşlukları doldururken, taraf iradesine duyulan saygı nedeniyle, tarafların söz konusu sorunu düşünmüş olsalardı farazi iradelerinin ne yönde olacağını tespit etmiş ve sözleşmeyi bu varsayımsal iradeye göre doldürmüşlerdir³⁵⁶. Her ne kadar Kara Avrupa'sı sisteminde de sözleşme boşluklarının doldurulmasında bu yöntem başvurulmaktaysa da, sözleşme boşlukları doldurulurken öncelik yedek hukuk normlarına verilmektedir.

Kanımca CISG açısından Anglo-Amerikan hukuk çevresindeki yak-

³⁵³ Ayrıntılı olarak *Grobecker*, 25 vd.; *Schmidt-Kessel*, ZVglRWiss 96 (1997) 101, 103 vd.; *Arnold/Unberath*, ZEuP 2004, 366, 368. Ayrıca bkz. yukarıda dn.278 ve 279'ye ilişkin metin.

³⁵⁴ *Rabel*, Warenkauf II, § 84 I; *Priest*, 14 vd. Roma hukukundan beri, satılan malın belirli bazı objektif standartlara yasa gereği uyması gerektiği ve uymaması halinde satıcının yine yasa gereği bundan sorumlu olması kabul edilmiştir.

³⁵⁵ Ayrıntılı olarak *Oğuz*, Karşılaştırmalı, 253 vd.

³⁵⁶ *Vogenauer*, 961; *Schmidt-Kessel*, ZVglRWiss 96 (1997), 101, 133; *Arnold/Unberath*, ZEuP 2004, 366, 367 vd. İngiliz hukukunda genel olarak şu tür bir ayırım yapılmaktadır (*Treitel*, Contract, 201 vd.): *Express terms*, tarafların açıkça sözleşmede kararlaştırmış oldukları koşullardır. *Terms implied in fact*, Kara Avrupası hukukunda tamamlayıcı sözleşme yorumuna denk düşer ve tarafların sözleşmede kararlaştırmış olmadığı, ancak objektif bir üçüncü kişi tarafından teklif edilmiş olması halinde hemen sözleşmeye dahil edilmesi konusunda mutabık kalacakları koşulları ifade eder (*Shirlaw v. Southern Foundries* (1926) Ltd. [1939] 2 King's Bench 206, 227 ["*officious bystander*" Test]). Son olarak da *terms implied by law* olarak adlandırılan ve yasalarda veya içtihat hukukunda sözleşme içeriği olacağı ifade edilmiş olan koşullar vardır. Ancak dikkat edilmelidir ki, bu koşullar dahi, tarafların farazi iradelerinin bir sonucu olarak sözleşme içeriğine dahil olmaktadır. Yani uygulanmalarının sebebi yasa değil, taraf iradesidir (*Schmidt-Kessel*, ZVglRWiss 96 (1997), 101, 133. Ayrıca bkz. *Grobecker*, 190-191).

laşımını tercih etmekte fayda vardır³⁵⁷. Öncelikle m.35, f.2'de sayılan sözleşmeye uygunluk hallerinin, çoğunlukla tarafların iradesine dayandırılabilirliği söylenebilir. Fıkranın b-bendinde malın, alıcının, satıcıya aktarmış olduğu belirli kullanım amacına uygunluğu, c-bendinde ise, satıcının, alıcıya sunduğu örneğe uygunluk aranmaktadır. Dolayısıyla bu iki halde zaten taraf iradeleri mala ilişkin beklentileri şekillendirmektedir. Fıkranın a ve d bentlerinde ise malın, mutata kullanıma uygun ve olağan şekilde paketlenmiş olması aranmıştır. Bu iki halin de kanımca sorunsuz, tarafların zımni irade uyumunu sonucu sözleşme içeriği olduğunu söylemek mümkündür, zira malın özelliklerine ilişkin olarak düzenleme yapılmamış olması, tarafların bu konuda genelgeçer standartlardan yola çıktığını göstermektedir. Bu yaklaşımı Kara Avrupa'sı hukuk çevresinin anlayışı ile en iyi şekilde bağdaştırmak, *Canaris* tarafından ileri sürüldüğü gibi, bu kuralları yorum kuralları olarak nitelendirmekten geçmektedir³⁵⁸. Zira bu düzenleme olmasa bile aslında CISG m.8'den (veya BK m.18/BGB § 133 ve 157) aynı sonuca varılabilecek, mantıklı makul sözleşmelerin, satım konusu malın bu özelliklere sahip olmasını bekledikleri sonucuna varılabilecekti³⁵⁹. Sözleşmeye aykırılığın varlığının saptanmasında, sözleşmenin esas alınması, somut olayın özelliklerini gözeterek sonuçlar elde edilmesini kolaylaştırır ve hakime daha esnek davranma imkanı verir³⁶⁰.

b. Mutata kullanım amacına uygunluk

CISG m.35, f.2, a uyarınca, malın sözleşmeye uygun sayılabilmesi için "aynı türden malların mutata olarak tahsis edildiği kullanım amacı-

³⁵⁷ AB-Yönergesi m.2 f.2, malın sözleşmeye uygunluğunun saptanması için kullanılacak ölçütleri sayarken, malın bunlara uygun olması halinde, sözleşmeye de uygun olduğunun "*varsayılacağı*" ifadesini kullanmıştır. *Schlechtriem* ise bu ifadeye dayanarak, AB yasakoyucusunun, ilgili ölçütlerin örtülü taraf iradesine dayandığı görüşüne, yani *common law* görüşüne itibar ettiğini ifade etmektedir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira Yönergenin gerekçesinde, m.2, f.2'de sayılan bu kriterlerin, hem emredici hukuk kuralları olarak hem de, tarafların varsayımsal iradelerine dayanan sözleşme koşulları olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir (bkz. ZIP 1996, 1845, 1850). Yani AB yasa koyucusu, Anglo-Amerikan sistemi ile Kara Avrupa'sı sistemi arasındaki farklılığı uzlaştırıcı bir ifade kullanmış, bir tercihte bulunmamıştır.

³⁵⁸ BGB § 434, Abs.1 açısından bu yönde *Canaris*, Karlsruhe Forum, 5, 58; aynı görüşte *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 236; *Mansel*, AcP 204 (2004), 396, 419 ve 433.

³⁵⁹ *Schlechtriem*, Seller's Obligations, 6-22.

³⁶⁰ *Koller/Stalder*, FS Gauch, 477, 487; *Schlechtriem*, UN-Kaufrecht, N.135. *Schlechtriem*'in ifadesi ile, CISG m.35, f.2'deki standartlar, "tarafların farazi iradelerinin yasa da ifade edilmiş halidir".

na uygun” olması gerekir^{361, 362}. Bu fıkra, tarafların sözleşmede malın kullanım amacına ilişkin olarak açık bir düzenleme yapmadıkları hallerde devreye girer. Bu hallerde tarafların en azından malın mutata kullanıma uygun olmasını istedikleri kabul edilir. Malın, mutata şartlarda tahsis edildiği kullanım amacına uygun olması, genelde mutata bir kalitede olmasını ifade eder³⁶³. Değerlendirmede objektif bir kriter uygulanacak ve ticaret hayatındaki (*Verkehrsauffassung*) anlayış esas alınacaktır³⁶⁴. Alıcının kendi sübjektif beklentilerinden çok, onun yerinde bulunan makul bir kişinin sözleşme görüşmeleri ve olağan şartlar altında ilgili maldan ne tür bir kullanım amacına hizmet etmesini bekleyebileceği araştırılacaktır³⁶⁵. Malın mutata kullanıma elverişliliği, normal sayılabilecek bir süre boyunca kullanılmaya elverişli kalmasını da gerektirir³⁶⁶.

Tartışılmalı olan bir husus, CISG m.35, f.2, a’da düzenlenmiş olan mutata kullanıma uygun olma ile, çeşit borcunda, malın orta kalitede olmasının aynı anlama gelip gelmediğidir³⁶⁷. Nitekim bir dizi ulusal hukuk

³⁶¹ Bu hükme paralel hükümler birçok ulusal hukuk düzeninde mevcuttur: Örneğin Türkiye: BK m.194; İsviçre: Art.197 OR; Almanya: § 434, Abs.1 (2) BGB; § 360 HGB; Avusturya: § 922 ABGB; Fransa: Art.1641 Cc; ABD: § 2-314 (2) c UCC; İngiltere: Sec.14 (2B) (a) SGA; AB-Yönergesi: Art.2/II.c.

³⁶² Bu kriterin, kuzey Avrupa’daki Hansa birlikleri döneminde kullanılmaya başlanan ticarete elverişlilik (*merchantability*) kavramından geliştiği hakkında bilgi için bkz. *Rabel*, II, 164vd.

³⁶³ *Heilmann*, 183; *Aue*, 74. Mutata kullanıma uygun olmayan mallara örnek verilecek olursa: su veya şeker katkılı şarap (LG Trier, 12.10.1995, CISG-Online N.160; Cour de Cassation, 23.01.1996, CISG-Online N.159); kendiliğinden yapışan koruma bandının çıkarıldığında iz bırakması (BGH 25.11.1998, CISG-Online N.353); kaşmir kazakta kullanılmayan kötü hammadde (OLG München, 11.03.1998, CISG-Online N.310); steril olmayan kan transfüzyonu malzemesi (OG Luzern, 08.01.1997, CISG-Online N.228).

³⁶⁴ *Staudinger/Magnus*, Art.35 N.18; *Ziegler*, 70; *Janssen*, 81; *Brunner*, Art.35 N.8; *Prieß*, 127.

³⁶⁵ *Heilmann*, 183; *Otto*, MDR 1992, 533, 534. Örneğin Alman Hamm İstinaf Mahkemesi’nin, henüz ULIS’in uygulandığı dönemde verdiği bir kararına konu olan olayda, teslim edilen kumaştan pantolon dikilmiş, ancak bunların ütülenmesi sırasında kumaşın, normal kabul edilebilecek marjın üzerinde çektığı anlaşılmıştır. Satıcının, kumaşın, pantolon dikilmesi için kullanılacağını bilmediği ve bu tür bir amacın sözleşme içeriği olmadığı yönündeki savunmasını mahkeme diulememiştir. Zira dikimlik kumaşın satılması halinde bunun ütülenmesinin de normal sayılacağı ve malın ütüye dayanıklı olmasının mutata kullanım amacına uygunluğunun bir gereği olduğu kabul edilmiştir (OLG Hamm 17.01.1973, IPRax 1983, 231-232).

³⁶⁶ *Staudinger/Magnus*, Art.35 N.23; *Schlechtriem/Schwenger/Schwenger*, Art.35 N.14. Ayrıca bkz. LG München, 27.02.2002, CISG-Online 654 (Satış mekanlarında uzun süreli kullanılacak olan aksesuar mahiyetindeki küreleri hareket ettiren motorların, en azından 3 yıl çabışması aranmıştır).

³⁶⁷ Bu yönde *Herber/Czerwenka*, Art.35 N.4; *Staudinger/Magnus*, Art.35 N.19; *Piltz*, § 5 N.40; *Aue*, 74; *Heilmann*, 201; *Ziegler*, 70; *Janssen*, 81. Aksi görüşte *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art.35 N.10; *Audit*, N.98; *Heuzé*, N.293.

düzeni çeşit borcu açısından, teslim edilen malın orta kalitede olmasını arayan açık düzenlemeler içermektedir³⁶⁸. Ancak Anglo-Amerikan hukuk çevresinde kullanılan “ticarete elverişlilik” (*merchantability*) kriteri bu konuda tereddüt doğmasına sebep olmuştur. Zira bu kriterle göre, ticaret hayatında önem taşıyan, malın yeniden satılabilir olup olmadığıdır³⁶⁹. Bu mümkün olduğu sürece, ortalama kalitenin altına düşülmesine bir engel yoktur³⁷⁰.

2002 yılında Hollanda Tahkim Enstitüsü (*Netherlands Arbitration Institute*) tarafından verilen bir hakem kararında bu konu ayrıntılı olarak tartışılmış ve hakem heyeti iki kriterin de CISG bağlamında uygulanmasını reddetmiştir³⁷¹. Heyete göre, mutata kullanım amacının ne anlama geldiği yine CISG hükümleri çerçevesinde, otonom yorum yoluyla tayin edilmek gerekir. CISG m.7, f.1 hakimlere, Antlaşmanın nasıl yorumlanacağı konusunda yol göstermiştir. Buna göre CISG’in, milletlerarası niteliğini dikkate alan, dürüstlük kuralına uygun bir yorum esas alınacaktır. Bu da yine CISG m.7, f.2’de ifade edildiği üzere Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere göre bir çözüm üretilmesini gerektirir. Nitekim heyet bu gerekçe ile “makul kalite standardı”na (*reasonable quality standard*) uygunluk kriterini geliştirmiştir. Antlaşmanın bir dizi hükümünde (örn. 8, 16, 18, 25, 33, 34, 37, 39 vs.) hep makul olanın (*reasonable*) ölçüt alınmış olması da heyete göre bu tercihi desteklemektedir. Bu sayede ulusal hukuklara özgü tartışmaları uluslararası düzeye taşımak engellenmiş olacaktır³⁷².

Kanımca bu konuda tarafların farazi iradelerinin tespit edilmesine yarayacak veriler, sık sık sözleşmeden çıkarsanabilecektir. Örneğin bir malın piyasadaki rayicini ödeyen alıcının, o malın ortalama kalitede ol-

³⁶⁸ Örneğin bkz. Türkiye: BK m.70; İsviçre Art.71 OR; Almanya: § 243, Abs.1 ve § 360 HGB; Avusturya: § 360 HGB; Fransa: Art.1246; ABD: § 2-314 (2) b UCC; Hollanda: 6:28 BW; PECL Art.2.105 ve PICC Art.5.6, sorunu çeşit borcuna özgülemeyen, genel olarak her edimin ortalama bir kalitede olmasını aramaktadır.

³⁶⁹ *Benjamin/Reynolds*, N.11-032 vd.

³⁷⁰ *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art.35 N.10.

³⁷¹ *Netherlands Arbitration Institute* 15.10.2002, CISG-Online N.780, Başlık 5.1’in tümü bu tartışmaya ayrılmıştır. Özellikle bkz. N.117. Aynı yönde, *Bernstein/Lookofsky*, 83; *Heuzé*, N.293.

³⁷² Nitekim 1979 tarihli Sale of Goods Act’in, orta kaliteden düşük malla ifanın da mümkün olduğu şeklinde yorumlanmaya elverişli ifadesi (*merchantability*/ticarete elverişlilik) 1994 yılında SSGA ile yapılan değişiklik sonrasında terk edilmiş ve yerine “satisfactory quality” (tatmin edici kalite) kavramı yasaya alınmıştır (Sec.14, subs.2 SGA, madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Kircher*, 128 vd.). Amerikan hukukunda ise zaten UCC § 2-314 (2), b’de çeşit borcu açısından satıcının ortalama kalitede (“fair average quality”) bir mal teslim etmesi gereği düzenlenmiştir. Dolayısıyla iki hukuk çevresi arasındaki farklılık azalmıştır. Amerikan hukuku ile mukayese için bkz. *Gabriel*, 125.

masını beklemekte haklı olduğu kabul edilebilir. Normal kullanıma uygun olan budur. Bu bağlamda özellikle mahn yeniden satılabilecek nitelikte olması büyük önem taşır³⁷³. Zira ticaret hayatında mutata kullanım amaçlarından başkası yeniden satmaktır. Buna karşılık sözleşmede belirlenen fiyatın örn. rayicinin çok altında olması halinde, bu, teslim edilecek mahn kalitesi konusunda da ortalama bir düzeyin altına düşülmek istendiğine işaret eder³⁷⁴. Dolayısıyla somut olayın özellikleri yol gösterici olacaktır. Semenin çok yüksek tayin edilmiş olduğu bazı olaylarda, mahn vasıflarına ilişkin olarak satıcının özel taahhütlerde bulunmuş olduğu veya mahn kalitesinin yüksek olduğu şeklinde bir varsayımdan yola çıkılması mümkün olduğu gibi, aksine, mahn değerinin çok düşük olması, onun belirli özelliklerden yoksun olmasının kabulünü gerektirebilir³⁷⁵.

Mutat kullanım kavramı ile alakalı olarak yaşanan diğer bir önemli tartışma ise, hangi ülkedeki mutata kullanımın esas alınacağıdır. Zira bir mahn kullanımına ilişkin beklentilerde kültürel farklılıklar, ekonomik koşullar, hukuksal düzenlemeler de etkili olmaktadır. Bu alanda özellikle kamu hukukundan doğan sınırlamalar büyük önem arz eder. Ülkelerin tüketiciyi veya çevreyi korumaya yönelik veya ürün güvenliği hakkındaki normları buna örnek verilebilir. "Mutata kullanım" kavramı her ne kadar ulusal, homojen pazarlarda bir değerlendirme yapmak için elverişli bir kavramsa da, uluslararası pazarlar açısından bazı zorlukları beraberinde getirdiği de bir gerçektir³⁷⁶. Bu açıdan, alıcının ve satıcının işyerinin bulunduğu ülkelerin standartları arasında farklılıklar olması ihtimalinde, hangisinin belirleyici olacağını tespit etmek gerekmektedir. Soruna ilişkin olarak, farklı ülkelerin verdiği mahkeme kararları, yeknesak bir uygulamaya doğru gidildiğine işaret etmektedir:

Alman Federal Mahkemesinin 08.03.1995 tarihinde verdiği bir karar³⁷⁷ konu olan olayda, davalı, iş yeri İsviçre'de bulunan davacıdan 1750

³⁷³ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.35 N.14; Audit, N.98; Aue, 74; Janssen, 80; Hutter, 40.

³⁷⁴ Örneğin SGA Sec.14 Subs.2A uyarınca, mahn sahip olması gereken "tatmin edici=satisfactory" kalite tayin edilirken, makul bir insanın mala ilişkin tanımlar, mahn fiyatı ve diğer şartlar dikkate alındığında tatmin edici olarak nitelendirileceği kalite esas alınacaktır. Düzenleme, mahn fiyatının yüksekliği veya düşüklüğüne göre maldan beklenen kalitenin de oynayabileceği fikrinden yola çıkmaktadır. Bu konuda bilgi için bkz. Benjamin/Reynolds, N.11-035-037.

³⁷⁵ Schwartze, Sachmängelgewährleistung, 80; BaslerKommentar/Honsell, Art.197 OR, N.14. Mahn nesnel özelliklerindeki bir eksiklik nedeniyle ayıp hükümlerine dayanma imkanı vardır. Yoksa satılan mahn değerinin beklenenden düşük çıkması başlı başına bir ayıp sayılmaz (BaslerKommentar/Honsell, Art.197 N.2; Bamberger/Roth/Faust, § 434 BGB N.23).

³⁷⁶ Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.137; Prieß, 128.

³⁷⁷ CISG-Online N.144. Karar hakkında bkz. Schlechtriem, IPRax 1996, 12 vd. Aynı yönde BGH, 02.03.2005, CISG-Online N.999. Bu karar hakkında yine bkz. Schlechtriem, JZ 2005, 846 vd.

kg Yeni Zelanda midyesi satın almış ve davacı malı vaktinde, kararlaştırılan yerde teslim etmiştir. Ancak davacının ödeme talebine cevaben, davalı, resmi inceleme sonucunda midyelerin kadmiyum miktarının Almanya'da kabul edilen standardın üzerinde olduğunu bildirmiştir. Mahkemeye göre, mahn, alıcının ülkesindeki veya mahn kullanılacağı ülkedeki özel bazı standartlara uygun olması ancak sözleşmede bu hususun kararlaştırılmış olması halinde beklenebilir. Mahn mutata kullanım amacının belirlenmesinde, alıcının ülkesindeki kamu hukukundan doğan standartlara uygunluk kuralı olarak aranmaz. Fakat bunun istisnaları olabilir. Bunlar, alıcı ve satıcının ülkesinde standartların aynı olması; alıcının satıcıyı bu konuda bilgilendirmiş olması veya satıcının bu standartlar hakkında başka sebeplerden ötürü bilgi sahibi olmasıdır (örneğin, alıcının ülkesinde bir temsilcisinin olması veya ikisinin arasında uzun süreden beri devam eden bir iş ilişkisinin olması veya alıcının ülkesine çok sık ithalatta bulunması gibi). Olayda bu istisnalardan biri söz konusu olmadığı için Mahkeme, malların sözleşmeye uygun olduğunu saptamış ve satıcının ödeme talebini kabul etmiştir.

Yine bir Alman mahkemesinin kararına konu olan olayda³⁷⁸, baha-rat ticareti ile uğraşan Alman bir firma, uzun süredir ticari ilişki içinde olduğu İspanyol bir firmadan, bir kaç ton kırmızı biber satın almış, ancak teslim edilen biberdeki ethylenoxid miktarı fazla olduğu için, mahn yenisi ile değiştirilmesini istemiştir. Bu olayda mahkeme alıcıya hak vermiştir, zira taraflar arasında var olan iş ilişkileri nedeniyle satıcının, Almanya'da piyasaya sürülebilecek nitelikte mal teslim etmek için hangi standartlara uyulacağını bilmesi gerektiğinden yola çıkmıştır.

Bir Fransız istinaf mahkemesinin kararında³⁷⁹, Fransız ithalatçı, İtalyan üreticiden paketlenmiş ve rendelenmiş Parmesan peyniri satın almıştır. Ancak paket etiketlemesi Fransa'da geçerli olan standartlara uymamaktadır. Mahkeme yine taraflar arasında var olan önceki iş ilişkileri nedeniyle satıcının, CISG m.8 uyarınca, Fransız pazarında hakim olan kurallara hakkında bilgi sahibi olması gerektiğini kabul etmiştir.

1999 yılında ABD'de verilen bir mahkeme kararında³⁸⁰, açıkça Alman Federal Mahkemesinin andığı olası istisnalara dayanılarak bir sonuca varılmıştır³⁸¹. Olayda, işyeri İtalya'da bulunan bir radyoloji aletleri

³⁷⁸ LG Ellwangen 21.08.1995, CISG-Online N.279.

³⁷⁹ Cour d'appel de Grenoble 13.9.1995, CISG-Online N.157.

³⁸⁰ U.S. Dist. Ct. 17.5.1999, CISG-Online N.387. Karar hakkında bkz. Schlechtriem, IPRax 1999, 388 vd.

³⁸¹ Mahkemenin gerekçelendirmesinde Alman Federal Mahkemesi kararının ayrıntılarına girmesi, bu kararın kendisi için bağlayıcı olmamasına rağmen "persuasive authority" kabul etmesi ve obiter dicta söylenmiş olan bölümlerdeki görüşleri kullanılarak ve tartışarak bir sonuca varması CISG'in hukuk uyumlaştırması alanında nasıl bir rol oynayabileceğini göstermesi açısından ilginçtir. Bu konuda bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 II ve Schlechtriem, IPRax 1999, 388, 389.

üreticisi, işyeri ABD'de bulunan bir şirketle, üretmekte olduğu mamografi aletleri için münhasır satıcılık sözleşmesi akdetmiştir. Ancak daha sonra, ABD'ye ithal edilen bu aletlerin orada geçerli olan sağlık mevzuatına uygun olmadığı ortaya çıkmıştır. Mahkemeye göre, İtalyan şirketin uzun yıllardır Amerika'da iş yapıyor olması nedeniyle buradaki kurallardan haberdar olduğu kabul edilebilecektir. Dolayısıyla da ilgili standartlar sözleşme içeriği olmuştur ve bunlara uygun olmayan mal ayıph mal olarak nitelendirilmek gerekir.

Avusturya Yüksek Mahkemesinin 13.04.2000 tarihli kararında³⁸² ise Avusturyalı alıcı, Alman satıcıdan, AB pazarında satmak için bir dizi kullanılmış makine satın almıştır. Alıcı, teslim edilen makineler üzerinde "CE" damgasının bulunmadığı ve bunun, Avusturya'da geçerli güvenlik düzenlemelerine aykırı olduğu ihbarında bulunmuştur. Satıcı ise bu damgaya ihtiyaç olmadığı bildiriminde bulunmuş ve alıcının, ilgili eksikliğin giderilmesi istemine icabet etmemiştir. Mahkeme, yine Alman Federal Mahkemesinin 1995 tarihli kararındaki üç istisnayı anmış ve olayda bunlardan birinin söz konusu olmadığını tespit etmiştir. Mahkemeye göre alıcının, satıcıya, sadece malların hangi pazarda satılacağını bildirmiş olması, satıcının bu konuda bilgilendirilmiş olması anlamına gelmez.

Bu sorunu çözerken, doktrinde kısmen yapıldığı gibi, aslen satıcının³⁸³ veya aslen alıcının³⁸⁴ ülkesindeki standartların esas alınacağı yönünde bir genelleme yapılarak her olayda bunun uygulanması kanımca doğru değildir. Aksine, her somut olayın özelliklerini dikkate alarak bir değerlendirme yapmak daha doğru gözükmektedir³⁸⁵. Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, CISG m.35, f.2'deki sözleşmeye uygunluk kriterlerinin temelinde sözleşmenin ve tarafların farazi iradesinin yattığı görüşü kabul edildiğinde bu esneklik kolayca elde edilecektir. Sorun, sözleşme görüşmeleri, taraflar arasındaki alışkanlıklar ve teamüller ve milletlerarası teamüller uyarınca sözleşme içeriğini tespit etme sorunudur³⁸⁶. Yani bu anlamda m.8 ve 9'un uygulanması söz konusudur aslında.

³⁸² CISG-online N.576. Karar hakkında bkz. *Schlechtriem*, IPRax 2001, 161 vd.

³⁸³ Bu yönde: *Bianca/Bonell/Bianca*, Art.35 N.2.5.1; *Piltz*, § 5 N.41; *Aue*, 75; *Janssen*, 81; *Neumayer/Ming*, Art.35 N.7; *Brunner*, Art.35 N.10; *Vogel*, 38-39; *Audit*, N.98.

³⁸⁴ *Schlechtriem*; IPRax 2001, 161, 162; *Lurger*, IHR 2001, 91, 101; *Ziegler*, 70-71. Yazara göre, ithal edilen ülkenin standartlarına aykırı olan mal sözleşmeye aykırıdır. Ancak satıcının, CISG m.79-80 uyarınca sorumlu tutulamayacağı hallerin varlığı kabul edilebilecektir.

³⁸⁵ Bu yönde: *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.16; *Audit*, N.98; *Heilmann*, 185; *Koller/Stalder*, FS Gauch, 477, 487; *Prieff*, 129.

³⁸⁶ Aynı yönde *Koller/Stalder*, FS Gauch, 477, 492. Bir malın belirli özelliklerine ilişkin olarak artak uluslararası ticari bir teamülün geliştiğinin kabul edilebildiği hallerde bu standardın bir asgari payda olarak uygulanması gerektiği açıktır (*Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.16). Örneğin, Avusturya Federal Mahkemesi 27.02.2003 tarihli bir kararında (CISG-Online N.794), donmuş balık

Tarafların irade uyuşması kapsamında olduğunu kabul edebileceğimiz hususlar, onların varlığından haberdar olduğu veya olması gerektiği hususlardır. Yani satıcının ancak, sözleşmenin gereği gibi ifası açısından önem taşıdığı bildiği veya bilmesi gerektiği hususlar³⁸⁷ değerlendirmede dikkate alınabileceği gibi, satıcının bu bilgisinin alıcı açısından önem taşıdığına da tespit edilmesi gerekir. Alıcının sözleşmeyi akdettiği anda, satıcının bilgisinden haberdar olmadığı ve kendisi açısından bu bilginin önem taşımadığı hallerde daha sonra buna dayanması da kanımca mümkün değildir³⁸⁸. Bu çerçevede yukarıdaki kararlar değerlendirilecek olursa, hepsinde dikkati çeken, çözümün, satıcının, sözleşmenin gereği gibi ifası açısından zaruri olan bir bilgiye sahip olup olmamasında kilitlenmesidir (midyedeki kadmiyum miktarı/biberdeki etylenoxid miktarı/peynirin etiketi/mamografi aletlerindeki sağlık mevzuatına aykırılık/CE damgasının gerekliliği). Satıcının bu bilgiye sahip olduğu kabul edilebilen hallerde (biber/etiket/sağlık mevzuatı), ifanın sözleşmeye aykırılığı da kabul edilmiştir. Ancak alıcı, satıcının bu bilgiye sahip olduğuna güvenmiş ve bu güveninde de haklı olduğu için bu kabul edilmiştir. Yani ilgili standartlar zaten zımnen sözleşme içeriği olmuştur aslında. Buna karşılık diğer iki halde (kadmiyum/CE damgası) alıcının, satıcının bu konuda bilgi sahibi olduğuna güvenme imkanı olmadığı kabul edilmiştir. Midye kararı açısından bu kabul edilebilecekken, "CE" kararı açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira bu kararda Avusturya Mahkemesinin aslında göz ardı etmiş olduğu bir husus, tarafların ikisinin de AB'ye üye ülkelerde iş yerinin olması nedeniyle Almanya'da da "CE" damgasının gerekliliğine ilişkin bir düzenlemenin var olmasıydı. Yani bu olayda iki tarafın ülkesinde de aynı asgari standartlar geçerli olduğu için, bu standart zaten sözleşme içeriği olarak kabul edilebilecekti³⁸⁹.

Yukarıda aktarılan, Alman Federal Mahkemesinin tespit ettiği üç istisna bu bakış açısı ile değerlendirilecek olursa; ilki, alıcı ve satıcının ul-

satımına ilişkin milletlerarası satım sözleşmelerinin hep, yürüyen yılın kotası dahilinde avlanmış balıklara ilişkin olduğu yönünde, milletlerarası bir ticari geleneğin varlığı kabul etmiştir. Karar hakkında bkz. *P.Huber*, IPRax 2004, 358.

³⁸⁷ *Otto*'nun ifade ettiği gibi, satıcının özellikle bu pazara girip, reklamlar, ilanlar vs. ile malını pazarlamaya çalışması halinde bu pazardaki standartlardan haberdar olduğuna ilişkin alıcının haklı güvenini korumak mümkün olabilir (*Otto*, MDR 1992, 533, 534. Aynı yönde *Staudinger/Magnus*, Art.35 N.22). Satıcı ile alıcı arasında uzun yıllardır devam eden iş ilişkilerinin olması ve yasal düzenlemelerin bu sürece içinde değişmemiş olması halinde de aynı sonuca varılacaktır (*Ziegler*, 71; *Audit*, 96).

³⁸⁸ Bu hallerde olsa olsa bir hilenin varlığı kabul edilebiliyorsa satıcının sorumluluğu düşümlü olabilir.

³⁸⁹ *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.16. Aynı yönde BGH 08.03.1995, CISG-Online N.144. OGH'nın kararına ilişkin bu yöndeki eleştiri için bkz. *Schlechtriem*, IPRax 2001, 161, 162 dn.5.

kesindeki standardın aynı olması hahdir. Bu hallerde, taraflar arasında, satım konusu malın bu standarda uygun olacağı konusunda zımnî bir irade uyuşmasının var olduğundan yola çıkılabileceği ifade edilmişti. İkinci hal, alıcının bilfiil satıcıyı haberdar etmiş olmasıdır. Yine bu halde de, satıcının, aksine bir beyanı olmadan sözleşmeyi akdetmesi halinde, bu standarda uyacağı zımnen kabul ettiği söylenebilir. Bu hal zaten daha çok aşağıda (c) altında ele alınacak olan CISG m.35, f.2, (b)'yi andırmaktadır. Son hal ise, satıcının başka bir yerden bu bilgiyi edinmiş olması halidir. Bu istisnanın ise kanımca çok dikkatli uygulanması gerekir. Zira sözleşme konusu maldan ne beklediğini belirlemek ve isteğine uygun bir mal sipariş etmek alıcının görevidir. Bu konudaki sözleşmesel rizikoyu kendisi taşır³⁹⁰. Gerekirse uzmanlardan bilgi almak da kendisine düşer. Bu açıdan, satıcının bir uyarı yükümlülüğünün bulunduğu, ancak istisnaen kabul edilebilecek, bu haller ise yine CISG m.35, f.2 (b) kapsamında ele alınacak olan haller olacaktır³⁹¹. Dolayısıyla, alıcının ülkesindeki daha farklı standartlardan haberdar olan satıcının, buna rağmen kendi ülkesinin, daha düşük standartlarına göre mal göndermesi her zaman sözleşmeye aykırı bir ifa olarak nitelendirilemez. Eğer alıcı bu konuda satıcıya bilgi vermemişse veya satıcının bu konudaki bilgisine güvenmesi için bir sebebi yoksa, satıcının buna rağmen, alıcıyı uyarmasını beklemek gerekmez. Bu hallerde bir tazminat yükümü ancak, satıcının karşı tarafa zarar verme kastı ile hareket etmesi halinde düşünülebilir. Zira satıcının, alıcının ülkesindeki bu farklı standartlardan haberdar olmasına rağmen, onun, alıcının malı hangi ülkeye satacağı veya nasıl kullanacağı hakkında da bilgi sahibi olduğunu kabul etmek için bir gerekçe yoktur.

Şu ana kadar soruna daha çok, alıcının ülkesinde daha yüksek bir standart olması noktasından yaklaşıldı. Ancak üzerinde durulması gereken diğer bir nokta, satıcının ülkesinde, alıcının ülkesine nazaran daha yüksek bir standart olması halidir. Bu hallerde acaba satıcının, kendi ülkesinde pazarlamayacağı bir standartta mal teslim etmesi kabul edilebilecek midir? Kanımca bu hallerde de sözleşme içeriği olduğu tespit edilen standarda uyulması gerekir ve duruma göre bu daha düşük bir standart da olabilir. Örneğin taraflar malın çok düşük bir fiyata imal edilmesi konusunda anlaşmışlarsa, bu durumda alıcının ülkesinin daha düşük standardına göre üretim konusunda anlaştıkları da kabul edilebilecektir³⁹². Bu hallerde satıcının yüksek standardı belirleyici olamaz. Ancak düşük standartta imalat asla sağlığa, çevreye vs. zararı olabilecek bir

³⁹⁰ *Najork*, 69.

³⁹¹ Bkz. aşağıda (c), ayrıca *Najork*, 69; *Staudinger/Magnus*, Art.35 N.35; *Karollus*, 117.

³⁹² Bkz. yukarıda dn.375'e ilişkin metin ve *Prieß*, 129.

imalata onay verilebileceği anlamına gelmez. Bu alanda Hollanda Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu bir karar ibret vericidir³⁹³. Olayda, işyeri Hollanda'da olan *World Flour* şirketi, merkezi Belçika ve Mozambik'te olan alıcı firmaya un satmıştır. Sözleşmede unun ve katkı maddelerinin uluslararası standartta olması ifade edilmiştir. Teslim edilen un, hem AB genelinde yasak olan, hem de Dünya Sağlık Örgütü ve BM Gıda ve Tarım Örgütü tarafından yayınlanmış olan *Codex Alimentarius*'a³⁹⁴, yani besin maddelerinin temel standartlarına aykırı, kanserojen bir katkı maddesi içermektedir. *World Flour*'un, sözleşmenin yapıldığı tarihte Mozambik'te bu katkı maddesinin yasak olmadığı savunmasını mahkeme kesin bir şekilde reddetmiş ve bu yaklaşımın, gıda standartları daha düşük olan ülkeler için büyük bir tehlike olacağını da özellikle vurgulamıştır. Kararın etik açıdan çok doğru olması bir yana, sözleşme hukuku açısından soruna yaklaşıldığında bu standartların nasıl değerlendirileceği sorusu doğmaktadır. Kanımca bu hallerde rahatlıkla CISG m.9, f.2'de sözleşme içeriği olacağı saptanmış olan ticari bir teamülden yola çıkılabılır. Bu asgari standartlar herkesin uyması gereken standartlardır.

c. Belirli kullanım amacına uygunluk

CISG m.35, f.2 (b) uyarınca, teslim edilen malların, sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilmiş olan her türlü özel kullanım amacına uygun olmaları beklenir; "*meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılın*". Yani malın sözleşmeye aykırı sayılması için, normal kullanım amacına uygun olmasının yanı sıra, alıcının aradığı özel kullanım amacına da uygun olması gerekmektedir³⁹⁵. Örneğin satın alınan malın, ithal edileceği yerde hüküm süren çok düşük ısılarda veya yüksek nem oranında veya bozuk yol koşullarında da çalışabilir olması isteniyorsa artık mutad olan dışında bir şey istenmektedir. Malın sözleşme uyarınca böyle bir amaca da elverişli olması gereği, İsviçre-Türk hukukunda, alıcının bu konuda satıcıyı uyarılmış olması ve satıcının da açık veya örtülü olarak onayını vermiş olması şartına bağlı olacaktır. Acaba CISG m.35, f.2 (b) açısından durum farklı mıdır? Acaba bu hallerde, taraflar arasında bir irade uyuşması olmamasına rağmen satıcının bu özel amaç açısından da elverişli bir mal sunması mı aranmaktadır? Bu soru şu sebeple doğmaktadır: Eğer zaten satıcının, malın özel amaca el-

³⁹³ Hofs Gravenhage, 23.04.2003, CISG-Online N.903.

³⁹⁴ Bkz. http://www.codexalimentarius.net/web/index_en.jsp.

³⁹⁵ Dolayısıyla bu fıkranın uygulandığı hallerde alıcının, (a) bendinde düzenlenmiş olan normal kullanımı aşan, özel bir kullanımı düşünüyor olması gerekir. Yoksa (b) bendinin uygulanması için bir sebep yoktur. Bkz. *Cerutti*, 343, N.645.

verişi olduğu konusunda bir onayım arıyorsak, bu durumda m.35, f.1 kapsamında değerlendirilecek bir durum vardır. O zaman da m.35, f.2 (b) düzenlemesine nasıl bir anlam verileceği açık kalmaktadır. Gerçekten de ULIS'deki ilgili hüküm (m.33, f.1, e), tarafların, satın alınan malın belirli bir amaç için kullanılacağı konusunda sözleşmede açık veya örtülü olarak anlaşmalarını aramıştır. Yani malın normalin dışında, özel bir amaçla kullanılacağı hususunun sözleşme içeriği haline gelmesini gerekli kılmıştır³⁹⁶. Oysa CISG'da bu ifade düşmüştür.

Öğretide yazarların büyük çoğunluğu, CISG m.35, f.2 (b)'ye bir anlam verebilmek için, bu hallerde alıcının şahsi beklentilerinin, satıcı tarafından açıkça onaylanmamış olsa bile, tek taraflı olarak sözleşme içeriğini şekillendirebileceğini ifade etmektedir³⁹⁷. Bu fıkraya ilişkin yaşanan tartışmalarda, Alman delegesinin, özel amaca uygunluğun da ancak satıcı tarafından onaylanması ve sözleşme içeriği olması halinde önem taşıyabileceği yönündeki teklifinin reddedilmiş olması³⁹⁸ da bir gerekçe olarak ileri sürülmektedir³⁹⁹. Oysa Alman delegesinin teklifinden anlaşıldığı üzere, eklenmek istenen ifade, belirsizliği ortadan kaldırmak ve tereddütleri gidermek amacıyla hizmet edecekti; bu teklifin reddedilmiş olmasından, delegelerin, satıcıyı zımni onayı dahi olmadan, malın, belirli bazı özel amaçlara da uygun olması konusunda sorumlu tutulmasını istedikleri sonucuna kamıca varılamamaktadır.

CISG m.35, f.2 (b)'ye ilişkin olarak yaşanan bu belirsizlik, ilginç bir şekilde AB Yönergesinin hazırlanması aşamasında da etkili olmuştur. Zira Yönerge, CISG'nin etkisinde, teslim edilen malın ne zaman sözleşmeye uygun olacağını belirlerken, alıcı tarafından, satıcıya beyan edilmiş olan özel kullanım amacını da saymıştır (Yönerge m.2, f.2 (b)). Ancak bu noktada CISG'dan ayrıldığı ifade edilerek, özel kullanım amacına uygunluğun satıcı tarafından onaylanmış (*zustimmen/accept/accepter*) olması gerektiği de maddede açıkça aranmıştır⁴⁰⁰.

Kanıma sorun, CISG'da kullanılan ifadenin, *common law* sisteminin devrahınmış olmasından kaynaklanmaktadır. Gerek UCC, gerekse

³⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dölle/Stumpf, Art.33 N.17.

³⁹⁷ Örn. bkz. Staudinger/Magnus, Art.35 N.26; Schlechtriem/Schwenzler/Schwenzler, Art.35 N.20; Koller/Stalder, FS Gauch, 477, 489; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art.35 N.15; Ziegler, 72; Prieß, 124; Janssen, 84.

³⁹⁸ Bkz. Official Records, 316 N.57 vd.

³⁹⁹ Schlechtriem/Schwenzler/Schwenzler, Art.35 N.20.

⁴⁰⁰ Yönergenin bu noktada bilinçli olarak CISG'dan ayrıldığı yönünde bkz. P.Huber, FS Henrich, 297, 300; Grundmann/Bianca/Grundmann, Art.2 N.24 vd.; Magnus, Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, 79, 87; Mittmann, Einheitliches UN-Kaufrecht und europäische Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie, Konkurrenz und Auslegungsprobleme, Frankfurt 2004, 92.

İngiliz Satım Sözleşmesine İlişkin Kanun, CISG m.35, f.2 (b) bendine çok benzer ifadeler içermektedir⁴⁰¹. Bu hukuk çevresine ilişkin olarak verilen açıklamalara bakıldığında ise, satıcının özel kullanım amacına uygunluktan sorumlu tutulabilmesi için şu şartlar aranmaktadır⁴⁰²:

- Alıcı malı özel bir amaç için kullanmak istemelidir;
- Alıcı malın seçimi konusunda, satıcının bilgisine ve değer yargısına güvenmiş olmalıdır;
- Satıcı malın özel kullanım amacından haberdar olmalı veya gerekli özeni göstermiş olsaydı haberdar olabilecek olmalıdır;
- Satıcı, alıcının satın alma kararını verirken, kendisinin bilgisine güvendiğini bilmeli veya gerekli özeni göstermiş olsaydı bilebilecek durumda olmalıdır.

Malın özel bir kullanım amacına uygun olması şartı, mutlak kullanım dışında bir beklentinin varlığını gerektirir. Ancak alıcı, tam olarak nasıl bir malın amaçlarına uygun olduğunu bilmemesi nedeniyle, satıcının bilgisine ve uzmanlığına güveniyor olmalıdır. Eğer alıcının konuya ilişkin bilgisi daha fazla ise veya satıcının kendisine verdiği tavsiyeye uymuyorsa veya hal ve şartlardan satıcının bilgisine güvenmesinin anlamsız olduğu anlaşılıyorsa, satıcının sorumluluğu söz konusu olmaz⁴⁰³. Aranan bir diğer şart ise, satıcının, sattığı malın özel bir amaçla kullanılmak istendiğinden haberdar olması veya haberdar olabilecek durumda bulunmasıdır. Yani satıcının yerindeki mantıklı, makul biri (*a reasonable person in the position of the seller*) bu kullanım amacını anlayabilecek durumda olmalıdır. Son olarak satıcının, alıcının kendisinin bilgisine ve uzmanlığına güvendiğini de biliyor veya bilebilecek durumda olması gerekir. UCC ve CISG hükümlerini mukayese eden Gabriel'e göre, CISG m.35, f.2 (b) hükmü ile UCC § 2-315 bütünü ile örtüşmektedir⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ UCC § 2-315: "Where the seller at the time of contracting has reason to know any particular purpose for which the goods are required and that the buyer is relying on the seller's skill or judgement to select or furnish suitable goods, there is ... an implied warranty that the goods shall be fit for such purpose". Sale of Goods Act Sec.14 (3): "Where the seller sells goods in the course of a business and the buyer, expressly or by implication, makes known (a) to the seller, or [...] any particular purpose for which the goods are being bought, there is an implied term that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied, except where the circumstances show that the buyer does not rely, or that it is unreasonable for him to rely, on the skill or judgment of the seller[...]."

⁴⁰² Bkz. Cerutti, 343 N.644 vd.; Atiyah/Adams/MacQueen, 199 vd.; Dobson, N.7-43 vd.; Kircher, 148 vd.

⁴⁰³ Dobson, N.7-45; Atiyah/Adams/MacQueen, 200; Prieß, 122 vd.; Kircher, 155.

⁴⁰⁴ Gabriel, 125-126.

CISG uyarınca satıcının özel kullanım amacından sorumlu olması için aranan şartlara bakılacak olursa, burada da öncelikle, mutata kullanımdan sapan bir amacın varlığı aranmaktadır⁴⁰⁵. İkinci şart, bu kullanım amacından satıcının açıkça veya zımnen haberdar edilmiş olmasıdır. Satıcının açıkça haberdar edilmiş olması halinde bir sorun yaşanmama- la beraber, makul bir satıcının anlayabileceği ve fakat somut olaydaki satıcının anlamadığı özel kullanımlar açısından nasıl bir sonuca varılacağı düşünülmek gerekir. Genel kabul gören görüş, satıcıyı, hal ve şartlardan anlayabileceği özel kullanım amaçlarına uygunluktan da sorumlu tutmak yönündedir⁴⁰⁶. Satıcının bilfiil alıcı tarafından haberdar edilmiş olması aranmaz, herhangi başka biri de bu bilgiyi aktarmış olabilir⁴⁰⁷. Ancak satıcının özel kullanıma ilişkin bilgisinin en geç sözleşmenin kurulması anında mevcut olması gerekir⁴⁰⁸.

Üçüncü ve son şart ise, alıcının, satıcının bilgisine veya değerlendirme yeteneğine güvenmiş olması ve güvenmekte de haklı olmasıdır⁴⁰⁹. Yani sözleşme görüşmelerinde alıcının malı hangi amaçla kullanmak istediğini ifade etmiş olması yeterli değildir. Aynı zamanda alıcının, karşı-ndaki kişinin, malın gerçekten bu amaca uygun olup olmadığını değerlendirebilecek ve duruma göre kendisini, bu malı almaması konusunda uyara- bilecek bilgi ve yeteneğe sahip olduğuna güvenmiş ve bu güveninde haklı olması gerekir⁴¹⁰. Dikkat edilmesi gereken nokta, satıcının, alıcının kendisinden beklediği bilgi düzeyine gerçekten sahip olmasının aranmadığıdır⁴¹¹. Alıcının, satıcının bu bilgiye sahip olduğuna inanması ve bu inancında objektif olarak haklı olması yeterlidir⁴¹². Ancak alıcının da satın aldığı mal konusunda bilgi sahibi olduğu hallerde, satıcının bilgisi ile bir mukayese söz konusu olacaktır. Doktrinde ağır basan görüş, satıcının sadece alıcıya nazaran daha fazla bilgi sahibi olması halinde sorumlu tu-

⁴⁰⁵ Janssen, 83.

⁴⁰⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.35 N.21; Staudinger/Magnus, Art.35 N.28; Janssen, 83; Karollus, 117; Koller/Stalder, FS Gauch, 477, 489. Janssen özellikle, satıcı cephesinde müspet vukuf aramanın, ispat yükünü alıcı açısından altın- dan kalkılmaz hale getirmek anlamına geleceğini ifade etmektedir, Janssen, 83. Aksi görüşte: Heilmann, 180; Hutter, 43;

⁴⁰⁷ Staudinger/Magnus, Art.35 N.29; Hutter, 44; Janssen, 83.

⁴⁰⁸ Heilmann, 180; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.35 N.22; Staudinger/Magnus, Art.35 N.30.

⁴⁰⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.35 N.23; Janssen, 84.

⁴¹⁰ U.Huber, RabelsZ 1979, 413, 480. Örneğin satıcının, malın imalatçısı değil de sadece bir ara satıcı olması halinde, alıcıya verebileceği bilginin daha sınırlı olduğunu kabul etmek gerekecektir. MünchKommBGB/Gruber, Art.35 CISG, N.14.

⁴¹¹ Valcárcel Schnüll, 163; Janssen, 84

⁴¹² Janssen, 84; Ziegler, 73.

tulabileceği yönündedir⁴¹³. Buna karşılık, tarafların konuya ilişkin bilgileri eş ise alıcının, satıcının bilgisine güvenmekte haklı olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Zira alıcı zaten, malın, düşündüğü özel amaca hizmet edip etmeyeceğini takdir edebilecek durumdadır⁴¹⁴.

Gerek Anglo-Amerikan hukukçularının açıklamalarına, gerekse CISG'a ilişkin açıklamalara bakıldığında, kanımca özel kullanım amacına ilişkin taraflar arasında bir irade uyuşması olmamasına rağmen, satıcının bu konuda sorumlu tutulduğu sonucuna varmayı gerektirecek bir gerekçe bulmak mümkün değildir. Kara Avrupa'sı hukukunda çok yaygın şekilde kabul gören, sözleşmelerin güven kuramı uyarınca şekillendiği görüşünü⁴¹⁵ bu hallere uygulayacak olursak, kanımca yine taraflar arasında bir irade uyuşmasının varlığından yola çıkılabilecektir. Zira her şartta, alıcının niyetinin, satıcıya anlaşılır kılınmış olmasını aramaktayız. Bu zımnı dahi olsa, satıcı, özel kullanıma elverişlilik arandığını bilebilecek durumdadır. Bu andan itibaren satıcı, alıcı açısından önem taşıdığını bildiği bu noktada yorum yapmaksızın sözleşmenin akdine onay veriyorsa, bu özel kullanıma uygunluğu teyit ettiği anlamına gelir. *Protestatio facto contraria* ilkesi gereği, eğer bu özel kullanımdan sorumlu tutulmak istemiyorsa, bunu sözleşme görüşmeleri sırasında ifade etmesi beklenir⁴¹⁶. Ashnda durum BK m.6'da ifade edilmiş olan durumdan farklı değildir. Bu madde uyarınca, işlemin doğası veya hal ve şartlar açık bir kabul beyanını gerektirmiyorsa, susma da kabul olarak değerlendirilir. Bu maddenin uygulanmasında en önemli nokta, beyanda bulunmanın (alıcı), karşı tarafın susmasını bir kabul olarak değerlendirmekte haklı olup olmadığı, yani güveninin korunmasını gerektirecek bir durumun olup olmadığıdır⁴¹⁷. Nitekim CISG m.35, f.2 (b) açısından da sadece özel kulla-

⁴¹³ Staudinger/Magnus, Art.35 N.32; U.Huber, RabelsZ 1979,413, 480; Honsell, SJZ 1992, 345, 351; Ziegler, 73; Janssen, 84; Hutter, 45. Amerikan hukuku için aynı yönde Cerutti, 345 N.646.

⁴¹⁴ CISG m.35, f. 2 (b) kaleme alınırken aslında daha çok üçüncü dünya ülkeleri düşünülmüştür. Bu ülkeler genelde teknolojik açıdan gelişmiş olan ülkelerde yerleşik satıcılara sipariş verirken onların bilgisine güvenmekte, sadece kendi ihtiyaçlarını dile getirmekle yetinmekte ve satıcının uygun olan malı seçip teslim edeceğine inanmaktadır. Hüküm, teknoloji birikimindeki bu dengesizliği telafi edici bir hüküm olarak görülmektedir, Hutter, 45.

⁴¹⁵ Örn. bkz. PECL Art.5:101'e ve PICC Art.4.2'ye ilişkin açıklamalar. Canaris/Grigo- leit, Interpretation of Contracts, in: Towards a European Civil Code, Hart- kamp/Hesselink/Hondius/Joustra/duPerron/Veldmann (Eda.), 3rd ed. 2004, 445, 452 vd.

⁴¹⁶ Nitekim Grundmann da aynı ilkeye dayanarak, Yönerge bağlamında tartışılan bu sorun açısından, rahatlıkla sözleşmesel bir irade uyuşmasının varlığından yola çıkılabileceğini ifade etmektedir (Grundmann/Bianca/Grundmann, Art.2 N.25).

⁴¹⁷ BaslerKommentar/Bucher, Art.6 N.4 vd.; Schwenzer, Allgemeiner Teil, N.28.35 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 20 N.6 vd.

nam amacının satıcıya bildirilmiş olması yetmez. Buna ek olarak, satıcının, malının bu özel kullanıma elverişli olup olmadığını değerlendirebilecek durumda olması ve bu yönde karşı tarafta haklı bir güven oluşturmuş olması aranmaktadır. Maddenin klasik uygulanma alanı aslında, satıcının uzman olarak belirli bir malı pazarlaması ve alıcının, kendi ihtiyaçlarını beyan etmesi üzerine sözleşmenin herhangi başka bir görüşme olmadan kurulması halidir⁴¹⁸. Bu hallerde uzman satıcının özel kullanıma uygun mal teslim edeceğini kabul etmekte alıcı haklıdır; onun bu beklentileri kanımca sözleşme içeriği olmuştur⁴¹⁹.

Yukarıda, mutlak kullanım amacı altında ele alınmış olan, "hangi ülkenin standartları?" sorusu üzerinde burada da kısaca durulmalıdır. Aca-ba alıcının, malı hangi ülkeye ithal etmeyi düşündüğünü satıcıya bildirmiş olması, satıcının, bu ülkenin standartlarına uygun mal üretmesi gerektiğini, yani "özel kullanım amacının" kendisine açıklanmış olduğunu kabul sonucuna götürür mü? Örneğin alıcının, meyve sularını İran'a nakletmeyi düşündüğünü satıcıya bildirmiş olması, meyve suyunun tamamen alkolsüz olması gerektiğini zımnen kararlaştırdıkları anlamına gelecek midir? Yoksa her meyve suyunda oluşan cüzi miktarda alkolün bulunması, ifayı sözleşmeye aykırı hale getirmeyecek midir? Veya satım konusu pompaların Sibiry'a teslim edileceğinin satıcıya bildirilmiş olması, satıcının, oradaki hava şartlarını değerlendirip, pompaların işleyip işleme yeteneğine ilişkin olarak alıcıyı uyarması yükümlünü beraberinde getirecek midir?⁴²⁰ Kanımca satıcıya, sadece malın hangi ülkede kullanılacağına bildirilmiş olması bu tür bir özel kullanım amacını gerektirmez için yeterli sayılmamalıdır. Alıcının mala ilişkin farklı talepleri (gerek o ülkede geçerli kamusal normlar, gerekse farklı dini, ahlaki kurallar, gerekse coğrafi koşullar nedeniyle), ancak CISG m.35, f.2 (b)'nin ek şartları çerçevesinde satıcıyı bağlayabilir. Yani hem özel amacın gereği gibi açıklanması hem de satıcının uzmanlığına güvenilmiş olması gerekir. Bu da örn. satıcının uzun süredir ilgili ülkede iş yapıyor olması, orada bir şubesinin bulunması gibi hallerde söz konusu olacaktır.

⁴¹⁸ Honnold'un verdiği bir örnekte, alıcı, matkap satımında uzmanlaşmış satıcıya, karbon çeliği plakaları delmek için belirli bir çapta matkap ucu sipariş etmiştir. Satıcı, alıcının istediği çapta ama adı çelik delmeye uygun matkap uçları göndermiştir (Honnold, CISG, N.226). Nitekim yazar da, CISG m.35, f.2 (b) bendi olmasa bile bu hallerde, CISG m.8, f.2 ve 3 uyarınca aynı sonuca varılabileceğini ifade etmektedir.

⁴¹⁹ Bu fıkra ile aslında sözleşme görüşmeleri safhası için satıcının bir sorumluluğu ihdas edilmiştir. Yani satıcı, malın özel kullanıma uygun olmadığını biliyor olmasına veya bilmesi gerekmesine rağmen bunu alıcıya söylemediği için sözleşmenin akdinden sonra gerçekleşen ayıplı ifadan sorumlu tutulmaktadır. Bkz. Schwartze, Sachmängelgewährleistung, 82 vd.

⁴²⁰ Örnek için bkz. Schlechtriem, Seller's Obligations, 6-23.

Bu bağlamda başlangıçta sorulan, CISG m.35, f.2 (b) ile m.35, f.1 arasındaki ilişkinin ne olduğu sorusuna cevap aranacak olursa, kanımca yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi f.2'nin aslında neyin sözleşme içeriği olduğunu tespit etmek amacıyla hakime yardımcı olan yorum kuralı⁴²¹ olduğunu kabul etmek en doğru çözüm gibi gözükmektedir. Dolayısıyla (b) bendi, zımni irade uyuşmasının kapsamına hangi hususların girdiğini saptamaya yarayan bir düzenlemedir. Alıcı, kendisi tarafından arzulanan özel kullanım amacının sözleşme içeriği olduğunu ispat etmek için, bu konuda satıcının bilgilendirilmiş olduğunu ispat etmesi yeterli olacaktır; ayrıca satıcının bu kullanıma ilişkin açık veya örtülü onayını vermiş olduğunu ise ispat etmesi gerekmeyecektir⁴²². Buna karşılık alıcının, satıcının bilgisine güvenmesini gerektirecek bir durumun var olmadığını, satıcı ispat etmek zorundadır.

d. Numune veya modele uygunluk

CISG m.35, f.2 (c) uyarınca malın, alıcıya gösterilmiş olan numune (samples) veya modellere (models) uygun olması gerekir⁴²³. Numune, satıcının elinde bulunan ve satım konusunu teşkil edecek mallar içinden alıcıya gösterilen örneğe verilen addır. Model ise, satıcının elinde satım konusu malın orijinali bulunmayan hallerde alıcıya gösterilen ve aslına kısmen veya tamamen uygun olduğu, onu kısmen veya tamamen temsil ettiği düşünülen nesnedir⁴²⁴. Numune ile, daha sonra teslim edilen malın tamamen örtüşmesi beklenirken, modelde aynı şey söylenemez. Modelin neyi temsilen kullanıldığına göre bu beklenti değişir. Malın tüm özelliklerini temsil etmesi mümkün olduğu gibi sadece bazı özelliklerini - örneğin renk, materyal - temsil etmesi de mümkündür⁴²⁵.

Satım konusu malın sözleşmeye uygunluğunun, modele veya numune göre belirlenebilmesi için bu hususun bilfiil sözleşme içeriği olması gerekir⁴²⁶. Satıcının alıcıya, bağlanma niyeti olmadan numune veya modeller göstermiş olması halinde alıcının daha sonra buna dayanma-

⁴²¹ Bkz. yukarıda dn.358'e ilişkin metin. Aynı yönde U.Huber, RabelsZ 1979, 413, 481.

⁴²² Schwartze Sachmängelgewährleistung, 83 dn.299; Janssen, 85; Staudinger/Magnus, Art.35 N.56; Hutter, 44; Schlechtriem/Schwenger/Schwenger, Art.35 N.50; Heilmann, 181; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art.35 N.17; Aue, 76. CISG m.35, f.2 (b) çerçevesindeki ispat yükü açısından bkz. BG 13.01.2004, CISG-Online N.838.

⁴²³ Çok sayıda Avrupa ülkesinin benzer düzenlemeleri hakkında mukayeseli veri için bkz. Schwartze, Sachmängelgewährleistung, 101 vd. Ayrıca bkz. BK m.218 ve Serozan, Borçlar Özel, 175.

⁴²⁴ Aue, 77; Schlechtriem/Schwenger/Schwenger, Art.35 N.24; Ziegler, 74.

⁴²⁵ Schlechtriem/Schwenger/Schwenger, Art.35 N.24.

⁴²⁶ MünchKommBGB/Gruber, Art.35 CISG, N.28; Janssen, 85.

sı mümkün değildir⁴²⁷. Ancak bu konudaki ispat yükünün satıcıda olduğu kabul edilmelidir. Yani alıcının, satıcının bağlanma niyetinin olmadığını hal ve şartlardan anlayabileceğini, sunulan numune veya modele güvenmekte haklı olmadığını ispat etmesi gereken satıcıdır⁴²⁸.

Ashında numune veya modelin, teslim edilecek olan malın özelliklerini tamamen veya kısmen temsil ettiği konusunda tarafların anlaşması olmasının aranması CISG m.35, f.2 (c) bendinde sayılan halin m.35, f.1 altında da ele alınabileceğini göstermektedir⁴²⁹. Nitekim UCC, model veya numuneye uygunluk kriterini *express warranty*, yani tarafların açıkça anlaştıkları hususlardan dolayı satıcının sorumlu tutulacağı bir hal olarak düzenlemiştir (§ 2-313/(1), c). AB Yönergesi ise, CISG etkisi altında, numune veya modele uygunluğu tarafların açık uyuşması dışında kalan bir unsurmuş gibi düzenlemiş ve bu nedenle doktrinde eleştirilmiştir⁴³⁰.

Eğer tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları bazı hususlar ile satıcı tarafından sunulmuş olan örnek arasında bir uyumsuzluk varsa, bu durumda hangisine öncelik verilmesi gerektiği yorum yoluyla çözülmesi gereken bir konudur⁴³¹. Her halde, satıcının teslim ettiği malın ağır basan kısmının numune veya modele uygun olması yeterli kabul edilecektir⁴³². Uygunluğun tespitinde özellikle ticari teamüller belirleyici olacaktır⁴³³.

e. Olağan veya uygun paket veya muhafaza

Yukarıda ele alınmış olduğu gibi, tarafların, malın paketi konusunda sözleşmede açık bir düzenlemeye yer vermiş olmaları mümkün olduğu gibi, böyle bir düzenlemeye hiç yer vermemiş olmaları da mümkündür. Bu durumda satıcının, malı, sağlam şekilde alıcıya teslim etmek için ihtiyaç duyulan ambalaj hangisi ise onun içinde teslim etmesi gerekir. CISG m.35, f.2 (d) uyarınca paketin, "ilgili türden mallar için mutata satılan şekilde veya böyle mutata bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde" olması aranır⁴³⁴. Dolayısıyla

⁴²⁷ Ziegler, 73; Hutter, 49; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.35 N.26.

⁴²⁸ Hutter, 49.

⁴²⁹ Staudinger/Magnus, Art.35 N.37.

⁴³⁰ Schlechtriem, Gewährleistungsrecht, 205, 210. Buna karşılık Alman Medeni Kanunu, AB Yönergesinden separarak § 434'de numune veya modele uygunluğu ayrıca anlamıştır. Yasanın hazırlık safhasında yayımlanan Taslağa ilişkin gerekçede açıklandığı üzere, bu hallerde ashında tarafların anlaşmasından yola çıkılabileceği, dolayısıyla da bunun ayrıca düzenlenmesine gerek olmadığı ifade edilmiştir (bkz. DiskE, in: Schuldrechtsmodernisierung 2002, 254).

⁴³¹ Hutter, 50; Heilmann, 186; Staudinger/Magnus, Art.35 N.39; Brunner, Art.35 N.18.

⁴³² Aue, 77.

⁴³³ Heilmann, 187.

⁴³⁴ Her ne kadar ULIS'de bu tür bir düzenleme mevcut değil idiyse de, Amerikan Yek-

la öncelikle araştırılması gereken husus, bu malın nakli için "mutat" hale gelmiş bir paketleme usulünün mevcut olup olmadığıdır. Mutat olanı saptamak üzere CISG m.9, f.1 uyarınca, taraflar arasında gelişmiş olan alışkanlıklara ve bunlar mevcut değilse m.9, f.2 uyarınca o branşta gelişmiş milletlerarası ticari teamüllere bakmak söz konusu olacaktır⁴³⁵. Eğer bu şekilde de olağan ambalajlama usulü tespit edilemiyorsa, bu sefer yedek olarak satıcının işyerinin bulunduğu yerdeki teamüllere bakmak gerekir⁴³⁶. Ancak hiçbir şekilde "mutat" olanının saptanamadığı hallerde, malın muhafazası ve korunması için uygun/münasip (*angemessen / propre / adequate*) olan şekilde ambalajın yapılmış olması aranacaktır. Uygun ambalajı saptamak için malın türü, nakliyenin türü ile süresi ve iklim koşullarının dikkate alınması gerekir⁴³⁷. Satıcıdan beklenen, malı normal, gerçekleşme olasılığı olan, hesaba katılabilir tehlikelere karşı koruyacak bir ambalaj içinde sunmasıdır⁴³⁸.

CISG m.35, f.2 (d)'nin genel olarak satıcı için bir paketleme yükümlülüğü getirdiği ise kabul edilemez⁴³⁹. Alıcının, herhangi bir ambalaj olmadan taşınması mutata olan veya korunması için bir ambalaja ihtiyaç doğurmayan mal için sözleşmeye aykırılık iddiasında bulunması mümkün değildir. Ayrıca ambalajlama yükümlülüğünün varlığı, mala ilişkin bir gönderme, götürme veya aranacak borcun varlığından bağımsız olarak değerlendirilecektir. Zira d-bendi bu tür bir ayırım yapmaksızın ambalaja ihtiyaç doğuran malların tümü için satıcının sorumluluğunu öngörmektedir. Dolayısıyla buna ilişkin masrafların da kendisi tarafından taşınacağı sonucuna varmak gerekir. Yani taraflar arasında kararlaştırılan fiyat, sözleşmede aksine düzenleme olmaması kaydı ile ambalajı da kapsar⁴⁴⁰.

Eğer mal, muhafazası zedelenmiş şekilde alıcıya teslim edilmişse CISG m.35, f.2 (d)'deki yükümlünün ihlal edilmiş olduğu karinesi doğacaktır, zira usulüne uygun yapılmış olan bir ambalajın nakliye sırasında bir

nesak Ticaret Kanunu bu hususu örtülü vaatler (*implied warranty*) altında ayrı bir kalem olarak saymış (UCC § 2-314/ (2), e: "Goods to be merchantable must be at least such as ... (e) are adequately contained, packaged and labeled as the agreement may require"...), CISG düzenlemesi ise buradan esinlenmiştir (Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.35 N.29).

⁴³⁵ Brunner, Art.35 N.19; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.35 N.29-30.

⁴³⁶ Janssen, 86.

⁴³⁷ Aue, 78; Audit, 97.

⁴³⁸ Aue, 78.

⁴³⁹ Janssen, 86; Aue, 79; Ziegler, 74; Hutter, 51.

⁴⁴⁰ MünchKommBGB/Gruber, Art.35 CISG, N.33; Audit, 98. Nitekim BK m.185 de buna paralel bir çözüm benimsemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. BernerKommentar/Gruber, Art.188 N.13 vd.

zarar görmeyeceği kabul edilmelidir. Aksini ispat yükü satıcıya düşer. Örneğin gönderme borcu içeren bir sözleşmede, malın taşıyıcıya teslim edilmiş olması nedeniyle hasarın alıcıya intikal etmiş olduğu hallerde bile, ambalaj, baştan kötü yapılmış olduğu için, varme yerine ayıplı olarak ulaşıyorsa veya bu kötü ambalaj yüzünden bilfiil mallar zarar görmüşse, bundan satıcının sorumlu olacağı açıktır⁴⁴¹.

3. Sözleşmeye Aykırılığın Önemsiz Olmasının Sonuçları

Satıcının önemsiz sözleşmeye aykırılıklardan dolayı sorumlu tutulmasını engelleyecek bir düzenleme CISG içinde mevcut değildir⁴⁴². Oysa Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerinde sık sık, Roma hukukundan beri geçerli olan bu tür bir sınırlama ile karşılaşmaktadır (*de minimis non curat praetor*)⁴⁴³. Nitekim BK m.194 de, ancak malın değerini önemli surette azaltan ayıplar için satıcının sorumlu olacağını kabul etmiştir⁴⁴⁴. Aynı şekilde ULIS m.33, f.2 de, ayıbın önemsiz olması halinde, alıcının bir talebinin olmayacağı çözümünü benimsemişti. Buna rağmen CISG'nin hazırlanmasında delegeler tercihlerini aksi yönde koymuştur. Hatta Avustralya delegesinin, bu konuda Antlaşmaya bir ekleme yapılması yönündeki teklifi de reddedilmiştir⁴⁴⁵.

Ancak aşağıda daha ayrıntılı olarak görüleceği üzere⁴⁴⁶, CISG, sözleşmeye aykırı ifa hallerinde alıcının sahip olduğu bazı hakların kullanılmasını, sözleşme ihlalinin *esaslı* olması şartına bağlamıştır. Bu yaptırımlar sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değiştirilmesi talebidir. Dolayısıyla CISG çerçevesinde de önemsiz bir ayıp nedeniyle örneğin sözleşmeden dönülmesi mümkün olmayacaktır. Buna karşılık semenin tenzili ve tamirat haklarının kullanılmasından bu türden bir sınırlama mevcut değildir⁴⁴⁷. Nitekim yeni tarihli yasama faaliyetlerine bakıldığında da tercihin hep bu düzenleme tarzından yana olduğu dikkati çekmektedir⁴⁴⁸. Özellikle AB-Yönergesi, ayıbın önemli olması türünden bir şart

⁴⁴¹ Bu konuda bkz. bu Bölümde aşağıda § 4 B IV.

⁴⁴² Kircher, 51; Hutter, 52.

⁴⁴³ Ayrıntılı bir mukayese için bkz. Schwarze, Sachmängelgewährleistung, 105 vd.

⁴⁴⁴ BernerKommentar/Giger, Art.197 N.68 vd.; Yavuz, Ayıp, 74 vd. Buna karşılık TKHK m.4 çerçevesinde değerlendirilecek tüketici satımların ayıplı önemli olması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Gerekli yönünde Yavuz, Oğuzman'a Armağan, 1293, 1297. Aksi görüş için bkz. Atamer, ZEuP 2005, 566, 582.

⁴⁴⁵ Official Records, s.104 N.3/V (A/CONF.97/C.1/L.74) ve N.6. Schlechtriem bunu eleştirmekte ve ulusal hukuklarda bu kadar sorunsuz kullanılan bir kriterin Antlaşmaya da alınmış olmasını talihsiz olarak nitelendirmektedir (Seller's Obligations, 6-22).

⁴⁴⁶ Bkz. Bölüm 5 § 1 B II.

⁴⁴⁷ Janssen, 87.

⁴⁴⁸ Bu çözümün tercihe şayan olduğu yönünde bkz. Schwarze, Sachmängelgewährleistung, 108.

getirmemiş olduğu için AB üyesi ülkeler, tüketici satımları açısından, ulusal hukuk düzenlerini bu yönde değiştirmek durumunda kalmıştır⁴⁴⁹.

Ancak Magnus'un ifade ettiği gibi, belirli bir oranda kalite ve miktardaki oynamaların kabul edilmesi yönünde milletlerarası bir teamülün varlığından yola çıkabiliyorsak veya taraflar arasında bu yönde yerleşmiş bir uygulama varsa bu durumda bir sözleşmeye aykırılığın varlığı kabul edilmeyecek ve satıcıya karşı herhangi bir yaptırım uygulanması engellenbilecektir⁴⁵⁰.

4. Sözleşmeye Aykırılığın Alıcı Tarafından Bilinmesinin Sonuçları

CISG m.35, f.3 uyarınca alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2 (a) ilâ (d) bentleri uyarınca sorumlu değildir. Bu düzenlemenin temelinde, Roma Hukuku dahil olmak üzere bütün eski çağ hukuk düzenlerinde karşılaşılan *caveat emptor* ilkesi⁴⁵¹ yatmaktadır. Yani, alıcı ile satıcının karşı karşıya bulunduğu, malı görme ve inceleme imkanının olduğu, pazarda kurulan satım sözleşmeleri için düşünülmüş olan, alıcının malı gördüğü gibi kabul etmiş sayılacağı ilkesinin günümüze yansımadır söz konusu olan. Nitekim, alıcının ayıptan haberdar olduğu veya olması gerektiği hallerde, satıcının sorumluluğunun kaldırılması, halen çok sayıda hukuk düzeninde mevcut olan bir hükümdür⁴⁵².

Satıcının sorumluluğunun temelinde, teslim edilen malın sözleşmeye aykırılığının yattığı kabul edildiğinde, kilit öneme sahip olan husus (yukarıda da görüldüğü gibi) sözleşme içeriğini doğru tespit etmektir. Bu tespit etmeye çalışırken, alıcının hangi bilgilere sahip olduğu, yani mala ilişkin hangi ayrıntıları bildiği de önem kazanmaktadır. Alıcının, malın, mutlak kalitede olmadığını bildiği hallerde, bu bilgiyi "kullanma-

⁴⁴⁹ Örneğin 2002 reformu sonrası Alman hukukunda da yaptırımlara göre bir ayırım yapılmış ve önemsiz ayıplarda, dönme veya ifa yerine tazminat haklarının kullanılmasını engellenmiş, buna karşılık semenin tenzili, yenisi ile değiştirme, tamirat gibi haklarının kullanılmasını imkanı verilmiştir. Bu konuda Yönergenin etkisi için bkz. P.Huber in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.12-66.

⁴⁵⁰ Staudinger/Magnus, Art.35 N.11. Aynı yönde Janssen, 87; Brunner, Art.35 N.3. Örneğin Ontario Yüksek Mahkemesinin verdiği bir kararda, satıcı, sözleşme konusu çerçeve kalıplarından % 10 oranında fazla teslim etmiştir. Ancak Mahkeme, alıcının, daha önceki bu tür fazla miktardaki ifaları kabul etmiş olması nedeniyle taraflar arasında bir alışkanlık oluştuğu, dolayısıyla da bir sözleşmeye aykırılığın kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Ontario Superior Court of Justice, 31.08.1999 CISG-Online N.433.

⁴⁵¹ Bkz. Zimmermann, Law of Obligations, 307 vd.

⁴⁵² Schwarze, Sachmängelgewährleistung, 121 vd. Serozan, bu ilkenin temelinde çeşitli davranış yasağının yattığını vurgulamaktadır, Serozan, Borçlar Özel, 135.

ması", yani ona göre pazarlığını yapmaması veya sözleşmeyi akdetmekten vaz geçmemesi, malın bu özelliklerini benimsediği ve bunların sözleşme içeriği haline geldiği anlamını taşır⁴⁵³.

Alıcının bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıkların hangileri olduğunu tespit etmek ise zor olabilecektir. Bu konuda öğretide ileri sürülen ilk görüş, alıcının ağır ihmalli olmasını yeterli bulmaktayken⁴⁵⁴, diğer bir görüş, sadece hemen göze batan sözleşmeye aykırılıkların satıcının sorumluluğunu kaldıracığını kabul etmek suretiyle, alıcı tarafında ağır ihmali aşan bir özensizlik aramaktadır⁴⁵⁵. Ancak P.Huber'in haklı olarak ifade ettiği gibi, varılan sonuçlar hep aynıdır⁴⁵⁶. Uygulamada, alıcı ile aynı konumda bulunan başka alıcıların bu ayıbı hemen idrak edebilecek olması halinde, somut olaydaki alıcının da ayıbın varlığından haberdar olması gerektiği gibi bir denetim kriterine başvurmakta fayda vardır. Fakat bu ifade, alıcının malı, sözleşmenin kurulmasından önce inceleme yükümlülüğünün olduğu yönünde yorumlanmamalıdır. Genel kabul gören görüş uyarınca, alıcının basit bir muayene ile ortaya çıkarabileceği sözleşmeye aykırılıklar bile, satıcının sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Alıcının sözleşme öncesi bir muayene yükümlülüğü yoktur⁴⁵⁷. Satıcının, malı muayene etmesi konusunda, alıcıyı ikaz etmiş olması da bu sonucu değiştirmez⁴⁵⁸. Zira bu aşamada malı muayene etmek ve özelliklerini ve eksikliklerini gereği gibi alıcıya aktarmak, satıcının riziko alanına girmektedir. Buna karşılık alıcının muayene etmeksizin fark edebileceği eksiklikler açısından satıcının bu sorumluluğu düşer, zira bu hallerde satıcının alıcıya aktarması gereken bilgilere, durumun aşikar olması nedeniyle, alıcının zaten sahip olduğu kabul edilebilmektedir.

⁴⁵³ Bkz. *Schwartz*, *Sachmängelgewährleistung*, 120 vd.; *Karollus*, 119. *Brunner*'in hakkı olarak ifade ettiği gibi, bu hallerde alıcının davranışının, güven kuramı uyarınca, malı olduğu gibi kabul ettiği şeklinde yorumlanması söz konusudur (*Brunner*, Art.35 N.20).

⁴⁵⁴ Örn. *Staudinger/Magnus*, Art.35 N.47; *Herber/Czerwenka*, Art.35 N.10; *Karollus*, 119; *Achilles*, Art.35 N.16; *Schwartz*, *Sachmängelgewährleistung*, 127.

⁴⁵⁵ Örn. *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.34; *U.Huber*, *RabelsZ* 1979, 413, 479; *Aue*, 85; *Hyländ*, *Conformity of Goods*, 305, 325; *Loewe*, Art.35 s.56. Bu bağlamda *Honnold*, Antlaşmanın bir çok maddesinde bilmesi gerekmeden ("ought to have known") bahsedilmiş olması, buna karşılık bu maddede, bilmemesinin mümkün olmaması ("could not have been unaware") ifadesinin kullanılmış olması üzerinde durmaktadır (*Honnold*, N.229). Yazara göre bu nokta, maddenin, ağır ihmalden öte bir özensizlik aradığını göstermektedir.

⁴⁵⁶ *P.Huber*, *Irrtumsanfechtung*, 111.

⁴⁵⁷ *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.35; *Heilmann*, 209; *Piltz*, § 5 N.44; *Schlechtriem*, *UN-Kaufrecht*, N.143; *Staudinger/Magnus*, Art.35 N.48; *P.Huber*, *Irrtumsanfechtung*, 111. *Honnold*, N.229; *Hyländ*, *Conformity of Goods*, 305, 325. Nitekim İsviçre-Türk hukukunda BK m.197'nin aynı şekilde anlaşıldığı konusunda bkz. *BaslerKommentar/Honsell*, Art.200 N.3; *Yavuz*, *Ayıp*, 83 vd. Amerikan hukukundaki farklı durum hakkında bkz. *Cerutti*, N.664 vd.

⁴⁵⁸ *P.Huber*, *Irrtumsanfechtung*, 111; *MünchKommBGB/Gruber*, Art.35 CISG, N.36.

Son olarak üzerinde durulması gereken husus, satıcının da maldaki aşikar olan bazı eksikliklerden haberdar olması ve bunları alıcıdan gizlemesi halinde nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir. Her ne kadar bir dizi hukuk düzeninde bu hususa ilişkin özel düzenlemeler varsa da⁴⁵⁹, bunlara hiç başvurulmadan Antlaşmadan bir çözüm üretilmesi mümkündür⁴⁶⁰. Buna göre alıcının malın eksikliklerini açıkça bildiği hallerde, satıcının niyeti önem taşımaz. Zira onun eksiklikleri bilinçli olarak gizliyor olması ile alıcının bu malı satın alması arasında bir nedensellik bağı yoktur⁴⁶¹. Ancak alıcının eksikliği fillen bilmediği fakat hal ve şartlara göre bilmemesinin mümkün olmadığı durumlarda, ayrıca satıcının da bir hilesi varsa, satıcının sorumlu tutulabilmesi gerekir. Zira ağır ihmalli alıcı ile hileli hareket eden satıcı arasında yine de korunmaya layık olan alıcıdır⁴⁶². Bu sonuca CISG m.7'de ifadesini bulan dürüstlük kuralından varmak mümkündür⁴⁶³.

III. Sözleşmeye Aykırılığın Saptanma Anı

CISG m.36 uyarınca⁴⁶⁴, sunulan malın sözleşmeye aykırı olup olmadığı, edim hasarının⁴⁶⁵ alıcıya intikali anına göre tayin edilir⁴⁶⁶. Buna göre:

⁴⁵⁹ Mukayeseli veriler için bkz. *Schwartz*, *Sachmängelgewährleistung*, 132.

⁴⁶⁰ *Staudinger/Magnus*, Art.35 N.52.

⁴⁶¹ *Kircher*, 55.

⁴⁶² Bu görüşte *P.Huber*, *Irrtumsanfechtung*, 111; *Karollus*, 119; *Staudinger/Magnus*, Art. N.52; *Achilles*, Art.35 N.16; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.37; *Kircher*, 55.

⁴⁶³ Diğer yandan CISG m.40 uyarınca, satıcının sözleşmeye aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde, alıcının muayene ve ihbar süresini geçirmiş olduğu savunmasını yapamayacak olması da genellemeye elverişli bir düşünce sunmaktadır, bkz. *MünchKommBGB/Gruber*, Art.35 CISG, N.37.

⁴⁶⁴ Antlaşmanın hazırlık sürecinde bu maddeye ilişkin olarak yaşanan tartışmalar hakkında bkz. *Aue*, 89 vd.

⁴⁶⁵ Kavram hakkında bkz. aşağıda Bölüm 4 § 4 A.

⁴⁶⁶ *Erdem*, *Batider* 1992, 25, 73. Bu konuda örn. Almanya, Yunanistan, Avusturya, Danimarka, İsveç, Norveç ve Hollanda'da kabul edilen kriterin, malın fillen teslim edildiği an olduğu görülmektedir. Bkz. *Schwartz*, *Sachmängelgewährleistung*, 109-110. Bu ülkelerden bazıları doğrudan teslim anını ifade etmekte, çoğunluğu ise hasarın intikali anında malın sözleşmeye uygun olmasını aramaktadır. Ancak hasarın intikali bu ülkelerde kural olarak borçlanılan malın teslimi ile gerçekleştiğinden, iki grupta da malın ayıpsız olmasının aranacağı an aynıdır. Diğer bir ülke grubu satım sözleşmesinin akdi anına kadar var olan ayıplardan dolayı satıcıyı sorumlu tutmaktadır. Bunlar İsviçre, İngiltere, İrlanda, Fransa, Belçika ve Lüksemburg'tur. Ancak bu ülkeler genelde mülkiyetin de satım sözleşmesi ile geçtiği ülkelerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Schwartz*, *Sachmängelgewährleistung*, 110-111. Türk-İsviçre hukukunda, mülkiyeti ziyetliğin nakline bağlı olarak, hasarı ise kural olarak sözleşmenin kurulduğu anda geçiren düzenlemenin tarihsel kökenleri ve beraberinde getirdiği uygulama sorunları hakkında bkz. *Atamer*, *Oğuzman'a Armağan*, 131, 135 vd. İsviçre-Türk hukukunda malın sözleşmeye aykırı olup olmadığını tayin anının hasarın intikali anı olduğu konusunda örn. bkz. *BaslerKommentar/Honsell*, Art.197 N.11; *Keller/Siehr*, 78; *Yavuz*, *Ayıp*, 86 vd.; *Aral*, 121.

“(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, mutad amaca veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantinin ihlali de dahil olmak üzere, herhangi bir yükümlülüğünün ihlaline dayanan sözleşmeye aykırılıktan sorumludur.”

Hasarın hangi anda intikal edeceği ise öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri ve sözleşme içeriğine yansıyan teamül uyarınca (CISG m.8 ve 9) belirlenir⁴⁶⁷. Örneğin tarafların *Incoterms*’e atıf yaptığı hallerde, bu kurallar içinde yer alan hasarın intikali hükümleri devreye girer. Buna karşılık sözleşmeden bir sonuca varılamıyorsa, CISG m.67-70 hükümleri yedek kurallar olarak uygulama alanı bulur⁴⁶⁸.

Hasarın alıcıya geçtiği anda mal, sözleşmeye uygun ise, malın daha sonra bozulması, çürümesi gibi nedenlerle satıcının sorumluluğuna kural olarak gidilemez. Ancak malın daha sonra ayıplı hale gelmesinin nedeni, hasarın intikali anında zaten mala ilişkin bir defo ise (*gizli ayıp*), satıcının sorumlu tutulacağı açıktır⁴⁶⁹. Örn. teslim edilen t-shirt’lerin ilk yıkamada % 10-15 çekmesi halinde satıcı sorumludur⁴⁷⁰. Veya gönderilecek borçlarda, taşıyıcıya teslimden, yani hasarın alıcıya geçmesinden sonra, paketlenmedeki bir hatadan dolayı malın zarar görmesi halinde de satıcının sorumlu olması normaldir⁴⁷¹. Bu hallerde de ayıp, hasarın intikali anında mevcut kabul edilir⁴⁷².

Ancak bazı durumlarda satıcının, hasarın intikalinden sonra gerçekleşen sözleşmeye aykırılıklardan da sorumlu tutulması söz konusu olabi-

⁴⁶⁷ MünchKommHGB/Benicke, Art.36 CISG, N.2; Brunner, Art.36 N.2. Sözleşme içeriğinin saptanması konusunda bkz. yukarıda Bölüm 3 § 2 B.

⁴⁶⁸ CISG uyarınca hasarın intikali konusunda bkz. aşağıda Bölüm 4 § 4.

⁴⁶⁹ Staudinger/Magnus, Art.36 N.9.

⁴⁷⁰ LG Landshut 5.4.1995, CISG-online N.93.

⁴⁷¹ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.36 N.4; Staudinger/Magnus, Art.36 N.11.

⁴⁷² Bir Alman istinaf mahkemesinin verdiği karara konu olan olayda, Belçika’dan Almanya’ya domuz eti satılmış; malların teslimi tarihinden kısa süre sonra, Belçika menşeli domuz etinde dioxin oranlarının yüksekliği nedeniyle Alman hükümeti satış yasağı getirmiştir. Mahkeme, satıcı tarafından ileri sürülen, hasarın intikali anında malın ayıplı olmadığı görüşüne itibar etmemiş ve ayıbın zaten bu anda mala ilişkin olduğunu ifade etmiştir. Olayda Alman hükümetinin getirdiği yasağı, AB genelinde ve Belçika’da da bu konuda bir düzenleme yapılması sonucunu doğurduğu için, mahkeme, malın, alıcının ülkesindeki kriterlere uygun olmasının aranmayacağı kuralının da bu halde uygulanmayacağını vurgulamıştır. Bkz. OLG Frankfurt am Main, 29.01.2004, CISG-Online N.822. Karar BGH 02.03.2005 (CISG-Online N.999) ile teyit edilmiştir.

li. CISG m.36, f.2’nin buna ilişkin olarak öngördüğü ilk hal, satıcının bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olmasıdır. Bu ihlalin, hasarın intikalinde önce veya sonra gerçekleşmiş olması fark yaratmayacaktır⁴⁷³. Örneğin taşımayı yapacak kişilerin kötü seçilmiş olması nedeniyle mala zarar gelmesi halinde, hasar intikal etmiş olmasına rağmen satıcı sorumlu tutulur. Veya satıcının, hasarın intikalinden sonra, örneğin sözleşme ile üstlenilmiş olan montaj yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediği hallerde de sorumluluk doğacaktır⁴⁷⁴.

CISG m.36, f.2’nin öngördüğü ikinci hal ise, satıcının sözleşme ile bir garanti üstlenmiş olduğu hallerdir. Garanti, malın belirli bir süre, taraflarca kararlaştırılan veya mutad olan amaca uygun işlev göreceğine ilişkin olarak verilmiş olmalıdır⁴⁷⁵. Kuşkusuz burada dikkat edilmesi gereken bir nokta, CISG m.35 uyarınca aranan özelliklerin de malın belirli bir süre belirli bir işleve hizmet etmesini gerektirdiğidir. Eğer mal 2 hafta sonra işlevini yerine getirmiyorsa, bu durumda zaten m.35 anlamında ayıplı olduğu, dolayısıyla da m.36, f.1 kapsamına girdiği kabul edilmek gerekecektir. Kast edilen, satıcının, bunun ötesinde bazı vasıflar açısından taahhütte bulunmuş olmasıdır.

IV. Malın Muayenesi ve Sözleşmeye Aykırılık İhbarı

1. Genel Olarak

Satıcı tarafından teslim edilmiş olan malı muayene etme ve sözleşmeye aykırılıkların varlığı halinde, bunları satıcıya ihbar etme külfeti bir dizi hukuk düzeninde ticari satışlar açısından öngörülmüştür⁴⁷⁶. Bu kül-

⁴⁷³ Brunner, Art.35 N.3; MünchKommHGB/Benicke, Art.36 CISG, N.4.

⁴⁷⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.36 N.5.

⁴⁷⁵ Brunner, Art.36 N.4. Ayrıntı için bkz. Staudinger/Magnus, Art.36 N.15-21.

⁴⁷⁶ Metinde vurgulandığı üzere, özellikle muayene külfeti Kara Avrupa’sı hukuklarında sadece ticari satışlar açısından kabul edilmiştir (Ayrıntı için bkz. Schwartz, Sachmängelgewährleistung, 474 vd.). Buna karşılık İsviçre Borçlar Kanununda bu külfetin tüm satış türleri açısından var olması yıllardır haklı eleştirilere konu olmuştur. (Bu alanda kuşkusuz en çok ses getiren çalışma, Bucher’in, 1971 yılında yayınlanmış olan makalesidir, bkz. SJZ 1971, 1 vd. Bu makalenin Buz tarafından işlenmiş ve Türkçe’ye tercüme edilmiş bali için bkz. Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, 145 vd. Ayrıca bkz. BernerKommentar/Giger, Vorbem. zu OR Art.197-210, N.27.). İsviçre hukukundaki bu özelliğin kaynağında, ticaret hukuku ve borçlar hukukunu ayırmama ve tek bir kanun içinde düzenleme tercihi yatmaktadır. Kramer’in ifadesi ile borçlar hukuku bu yüzden “ticarileşmiştir” (*Kommerzialisierung*), bkz. Kramer, LJZ 1988, 1, 4. Dolayısıyla normalde ticaret kanunlarında, ticari satışlar başlığı altında ele alınacak olan muayene ve ihbar külfeti, İsviçre’de bütün satışlara şamil olacak şekilde düzenlenmiştir (Düzenlenmenin tarihi kökenleri bakımında ayrıntılı olarak Bucher/Buz, Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, 145, 165 vd.). Ancak İsviçre hukukuna özgü bu gerekçeleri Türk Borçlar Kanununda aynı külfetlerin yer almasını açıklamak için kullanmak mümkün değildir. Zira Türkiye, bem-

fetin hizmet ettiği amaçlar konusunda öğretide birden fazla sebep gösterilmektedir⁴⁷⁷. Bir yandan tarafların ikisinin de, sözleşmenin gereği gibi ifa edilip edilmediği konusunda bilgi sahibi olma ve işleme bir an önce sonuçlandırma menfaatleri bu şekilde korunurken, diğer yandan sözleşmeye aykırı ifayı ispata yarayacak verilerin kaybolması engellenmektedir. Ayrıca alıcının, satıcı aleyhine, malın ticari değerine göre spekülasyonda bulunmasının da önü alınmaktadır. Ancak CISG'nin hazırlanması aşamasında en çok tartışılan maddelerin m.38 ve m.39 olmuş olması, bu gerekçelerin her ülke hukuk düzeninde kabul görmediğini veya bu külfetleri alıcıya yüklemek için yeterli sayılmadığını göstermektedir. Nitekim CISG Danışma Kurulunun⁴⁷⁸ 2004 yılında bu iki maddenin yeknesak uygulanması için yayınlamış olduğu 2 numaralı Görüşte de⁴⁷⁹, bu soruna ilişkin dünyada özellikle iki yaklaşımın çatıştığından bahsedilmektedir. Birincisi, bir çok Kara Avrupası ülkesinde kabul edilmiş olan, kısa ihbar süresine ve sözleşmeye aykırılığın türünün bu ihbarda belirtilmesi şartına uyulmaması halinde alıcının bütün haklarını kaybetmesidir. İkincisi ise bu tür bir ihbarın sözleşmeden dönmek isteyen alıcı tarafından yapılmasını arayan, ancak sözleşmeye aykırı mal nedeniyle tazminat talep etme

Borçlar Kanunu hem de Ticaret Kanunu olan bir ülkedir ve nitekim TTK m.25'de ticari satım sözleşmeleri açısından özel bir düzenleme de mevcuttur. Bu açıdan BK içine, adi satımlarda uygulanmak üzere muayene ve ihbar külfetinin alınmış olmasını açıklamak daha da zorlaşmaktadır. Olumlu bir gelişme, en azından Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun, tüketici satımlarına ilişkin m.4 içinde bu külfetten vazgeçmiş olmasıdır (Bkz. *Aral*, 126-127; *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 36 N.35; *Atamer*, ZEuP 2005, 566, 585). Aksi görüş için bkz. *Zevkiler / Aydoğdu*, Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. baskı, Ankara 2004, 120). Ancak özellikle İsviçre doktrininde yaşanan bu tartışmalara rağmen Borçlar Kanunu Tasarısı m.228'de "gözden geçirme ve satıcıya bildirme" başlığı altında maddenin aynen muhafaza edilmiş ve gerekçede bu tartışmalara değinme ihtiyacı dahi hissedilmemiş olmasını anlamak zordur.

Oysa *Medicus*'un aktardığına göre, BGB reformunun hazırlanması sürecinde, sayıca bu tür bir düzenleme ekleme hususu tartışılmış, ancak ticari olmayan satımlarda, alıcının, malı satın aldıktan sonra onu muayene etme yükümü altında tutulmasının işin niteliğine uygun düşmemesi nedeniyle reddedilmiştir (*Dieter Medicus*, Verbraucherrecht und Verbrauchsgüterkauf in einem kodifikatorischen System - Bürgerrecht, Handelsrecht und Sonderprivatrecht, in: *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), Köln 2000, 219, 228). Muayene ve ihbar külfeti sadece ticari satışlar açısından HGB § 377'de muhafaza edilmiştir. Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Baumbach / Hopt*⁴⁸¹, § 377 N.1 vd. Tüketici satımları hakkında AB Yönergesi de bir muayene külfeti düzenlememiştir. İhbar açısından ise üye ülkeler serbest bırakılmıştır. İstenirse, alıcının ayıbı tespit etmesinden itibaren 2 aylık bir süre içinde durumu satıcıya bildirilmesi külfeti tüketicieye yüklenebilecektir (Yönerge m.5, f.2).

⁴⁷⁷ Muayene ve ihbar yükümlülüğünün ticaret hayatındaki gerekçeleri hakkında bkz. *Janssen*, 41 vd.; *Freiburg*, 183-184; *Vogel*, 12 vd.

⁴⁷⁸ Bu Kurul'un niteliği hakkında bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 B II b.

⁴⁷⁹ CISG-AC, Op.2 (*Bergsten*), Comment N.2.1 vd.

hakkını alıcıya her şartta veren sistemdir. Bu ikinci sistem bir dizi gelişmiş ülkenin yanı sıra⁴⁸⁰ çok sayıda gelişmekte olan ülkede geçerli olması ise Antlaşmanın hazırlanması sürecinde sorun doğurmuştur⁴⁸¹. Zira gelişmekte olan ülkeler, kısa ihbar sürelerine uyamayacakları kaygısı ile m.39, f.1'in tamamen Antlaşmadan çıkarılmasını talep etmişlerdir. Uzlaşma ancak, aşağıda incelenecek olan istisnai hallerde ihbarın yapılamamasına rağmen, alıcının tazminat veya semenin tenzili hakkının baki kalacağını öngörülmesi (CISG m.44) ile sağlanmıştır⁴⁸². *Bergsten*'e göre, CISG hem m.44'deki istisnayı getirmek, hem de muayene ve ihbar sürelerini esnek düzenlemek suretiyle aslında anılan iki sistemi uzlaştıran bir çözüme ulaştırmıştır⁴⁸³.

Gerek malın muayenesi, gerekse tespit edilen sözleşmeye aykırılığın ihbarı CISG çerçevesinde birer *külfet*⁴⁸⁴ olarak düzenlenmiştir⁴⁸⁵. Yani, alıcının bazı haklardan faydalanabilmek için yerine getirmesi gereken ödevlerdir bunlar. Eğer alıcı muayene ödevini zamanında yerine getirmezse, normal bir muayene sonucu tespit edilebilecek olan ayıplar açısından haklarını kaybedecektir. Eğer muayene edip ayıbı tespit etmesine rağmen, bunu vaktinde ihbar etmemişse yine aynı sonuç doğacaktır. Muayene ile ortaya çıkmayacak bir ayıp söz konusu olan hallerde (gizli ayıp)⁴⁸⁶, bu ayıbın ortaya çıkması anından itibaren yine öngörülmüş olan sürede ihbarda bulunmaması halinde alıcı haklarını yitirecektir. Muayene ve ihbar külfeti arasındaki yakın ilişkiyi rağmen, muayene, vaktinde yapılacak bir ihbarın ön koşulu değildir. Alıcı, malı muayene etmeyi ihmal etmiş olmasına rağmen, sözleşmeye aykırılığı tesadüfen vaktinde tespit ederse, yapacağı ihbar yine de geçerli olacaktır⁴⁸⁷. Veya ayıbın gizli olduğu hallerde, başlangıçta hiçbir muayene yapmamış olması da haklarını kullanmasını engellemeyecektir⁴⁸⁸.

⁴⁸⁰ Örneğin ABD hukuku için bkz. *Cerutti*, N.551 vd.

⁴⁸¹ *Ryan*, 4 Tul. J. Int'l & Comp. L. 99, 110 vd. (1995-1996).

⁴⁸² CISG-AC, Op.2 (*Bergsten*), Comment N.3.5; *Freiburg*, 183. Konferans görüşmelerine ve tartışmalarına ilişkin güzel bir özet için bkz. *Draft Digest/Flechtnier*, 378-379.

⁴⁸³ CISG-AC, Op.2 (*Bergsten*), Comment N.4.4.

⁴⁸⁴ Kavram hakkında bkz. *Kocayusuşpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku § 2 N.48. *Aday*, Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 2000.

⁴⁸⁵ *Staudinger/Magnus*, Art.38 N.12; *Janssen*, 43; *Brunner*, Art.38 N.3; *Gerny*, 215.

⁴⁸⁶ Her ne kadar CISG'da açıkça "gizli" ayıplardan bahsedilmemişse de m.38 ve 39'un birlikte değerlendirilmesinden, Antlaşmanın da bu tür bir ayırım yaptığı sonucuna varılmaktadır. Aynı yönde *Gerny*, 185; *Brunner*, Art.38 N.2; *Freiburg*, 193 vd.; *Vogel*, 111. Teslim edilen mezarlık taşlarının ilk muayenede sözleşmeye uygun bulunması, ancak 2-3 hafta sonra taşlarda ince beyaz damarların ortaya çıkması gizli bir ayıptır (OGH 07.09.2000, CISG-Online N.642).

⁴⁸⁷ *Freiburg*, 182.

⁴⁸⁸ *Staudinger/Magnus*, Art.38 N.13; *Janssen*, 44; *Brunner*, Art.38 N.1.

Muayene ve ihbar külfeti, satıcı tarafından teslim edilen mala ilişkin olarak öngörülmüştür. Ancak kıyasen CISG m.34 çerçevesinde alıcıya verilmesi gereken belgeler açısından da varlığı kabul edilmek gerekir⁴⁸⁹. Teslim edilen malın bir aliud veya eksik ifa olması halinde de sözleşmeye aykırı bir ifa söz konusu olduğu için alıcının ihbar külfeti bu durumda da mevcuttur⁴⁹⁰. Malın paketinin sözleşmeye aykırı olması ve bunun başlı başına bir sözleşme ihlali oluşturması hallerinde ihbar külfeti olduğu gibi, malın kötü ambalajı nedeniyle hasar görmüş olması halinde de bu mevcuttur. Aynı şekilde malın kullanılması için gerekli olan teknik çizimler, kullanma talimatlarının eksikliği de ihbar edilmek gerekir⁴⁹¹. Eğer bir kez sözleşmeye aykırı ifa gerçekleşmiş ve alıcı tamirat veya yenisi ile değiştirme hakkını kullanmışsa, gerek tamiratın tamamlanması, gerekse yeni malın teslim edilmesinden sonra tekrar bir muayene ve duruma göre ihbar külfeti doğacaktır⁴⁹². Hukuki ayıplar açısından ihbar külfeti ise ayrı olarak düzenlenmiş olduğu için bu konu aşağıda ele alınacaktır⁴⁹³.

Gerek muayene gerekse ihbar külfetine ilişkin hükümler yedek olmaları itibarıyla tarafların aksine bir düzenleme yapmasına engel yoktur⁴⁹⁴.

2. Malın Muayenesi

CISG m.38 uyarınca:

- (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 sonrasında ertelenebilir.
- (3) Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkana 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 gerekiyorsa, muayene, malların yeni varma yerine ulaşması sonrasında ertelenebilir.

⁴⁸⁹ Herber/Czerwenka, Art.34 N.7; Staudinger/Magnus, Art.38 N.9; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.38 N.7; Brunner, Art.38 N.4; Freiburg, 188; Vogel, 42 vd.

⁴⁹⁰ Bkz. bu Bölümde yukarıda § 3 B II 1 b ve c. Ayrıca Gerny, 177; Staudinger/Magnus, Art.39 N.10-11.

⁴⁹¹ BG 28.05.2002, CISG-Online N.676.

⁴⁹² LG Oldenburg, 09.11.1994, CISG-Online N.114. Ancak bu durumda sürelerin daha esnek olarak hesap edilmesi doğru görülmektedir. Ne de olsa satıcı durumdan bir kez haberdar olmuştur ve buna göre işlerinin akışının ayarlaması imkanı vardır. Aynı yönde Staudinger/Magnus, Art.39 N.56.

⁴⁹³ Bkz. bu Bölümde aşağıda § 3 C IV.

⁴⁹⁴ Staudinger/Magnus, Art.39 N.15.

a. Muayene Külfetinin Kapsamı

Muayenenin nasıl gerçekleştirileceği konusunda CISG m.38 herhangi bir açıklama içermemektedir⁴⁹⁵. Dolayısıyla taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine; bu konuda bir hüküm yoksa aralarındaki alışkanlıklara veya ticari teamüllere göre muayenenin şekli ve usulü hakkında bir saptama yapmak gerekir⁴⁹⁶. Önem taşıyan, incelemenin, ticaret hayatının beklentilerine uygun bir şekilde, uzmanlar tarafından ve özenli olarak gerçekleştirilmesidir. Özellikle malın kalitesi, miktarı, cinsi, türü gibi konularda bir inceleme yapılacaktır. Bu konuda her somut olayın objektif koşullarına göre makul bir incelemenin ne anlama geleceği saptanmak gerekir⁴⁹⁷. Örneğin normalde malın tamamının incelenmesi beklenirken, büyük miktarlarda dökme yük, konserve, paket vs. teslimatında bunun mümkün olmayacağı açıktır. Bu hallerde sadece numune alınması ve bunların sözleşmeye uygunluğunun denetlenmesi yeterli sayılır⁴⁹⁸. Kuşkusuz numunenin temsil kabiliyetinin olması gerekir⁴⁹⁹. Diğer yandan malın muayene edilmesinin, malın niteliklerini önemli surette etkileyeceği hallerde, örn. fabrikada kullanılmak üzere teslim edilen büyük bütan gaz şişelerinde denetimin sadece dıştan yapılması mümkün olacaktır⁵⁰⁰. Komplike teknik aletlerin muayenesinde ise alıcının bütün sistemi gözden geçirmesi beklenemez. Ancak bu hallerde de en azından belirli sayıda makineyi çalıştırması ve işlevlerini kontrol etmesi aranır⁵⁰¹. Aynı şekilde, işlenmesi söz konusu olan bir malın da, ufak bir miktarının, işlenmeye elverişli olup olmadığı yönünde incelenmesi makuldür⁵⁰².

Alıcı veya yanında çalışanlar, yeterli bilgi sahibi olmaları halinde

⁴⁹⁵ Oysa ULIS m.38, f.4'de, taraflar sözleşmede bir düzenleme yapmamışsa, muayene yerinde geçerli olan hukuki düzenlemelere veya adetlere göre muayenenin yapılması gerektiği öngörülmüştür.

⁴⁹⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.38 N.11; Gerny, 184; Staudinger/Magnus, Art.38 N.19; Freiburg, 193.

⁴⁹⁷ Sekreteryası Şerhi, Art.36 N.3; Janssen, 107; Gerny, 184; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.38 N.13; Freiburg, 193.

⁴⁹⁸ Janssen, 109-110; Gerny, 183. Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.38 N.14. OLG Karlsruhe 25.06.1997, CISG-Online N.263 (yapıştırma bandının iz bırakıp bırakmadığı, bir parçasının denenmesi suretiyle hemen anlaşılabilir bir sözleşmeye aykırılıktır); OLG Saarbrücken, 13.01.1993, CISG-Online N.83 (paket içinde teslim edilen kapılardan bir kaçının açılıp denetlenmesi gerekir).

⁴⁹⁹ Gerny, 188.

⁵⁰⁰ Honnold, CISG, N.252

⁵⁰¹ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.38 N.14; Freiburg, 194.

⁵⁰² LG Berlin 21.3.2003, CISG-Online N.785 = IHR 2003, 228 (kumaş satımında en azından bir numunenin boyanmaya elverişli olup olmadığına denenmesi gerekir); Ancak LG Landshut 05.04.1995, CISG-Online N.193, kararında mahkeme, alıcının, teslim edilen spor eşyalarından numune alıp, bunları yıkamak suretiyle çekmediğini tespit etme yükümlülüğünün bulunmadığına hükmetmiştir.

muayeneyi kendi başlarına gerçekleştirebilirler. Ancak bu bilgisinin yetersiz olması halinde bir uzmana danışma mecburiyeti vardır⁵⁰³. Fakat bu konuda beklentilerin de, alıcının bulunduğu ülkeye göre değişebileceği hesaba katılmak gerekir⁵⁰⁴. Alıcıdan sadece makul olan ölçülerde bir çaba sarf etmesi ve özen göstermesi beklenebilir^{505,506}. Gerek kullandığı uzmanların, gerekse yardımcı kişilerinin muayeneyi eksik gerçekleştirmelerinin sonuçlarına alıcı katlanacaktır⁵⁰⁷. Kural olarak muayene masraflarını da alıcı taşımak durumundadır⁵⁰⁸. Ancak malın muayenesi sonucunda sözleşmeye aykırı olduğu tespit edilirse bu masrafları daha sonra satıcıya yansıtması imkanı kuşkusuz mevcuttur.

Muayenenin gizli ayıpları tespit etmesi beklentisi ise yoktur. Dolayısıyla muayenenin gereği gibi yapılmasına rağmen ortaya çıkarılmayan ayıpların tümü gizlidir ve tespit edilmelerinden itibaren ihbar süresi işlemeye başlar. Muayene sadece numune üzerinden yapılmış ve bunlar sözleşmeye uygun bulunmuşsa, kalan maldaki ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıklar da gizli ayıp kategorisinde sayılır ve ancak belirdikten sonra ihbar edilebilir⁵⁰⁹.

b. Muayene Süresinin Başlangıç Anı

Kural olarak muayene süresi, malın kararlaştırılan yerde veya yedek olarak CISG m.31 uyarınca tespit edilecek olan yerde teslim edilmesi⁵¹⁰ veya hazır bulundurulması ile işlemeye başlar⁵¹¹. Ancak m.38'in

⁵⁰³ Janssen, 113; Staudinger/Magnus, Art.38 N.31.

⁵⁰⁴ Gerny, 187.

⁵⁰⁵ Staudinger/Magnus, Art.38 N.32; Freiburg, 195.

⁵⁰⁶ LG Paderborn, 25.06.1996, CISG-Online, N.262 (Jaluzi imalatı için kullanılan PVC granüllerinin, imalat sonrası ışık geçirip geçirmediğini tespit etmek için kimyasal analize ihtiyaç yoktur); LG Trier, 12.10.1995, CISG-Online N.160 (Şarabın su katkılı olup olmadığını tespit etmek için kimyasal analize ihtiyaç yoktur).

⁵⁰⁷ Olsa olsa uzman bir kuruluşun yaptığı hata nedeniyle vaktinde ihbarda bulunamayan alıcının CISG m.44'e dayanması düşünülebilir. Bu madde hakkında bkz. bu Bölümde aşağıda § 3 B IV 3 e bb (3).

⁵⁰⁸ Brunner, Art.38 N.14; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.38 N.27.

⁵⁰⁹ Staudinger/Magnus, Art.38 N.29. Yazarn haklı olarak ifade ettiği gibi, alıcının numune üzerinden inceleme yaparken bunların cüzzî derecede, ancak kendisi tarafından kabul edilebilecek marjlar içinde sözleşmeye aykırı olduğunu tespit etmesi halinde bir ihbarda bulunmaması, daha sonra ortaya çıkan, çok daha ciddi sözleşmeye aykırılıkları da kabul ettiği anlamına gelmez. Bu hallerde de bir gizli ayıplın varlığı kabul edilir.

⁵¹⁰ Eğer mallar teslim yerinden başka bir yerde alıcıya sunulmuşsa, sürenin işlemeye başlaması söz konusu olmaz. Bu hallerde ancak, alıcının bu sözleşmeye aykırılığa rağmen malı teslim almayı kabul etmesi halinde süreler işlemeye başlar, Vogel, 51; Staudinger/Magnus, Art.38 N.38.

⁵¹¹ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.38 N.19. Alıcıya teslim edilen makinelerin çalıştırılabilmesi için, satıcının, kullanma talimatları vermesi gerektiği veya personelinin bunları monte etmesi gerektiği hallerde sürenin işlemesi ileriye atılacaktır, Vogel, 49.

ikinci fıkrasından da anlaşılacağı üzere, gönderme borcu içeren sözleşmeler açısından muayene süresi malın teslim edilmesi ile, yani taşıyıcıya verilmesi ile değil ancak varma yerine ulaşması ile başlayacaktır⁵¹². Varma yeri, taraflar arasında aksine bir düzenleme olmadığı sürece malın taşıma sözleşmesi uyarınca ulaştırılacağı son yerdir⁵¹³.

Mallar, milletlerarası ticarete sık karşılaşıldığı üzere varma yerine henüz ulaşmadan başka bir yere yönlendirilmişse (*redirected in transit*) veya varma yerine ulaşmasına rağmen hemen başka bir yere gönderilmiş ise (*redispached*), alıcının malları muayene etme imkanı fiilen olmayacaktır⁵¹⁴. Bu hallerde muayene ertelenecek ve nihai varma yerinde gerçekleştirilebilecektir. Kast edilen, alıcının malları varma yerinde teslim alması, depolara koyması ve akdettiği satış sözleşmeleri çerçevesinde oradan göndermesi değildir. Bu hallerde mallar kuşkusuz varmış sayılır ve muayene gerçekleştirilmek gerekir⁵¹⁵. Depolama süresi ne kadar uzun olursa muayenenin gerçekleştirilmesi gerektiği o oradan kabul edilebilir⁵¹⁶. 3. fıkra, malların hiç alıcının eline geçmeden veya gemiden indirilip trene yüklenme süresi kadar eline geçtiği hallerde, muayenenin ticaret hayatının hızlı akışını engellememesi için getirilmiş olan bir düzenlemedir⁵¹⁷.

Dikkat edilmesi gereken husus, fıkra 3'ün uygulanması için satıcının, alıcının mali henüz nakil halindeyken veya varmasının hemen akabinde farklı bir yere yönlendirmesi veya göndermesi olasılığının varlığından haberdar olması⁵¹⁸ veya en azından haberdar olabilecek durumda olması gerektiğidir⁵¹⁹. Alıcının bu konuda satıcıyı uyarması halinde

⁵¹² Taşıyıcının taşıma evrakını düzenlemeden malın durumuna ilişkin olarak bir inceleme yapması, onun, alıcının yardımcı kişisi olarak hareket ettiği ve muayeneyi gerçekleştirdiği anlamına gelmez. Taşıyıcının bu yükümlülüğü alıcının muayene külfetinden bağımsızdır. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.38 N.21.

⁵¹³ Kavram hakkında bkz. yukarıda Bölüm 4 § 2 A III 1. Staudinger/Magnus, Art.38 N.53; Vogel, 81. Ancak CISG m.38, f.2'nin uygulanması, taraflar arasındaki sözleşmede dışlanmış olabilir. Örneğin, Türkiye'den Almanya'ya nakledilecek olan salatalık yükü açısından mahkeme, bunların sözleşmeye uygunluğunun Türkiye'de, yüklemeye önce araştırılacağı konusunda tarafların anlaşmış olduğunu kabul etmiş, dolayısıyla, Alman alıcının ihbar külfetini zamanında yerine getirmediğine hükmetmiştir. Bkz. OLG Düsseldorf, 08.01.1993, CISG-Online N.76.

⁵¹⁴ Freiburg, 195.

⁵¹⁵ OLG Saarbrücken, 13.01.1993, CISG-Online N.83; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.38 N.23

⁵¹⁶ Brunner, Art.38 N.10.

⁵¹⁷ Özellikle malın konteyner içinde nakli halinde bu fıkranın uygulanması söz konusu olacaktır. Örnek için bkz. Vogel, 85 vd.

⁵¹⁸ OLG Köln 22.02.1994, CISG-Online N.127; LG Frankfurt a.M. 11.04.2005, CISG-Online N.1014.

⁵¹⁹ Freiburg, 196. Yazarn haklı olarak ifade ettiği gibi, satıcının onay vermiş olması aranmaz, sadece bilgi sahibi olması önem taşır.

sorun çıkmaz. Ancak bu tür açık bir uyarının var olmadığı hallerde alıcının kimliği önem kazanacaktır. Eğer, ticaretle iştigal eden bir şirket veya ara satıcı veya toptancı olduğunun, satıcı tarafından anlaşılması mümkünse fıkra 3'ün uygulanması imkanı yine vardır⁵²⁰. Bu hallerde artık muayeneyi yeni alıcı yapacak ve hem yeni hem de eski alıcı açısından, sözleşmeye aykırılığa dayanan haklarını ileri sürmek bu muayenenin gereği gibi yapılmış olmasına bağlı olacaktır⁵²¹.

c. Muayene Süresi

Muayene süresi konusunda CISG m.38 kesin bir veri içermemektedir. Her ne kadar ULIS m.38'de de bu yönde bir açıklık var olmamakla beraber, kullanılan ifade CISG'da değişmiştir. ULIS'de muayenenin "kısa bir süre içerisinde" gerçekleşmesi aranmaktaydı. Ancak bu sürenin ULIS m.11 uyarınca "hal ve şartlar değerlendirildiğinde olabilecek en kısa süre" olarak anlaşılması gerekmektedir. Oysa CISG'daki ifade "koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre" olmuş, yani en kısa süre şartından vazgeçilmiştir⁵²². Dolayısıyla her somut olayda, koşulların değerlendirilmesi ve alıcı ile satıcının menfaatlerinin dengelenmesi gerekecektir. CISG m.7, f.1'de düzenlenmiş olduğu üzere hakim, milletlerarası ticarete dürüstlük kuralını teşvik eden çözümler üretmek durumundadır.

Mahkeme uygulamasında muayene süresi tespit edilirken özellikle önem verilmiş olan hususlar; malın türü (çabuk bozulabilen mallar⁵²³, sezon malları⁵²⁴, hayvan⁵²⁵, dayanıklı mal), malın teknik özellikleri⁵²⁶, tes-

⁵²⁰ Brunner, Art.38 N.10; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.38 N.25.

⁵²¹ Freiburg, 196.

⁵²² "As short as possible" yerine "as short as practicable in the circumstances" ifadesinin kullanılması, daha esnek bir yaklaşımın tercih edildiğini gösterdiği yönünde bkz. Staudinger/Magnus, Art.38 N.6.

⁵²³ AG Riedlingen, 21.10.1994, CISG-Online N.358 (Jambon için muayene süresi 3 gün); OLG Saarbrücken, 03.06.1998, CISG-Online N.354 (uluslararası çiçek ticaretinde, teslim edilen çiçeklerin aynı günde muayene edilmesi gerekir).

⁵²⁴ OGH, 14.01.2002, CISG-Online N.643; AG Kehl 06.10.1995, CISG-Online N.162 (Kazakların 18.12.1992'de teslim edilmesi ve 29.01.1993'de sözleşmeye aykırılığın ihbar edilmesi sezonluk mallar için gecikmiş sayılır).

⁵²⁵ OLG Schleswig-Holstein, 22.08.2002, CISG-Online N.710 (Satım konusunu, olayda olduğu gibi canlı hayvan teşkil etmesi halinde, bunların durumunun aynı günde veya en geç ertesi güne kadar denetlenmek gerekir).

⁵²⁶ Komplike makineler ve teknik aletlerde, alıcının sözleşmeye aykırılığın olası etkilerini ve boyutlarını takdir edebileceği kadar esnek bir süre verilmelidir. BGH 03.11.1999, CISG-Online N.475 (kağıt öğütme makinesine takılan parçaların yanlışlığı sonucu zarar meydana gelmesi halinde, alıcının önce, kendi personelinin yanlış kullanımından kaynaklanan bir sorun olup olmadığını araştırması normaldir. Makinenin zarara sebep olmasından 7 hafta sonra yapılan ihbar halen süresinde yapılmıştır). Karar hakkında bkz. Schlechtriem, EWIR 2000, 125, 126. Ayrıca bkz. LG Düsseldorf, 23.06.1994, CISG-Online N.179 (Pres makinelerine monte edilecek olan motorları sınamak için 4 ay fazla uzun bir süre).

limatın adedi ve kapsamı⁵²⁷, sözleşmeye aykırılığın tespitinin kolaylığı⁵²⁸, alıcının konumu ve işletmesinin büyüklüğü (toptancı/nihai kullanıcı/aile işletmesi/büyük ölçekli işletme)⁵²⁹, bulunduğu ülkenin koşulları ve kültürel farklılıklar gibi çok farklı unsurlar olmuştur⁵³⁰.

3. Sözleşmeye Aykırılık İhbarı

Alıcı malın muayenesi sonucunda bir sözleşmeye aykırılık saptadığı takdirde, bu durumdan satıcıyı haberdar etmesi gerekir. Eğer bunu CISG m.39'da öngörülen süreler içinde yapmazsa, davranışı, sözleşmeye aykırılığa rağmen malı kabul ettiği şeklinde anlaşılır ve sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını büyük ölçüde kaybeder. Diğer yandan alıcının, muayene sonucu ortaya çıkmamış olan gizli ayıpları da, ortaya çıktıkları tarihten itibaren belirli bir süre içinde satıcıya ihbar etmesi gerekir. Aşağıda görüleceği üzere alıcının ancak malın fiilen kendisine teslim edilmesinden itibaren 2 yıllık bir süre boyunca ihbarda bulunma imkanı vardır. CISG m.39 uyarınca:

- (1) Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya sözleşmeye aykırılığı, türünü de belirterek bildirmese, 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 bildirmese, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğerki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun.

a. Sözleşmeye Aykırılık İhbarının İçeriği ve Şekli

Taraflar arasında aksine bir düzenleme yapılmamışsa⁵³¹, CISG m.39, f.1 uyarınca alıcının, ne tür bir sözleşmeye aykırılığın söz konusu

⁵²⁷ OLG Hamburg 26.11.1999, CISG-Online N.515 (8900 adet ve 8160 adet kot pantolonun Mayıs başında teslim edilmesi halinde ihbarın 15 ve 17 Mayıs tarihlerinde yapılması ve nihai sözleşmeye aykırılık listesinin 1 Eylül'de verilmesi yeterli görülmüştür).

⁵²⁸ OLG Koblenz, 18.11.1999, CISG-Online N.570 (Cam elyafı rulolarının açılması halinde hemen tespit edilebilecek olan ayıplar için 1 hafta); LG Darmstadt, 29.05.2001, CISG-Online N.686 (Mobilya için 10 gün).

⁵²⁹ Staudinger/Magnus, Art.38 N.45.

⁵³⁰ CISG m.38'e ilişkin olarak Ocak 2004'e kadar verilmiş olan kararların bir listesi ve her bir kararda m.38'in uygulanma şekli hakkında bkz. CISG-AC, Op.2 (Bergsten), Annex. Ayrıca bkz. OGH 14.01.2002, CISG-Online N.643; OGH 27.08.1999, CISG-Online N.485; Ferrari, RabelsZ 2004, 473, 481 vd.; Kramer, FS Koppensteiner, 617, 622 vd.; Vogel, 63 vd.

⁵³¹ OGH 21.03.2000, CISG-Online N.641 (Almanya ve Avusturya arasında odun ticaretinin yapıldığı hallerde "Tegernsee Teamüllerinin" CISG m.9, f.2 uyarınca geçerli olduğu ve bu kuralların 14 günlük bir muayene ve ihbar süresi öngördüğü hakkında).

olduğunu ihbarında açıkça tanımlaması gerekir. Bu düzenlemenin amacı, satıcıya, kendisine yapılan ihbarın içeriğine göre hareket etme imkanı vermektedir. Yani sözleşmeye aykırılığın boyutuna göre satıcı, CISG m.48 uyarınca, tamirat veya yenisi ile değiştirme opsiyonlarından birini alıcıya teklif edebilecek veya malın yeniden muayenesi yoluna gidebilecektir⁵³². Dolayısıyla alıcıdan beklenen, sözleşmeye aykırılığı mümkün olduğu ölçüde tanımlamasıdır⁵³³. Sadece malın ayıplı olduğu veya ikinci sınıf olduğu veya bozuk olduğu gibi ifadeler ihbar külfetini gereği gibi yerine getirmekten yeterli sayılmamaktadır⁵³⁴. Diğer yandan farklı ayıplar söz konusu ise bunların ihbarda ayrı ayrı açıklanması beklenir⁵³⁵. Sözleşmeye aykırılığın teslim edilen malların tümüne değil de sadece bir bölümüne ilişkin olması halinde mümkün olduğu ölçüde bunun miktar, adet vs. ile somutlaştırılması da gerekir⁵³⁶.

Ancak ihbarın içeriğine ilişkin beklentinin çok da aşırıya götürülmesi halinde, sözleşmeye aykırı ifa rizikosunun tamamen alıcıya yüklenmesi söz konusu olacaktır⁵³⁷. Bu açıdan dikkatli olmakta fayda vardır. Nite-

⁵³² Brunner, Art.39 N.4; Staudinger/Magnus, Art.39 N.21; Schretery Şerhi, Art.37 N.4

⁵³³ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.39 N.7; Freiburg, IHR 2005, 56, 61. BGH 25.06.1997, CISG-Online N.277 (teslim edilen çeliğin çapaklı olduğunun ifade edilmesi yeterli sayılmıştır).

⁵³⁴ OLG München 09.07.1997, CISG-Online N.282 ("bu ürün, sunmuş olduğumuz verilere uygun imal edilmediği için müşterimize teslim etmemiz mümkün değildir."); LG Erfurt 29.07.1998, CISG-Online N.561 ("Kalite düşüldüğü nedeniyle işleyemediğimiz 2481 çift taban, tarafımızdan teslim alınması için depomuzda muhafaza edilmektedir"); OLG Saarbrücken 03.06.1998, CISG-Online N.354 ("teslim edilen çiçekler berhat durumdadır"); HG Zürich, 21.09.1998, CISG-Online N.416 = SZIER 1999, 188, 189 (matba tarafından hazırlanmış olan sergi kataloğuna ilişkin olarak "ayıplı ifa edilmiştir" ibaresi); LG Hannover, 01.12.1993, CISG-Online N.244 ("düşük ve kötü kalite"). Ayrıca örnek için bkz. Lurger, JBl 2002, 750, 756.

⁵³⁵ Brunner, Art.39 N.9; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.39 N.10.

⁵³⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.39 N.9; Freiburg, 191; Vogel, 99.

⁵³⁷ Schlechtriem, 50 Jahre BGH, 407, 436; Freiburg, 189. Oysa İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda tam da bu nokta göz ardı edilmiştir. Olayda İsviçreli alıcının, Alman satıcıdan satın almış olduğu kullanılmış kuru temizleme makinesinin çalışmadığı anlaşılmıştır. Alıcı hem makinenin çalışmadığını bildirmiş, hem de hangi parçalarda arıza olduğunu da kısmen aktarmıştır. Buna karşılık mahkeme, ihbarda sözleşmeye aykırılığın gereği gibi yansıtılmadığı için alıcının sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanmasına imkan tanımamıştır. Bkz. BG 13.11.2003, CISG-Online N.840. Oysa Mahkeme kararda 4.3. altında yaptığı açıklamalarda özellikle ihbarın içeriğine ilişkin olarak fazla yüksek bir beklentinin olmaması gereği üzerinde durmuştur. Bu kararın eleştirisi için bkz. Stalder, AfP 2004, 1472, 1480. Buna karşılık Federal Mahkemenin 2002 yılında vermiş olduğu bir kararda çok daha esnek bir yaklaşım sergilenmiştir. Bu kararda mahkeme, 54 tonruluk ve 42,9 m³lük bir odun teslimatında, alıcının, sadece odunun eski teslimatlara nazaran çok düşük kalitede olduğu ve büyük oranda kullanılmasının mümkün olmadığı yönündeki ihbarını yeterli bulmuştur. Örneğin kaç adet tonrulukta bir ayıbın var olduğu konusunda mahkeme bir ayrıntıya girilmesini aramamıştır. BG 28.05.2002, CISG-Online N.676 (kararda CISG'a atıf yapılmış olmakla birlikte CISG'ın uygulanması söz konusu değildir).

kim Antlaşmanın İngilizce ve Fransızca metnine bakıldığında, sözleşmeye aykırılığın "doğası" (*the nature / la nature*) hakkında satıcının bilgilendirilmesi yeterli görülmektedir. Bu açıdan öğretilde sık sık, alıcının mala ilişkin sorunlarını ana hatları ile ihbar etmesi halinde, artık satıcının ayıbın niteliğini ve ayrıntılarını öğrenmek için alıcıya başvurması gerektiği savunulmaktadır⁵³⁸. Bu noktada Bucher'in BK m.186 çerçevesinde ileri sürdüğü bir görüşün, CISG açısından da kullanılmasında kanımca imkan vardır. Yazar, bir yandan sözleşmeye aykırı bir mal ifa etmenin, diğer yandan da bunun akibeti hakkında bilgilenecek hakkına dayanmanın ahlaki açıdan kınanabilir bir davranış olduğunu haklı olarak ifade etmektedir⁵³⁹. Dolayısıyla aslında satıcının riziko alanında olan bir sorunu (sözleşmeye aykırı mal teslim etme), sadece alıcının bu sözleşmeye aykırılığı gereği gibi tanımlaması nedeniyle alıcıya aktarmak uygun görülmektedir⁵⁴⁰.

Alıcının ihbarda sadece mala ilişkin sözleşmeye aykırılığı açıklaması beklenir. Bunun yanı sıra hangi seçimlik hakkını kullanacağına ilişkin herhangi bir bilgi vermesi aranmamaktadır⁵⁴¹. Ayrıca ihbarın herhangi bir şekilde uyularak yapılması da gerekmez. Sözlü ihbarlar da CISG kapsamında geçerlidir. CISG m.39 özel bir şekil öngörmemiştir⁵⁴². Ancak ihtilaf halinde ispat edilebilmesi açısından alıcının yazılı bir yonteme başvurmasında kuşkusuz fayda vardır.

b. Sözleşmeye Aykırılık İhbarına İlişkin Sürenin Başlangıç Anı

Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, sözleşmeye aykırılık ihbarı gerek açık ayrılar gerekse gizli ayrılar için yapılmak gerekir. Açık ayrılar için ihbarın yapılması süresi, muayenenin gerçekleştirildiği ve ayıbın tespit edildiği andan itibaren işlemeye başlar⁵⁴³. Bu andan itibaren alıcı

⁵³⁸ Brunner, Art.39 N.6; Draft Digest/Flehtner, 381 vd.

⁵³⁹ Bucher, SJZ 1971, 1, 3.

⁵⁴⁰ Brunner, Art.39 N.6'da, özellikle İsviçre, Alman ve Avusturya mahkemelerinin sözleşmeye aykırılık ihbarının içeriği konusunda çok katı bir tutum izlemelerini eleştirmektedir. Schwenzer'e göre bu ülkelerin mahkemeleri kendi iç hukuklarındaki düzenlemelere ilişkin içtihatlarını CISG'a da yansıtmaktadırlar. Oysa bir dizi başka hukuk düzeninde bu şekilde katı bir tutum izlenmemektedir. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.39 N.6. Nitekim aynı yönde CISG-AC, Op.2 (Bergsten), Comment N.5.14.

⁵⁴¹ Staudinger/Magnus, Art.39 N.26; Brunner, Art.39 N.10. Ancak aşağıda görüleceği üzere gerek yenisi ile değiştirme ve tamiratı talep, gerekse sözleşmeden dönme hakkı sadece belirli süreler içinde kullanılabilir. Bu açıdan alıcının sözleşmeye aykırılık ihbarını yaparken hangi hakkı kullanacağını ifade etmesinde kendisi açısından fayda vardır.

⁵⁴² OGH 15. 10. 1998, CISG-Online N.380; Brunner, Art.39 N.11; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.39 N.11; Freiburg, IHR 2005, 56, 62.

⁵⁴³ Freiburg, IHR 2005, 56, 58.

durumdan haberdardır ve satıcıya bu bilgiyi aktarması beklenir. Eğer alıcı muayeneyi yaptırmamışsa, bu durumda ihbar süresi, muayene için gerekli olan varsayımsal sürenin geçmesinden sonra işlemeye başlayacaktır⁵⁴⁴. CISG m.39, f.1 özellikle, alıcının sözleşmeye aykırılığı "saptaması gerektiği tarihten" itibaren sürenin işleyeceğini ifade etmiştir. Muayene ve ihbar süresi birbirinden bağımsız olarak, arka arkaya hesaplanır. Alıcının muayene için fazla uzun bir süre kullanmış olması, ihbarı çabuk yapması suretiyle telafi edilebilir⁵⁴⁵.

Buna karşılık gizli ayıplar açısından şöyle bir soru belirmektedir. Acaba ihbar süresi, bu sözleşmeye aykırılıkların fiilen ortaya çıktığı ve alıcının bunlardan haberdar olduğu andan itibaren mi işlemeye başlayacaktır⁵⁴⁶, yoksa alıcının bunları objektif bir bakış açısı ile ortaya çıkarma imkanının doğduğu andan itibaren mi⁵⁴⁷? Malın gizli bir sözleşmeye aykırılığının olduğu yönünde şüphelerin belirmesine rağmen alıcının bir adım atmaması ve ayıbın kesin olarak ortaya çıkmasını beklemesi halinde ihbar süresinin arada işlemeye başlamış olduğu kabul edilmeli midir? Öğretide iki görüş de savunulmaktadır.

Kanımcı sorun ispat hukuku açısından yaklaşmakta fayda vardır. İhbar süresinin geçirildiğini iddia ve dolayısıyla ispat etmesi gereken satıcı olacaktır. Satıcıdan, alıcının sözleşmeye aykırılığı belirli bir tarihte öğrendiğini ispat etmesini aramak ise çok doğru gözükmemektedir. Satıcı en iyi ihtimalle, alıcının belirli bir tarihte sözleşmeye aykırılığı öğrenme imkanının olduğunu ispat edebilir. Her ne kadar alıcının, elinin altındaki mal sürekli kontrol etmesi ödevi yoksa da⁵⁴⁸, malın sözleşmeye aykırılığına işaret eden bir sorunun doğduğu andan itibaren en azından malı daha dikkatli olarak incelemesi dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenebilir⁵⁴⁹. *Bergsten* haklı olarak, bu hallerde muayene külfetinin yeniden canlandığından bahsetmektedir⁵⁵⁰. Nitekim sürenin, sözleşmeye aykırılığın saptanması gerektiği andan itibaren işlemeye başlayacağı ifadesi de buna delalet etmektedir.

⁵⁴⁴ *Kramer*, FS Koppensteiner, 617, 624; *Staudinger/Magnus*, Art.39 N.30.

⁵⁴⁵ *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.39 N.20; *Staudinger/Magnus*, Art.39 N.30; *Schlechtriem*, 50 Jahre BGH, 407, 439; *Freiburg*, 192.

⁵⁴⁶ Bu yönde *Herber/Czerwenka*, Art.39 N.9; *Hutter*, 84; *Vahle*, ZvgRWiss 98 (1999), 54, 67-68.

⁵⁴⁷ Bu yönde *Freiburg*, 200; *Heilmann*, 324; *Piltz*, § 5 N.64; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.39 N.20; *Sekreteryä Şerhi*, Art.37 N.3; *Ziegler*, 97 dn.150; *Staudinger/Magnus*, Art.39 N.32; *Brunner*, Art.39 N.14.

⁵⁴⁸ *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.39 N.20; *Heilmann*, 324; *Freiburg*, 200.

⁵⁴⁹ *Freiburg*, IHR 2005, 56, 58-59; *Staudinger/Magnus*, Art.39 N.32.

⁵⁵⁰ CISG-AC, Op.2 (*Bergsten*), Art.38 N.3. Aynı yönde *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.39 N.20; *Heilmann*, 325; *Schlechtriem*, 50 Jahre BGH, 407, 440.

c. Sözleşmeye Aykırılık İhbarına İlişkin Süre

Sözleşmeye aykırılık ihbarının hangi süre içinde yapılması gerektiği konusu da uygulamada en çok sorun doğuran hususlardan biridir⁵⁵¹. 2004 yılında CISG Danışma Kurulunun özel olarak bu soruna ilişkin görüş bildirmiş olmasının, bir örnek bir uygulamanın sağlanması açısından faydalı olması ümit edilir. Danışma Kurulu, Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubunun (*Study Group on European Civil Code - Utrecht Working Group on Sales Law*), CISG m.38 ve 39'un, hazırlanmakta olan Avrupa Medeni Kanunu içinde, örn. 2-4 haftalık bir süre saptamak suretiyle somutlaştırılmasında fayda olup olmadığı sorusu üzerine bu görüşü yayınlamıştır. Kurulun bu soruya ilişkin cevabı, sabit bir sürenin öngörülmesinde fayda olmadığı, bu alanda somut olay adaletini sağlamak üzere daha esnek kavramlarla çalışılmasının tercih edilmesi gerektiği yönündedir⁵⁵².

Nitekim uygulamada, ihbar süresinin de muayene süresi kadar değişebildiği ve olaydan olaya çok farklılaşabildiği görülmektedir. Danışma Kurulunun raporuna ekli bulunan ve 2003 yılı sonuna kadar bu konuya ilişkin olarak verilmiş olan 125 karara ilişkin tablodan da anlaşılacağı üzere mahkemeler bazen teslimden itibaren geçen 2 aylık bir süreyi uygun bulurken bazen, 3 haftanın fazla olduğuna hükmedebilmiştir. Aynı sözleşmeye aykırılık ihbarının içeriğinde olduğu gibi, ihbarın süresinde de, farklı hukuk çevrelerinin etkisi görülmektedir. Yine Alman hukuk çevresine dahil ülkelerde bu süreler çok katı olarak hesap edilirken, Fransız hukuk çevresi ve ABD'de de daha esnek bir yaklaşım söz konusu olmuştur. Ancak öğretideki eleştirilerin de dikkate alınması sonucu Alman hukuk çevresi için belirgin bir yumuşamadan bahsetmek mümkündür⁵⁵⁴. Bugün itibarıyla gerek uygulamada⁵⁵⁵, gerekse öğretide⁵⁵⁶ ihbar

⁵⁵¹ *Ferrari*'nin verdiği bir istatistik uyarınca 9 Nisan 2004'e kadar CISG'a ilişkin olarak verilmiş olan 1246 karardan 286'sı, yani neredeyse % 25'i CISG m.39, f.1'e de değinmektedir, bkz. *Ferrari*, *RabelsZ* 2004, 473, 485.

⁵⁵² Kuşkusuz taraflar arasındaki anlaşmalar veya ticari teamüller sürenin hesaplanmasında öncelikli olarak uygulanacaktır (*Staudinger/Magnus*, Art.39 N.41). Bu açıdan örn. München İstinaf Mahkemesinin 1998'de vermiş olduğu bir kararında, CISG m.38 ve 39 çerçevesinde sürelerin nasıl hesaplanacağını üzerinde uzun boyutu durulmuş olması, yanlıştır, zira taraflar arasında zaten 2 haftalık bir süre kararlaştırılmıştı (OLG München 11.3.1998, CISG-Online N.310).

⁵⁵³ CISG-AC, Op.2 (*Bergsten*), Art.39 N.3.

⁵⁵⁴ Bu yönde *Schlechtriem*, 50 Jahre BGH, 407, 438 vd.; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.39 N.17.

⁵⁵⁵ BGH 03.11.1999, CISG-Online N.475; OG Luzern, 08.01.1997, CISG-Online N.228; LG Saarbrücken, 02.07.2002, CISG-Online N.713; LG Darmstadt 29.05.2001, CISG-Online N.686; OLG Köln, 21.08.1997, CISG-Online N.290; BG 13.11.2003, CISG-Online N.840; KG Zug 30.11.1995, CISG-Online N.856.

⁵⁵⁶ *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.39 N.17; *Brunner*, Art.39 N.13; *Bamber*

süresinin ortalama olarak 1 ay üzerinden hesap edilebileceği ifadesine rastlanmaktadır.

Kanımcı aynı muayene süresinde olduğu gibi, malın nitelikleri, teslimatın kapsamı, alıcının işletmesinin durumu, sözleşmeye aykırılığın niteliği gibi bir dizi objektif ve sübjektif koşul bu sürenin tayininde önem taşır⁵⁵⁷. Her ne kadar 1 ay şeklinde ortalama bir değer tespit edilmesi mahkemelerin işini kolaylaştırabilecektir de somut olay adaletinin sağlanması açısından bunun sakıncalı sonuçlar doğurması ihtimali vardır. Bu açıdan CISG Danışma Kurulunun ifade etmiş olduğu gibi, ne 1 ay ne 14 gün ne de herhangi başka bir sabit sürenin ticaret hayatının ihtiyaçlarına cevap vereceğini kabul etmek mümkün değildir⁵⁵⁸.

CISG m.27 uyarınca alıcının yapacağı sözleşmeye aykırılık ihbarı, gönderilmekle hüküm ifade eder⁵⁵⁹. Sürenin hesaplanmasında gönderme anı esas alınır. Alıcının koşullara uygun araçlarla bu bildirimini yapmış olması şartıyla iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması alıcıyı bu bildirimle dayanmak hakkından yoksun bırakmaz⁵⁶⁰. Zira m.27 bildirim vaktinde nakli rizikosunu satıcıya yüklemiştir⁵⁶¹.

d. Sözleşmeye Aykırılık İhbarı İçin Üst Süre ve Zamanaşımı Sorunu

CISG m.39, f.1'de düzenlenmiş olan nispi ihbar süresinin yanı sıra, f.2'de bir de mutlak ihbar süresi düzenlenmiştir.

"Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığa satıcıya bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğerki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun."

İlk bakışta Türk hukukundan da tanıdığımız, BK m.207 veya TTK m.25, f.4'de düzenlenmiş türden bir zamanaşımı süresi olarak algılanabilecek olan bu sürenin amacı farklıdır. Bu süre alıcının, satıcıya, sözleşme-

ger/Roth/Saenger, Art.39 CISG N.8; MünchKommBGB/Gruber, Art.39 CISG, N.34; Freiburg, 209 (1-2 aylık bir süre). Buna karşılık Magnus bu sürenin 2 hafta olarak hesap edilmesini teklif etmektedir (Staudinger/Magnus, Art.39 N.49). Aynı yönde MünchKommHGB/Benicke, Art.39 CISG, N.7; Kramer, FS Koppensteiner, 617, 628.

⁵⁵⁷ Aynı yönde Freiburg, 205; KG Zug 30.11.1995, CISG-Online N.856.

⁵⁵⁸ CISG-AC, Op.2 (Bergsten), Art.39 N.3. Aynı yönde Schlechtriem, 50 Jahre BGH, 407, 439; Ferrari, ReblsZ 2004, 473, 491; Freiburg, IHR 2005, 56, 60.

⁵⁵⁹ Freiburg, 209.

⁵⁶⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.39 N.12; Brunner, Art.39 N.15; Herber/Czerwenka, Art.39 N.11. Madde 27 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem, Art.27 N.1 vd.

⁵⁶¹ Freiburg, 210.

ye aykırılık ihbarını yöneltebileceği azami süreyi belirlemektedir. Malların devriden itibaren 2 yıl süre ile ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıkları alıcı, satıcıya ihbar edebilecektir. Zamanaşımı süresi CISG içinde düzenlenmemiştir⁵⁶². CISG'a paralel olarak yine Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanmış olan, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına İlişkin 14.6.1974 tarihli Antlaşma⁵⁶³ bu soruna özgülenmiş olduğundan, konu CISG kapsamı dışında bırakılmıştır. Ancak Zamanaşımı Antlaşması henüz çok az sayıda ülke tarafından imzalanmış olduğu için bu 2 yıllık sürenin, iç hukuklarda mevcut daha kısa zamanaşımı süreleri⁵⁶⁴ ile nasıl bağdaştırılacağı sorusu doğmaktadır. Zira alıcı ashında CISG uyarınca 2 yıl süreyle ayıp ihbarında bulunabilecek olmasına rağmen, ayıptan doğan haklarının kullanımına iç hukukta bir süre sınırı konmuş olması nedeniyle bu süreden faydalanamamaktadır⁵⁶⁵. Türk hukukunda TTK m.25, b.4 uyarınca 6 ayhık bir sürenin verildiği düşünüldüğünde bu ciddi bir sorun teşkil edecektir⁵⁶⁶.

Bu konuda özellikle İsviçre öğreti ve uygulamasında farklı görüşler ileri sürülmektedir⁵⁶⁷ ki bunların Türk hukuku açısından yol gösterici olacağı açıktır. Bir görüşe göre⁵⁶⁸, CISG m.35'e aykırı bir ifanın söz konusu olduğu hallerde, ulusal hukuklarda satım sözleşmesine ilişkin kısa zamanaşımı süreleri uygulanmaz, onun yerine uzun, genel zamanaşımı süreleri devreye girer. Ancak 10 yıllık genel zamanaşımı sürelerinin, uluslararası ticarete fazla uzun olduğu bir gerçektir⁵⁶⁹. Nitekim Cenevre İsviçre

⁵⁶² Heuzé, N.313. Dolayısıyla bu hallerde hakim, devletler özel hukuku kurallarının atfı uyarınca uygulaması gereken hukuka göre zamanaşımı süresini saptayacaktır. HG Bern 17.01.2002, CISG-Online N.725.

⁵⁶³ Bu Antlaşma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Verjährungsüberein-kommen, Art.1-46.

⁵⁶⁴ Örneğin TTK m.25, f.4 (teslimden itibaren 6 ay); İBK m.210 (teslimden itibaren 1 yıl); İtalya: Art.1495, f.3 Cc (devirden itibaren 1 yıl); İspanya: Art.1490 Cc (devirden itibaren 6 ay). Buna karşılık Almanya: § 438 BGB (teslimden itibaren 2 yıl); Avusturya: Par 933, f.1 ABGB (teslimden itibaren 2 yıl); Fransa: Art.1648 (haberdar olmadan itibaren kısa süre); Belçika: Art.1648 (haberdar olmadan itibaren kısa süre); İngiltere: Sec. 5 Limitation Act 1980 (devirden itibaren 6 yıl); ABD: Sec.2-725 UCC (devirden itibaren 6 yıl).

⁵⁶⁵ Bucher, Neuerungen, 13, 49.

⁵⁶⁶ Bu düzenleme hakkında bkz. Arkan, 153.

⁵⁶⁷ İsviçre'de yaşanan tartışmaların bir özeti için bkz. Koller, recht 2003, 41, 47 vd.; Janssen, IPRax 2003, 369 vd.

⁵⁶⁸ Bu yönde Heuzé, N.313; Honsell, plädoyer 1990, 38, 44; Bucher, Neuerungen, 13, 48 vd.; Byffel, 23 (Yazarın bu konudaki gerekçesi, CISG sisteminin ayıp sorumluluğunu, genel sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk içine entegre etmiş olması [Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 1], dolayısıyla da akid ülkelerde, satıma ilişkin özel zamanaşımı sürelerini uygulanmasının uygun olmayacağıdır). Genel zamanaşımı süresinin uygulanması görüşünün eleştirisi için bkz. Will, FS Lorenz, 623, 635 vd.

⁵⁶⁹ HG Bern, 17.01.2002, CISG-Online N.725 ve Will, FS Lorenz, 623, 636; Janssen, IPRax 2003, 369, 370.

tinaf Mahkemesinin tercih ettiği formül, kısa zamanaşımı süresini, CISG m.39, f.2'deki 2 yıllık sürenin sonuna kadar esnetmek olmuştur⁵⁷⁰. Dolayısıyla alıcı 2. yılın sonlarına doğru bir ayıptan şüphelenmiş ise, arta kalan kısa süre içinde muayene ve ihbarı gerçekleştirmesi aranacağı gibi, zamanaşımını kesmek için lüzumlu olan adımları da atması gerekecektir⁵⁷¹. Buna karşılık Bern Ticaret Mahkemesi tarafından iki kez uygulanmış olan formül, kısa zamanaşımı süresini ihbardan itibaren işletmektedir⁵⁷². Bu durumda yukarıdaki örnekteki alıcı, 23. ayda sözleşmeye aykırılığı tespit etmiş ise ihbarı 24. ayın sonuna kadar yapması yetecek, dava açmak için zamanaşımı süresi, ise bu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Yani TTK m.25, b.4 düşünülüğünde iyi ihtimalde 2 yıl üzerine eklenen bir altı aylık süre olacaktır dava açmak için. Fakat alıcı ayıbı 5. ayda tespit etmişse altı aylık süre hemen işlemeye başlayacaktır. Bern Ticaret Mahkemesi bu çözümü, Alman yasa koyucusunun, CISG ile iç hukuktaki süreler arasında doğan ihtilafı çözmek için Antlaşmayı imzalarken kabul etmiş olduğu özel yasadaki (*Vertragsgesetz*) çözümden⁵⁷³ kıyasen faydalanmak suretiyle geliştirdiğini ifade etmiştir⁵⁷⁴.

Ancak Alman hukukunda 2002 yılında yapılan reform sonrasında, ayıptan doğan davalar için zamanaşımı süresi 2 yıla çıkarılmış ve bu yüzden *Vertragsgesetz* de değiştirilmiştir. Artık 2 yıllık süre, üst süre niteliğindedir. Aynı şekilde Avrupa Birliğinin tüketici satımlarına ilişkin Yö-

⁵⁷⁰ Cour de Justice de Genève, 10.10.1997, CISG-Online N.295.

⁵⁷¹ Zira sadece ayıp ihbarının yapılması, ayıptan doğan hakların kullanılmasına ilişkin olarak sürenin kesilmesi anlamına gelmez. BK m.133 uyarınca zamanaşımı süresinin kesilmesi için bir dava açılması veya alıcının bir davada haklarına ilişkin olarak bir defa ileri sürmüş olması gibi adli bir muamele gerekir (*Oğuzman/Oz*, 476; *Koller*, recht 2003, 41, 46). Salt dava dışı ihbar bu açıdan yeterli değildir (BK m.133'de sayılan hallerin sınırlı sayıda olduğu ve genişletici bir yoruma tabi tutulamayacağı konusunda bkz. *BernerKommentar/Becker*, Art.135 N.20). Alıcının, ayıptan doğan haklarından birini dava yolu ile ileri sürmesi halinde diğer haklar açısından da sürenin kesilip kesilmeyeceği tartışması için bkz. *Yavuz*, *Ayıp*, 160 vd.; *BaslerKommentar/Honsell*, Art.210, N.4; *Keller/Siehr*, 101; *BernerKommentar/Becker*, Art.210 N.8; *BernerKommentar/Giger*, Art.210 N.15; BGE 96 II 185. Alman hukukunda reform sonrasında BGB'ye eklenmiş olan § 203 uyarınca, alacaklı ve borçlu arasında talebe veya talebi doğuran şartlara ilişkin olarak görüşmeler devam ediyorsa zamanaşımı süresinin işlemesi durur. Kesilme hali değil, bir durma hali söz konusudur. Bu bağlamda alıcının ayıbı ihbar etmesi üzerine başlayan görüşmeler de süreyi durduracaktır. Bu konuda örn. bkz. *P.Huber*, in: *P.Huber/Faust*, *Schuldrechtsmodernisierung*, N.11/31 vd.

⁵⁷² HG Bern 30.10.2001, CISG-Online N.956; HG Bern, 17.01.2002, CISG-Online N.725. Aynı görüşte *Janssen*, IPRax 2003, 369, 371.

⁵⁷³ Alman hukukundaki düzenleme için bkz. *P.Huber*, ZEuP 2004, 585, 589; *Will*, FS Lorenz, 623, 628 vd.

⁵⁷⁴ HG Bern 30.10.2001, CISG-Online N.956; HG Bern, 17.01.2002, CISG-Online N.725. Bkz. *Schlechtriem/Schlechtriem*, *Vertragsgesetz* Art.3 N.1 vd.

nergesi de 2 yıllık bir üst süre kabul etmiştir⁵⁷⁵. TKHK m.4'de ve Borçlar Kanunu Tasarısı m.236'da da aynı sürenin benimsenmiş olduğu düşünülecek olursa, Cenevre İstinaf Mahkemesinin görüşüne katılmak daha doğru gözükmektedir⁵⁷⁶. Yani iç hukuktaki zamanaşımı süresi, CISG'daki 2 yıllık sürenin sonuna kadar uzamış sayılacak; bu sürenin aşılması ise mümkün olmayacaktır. Nitekim satım sözleşmesinden doğan davalar için 2 yıllık bir zamanaşımı süresi öngörmüş olan ülkeler açısından da bu sonuç geçerlidir⁵⁷⁷. Ancak *Schwenzer*'in haklı olarak ifade ettiği gibi, bu sorunun cevabının belirsiz olması nedeniyle, tarafların bu konuda sözleşmede bir düzenleme yapmasında büyük fayda vardır⁵⁷⁸.

Sözleşmeye aykırılık ihbarı için CISG m.39, f.2'de öngörülmesi olan azami süre nitelik itibarıyla bir hak düşümü süresidir⁵⁷⁹. Durması veya kesilmesi söz konusu olmaz⁵⁸⁰; hakimin bu süreyi resen dikkate alması gerekir⁵⁸¹. Sürenin başlangıç anı, maddenin açıkça vurguladığı üzere, malların *fülen* ahçıya verildiği andır. Yani hasarın daha önceki bir anda ahçıya geçmiş olması veya malı temsil eden belgelerin ahçıya verilmiş olması sonucu değiştirmez⁵⁸².

Taraflar arasındaki sözleşmede bu hususa ilişkin olarak aksine bir düzenleme yapılmış olması mümkündür. Fıkra 2 özellikle sözleşmesel garantileri anmıştır. Ancak kast edilen sadece sürenin uzatılması değil kısaltılmasıdır da aynı zamanda⁵⁸³. Hakimin CISG m.8 ve 9 uyarınca sözleşmeyi yorumlayarak bu garanti süresinin nasıl anlaşılması gerektiğini saptaması gerekecektir⁵⁸⁴.

⁵⁷⁵ Yönergede öngörülen sürelerle ilişkin bilgi bkz. *Grundmann/Bianca/Hondius*, Art.5 N.1 vd.

⁵⁷⁶ Aynı yönde *Brunner*, Art.4 N.26; *Koller*, recht 2003, 41, 52.

⁵⁷⁷ *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.39 N.28.

⁵⁷⁸ *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.39 N.29.

⁵⁷⁹ *Ryffel*, 22; *Staudinger/Magnus*, Art.39 N.63; *Heilmann*, 325; *Koller*, recht 2003, 41, 44.

⁵⁸⁰ *P.Huber*, ZEuP 2004, 585, 589; *Brunner*, Art.39 N.16.

⁵⁸¹ *Staudinger/Magnus*, Art.39 N.63; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.39 CISG, N.23.

⁵⁸² *Gerny*, 206; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.39 N.24; *Staudinger/Magnus*, Art.39 N.64.

⁵⁸³ *Staudinger/Magnus*, Art.39 N.68; *Brunner*, Art.39 N.18.

⁵⁸⁴ Bu konuda ayrıntı için bkz. *Brunner*, Art.39 N.21-26; *Vogel*, 121 vd. Ulusal satımlar açısından aynı soruna ilişkin olarak örn. bkz. *Aral*, 155 vd.; *Yavuz*, *Ayıp*, 160 vd.; *BaslerKommentar/Honsell*, Art.210 N.5.

e. Sözleşmeye Aykırılık İhbarının Yapılmamış Olmasının Sonuçları

aa. Kural: Seçimlik hakların ileri sürülememesi

Alıcının sözleşmeye aykırılıkları vaktinde ve gereği gibi ihbar etmesi halinde bunları kabul etmiş olduğu varsayılır ve CISG m.45'de kendisine tanınmış olan haklara dayanma imkanını yitirir. Malın çürük, ek-sik veya bir aliud olması sonucu değiştirmez; alıcının, kararlaştırılan semenin tümünü ödemesi gerekir. Satıcının, fazla mal teslim etmiş olduğu hallerde ise, alıcının ihbarda bulunmamış olması, bu fazla miktarı kabul ettiği ve semenin de o oranda artacağı anlamına gelir⁵⁸⁵.

bb. İstisnalar

(1) Satıcının sözleşmeye aykırılığı bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması

Bazı durumlarda alıcının ihbarı vaktinde ve gereği gibi yapmamış olmasının kendisi açısından doğurduğu ağır sonuçlar hafifletilmektedir. Bunlardan birincisi, sözleşmeye aykırılığın, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanması halidir. CISG m.40 uyarınca bu hallerde satıcı m.38 veya 39'daki külfetlere uyulmadığı savunmasını ileri süremez⁵⁸⁶. Aslında maddenin temelinde çelişkili davranış yasağı yatmaktadır. Satıcının bildiği veya bilmesi gerektiği sözleşmeye aykırılıklardan, sadece alıcı bunları vaktinde kendisine bildirmede için sorumlu olmaktan kurtulması düşünülemez. Bu açıdan CISG m.40'daki düşünce ile BK m.200'deki düşünce (aynı yönde BK m.207, f.3 ve 196) son derece paralelse de, içerik açısından ciddi bir farklılık dikkati çekmektedir⁵⁸⁷. Zira BK m.200 sadece satıcının hilesi, yani kasti davranışı halinde sorumluluğunun devam ettiğini öngörmekteyken, CISG düzenlemesi sadece ihmalin varlığı halinde de sorumluluğu devam ettirmektedir. Ancak satıcının, "bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklar"ın somut olarak hangileri olduğu ve ihmalin derecesi tartışmalıdır. Yukarıda alıcının, sözleşmeye aykırılıktan haberdar olması bahsi altında yansıtılmış olan⁵⁸⁸ tartışma burada da mevcuttur. Bir görüş, ağır ihmali yeterli sayarken⁵⁸⁹, diğer bir görüş ağır ihmali aşan bir

⁵⁸⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.39 N.30.

⁵⁸⁶ US Ct. App. (5th Cir.), 11.03.2003, CISG-online N.730.

⁵⁸⁷ Koller, FS Kramer, 531, 541; Neumayer/Ming, Art.40 N.2 Anm.4. HGB § 377, Abs.5 de sadece satıcının hilesi halinde alıcıyı korumaktadır.

⁵⁸⁸ Bu bölümde yukarıda § 3 B II 4.

⁵⁸⁹ Janssen, 190; Staudinger/Magnus, Art.40 N.5; Vogel, 158; BGH 30.06.2004, CISG-Online N.847.

dikkatsizlik aramaktadır⁵⁹⁰. Ancak yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, varılan sonuçlar genelde çok farklı olmayacaktır.

Hangi sözleşmeye aykırılıkları satıcının bilmemesinin mümkün olmadığı somut olayın özelliklerine göre saptanacaktır⁵⁹¹. Satıcının sadece bir ara satıcı ve malın orjinal paketinde olduğu hallerin çoğunda sözleşmeye aykırılığın tespit edilmesi imkanı olmaz⁵⁹². Ancak satıcının imalatçı olması da, her halde ayıbı bilmesi gerekeceği sonucuna götürmez. Normal bir imalat süreci içinde malların ne ölçüde kontrol edildiğinin esas alınması gerekir⁵⁹³. Fakat belirli bir seride bir hatanın çıktığı artık biliniyorsa, gerek imalatçı gerekse ara satıcı açısından bu durumu bilmeleri gerektiği kabul edilecektir. Satıcının yardımcı kişilerinin bilgisi, CISG m.79, f.2'ye kıyasen satıcıya mal edilir⁵⁹⁴.

Satıcının hangi ana kadar haberdar olmuş olduğu veya haberdar olabileceği sözleşmeye aykırılıklar açısından m.40'ın uygulanacağı konusunda iki görüş vardır. Birincisi satıcının malı teslim etmiş olduğu ana kadar tespit edebileceği sözleşmeye aykırılıkları esas alır⁵⁹⁵, diğer bir görüş ise alıcının malın muayenesini gerçekleştirip, ihbarı gerçekleştirebileceği ana kadar satıcının öğrenebileceği sözleşmeye aykırılıkların dikkate alınması taraftarıdır⁵⁹⁶. Kanımca ilk görüşe katılmak gerekir, zira ihbar süresinin sonunun hangi an olduğu zaten son derece tartışmalıdır. Dolayısıyla hangi ana kadar satıcının bilgilenmesinin m.40'ın sonuçlarını doğuracağını kesin olarak tespit etmek çok güç olacaktır⁵⁹⁷. Gerçi yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi, ihbar yükümlülüğünün en önemli gerekçelerinden biri, satıcının sözleşmeye aykırı ifadan haberdar edilmesi ve bu şekilde kendi atacağı adımları planlamasıdır. Bu açıdan zaten sözleşmeye aykırılığı öğrenmişse, bu teslimden sonra bile olsa, amaç hasıl olmuştur diye düşünülebilir. Ancak satıcı, ihbar süresinin bir kez geçme-

⁵⁹⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.40 N.4.

⁵⁹¹ ABD'li bir şirketin Çin Halk Cumhuriyetindeki alıcıya teslim edeceği pres makinesinin "yeni, en iyi malzemen ve en iyi işçilik ile" imal edilmesi kararlaştırılmış, ancak satıcı, makinenin orijinal bir parçasını değiştirmiştir. Alıcıya makine teslim edildiğinde bu husus açıklanmamış, 4 yıl sonra makine arızalanmıştır. Stockholm Ticaret Odası Hakem Enstitüsü tarafından verilen kararda CISG m.40'ın uygulanacağı kabul edilmiştir. Stockholm Chamber of Commerce 05.06.1998, CISG-Online N.379.

⁵⁹² OLG Oldenburg, 28.04.2000, CISG-Online N.683; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.40 N.5.

⁵⁹³ Aynı yönde Freiburg, 217.

⁵⁹⁴ Herber/Czerwenka, Art.40 N.5; Karollus, 128; Staudinger/Magnus, Art.40 N.9.

⁵⁹⁵ Janssen, 191; Heilmann, 339 vd.; Piltz, § 5 N.76; Ziegler, 102; Staudinger/Magnus, Art.40 N.8; Vogel, 160.

⁵⁹⁶ Hutter, 95; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.40 N.8; Freiburg, 221.

⁵⁹⁷ Janssen, 191.

sinden sonra artık alıcının bu ifayı kabul etmiş olduğunu varsaymak hakkına sahiptir. Dolayısıyla daha ileriki bir tarihte kendisine karşı yöneltile talepleri de bu sebeple defedebilmesi gerekir. Sözleşmeye aykırılıklardan haberdar olmuş olması bu açıdan kanımca artık önem taşıyamaz. Teslim anına kadar satıcı açısından kınanabilir bir davranış söz konusudur. Adeta bile bile karşı tarafa kötü bir mal vermektedir. Oysa teslim anından sonra bunlardan haberdar olması halinde artık böylesi bir durum söz konusu değildir.

Satıcının sözleşmeye aykırılıktan haberdar olduğu veya olması gerektiği konusundaki ispatı alıcının getirmesi gerekir⁵⁹⁸. Bunu ispatlamayı başarması halinde CISG m.39'daki süre sınırlamaları uygulama alam bulmaz. Yani, ne vaktinde ihbarda bulunmamış olması ne de 2 yıllık azami ihbar süresinin geçmiş olması, alıcının haklarını kullanmasını engellemeye-cektir⁵⁹⁹. Bu hallerde alıcının dava yoluyla haklarını ileri sürmesinin sınırı sadece iç hukuklardaki zaman aşımı süreleri olabilir. Eğer bunlar dolmuş ise, artık dava hakkı, satıcının defii ile karşılaşılabilecektir. Ancak bir dizi hukuk düzeni BK m.207, f.3'e paralel düzenlemeler içermektedir. Yani satıcının hilesi halinde sadece ihbar sürelerine uyulmamış olması değil zaman aşımı süresine uyulmamış olması da. Bu durumda 10 yıllık genel zaman aşımı süresi devreye girer.

(2) Satıcının feragat etmesi

Satıcının her zaman CISG m.40'da kendisine tanınmış olan defiden faydalanmaktan açıkça vazgeçmesi mümkündür. Tartışmalı olabilecek olan bir husus bunu zimnen de yapabiliş yapamayacağıdır. Alıcının ihbar süresine uymamış olmasına rağmen, satıcının, ihbarı ciddiye alarak, malın sözleşmeye aykırılıklarını giderme yoluna gitmesi durumunda, ihbarın zamanında yapılmadığı defii ileri sürmekten feragat ettiği somut olayın özelliklerine göre kabul edilebilecektir⁶⁰⁰. Ancak bu konuda, satıcıların alıcıları ile önce uzlaşmak yoluna gitmelerini engelleyecek kadar aşırı bir tutum içinde olmamakta fayda vardır⁶⁰¹. Aksi takdirde satıcının alıcı ile görüşmeye girmekten bile imtina etmesi gerekir.

⁵⁹⁸ Freiburg, 216; Janssen, 191; Staudinger/Magnus, Art.40 N.13. Ancak BGH'nın 30.06.2004 tarihindeki kararında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, alıcının sırtına yüklenen ispat külfetinin aşırıya götürülmemesi gerekir. Alıcının, sözleşmeye aykırılığın gözden kaçmayacak bir nitelikte olduğunu ispat etmesi ve satıcının bu sözleşmeye aykırılığın neden bilmesi gerektiğine ilişkin olgular sunması gerekir. Sözleşmeye aykırılığın satıcının hakimiyet alanında gerçekleştiği anlaşıldığı takdirde artık satıcı, neden bunu tespit edememiş olduğunu ispat etmek durumundadır (CISG-Online N.847). Bu karar hakkında bkz. Müller, IHR 2005, 16, 17 vd.

⁵⁹⁹ Staudinger/Magnus, Art.40 N.11.

⁶⁰⁰ Bkz. BGH 25.11.1998, CISG-Online N.353; OGH 05.07.2001, CISG-Online N.652; Brunner, Art.39 N.20; Janssen, 192-193; Vogel, 142.

⁶⁰¹ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.39 N.33; Vogel, 143.

(3) Alıcının ihbarı yapmama konusunda makul bir özrünün olması

CISG m.40'ın yanı sıra ihbar külfetinin yerine getirilmemiş olmasının olumsuz sonuçlarını telafi eden önemli diğer bir hüküm CISG m.44'dür. Bu madde uyarınca,

“Alıcının, gerekli bildirim 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.”

Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, bu madde özellikle gelişmekte olan ülkelerin, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilemeyeceği ve bu yüzden sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarının tümünü yitirecekleri kaygısı ile Antlaşmaya alınmıştır⁶⁰². Maddenin devreye girdiği haller, alıcının sözleşmeye aykırılık ihbarını m.39, f.1 uyarınca⁶⁰³ zamanında ve gereği gibi yapmadığı hallerdir. Bu, alıcının, muayeneyi zamanında yapmamış olmasından veya yapmış olmasına rağmen ihbar süresine uymamış olmasından kaynaklanabilir⁶⁰⁴. Ancak m.44'ün açıkça m.39, f.1'e gönderme yapmış olmasından anlaşıldığı üzere, fıkra 2'de düzenlenmiş olan 2 yıllık üst sürenin geçmiş olması halinde artık m.44'ün dahi uygulanması imkanı olmayacaktır⁶⁰⁵.

Alıcının m.44'de dayanabilmesi için, ihbarı neden geciktirmiş olduğu konusunda “makul bir özür” bildirmesi gerekir. Bu kavrama anlam verilmeye çalışılırken hep bunun bir istisna düzenleme olduğu akılda tutulmalıdır⁶⁰⁶. Amaç, biraz gecikmiş veya yeterli açıklıkta olmayan ihbarları bu madde aracılığıyla kurtarmak değildir⁶⁰⁷. Alıcının gerçekten bir özrü olmadıkça, m.39 ve 39 uyarınca sürelerin tayin edilmesinde dikkate alınmayacak sübjektif bir özür olacaktır⁶⁰⁸. Alıcı her ne kadar ob-

⁶⁰² Ayrıntı için örn. bkz. Staudinger/Magnus, Art.44 N.3-4.

⁶⁰³ Anılan diğer madde, CISG m.43, f.1, hukuki ayıpların varlığı halinde yapılacak olan sözleşmeye aykırılık ihbarlarına ilişkindir. Bu konu üzerinde aşağıda durulacaktır. Bkz. bu bölümde aşağıda § 3 C IV.

⁶⁰⁴ MünchKommBGB/Gruber, Art.44 CISG, N.3.

⁶⁰⁵ Janssen, 199.

⁶⁰⁶ Janssen, 200.

⁶⁰⁷ Staudinger/Magnus, Art.44 N.11.

⁶⁰⁸ Savaş çıkması, sel felaketi, deprem gibi, iki tarafın da riziko alanında bulunan sebeplerin m.38-39 altında mı (bu yönde Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.38 N.18) yoksa m.44 altında mı (bu yönde MünchKommBGB/Gruber, Art.39 CISG, N.9) değerlendirileceği tartışmalıdır. Kanımca bu halleri, m.38-39 altında değerlendirmek ve “koşulların izin verdiği ölçüde kısa/makul” süreyi buna göre saptamak daha doğru olacaktır. Aksi takdirde bu hallerde alıcının CISG m.44 çerçevesinde sadece semenin indirilmesi veya sınırlı bir tazminat talep edebileceği kabul edilme zorunda kalınacaktır ki bu kanımca uygun görülmemektedir. Aynı yönde Janssen, 201; Vogel, 63.

jektif standartlara uygun hareket etmemişse de, subjektif olarak bütün özeni göstermiş ancak buna rağmen, bildirimini yapma konusunda kendisini engelleyen bir unsur belirilmiş olmalıdır. Bunun en klasik örneği, tamamen alıcının riziko alanında gerçekleşen hastalık gibi hallerdir⁶⁰⁹. Veya alıcının, bu tür bir ihbarın öngörülmediği bir ülkeden gelmesi halinde istisnaen bu bilgisizliği bir özür olarak kabul edilebilir. Avusturya yüksek mahkemesi, satıcının, alıcıya ihbarı vaktinde yapmasının kendisi açısından önem taşımadığını bildirmiş olmasını da geçerli bir mazeret saymıştır⁶¹⁰.

Mahkemeler bugüne kadar genelde m.44'ün uygulanması konusunda çok çekimser davranmıştır. Kabul edilmeyen özürlü örneğin, alıcının malı başka birisine satması ve ancak bu kişinin ayıp ihbarı üzerine, kendi satıcısına, süreyi kaçırdıktan sonra başvurması (ayıplar muayene ile tespit edilebilecek niteliktedir)⁶¹¹ veya alıcının, kendi alıcılarından gelen ihbarları, satıcısına geç iletmesidir⁶¹². 1999 tarihinde verilmiş bir ICC hakem kararında⁶¹³, alıcı ve satıcının beraberce tayin etmiş olduğu bir kişi tarafından mal incelenmiş, ancak gerçekleri yansıtmayan bir kalite belgesi düzenlenmiştir. Hakem heyeti, bu belge nedeniyle sözleşmeye aykırılıkların geç tespit edilmiş olmasını CISG m.44 çerçevesinde değerlendirmişti.

CISG m.44'ün uygulandığı hallerde, m.39'da öngörülmüş olan ve alıcının tüm seçimlik haklarını kaybedeceği şeklindeki düzenleme yumuşatılmaktadır. Buna göre alıcı en azından semeni tenzil (CISG m.50)⁶¹⁴ ve sınırlı da olsa bir tazminat talep etme imkanına kavuşmaktadır. Tazminat, yoksun kalınan kâr dışında, alıcının sözleşmeye aykırı ifa nedeniyle uğradığı zararı karşılamaya yönelik olacaktır⁶¹⁵.

V. Sözleşmeye Aykırı Malı Teslim Alınma Hakkı

Alıcının teslim etmek istediği malın aşikar bir şekilde ayıplı olduğu hallerde, örneğin bir *aliud* ifa edilmek istendiği veya malın çürümüş olduğu hallerde alıcının malı reddetme hakkının olup olmadığı sorusunun cevabı farklı açılardan önem taşıyabilmektedir⁶¹⁶. Malın alıcı tarafından

⁶⁰⁹ Brunner, Art.44 N.3.

⁶¹⁰ OGH, 15.10.1998, CISG-Online N.380.

⁶¹¹ Gerechtshofs Hertogenbosch 15.12.1997, CISG-Online N.552.

⁶¹² OLG München 08.02.1995, CISG-Online N.142.

⁶¹³ ICC Hakem Kararı, Nr.9187/1999, CISG-Online N.705.

⁶¹⁴ Bu seçimlik hak hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 C.

⁶¹⁵ CISG çerçevesinde tazminat talep etme hakkına ilişkin olarak bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 E.

⁶¹⁶ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 B II.

teslim alınmasının en önemli sonucu, hasarın intikali anında malın ayıplı olduğunu ispat yükünün kendisine geçmesidir⁶¹⁷. *Aliud* ifade ispat belki bir sorun doğurmayacaktır ama çürük mal açısından bu ciddi bir sorun olabilir. Örneğin bir gönderme borcunun söz konusu olduğu hallerde, alıcı malı reddetmemişse veya teslim alması gereken hallerde⁶¹⁸ herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeden teslim almışsa, çürümenin, hasarın intikali anından önceki veya sonraki bir sözleşmeye aykırılığa dayandığını alıcının ispat etmesi gerekir. Diğer yandan malı teslim almış olan alıcı, dönme ve yenisi ile değiştirme haklarını ancak, malı teslim aldığı şekilde iade edebildiği hallerde kullanabilmektedir (CISG m.82). Bu açıdan da malı baştan reddetmek onun için avantajlıdır⁶¹⁹.

CISG'a tâbi bir satım sözleşmesinde alıcının malı reddetme hakkının varlığı ancak, malı teslim almış olsaydı başvurabileceği hukuki imkanların da kendisini, malı iade etmek yükümlülüğü altına sokacak olması halinde kabul edilmektedir⁶²⁰. Yani alıcının, sözleşmeden dönme veya malın yenisi ile değiştirilmesini isteyebileceği hallerde, zaten teslim edilen ayıplı malı iadesi gerekeceğine göre, malı baştan kabul etmeyerek bu haklarını kullanmasında da bir sakınca yoktur⁶²¹. Buna karşılık alıcının sadece tamirat veya semenin tenzili isteyebileceği hallerde, kendisine teklif edilen ayıplı malı teslim alması gerekir⁶²². Alıcının seçimlik hak-

⁶¹⁷ Ernst, NJW 1997, 896, 898. Bkz. bu başlık altında aşağıda VI.

⁶¹⁸ Bazı istisnai hallerde alıcının reddetme hakkını kullanmış olmasına rağmen, kuruma amaçlı olarak malın zilyetliğini teslim alması gerekebilir. Zira CISG m.86, f.2 uyarınca: "Alıcıya gönderilen mallar, varış yerinde alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş ve alıcı bunları reddetme hakkını kullanmışsa, bunların zilyetliğini satıcı adına devralması gerekir. Şu kadar ki devralmak, semenin ödenmesini gerektirmesin ve makul olmayan zahmet veya masraflara sebep olmasın. Bu hüküm, varma yerinde satıcı veya malları satıcı adına hakimiyeti altına almaya yetkili bir kimsenin bulunduğu hallerde uygulanmaz. Alıcı malların zilyetliğini bu fıkra uyarınca devralırsa hakları ve borçları I. fıkraya göre belirlenir."

⁶¹⁹ Ulusal hukuk düzenlerinde bu tartışma çok daha büyük önem kazanmaktadır. Zira, ayıba karşı tekeffül hükümleri ile (BK m.194 vd.), sözleşmeye aykırılığa ilişkin genel hükümlerin (BK m.96) ayrı ayrı düzenlendiği bu sistemlerde malı teslim almamak suretiyle asli ifa talebini ayakta tutmanın önemli avantajları vardır: Alıcı 10 yıllık uzun zamanaşımı süresine dayanabilecektir. Oysa malı teslim alması halinde artık ayıp hükümleri devreye girecek ve 1 yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Bu konuda bkz. Bölüm 5 § 1 A ve § 2 B II.

⁶²⁰ Piltz, § 4 N.168; Staudinger/Magnus, Art.60 N.20; Herber/Czerwenka, Art.53 N.11; Karollus, 174-175; Honsell/Schnyder/Straub, Art.60 N.35. Buna karşılık Schlechtriem/Schwenzer/Hager, Art.60 N.3 ve Wiegand, Käufer, 143, 148 kural olarak alıcının malı reddetme hakkının olmadığını ancak somut olayın özelliklerine göre CISG m.7 uyarınca bu tür bir sonuca varılabileceğini ifade etmektedirler.

⁶²¹ Schlechtriem/Schwenzer/Hager, Art.60 N.3; Jud, JuS 2004, 841, 842; Ernst, NJW 1997, 896, 897.

⁶²² Alıcının malı teslim alınmasının ifa talebi üzerindeki etkileri hakkında bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 B II.

larından hangilerine sahip olduğu, aşağıda daha ayrıntılı olarak görüleceği üzere⁶²³, satıcının sözleşme ihlalinin sonuçlarının esashlığı ile alakalıdır. Eğer ihlal esash ise, bu durumda alıcı sözleşmeden dönebilir veya malın yenisi ile değiştirilmesini isteyebilir. Kuşkusuz malın çürümüş olması veya bir *aliud* olması esash bir ihlal sayılır. Dolayısıyla bu hallerde baştan, kendisine ayıplı mal teslim edilmek istendiğinde malı reddetmesi ve bu haklarını kullanması mümkündür⁶²⁴. Alıcının ayıplı malı teslim almayı reddetmesi, tamirat ve semenin tenzili haklarını kullanmayacağını da bir ifadesidir⁶²⁵.

Alıcının, hakkı olmamasına rağmen malı teslim almaması ise⁶²⁶, CISG m.60'da düzenlenmiş olan teslim alma borcuna aykırılık teşkil eder. Bu hallerde satıcı m.61 vd. düzenlenmiş olan haklarını kullanabilir⁶²⁷.

VI. Sözleşmeye Aykırılığın İspatı Sorunu

CISG, malın sözleşmeye aykırılığını ispat yükünün kimde olduğunu açıkça düzenlememiştir⁶²⁸. Buna rağmen CISG içindeki genel ilkelerden bu konuda bir sonuca varılabileceği ve ulusal hukuklara başvurulmasına gerek olmadığı genel kabul görmektedir⁶²⁹.

⁶²³ Bkz. Bölüm 5 § 1 B II.

⁶²⁴ CISG'nin sözleşmeye aykırılık anlayışı, parça ve çeşit borcu arasında bir ayrım yapmadığı için satıcının, sözleşmede kararlaştırılan parçayı alıcıya sunması ve bunun ayıplı olduğunun anlaşılması halinde de alıcının malı reddetme hakkı vardır. Ön planda olan, malın sözleşme ile kararlaştırılmış özelliklere sahip olup olmadığıdır. Türk satım hukuku açısından ayrıntılı açıklamalar için bkz. *Arslanli*, 64 vd.

⁶²⁵ *Ernst*, NJW 1997, 896, 898.

⁶²⁶ Alıcının malı teslim alma mecburiyeti sözleşmeden de kaynaklanabilir. Taraflar ayıptan doğan hakları sözleşme ile bertaraf etmişse veya ayıp halinde sadece semen indiriminin söz konusu olacağı kararlaştırılmışsa, alıcının, malı ayıp nedeniyle reddetme hakkı yoktur (*U.Huber*, *Leistungsstörungen I*, 217). Yine ticaret hayatında sıkça rastlanılan "*cash against documents*" (evrak karşılığında nakit) türünden bir sözleşmenin yapıldığı hallerde alıcının malın ayıbını kontrol etmeden, malı temsil eden evrakın teslimi ile ödeme yapması gerekir. CISG m.58, f.3 bu düşünceyi yansıtmaktadır. Buna göre "*Alıcı, semeni, malları muayene olanağına sahip olmadan önce ödemekle yükümlü değildir, meğerki taraflarca üzerinde anlaşılmış olan teslim veya ödeme usulleri buna olanak tanımasın.*" Ancak bu hallerde alıcı sadece ödemeyi geciktiremeyecektir. Malın bilahare kendisine teslim edildiği aşamada, ayıpları nedeniyle reddedilmesi imkanı yine de mevcuttur.

⁶²⁷ *Wiegand*, *Käufer*, 143, 158 vd.

⁶²⁸ *U.Huber*, *RabelsZ* 43 (1979) 413, 480.

⁶²⁹ *Antweiler*, 74 ve 75 vd.; *Jung*, 40; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.35 N.49; *Herber/Czerwenka*, Art.35 N.9; *Reimers-Zocher*, 290; *Honsell/Magnus*, Art.36 N.15; *Ferrari*, *RabelsZ* 2004, 473, 478; *Müller*, *IHR* 2005, 16, 17; *Stalder*, *AJP* 2004, 1472, 1474; *Imberg*, 30; *Schlechtriem/Schwenzer/Hager*, Art.67 N.11; *BG* 13.11.2003, *CISG-online* N.840; *Tribunale de Vigevano*, 12.07.2000, *CISG-Online* N.493 (Almanca tercüme için bkz. *IHR* 2001, 72 vd.). Aksi yönde *U.Huber*, *RabelsZ* 1979, 413, 480; *Bezirksgericht der Saane* 20.02.1997, *CISG-Online* N.426.

Yukarıda görüldüğü gibi, alıcı mal teslim edilirken ayıplı olduğunu tespit etmiş ve bu yüzden malı teslim almamış veya teslim almak zorunda olduğu durumlarda, satıcıya bu hususu bildirmiş ise, malın sözleşmeye uygun olduğunda ısrar eden satıcının ispat yükü altında olması doğaldır⁶³⁰. Ancak daha sık karşılaşılan durum, alıcının, malın ayıplı olduğunu fark etmeden malı teslim almasıdır. Malın ayıplı olduğuna ilişkin herhangi bir beyanda bulunmaksızın alıcı tarafından bir kez teslim alınmış olunması halinde, ayıbın, hasarın intikali anından önce var olduğunu kimin ispatlaması gerektiği tartışmalıdır. Mahkeme uygulamasında genelde bu hallerde ispat yükünün alıcıda olduğu kabul edilmektedir⁶³¹. Doktrinde de aynı görüş yaygındır⁶³². Buna karşılık diğer bir görüşe göre, CISG m.38'de düzenlenmiş olan muayene süresini dikkate almak gerekir. Eğer alıcı malı teslim almış ve koşulların izin verdiği süre içinde muayene ederek veya ettirerek ayıbı tespit ve ihbar etmiş ise, ispat yükünü yerine getirmiş kabul edilmelidir. Satıcı, ayıbın, hasarın intikali anında var olmadığını iddia ediyorsa, bunu ispat etmek durumundadır. Buna karşılık ayıp, muayene ile ortaya çıkarılmamış, fakat 2 yıllık süre içinde tespit edilmişse, ilgili ayıbın, hasarın intikali anında da var olduğunu ispat etmek alıcıya düşmelidir⁶³³.

Kanımca, bir kez ihtirazi kayıt ileri sürmeden malın teslim alınmış olduğu hallerde ispat yükünün de artık alıcıda olduğu görüşüne katılmak daha uygundur. Zira ticaret hayatında alıcıyı korumak için özel bir düzenleme getirmek için bir sebep bulmak güçtür. Tüketici satımlarına ilişkin AB yönergelerinin 8. maddesinde üye ülkelere, hasarın alıcıya intikali anından itibaren 6 ay içinde ortaya çıkan ayıpların, hasarın intikali anında var olduğu yönünde bir karine ihdas etmeleri yükümlülüğü getirilme-

⁶³⁰ *BG* 13.01.2004, *CISG-online* N.838; *MünchKommHGB/Benicke*, Art.36 CISG, N.8; *Staudinger/Magnus*, Art.36 N.26.

⁶³¹ *BGH* 8.3.1995, *CISG-online* N.144; *BGH* 9.1.2002, *CISG-online* N.651; *Cour de Cassation* 24.09.2003; *CISG-online* N.791; *BG* 13.11.2003, *CISG-online* N.840; *BG* 13.01.2004, *CISG-online* N.838; *BG* 07.07.2004, *CISG-Online* N.848; *US Dist.Ct.*, N.D. Illinois, E.D. 24.05.2004, *IHR* 2004, 156,159.

⁶³² *Herber/Czerwenka*, Art.35 N.9; *Hutter*, 54; *Piltz*, § 5 N.21; *Reimers-Zocher*, 289; *Aue*, 113; *Conrad*, 91; *Brunner*, *CISG Art.35 N.24-26*; *Ranieri*, *RabelsZ* 2004, 473, 479.

⁶³³ *MünchKommHGB/Benicke*, Art.36 CISG, N.9; *Freiburg*, 86; *MünchKommBGB/Gruber*, Art.35 CISG, N.45; *Schlechtriem/U.Huber*, Art.45 N.13; *Stalder*, *AJP* 2004, 1472, 1478 vd.; *Antweiler*, 162 vd. Daha ileri giden bir görüşe göre, alıcının sadece malın ayıplı olduğunu ispat etmesi yeterlidir; bu ayıbın hasarın intikali anında var olmadığını ispat yükü her halde satıcıdadır. Bu yönde *Staudinger/Magnus*, Art.36 N.25; *Karollus*, 121. İsviçre Federal Mahkemesi, teslim anından itibaren malın alıcının hakimiyet alanına girdiği, dolayısıyla da malın ayıbının ve bunun doğumu anını ispat etmenin alıcı için daha kolay olacağı gerekçesi ile doktrindeki bu görüşü eleştirmektedir, *BG* 13.11.2003, *CISG-online* N.840.

si de bu görüşü desteklemektedir⁶³⁴. Tüketici satımlarında alıcının korumasının haklı gerekçeleri vardır, oysa ticari satımlar açısından taraflar arasındaki dengeyi bozmanın bir gerekçesini bulmak güçtür.

Buna karşılık satıcının bir garanti vaadinin olduğu hallerde ispat külfeti alıcının sırtından kalkar⁶³⁵. Garanti süresi içinde doğan ayıplardan satıcı kural olarak sorumludur. Onun ispatlayabileceği ise, ayıbın alıcının risk alanında bulunan bir sebepten kaynaklandığıdır. Yani alıcının malı yanlış kullanmasından, üçüncü bir kişinin kusurundan veya mücbir sebepten kaynaklanan bir ayıp söz konusu ise satıcı sorumluluktan kurtulabilecektir⁶³⁶.

C. Üçüncü Kişilerin Hak ve Taleplerinden Ari Mal Teslim Etme Yükümlülüğü

I. CISG'in Hukuki Ayıplara İlişkin Sistemi

CISG m.35, teslim edilen malın sözleşmeye uygun sayılabilmesi için sahip olması gerektiği özellikleri belirlerken, CISG m.41-42, tabir caizse sahip olmaması gereken özellikler üzerinde durmaktadır. Yani malın, üçüncü kişilerin hak ve taleplerinden ari bir şekilde teslim edilmesi gereğini düzenlemektedir. Bu hükümler, CISG m.30'da ifade edilmiş olan, satıcının mülkiyeti nakil borcunun tamamlayıcılarıdır⁶³⁷. Her ne kadar somut olarak mülkiyetin nasıl ve hangi anda intikal edeceği konusunda Antlaşmada bir hüküm yoksa da⁶³⁸, devredilen mülkiyetin "temiz olması" gereği, yani hukuki ayıplarının olmaması gereği Antlaşmada açıkça düzenlenmiştir.

Ancak, İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak, zapta karşı tekeffül ve ayıba karşı tekeffül ayırımı yapılmamıştır⁶³⁹. "Hukuki ayıp" olarak nitelendirdiğimiz haller ile zapt sorumluluğu doğuran haller, aşağıda daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacak olan⁶⁴⁰, yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı çerçevesinde bir potada eritilmiştir. Kuşkusuz bunun en

⁶³⁴ Bu düzenleme hakkında örn. bkz. P.Huber, FS Henrich, 297, 308.

⁶³⁵ MünchKommHGB/Benicke, Art.36 CISG, N.5.

⁶³⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.36 N.13.

⁶³⁷ Su, ZVglRWiss 2003, 101, 102; Staudinger/Magnus, Art.40 N.1.

⁶³⁸ Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, hakimin, devletler özel hukuku normlarının gönderme yaptığı hukuk düzeninin kurallarına göre bu sorunu çözmesi gerekecektir. Bu ise genelde *lex rei sitae*, yani malın bulunduğu yer hukuku olacaktır. Bu ilke hakkında bkz. G.Tekinalp, 249 vd.; Nomer/Şanlı, 280 vd.

⁶³⁹ Alman borçlar hukuku reformu sonrasında BGB sisteminin de bu yönde değiştiği konusunda bkz. P.Huber in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.12/67 vd.

⁶⁴⁰ Bkz. Bölüm 5 § 1.

önemli avantajı, hukuki ayıptan dolayı sorumluluk ile zapttan dolayı sorumluluk arasındaki zor sınırın⁶⁴¹ çizilmesine gerek kalmaması ve bütün sözleşmeye aykırılıklar için kural olarak aynı yaptırımların uygulanabilmesidir⁶⁴².

Buna karşılık Antlaşma ile getirilen yeni bir ayırım hukuki ayıpların iki farklı başlık altında ele alınmış olmasıdır. CISG m.41, genel olarak üçüncü kişilerin mala ilişkin aynı veya şahsi hakka dayanan talepleri üzerinde durmaktayken; m.42 özel olarak üçüncü kişilerin mal üzerinde "sınai veya diğer bir fikri mülkiyete dayanan" hak ve taleplerini ele almaktadır⁶⁴³. Bu ikili ayırımın sebebi ise fikri mülkiyete dayalı hakların⁶⁴⁴ özelliğinden kaynaklanmaktadır. Satıcı, sattığı malın bütün dünyada bu tür haklardan ari olmasını garanti edemez. Bu haklar açısından var olan ülkesellik prensibi⁶⁴⁵, satıcının sorumluluğunun da özel olarak düzenlenmesini gerektirmiştir. Hukuki ayıbın bu iki alt türü arasındaki diğer bir fark ise, aşağıda görüleceği üzere, m.41 uyarınca sorumlu tutulabilmek için satıcının kusurunun aranmaması, buna karşılık m.42 çerçevesinde sorumluluğun kusur şartına bağlanmış olmasıdır⁶⁴⁶.

Antlaşmada zapt sorumluluğu düşmüş olmakla beraber, hukuki ayıplar ve maddi ayıplar arasında, işin doğasından kaynaklanan bazı farklılıklar benimsenmiş ve hukuki ayıplarda satıcının sorumluluğu daha sıkı tutulmuştur. Öncelikle hukuki ayıplarda, alıcı açısından CISG m.38'e paralel bir muayene veya araştırma külfeti yoktur. Diğer yandan maddi ayıplarda alıcı, bildiği ve bilmemesinin mümkün olmadığı ayıplar için satıcının sorumluluğuna gidemezken, hukuki ayıplarda sadece, satın alınırken onay verdiği ayıplar için satıcının sorumluluğuna gidemez⁶⁴⁷. Son olarak, sözleşmeye aykırılık ihbarına m.39, f.2'de getirilmiş olan 2 yıllık

⁶⁴¹ Bu sınırı saptamaya yönelik bazı kriterler için bkz. Serozan, Borçlar Özel, 128; Yavuz, Borçlar Özel, 94.

⁶⁴² Bu konuda bkz. Rabel, Warenkauf II, 288.

⁶⁴³ Yani CISG m.41 altında ele alınan hallerin çoğu, İsviçre-Türk hukukunda BK m.189 vd.'da düzenlenen zapta karşı tekeffül hükümleri uyarınca çözümlenecek olan haller; CISG m.42 altında ele alınanlar ise, BK m.194 altında değerlendirilecek olan hukuki ayıplara ilişkindir.

⁶⁴⁴ Bu çalışmada *Ü.Tekinalp*'i takiben, fikri mülkiyet kavramı geniş anlamıyla kullanılacak ve fikir ve sanat eserleri, patent ve faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar, marka, coğrafi işaret, ticaret unvanı ve işletme adı gibi farklı unsurların tümü bu kavram kapsamında değerlendirilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Ü.Tekinalp*, N.1-8. Nitelikim CISG m.42'de, üçüncü kişilerin "sınai veya diğer bir fikri mülkiyete dayanan" haklarından bahsedilmiş olması, CISG bağlamında da bu geniş fikri mülkiyet kavramının benimsenmiş olduğunu göstermektedir. Bkz. bu başlık altında aşağıda C III 2 a.

⁶⁴⁵ Bu prensip hakkında bkz. *Ü.Tekinalp*, N.3; Langenecker, 98 vd.

⁶⁴⁶ Langenecker, 165-166.

⁶⁴⁷ Bkz. Bu başlık altında aşağıda C II 2.

üst limit de hukuki ayıplar açısından uygulama bulmaz. Hukuki ayıplar, iç hukuklardaki zamanasını süreleri buna elverdiği ölçüde süre sınırlanması olmadan ileri sürülebilir⁶⁴⁸.

II. Genel Olarak Hukuki Ayıplar⁶⁴⁹ (CISG m.41)

1. Hukuki Ayıplardan Sorumluluğun Koşulları

Üçüncü kişilerin mal üzerinde hak sahibi olması, başkasının malının satılmış olması, yani alıcının mal üzerinde mülkiyet hakkını kazanamaması anlamına gelebileceği gibi, alıcının malı kullanması, değerlendirmesi veya diğer herhangi bir şekilde tasarruf etmesini engelleyen başka bir hakkın var olması anlamına da gelebilir⁶⁵⁰. Bu hakların aynı veya şahsi olması önem taşımaz⁶⁵¹. Örn. malın başkasının mülkiyetinde olması, başkasının mal üzerindeki intifa veya rehin hakkı, mala ilişkin alıkoyma veya hapis hakkı, kira, finansal kira sözleşmesinden kaynaklanan mal üzerindeki kullanım hakları⁶⁵², icra hukuku temelli iptal davaları – hepsi m.41 altında ele alınacaktır⁶⁵³. Bir tek fikri mülkiyete dayanan hak ve talepler bu madde kapsamında değerlendirilmez; bunlar CISG m.42'ye tâbidir.

Satıcının sadece üçüncü kişilerin haklarından değil, taleplerinden de arı mal teslim etmesi gerekir⁶⁵⁴. Bu hallerde üçüncü kişinin talebinin temelinde bir hakkın yatıp yatmadığı ise önem taşımaz. Bu açıdan CISG, bir dizi ulusal hukuk düzeninde var olan ve ancak üçüncü kişinin bir hakka dayanması halinde sözleşmeye aykırılığı kabul eden yaklaşımından ayrılmıştır⁶⁵⁵. Dolayısıyla üçüncü kişilerin, herhangi bir hakka dayanma-

⁶⁴⁸ Staudinger/Magnus, Art.41 N.28. Hukuki veya maddi bir ayıbın varlığına göre uygulanacak olan yaptırımlarda bir farklılık olup olmayacağı sorunu üzerinde aşağıda, her bir yaptırım çerçevesinde durulacaktır.

⁶⁴⁹ Her ne kadar dn.643'de açıklanmış olduğu üzere, CISG m.41 altında ele alınan hallerin çoğunluğu Türk hukukunda zapt sorumluluğunu doğurmaktaysa da burada bilinçli olarak hukuki ayıp kavramı tercih edilmektedir. Zira zapta karşı tekeffül kurumu CISG içinde mevcut değildir.

⁶⁵⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.41 N.4.

⁶⁵¹ Su, ZVglRWiss 2003, 101, 103; Wolff, 64.

⁶⁵² Staudinger/Magnus, Art.41 N.11.

⁶⁵³ Zhang, 74. Dikkat edilmesi gereken bir nokta, hakimın önce mülkiyetin intikali konusunda uygulanacak olan hukuka göre iyiniyetli iktisabın şartlarının doğup doğmadığını incelemek durumunda olduğudur. Eğer alıcı zaten mal üzerindeki mülkiyeti iyiniyetli olduğu için, herhangi bir sınırlama olmadan iktisap etmişse CISG m.41'in uygulanması ihtiyacı kalmayacaktır (Aynı yönde Staudinger/Magnus, Art.41 N.9).

⁶⁵⁴ Zhang, 76.

⁶⁵⁵ MünchKommBGB/Gruber, Art.41 CISG, N.1. İsviçre-Türk hukuku için örn. bkz. Serozan, Borçlar Özel, 116; Keller/Siehr, 52; Alman hukuku için bkz. P.Huber in:

yan, gerekçesiz talepleri de bir sözleşmeye aykırılık oluşturabilir⁶⁵⁶. Alıcının bu tür taleplerin temelinde bir hak yatıp yatmadığı araştırmasına girmesi beklenmez⁶⁵⁷. Sorun, satıcının riziko alanında bulunduğu için araştırmayı yapması gereken de satıcıdır. Nitekim, bu taleplerin var olup olmadığı sık sık satıcının işyerinin bulunduğu yer hukukuna göre saptanacak, bu konuda alıcının bir bilgi sahibi olması ise beklenemeyecektir⁶⁵⁸. Ancak Sekreteryaya Şerhinde özellikle vurgulandığı üzere, üçüncü bir kişinin ciddi olmayan her talebinde satıcının sorumlu tutulması değildir amaçlanan. Kast edilen, sözleşmeye aykırılık doğuracak bir halin var olmadığını satıcının alıcıya ispat etmesi gerektiğidir⁶⁵⁹.

Malın amaçlandığı gibi kullanılmasının kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalar nedeniyle engellenmesi hali CISG m.41 altında ele alınmaz. Bu hallerde yukarıda da üzerinde durulmuş olduğu gibi, m.35 aulamında bir sözleşmeye aykırılık söz konusudur⁶⁶⁰. Eğer mala, henüz teslim edilemeden kamu otoriteleri tarafından el konulmuşsa, satıcının teslim borcuna aykırı davrandığı kabul edilmek gerekir⁶⁶¹. Olsa olsa malın kullanılmasını değil, doğrudan alıcının mal üzerindeki mülkiyet hakkını tartışılabilir kılan bir düzenlemenin varlığı halinde m.41'e aykırılıktan bahsedilebilecektir⁶⁶².

Hukuki ayıbın hangi anda var olması halinde satıcının sorumlu tutulacağı konusunda Antlaşmada, CISG m.36 ile mukayese edilebilecek bir düzenleme yoktur. Ancak m.41'de, satıcının malı, üçüncü kişilerin hak ve taleplerinden arı olarak teslim etmesi gerektiği ifadesi kullanıldığından, öğretide büyük çoğunlukla malın teslim anı esas alınmaktadır⁶⁶³. Fakat bazı hallerde teslim anının esas alınması adil olmayan sonuçlar do-

P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.12/N.69. BGB reformu, hukuki ve maddi ayıp sonuçları itibarıyla aynı hükümlere tabi kılarken özellikle CISG hükümlerinden etkilenmiştir. Ancak üçüncü kişilerin taleplerinin niteliği konusunda CISG'in yukarıda aktarılan çözümü bilinçli olarak takip edilmemiştir. Açıklama için bkz. RegBegr, in: Schuldrechtsmodernisierung 2002, 821.

⁶⁵⁶ Schulz, 314; Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.165; Su, ZVglRWiss 2003, 101, 103; Wolff, 66.

⁶⁵⁷ Brunner, Art.41 N.3;

⁶⁵⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.41 N.10.

⁶⁵⁹ Sekreteryaya Şerhi, Art.39 N.4.

⁶⁶⁰ Piltz, § 5 N.94; Wolff, 72; MünchKommBGB/Gruber, Art.41 CISG, N.13; Staudinger/Magnus, Art.41 N.13; MünchKommHGB/Benicke, Art.41 CISG, N.4. Buna karşılık bu hallerde CISG m.41'in uygulanacağı yönünde Welser, Verkäufer, 105, 114; U.Huber, RabelsZ 1979, 484, 501.

⁶⁶¹ Wolff, 70.

⁶⁶² Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.167.

⁶⁶³ Staudinger/Magnus, Art.41 N.19; MünchKommBGB/Gruber, Art.41 CISG, N.16; Prager, 151; Zhang, 80; Wolff, 65; Brunner, Art.41 N.4.

ğurabilir⁶⁶⁴. Örneğin bir gönderme borcunda, malın taşıyıcıya teslim edilmiş olmasından sonra, satıcının alacaklıları tarafından mala el konulması halinde hukuki bir ayıptan bahsedileceği gibi, malın taşıma bedelini ödemediği için taşıyıcının alkoyma hakkını kullandığı hallerde de bir hukuki ayıp söz konusu olacaktır⁶⁶⁵. Dolayısıyla teslim anı kabaca bir gösterge olmakla beraber, her zaman bu anın esas alınması mümkün olmayacaktır.

2. Hukuki Ayıplardan Sorumluluğun Düşmesi

Tarafların sözleşmede bir sorumsuzluk kaydı kararlaştırmış olması halinde, satıcının hukuki ayıplardan sorumluluğu düşer⁶⁶⁶. Bunun yanı sıra m.41'in açık ifadesi sonucu, "alıcı bu hak ve taleplere konu malları almayı kabul etmiş"se de satıcının sorumluluğu düşecektir. Bu düzenleme, maddi ayıplar açısından var olan m.35, f.3'ün karşılığını teşkil etmektedir. Ancak, maddi ayıplardan farklı olarak, bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ayıplar için değil, sadece "kabul ettiği" ayıplar için satıcının sorumluluğuna gidemez.

Bu ifadenin tam nasıl yorumlanması gerektiği ise tartışmalıdır. Alıcının, hukuki ayıbın varlığından haberdar olarak mah teslim almasının başlı başına sorumluluğun düştüğünü kabule yeterli olmadığını, alıcı tarafında bundan daha ileri giden bir onay aramak gerektiğini ileri sürenler olduğu gibi⁶⁶⁷, bu davranışın bir onay açısından yeterli olduğunu savunanlar da vardır⁶⁶⁸. İlk görüşte olanlara göre, teslim alma dışında bazı olguların eklenmiş olması gerekir; örneğin tarafların fiyatın saptanmasında bu olguyu dikkate almış olmaları gibi. Kanımca bu hallerde genel bir ilke saptamak yerine her somut olayın özelliklerine göre bir çözüm üretmek daha uygundur. CISG m.8, f.2 çerçevesinde, karşı taraf ile aynı konuda makul bir insanın, aynı koşullarda alıcının beyan ve davranışlarına vereceği anlama göre bir sonuca varılabilecektir.

⁶⁶⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.41 N.15.

⁶⁶⁵ Brunner, Art.41 N.4; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.41 N.15; Zhang, 80.

⁶⁶⁶ Bu tür bir düzenlemenin geçerliliği ise iç hukuka göre tayine edilecektir (CISG m.4, a).

⁶⁶⁷ Staudinger/Magnus, Art.41 N.22; MünchKommHGB/Benicke, Art.41 CISG, N.12.

⁶⁶⁸ Zhang, 81.

III. Özel Olarak: Üçüncü Kişilerin Fikri Mülkiyet Hakkından Kaynaklanan Hukuki Ayıplar (CISG m.42)

1. CISG m.42'nin Mantiği

ULIS m.52'de, hukuki ayıplar genel olarak ele alınmış, üçüncü kişilerin mala ilişkin fikri mülkiyet hakkına dayanan talepleri ise ayrı olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle, ULIS'in alıcıya, mal üzerindeki fikri mülkiyet haklarına karşı da koruma verip vermediği tartışmalıdır⁶⁶⁹. Özellikle bir dizi hukuk düzeninde, mal üzerinde üçüncü kişinin fikri mülkiyet haklarının bulunmasının satıcının garanti sorumluluğunu doğuruyor olması⁶⁷⁰, CISG içinde bu çözümün benimsenip benimsenmeyeceği konusunda bir tercihi gerektirmiş ve Antlaşmanın hazırlanmasında yaşanan ilk belirsizlikten sonra⁶⁷¹ CISG m.42'de özel bir hüküm ile sorunu açıklık getirilmiştir. Her ne kadar ulusal satımlarda satıcının bu hallerde (aynı maddi ayıplarda olduğu gibi) bir garanti sorumluluğunun olması, sorumluluğun kapsamının belirlenebilir olması açısından uygun gözükse de, uluslararası satımlarda aynı sonuca varmak mümkün değildir. Satıcının, bütün dünya ülkeleri açısından, mal üzerinde başkasının fikri mülkiyetine dayanan bir talebinin olmayacağını garanti etmesi teknik olarak mümkün değildir⁶⁷². Dolayısıyla bu hallerde diğer hukuki ayıplardan ve iç hukukta ahşık olduğumuz düzenlemelerden farklı bir yol izlenmesi gerekmektedir. İşte, CISG m.42'nin hedefi, satıcının bu alandaki sorumluluğunun sınırlarının tayin etmektir.

2. CISG m.42'nin Uygulanmasının Koşulları

a. Üçüncü kişinin fikri mülkiyet hakkına dayanan talebi

CISG m.42'nin devreye girebilmesi için mal üzerinde üçüncü bir kişinin "sınai veya diğer bir fikri mülkiyete dayanan" bir hak ileri sürmesi gerekir. Her ne kadar Antlaşmanın hazırlanması sürecinde, gerek ülke temsilcilerinden gerekse WIPO'dan, sınai mülkiyetin, fikri mülkiyetin bir

⁶⁶⁹ Langenecker, 96.

⁶⁷⁰ Mukayeseli veriler için bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.42 N.1 dn.3. Mal üzerinde başkasının fikri hakkının bulunmasının hukuki bir ayıp olduğu ve BK m.194 çerçevesinde değerlendirilmesi yönünde BGE 82 II 238, 248.

⁶⁷¹ 1976 Cenevre Taslağı, fikri mülkiyet haklarını Antlaşmanın uygulama alanı dışında bırakmıştı (m.7, f.2). Ancak bu hüküm 1977 Viyana Taslağında değiştirilmiş ve fikri mülkiyet haklarına ilişkin sınırlama kaldırılmıştır. Bkz. Honnold, Documentary History, 323 ve 333 vd.

⁶⁷² Örneğin satılan malın markasının, dünyada tescil edilmiş diğer hiçbir markayı ihlal etmeyeceği garantisi verilemez. Olsa olsa belirli bazı ülkeler açısından sorun doğmayacağına taahhüt edilmesi mümkündür. Ayrıca bkz. Loewe, 63.

türü olduğu, bu yüzden ayrıca anılmasına ihtiyaç olmadığı yönünde görüşler gelmişse de⁶⁷³, herhangi bir tereddüt doğmaması için ifadenin bu yönde korunmasına karar verilmiştir⁶⁷⁴.

Somut olarak fikri mülkiyetin Antlaşma uyarınca ne ifade etmesi gerektiği ise tek tek üye ülkelerin hukuklarına göre değil, milletlerarası Antlaşmalara başvurulmak yoluyla saptanacaktır. Özellikle 1967 yılında Stockholm'de imzalanmış olan Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü'nün (WIPO) Kurulmasına İlişkin Antlaşma ve bu Antlaşmada fikri mülkiyete ilişkin olarak verilen tanım (m.2/viii)⁶⁷⁵ ile WIPO tarafından yürütülen diğer bütün milletlerarası antlaşmalar⁶⁷⁶ bu bağlamda yol gösterici sayılmalıdır⁶⁷⁷. Bu şekilde, CISG m.7, f.1'de öngörülmüş olan, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınarak yorumlanması gereğine de uygun hareket edilmeye olacaktır.

CISG m.42 çerçevesinde satıcının sorumluluğunu doğurabilecek olan haklar özellikle üçüncü kişinin bir fikri ürünü (fikir ve sanat eserleri, icatlar, faydalı modeller, endüstriyel tasarımlar) üzerindeki hakkına dayanabileceği gibi, mala veya işletmeye ilişkin ayırdedici özellikler (marka, coğrafi işaret, ticaret unvanı, işletme adı) üzerindeki haklarına da dayanabilir⁶⁷⁸. Bu hakların tescil edilmiş olup olmadığı veya koruma verilen ülkenin hukukunda, bu korumanın özel bir fikri mülkiyet rejimi içinde veya haksız rekabet, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde veriliyor olması da önem taşımaz⁶⁷⁹. Koruma hakkının (*Schutzrecht*) var olup olmadığı ise, koruma istenen ülkenin hukukuna

⁶⁷³ Honnold, *Documentary History*, 399, C.42.

⁶⁷⁴ 1978 New York Taslağında henüz "sınai veya fikri mülkiyete dayanan" ifadesi kullanılmış olmasına rağmen, Sekreteryaya Şerhinde ilgili maddeye ilişkin olarak verilen açıklamalarda, bu ifadenin bilinçli olarak muhafaza edildiği ve bu şekilde örn. bir patent hakkının ihlal edilmiş olması halinde bunun Antlaşma kapsamında değerlendirileceği konusunda tereddüt yaşanmasının engellenmek istendiği vurgulanmıştır. Bkz. *Sekreteryaya Şerhi*, Art.40 N.1. Ancak Viyana'daki diplomatik konferansta, madde metni bugünkü halini almış ve sınai mülkiyetin fikri mülkiyetin bir türü olarak anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşmuştur. Tartışmalar için bkz. *Honnold*, *Documentary History*, 546 C.41-42. Ayrıca *Prager*, 140 vd.

⁶⁷⁵ Bu fıkra uyarınca fikri mülkiyet; edebi, sanatsal ve bilimsel eserlere; icracı sanatçının, fonogram yapımcısının ve yayın kuruluşlarının faaliyetlerine; icatlara; bilimsel keşiflere; endüstriyel tasarımlara; marka, hizmet markası ve ticari isimlere ilişkin hakları ve haksız rekabete karşı korumayı kapsar.

⁶⁷⁶ Bu antlaşmaların metinleri için bkz. <http://www.wipo.int/treaties/en/general/>. Ayrıca *Ü. Tekinalp*, 63 vd.; *Prager*, 145 vd.

⁶⁷⁷ *Langenecker*, 82-83.

⁶⁷⁸ Ayırım için bkz. *Ü. Tekinalp*, N.8.

⁶⁷⁹ *Su*, ZVGRWiss 2003, 101, 104; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.42 N.4; *Staudinger/Magnus*, Art.42 N.9.

göre tayin edilecektir (*lex loci protectionis*)^{680,681}. Eğer talebin temelinde bir haksız fiil yatıyorsa duruma göre haksız fiilin ika yeri hukuku (*lex loci delicti*) veya haksız rekabet nedeniyle piyasası etkilenen hukukun uygulanması da söz konusu olabilir⁶⁸².

Sorun doğurabilecek bir husus, malın satışı ve kullanılması nedeniyle üçüncü kişilerin kişilik veya isim üzerindeki haklarının ihlal edilmesi halinin nasıl değerlendirileceğidir. Zira bunlar m.42'de ifade edilmiş olan fikri mülkiyete dayanan haklardan değildir. Dolayısıyla ilk anda m.41 altında ele alınmaları düşünülebilir. Ancak doktrinde ağır basan görüş bunlar açısından da m.42'nin ve bu maddede satıcı lehine var olan sınırlamaların uygulanmasının yerinde olacağı yönündedir⁶⁸³. Zira bu tür koruma haklarının varlığı ve kapsamı da ülkeden ülkeye değişebilmekte ve m.41 altında ele alınmaları halinde, bu durum, satıcı açısından denetlenemeyecek bir sorumluluk anlamına gelebilmektedir. Oysa menfaatler dengesi fikri mülkiyet haklarında olduğundan farklı değildir.

Aynı m.41'de olduğu gibi m.42 bağlamında da iddia edilen hakkın gerçekten var olup olmadığı önem taşımaz⁶⁸⁴. Örneğin satım konusu malın markasının, alıcının ülkesinde korunan bir markaya benzerlik arz edip etmediğinin tartışmalı olduğu hallerde, sadece bu iddianın ortaya atılması (aşağıda ele alınacak diğer şartların da gerçekleşmiş olması halinde) bir sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Satıcı bu hallerde üçüncü kişinin bu koruma haklarına karşı alıcıyı savunması gerekir.

b. Ülkesel Sınırlama

Satıcının CISG m.41 kapsamındaki sınırsız sorumluluğundan farklı olarak CISG m.42'de, sorumluluğun belirli bir coğrafya ile sınırlandırılması söz konusudur. Satıcı sadece belirli ülkelerde üçüncü kişilerin mal üzerinde koruma hakları iddia etmesi halinde bundan sorumlu tutulur.

⁶⁸⁰ *Staudinger/Magnus*, Art.42 N.10.

⁶⁸¹ Türk devletler özel hukukunda fikri mülkiyet haklarının korunmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *G. Tekinalp*, 263 vd. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunda yapılması planlanan değişiklikler çerçevesinde fikri mülkiyet haklarının korunması ve haksız rekabetin önlenmesine ilişkin özel bağlama kurallarının gelmesi söz konusudur. Bkz. *Tasarı*, m.23 b ve 25 c.

⁶⁸² Avrupa Birliği Komisyonu tarafından 22.7.2003 tarihinde açıklanmış olan, Sözleşme Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Topuluk Tüzüğü teklifi için bkz. COM (2003) 427 final. Bu Taslakta m.5 haksız rekabete, m.8 ise fikri mülkiyet haklarına ilişkin bağlama kurallarını saptamaktadır.

⁶⁸³ *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.42 N.5; *Staudinger/Magnus*, Art.42 N.12; *Achilles*, Art.42 N.2; *Bamberger/Roth/Saenger*, Art.42 CISG N.5; *Langenecker*, 83-84; *MünchKommBGB/Gruber*, Art.42 CISG, N.7.

⁶⁸⁴ *Schulz*, 315; *Staudinger/Magnus*, Art.42 N.13; *Prager*, 149.

Bu ülkeler m.42 uyarınca, "malların yeniden satılacağı veya diğer bir şekilde kullanılacağı" ülkelerdir. Alıcı açısından önem taşıyan, satın aldığı malı kullanacağı veya satacağı ülkede bu mala ilişkin olarak bir koruma hakkının var olmamasıdır. Bunu dışında başka ülkelerde üçüncü kişilerin bir koruma hakkının olması onu ilgilendirmez. Dolayısıyla satıcı açısından bu ülkelerdeki durumu araştırma yükümlülüğünün kabul edilmesinin de bir anlamı olamaz. Fikri mülkiyet hakları açısından geçerli olan ülkesel ilkesinin bir sonucu bu⁶⁸⁵.

Satıcının sorumluluğunun sadece "malların yeniden satılacağı veya diğer bir şekilde kullanılacağı" ülkeler açısından söz konusu olacağı kabul edildiğinde, somut olarak bu ülkeler hangileri olduğunu belirlemek gerekir. CISG m.42, f.1 (a) uyarınca bu ülkeler, tarafların, sözleşmenin kurulması sırasında, malların satılacağını veya kullanılacağını düşündükleri, hesaba katmış oldukları ülkelerdir (*contemplated / envisagé / in Betracht gezogen*). Sözleşmede bu konunun açıkça düzenlenmiş olması aranmasa da, özellikle satıcının, alıcının malı hangi ülkede veya ülkelerde değerlendireceğini anlamış olması gerekir⁶⁸⁶. Bu şekilde satıcının, sözleşmenin beraberce getireceği rizikoyu hesaplaması ve buna göre hareket etmesi, özellikle semeni tayin etmesi mümkün olacaktır⁶⁸⁷. Her ne kadar yazarların bir çoğu⁶⁸⁸ bu hallerde, taraflar arasında sözleşmesel bir düzenlemeye dahi gerek olmadığı kanaatindeyse de, kanımca bunu savunmak için bir gerekçe bulmak güçtür. CISG m.8, f.2 ve 3 uyarınca, taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve önem taşıyabilecek diğer bütün koşullar dikkate alınarak satıcın, alıcının beyanlarına ve davranışlarına nasıl anlam vereceği tespit edilecek ve buna göre malın hangi ülkelerde kullanılacağı konusunda sözleşmesel mutabakat olduğu tespit edilebilecektir.

⁶⁸⁵ *Ü. Tekinalp*'in andığı bir Yargıtay kararına konu olan olay, sorunu aktarmak açısından çok elverişlidir. Olayda Türkiye'de tescilli Vitra markasının, yurtdışından ithal edilen Knoll Vitra markası ile ihlal edilmediği sorusunun cevaplanması gerekmektedir. Yargıtay, Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname m.9, f.2 (c) hükmü uyarınca bunu kabul etmiştir (26.10.2000, 2440/3445, *Ü. Tekinalp*, 367). Yazara göre: "Ülkesellik ilkesi gereği, aynı işaret marka olarak, bir çok ülkede, o ülkelerin ulusal hukuklarına göre tescil edilecek olursa, tescil olduğu ülkelerin hukukları uyarınca ve o ülkelerin hakimiyet hudutlarıyla sınırlı olmak üzere marka hakkı doğar. Tescilin hak sağlayıcı ve koruyucu etkisi tescil edildiği ülkenin sınırlarını aşamaz." (*Ü. Tekinalp*, 367). Dolayısıyla Türk alıcısına Knoll Vitra marka mal satan satıcı, diğer şartların da gerçekleşmiş olması halinde sorumlu tutulabilecekken, aynı malı, benzer bir markanın tescil edilmemiş olduğu örn. Yunan alıcısına satması halinde sorumlu tutulmayacaktır.

⁶⁸⁶ Staudinger/Magnus, Art.42 N.16.

⁶⁸⁷ Langenecker, 153.

⁶⁸⁸ Örn. MünchKommBGB/Gruber, Art.42 CISG, N.15; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.42 N.11.

Eğer bu tür bir değerlendirme sonucunda malların hangi ülkede kullanılacağı konusunda hiçbir veri elde edilemiyorsa, m.42, f.1 (b) uyarınca satıcının, malların, alıcının işyerinin bulunduğu ülkede üçüncü kişilerin fikri mülkiyet haklarından arı olduğunu garanti ettiği kabul edilir⁶⁸⁹. Alıcının işyerinin bulunduğu ülkenin, malların kural olarak kullanılacağı ve yeniden satılacağı ülke olduğu karinesi kabul edilmiştir. Taraflar aksine bir düzenleme yapmadığı sürece bu karine devreye girer.

c. Satıcının Kusuru

Satıcının, üçüncü kişilerin malla ilişkin fikri mülkiyet iddialarından sorumluluğunun ancak kişiyle bazında var olmasının yanı sıra, sorumluluk bir de satıcının kusurunun varlığına bağlanmıştır. Oysa aşağıda daha ayrıntılı olarak açıklanacağı gibi⁶⁹⁰, CISG sistemi, kusurun varlığını sorumluluğun bir ön koşulu saymaz. Satıcının her açıdan bir garanti sorumluluğu söz konusudur. Dolayısıyla m.42 Antlaşmada buna getirilmiş olan önemli bir istisnadır⁶⁹¹.

Satıcı "sözleşmenin akdedilmesi sırasında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak veya taleplerden arı mallar teslim etmek zorundadır." Satıcının bilmemesinin mümkün olmaması, onun ağır ihmalden sorumlu tutulduğu anlamına gelir⁶⁹²; bilmesi gerektiği hak ve talepler için sorumlu değildir; yani satıcının bir araştırma yükümlülüğü kural olarak mevcut değildir⁶⁹³. Satıcının bir ağır ihmalden bahsedebilmek için örn. malın kullanılacağı ülkede mevcut ve kamuya açık sicillerde gerekli araştırmayı yapmamış olması gerekir⁶⁹⁴. Sicile kayıtlı olmayan haklar açısından ise, bunlar hakkındaki bilginin ne kadar kamuya mal olmuş olduğu, satıcının basit bir araştırma ile bunlardan haberdar olup olamayacağı gibi unsurlar önem kazanacaktır. Satıcının bilgi sahibi olup olmadığı, sözleşmenin kurulması anına göre tespit edilecektir. Satılacağı malların hem hangi ülkede kullanılacağını hem de edileceğini bu şekilde kullanılmamasını engelleyecek bir hakkın var olup olmadığı sözleşme anında bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması gerekir ki, bu veriler ışı-

⁶⁸⁹ Prager, 160.

⁶⁹⁰ Bkz. Bölüm 5 § 1 B III.

⁶⁹¹ Langenecker, 167.

⁶⁹² Zhang, 91.

⁶⁹³ MünchKommBGB/Gruber, Art.42 CISG, N.19; Prager, 169.

⁶⁹⁴ Bamberg/Roth/Saenger, Art.42 CISG N.11; Herber/Czerwenka, Art.42 N.5; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.42 N.14; Staudinger/Magnus, Art.42 N.22. Sekreteryaya Şerhi'nde de (Art.40 N.6), ilgili fikri mülkiyet hakkının "yayınlanmış" (published) olması halinde satıcının bunu bilmemesinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir.

ğında sözleşmesini akdettiği ve bazı rizikoları üstlendiği kabul edilebilir. Sözleşmenin akdedilmesinden sonraki aşamada yeni fikri mülkiyet haklarının doğması rizikosunu ise alıcı taşır⁶⁹⁵.

3. CISG m.42'den Doğan Sorumluluğun Düşmesi

Aynı CISG m.35, f.3'de maddi ayıplar ve m.41'de genel olarak hukuki ayıplar için kabul edildiği üzere, fikri mülkiyet haklarından sorumluluk da, alıcının bunlar hakkında bilgi sahibi olması halinde düşer. Yukarıda görüldüğü üzere, genel olarak hukuki ayıplarda sorumluluğun düşmesi için alıcının malları bu şekilde kabul etmiş olması aranmaktadır. Oysa fikri mülkiyet hakları açısından alıcının daha dikkatli olması gerekir. Bunlar açısından, aynı maddi ayıplarda olduğu gibi, bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması satıcının sorumluluğunun düşmesi için yeterlidir (m.42, f.2, a)⁶⁹⁶. Demek ki ağır ihmali olarak üçüncü kişilerin bu haklarından haberdar olmamışsa artık satıcıyı sorumlu tutamayacaktır⁶⁹⁷. Örneğin Fransız Temyiz Mahkemesinin verdiği bir kararda, Fransız alıcının, İspanya'dan teslim edilecek olan ayakkabılarda, Fransa'da taklit edilmesi yasak olan şeritler bulunması ve alıcının da ayakkabının bir numunesini görmüş olması halinde, satıcının sorumluluğuna gidilemeyeceğine hükmedilmiştir. Mahkemeye göre Fransız alıcının bu koruma hakkından haberdar olmaması mümkün değildir⁶⁹⁸.

Ancak hem satıcının hem de alıcının bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmadığı hallerde sorumluluk doğuyor veya düşüyorsa bu iki düzenlemenin nasıl bağdaştırılabileceği sorusu belirlemektedir. Zira satıcının bilmemesinin mümkün olmadığı bir hakkı alıcının da bilmemesinin mümkün olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak bu yönde eleştirilere⁶⁹⁹ rağmen iki ifade tam anlamıyla örtüşmemektedir⁷⁰⁰. Zira alıcının, malın imalinde faydalandığı konusunda asla bilgi sahibi olamayacağı bir pa-

⁶⁹⁵ Prager, 172; Herber/Czerwenka, Art.42 N.5.

⁶⁹⁶ Zhang, 91. İsrail Temyiz Mahkemesinin 1993 yılında verdiği bir karara konu olan olayda İsraili satıcı, Belçikalı alıcının, ABD'de satmak üzere sipariş etmiş olduğu çizimleri onun isteklerine göre imal etmiştir. Alıcı, ünlü bir kot pantolonunu markasının botlar üzerine yapılandırılması özellikle istemiş, ancak daha sonra botların ABD'ye ithal edilmesi, marka hakkının ihlali nedeniyle engellenmiştir. Mahkeme CISG'nin uygulanması söz konusu olmamasına rağmen özellikle Antlaşma'nın 42. maddesine atıf yaparak f.2 (a) uyarınca alıcının durumdan haberdar olmamasının mümkün olmaması nedeniyle satıcının bu konuda sorumluluğunu kabul etmemiştir. Supreme Court of Israel 22.08.1993, 3912/90 UNILEX.

⁶⁹⁷ MünchKommBGB/Gruber, Art.42 CISG, N.22.

⁶⁹⁸ Cour de Cassation, 19.03.2002, CISG-Online N.662. Aynı yönde Tribunal de Grande Instance de Versailles, 23.11.2004, CISG-Online N.953.

⁶⁹⁹ Eleştiri için bkz. U.Huber, RabelsZ 1979, 413, 503.

⁷⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Langenecker, 186 vd.

tentin varlığından satıcının haberdar olmasının mümkün olmadığı kabul edilmek gerekir. Veya Fransız mahkemesinin kararına konu olan olayda, alıcı, satıcının göndereceği ayakkabıların numunelerini görmemiş olsaydı, ihlalden haberdar olmasının mümkün olduğu kabul edilemeyecekti.

CISG m.42, f.2 (b) uyarınca, satıcının sorumlu tutulamayacağı diğer bir olasılık ise, üçüncü kişinin "hak ya da talebinin, alıcının, satıcının kullanımına sunduğu teknik çizim, tasarım, veya başkaca veriden kaynaklandığı haller"dir⁷⁰¹. Bu hallerde aslında fıkra 1'de ifade edilmiş olan halin bir uygulaması söz konusudur. Zira malın üretiminde kullanılmış olan teknik bilginin alıcıdan kaynaklandığı hallerde onun riziko alanında gerçekleşen, yani onun bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı olgular söz konusu olacaktır⁷⁰². Dolayısıyla bunlardan satıcıyı sorumlu tutması da düşünülemez. Eğer satıcı, kendisine alıcı tarafından sunulan bu verilerden üçüncü bir kişinin haklarının ihlal edildiğini anlamışsa bu durumda alıcıyı uyarması yükümlülüğünün olduğu öğretide kabul edilmektedir⁷⁰³.

IV. Hukuki Ayıpların İhbarı

1. Genel Olarak

Alıcının, gerek m.41 gerekse m.42'ye dayanarak satıcının sorumluluğuna gidebilmesi için üçüncü kişinin iddialarından onu haberdar etmesi gerekir (CISG m.43). Aynı maddi ayıplarda olduğu gibi⁷⁰⁴, hukuki ayıplarda da alıcıya bir ihbar külfeti yüklenmiştir. Alıcının, "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" bulunması gerekir. Her ne kadar alıcının, bu tür taleplerin var olup olmadığı konusunda bir araştırma yapması aranmıyorsa da, makul süre, üçüncü kişinin hakkından haberdar olması gerektiği andan itibaren işlemeye başlayacağı için, alıcının en azından bazı emarelerin var olması halinde bir araştırma yapması beklenir⁷⁰⁵. Eğer alıcı malı za-

⁷⁰¹ Bu fıkranın uygulanacağı hallerin çoğunda, CISG m.3, f.1'de Antlaşmanın uygulama alanı içine düştüğü ifade edilmiş olan, imal edilecek bir malın satımına ilişkin bir sözleşme söz konusu olacaktır, Prager, 176.

⁷⁰² MünchKommHGB/Benicke, Art.42 CISG, N.21.

⁷⁰³ Staudinger/Magnus, Art.42 N.31; Bamberger/Roth/Saenger, Art.42 CISG N.13; MünchKommBGB/Gruber, Art.42 CISG, N.24; MünchKommHGB/Benicke, Art.42 CISG, N.24; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.42 N.21.

⁷⁰⁴ Yukarıda, maddi ayıp ihbarına ilişkin olarak verilmiş olan bilgiler, hukuki ayıp ihbarı açısından da geçerlidir. Bkz. bu Bölümde yukarıda § 3 B IV 3.

⁷⁰⁵ Staudinger/Magnus, Art.43 N.8.

ten üçüncü kişilerin üzerindeki haklarını bilerek devralmışsa satıcının sorumluluğuna gidemeyeceği için ihbar külfetini yerine getirmesinin de bir anlamı olmaz.

Ayıp ihbarının, üçüncü kişinin mal üzerindeki hak ve taleplerinin mahiyetine ilişkin bilgi içermesi gerekir. Ancak m.39 uyarınca yapılan ihbarda olduğu gibi, ihbarın içeriğine ilişkin olarak çok yüksek bir beklenti olmamalıdır⁷⁰⁶. Kural olarak alıcı, sahip olduğu bilgileri satıcıya aktaracaktır. Kendisinin uzman olmaması ve bu alanda bazı teknik detayları verememesi, ihbarın geçersiz sayılması sonucunu doğurmamalıdır⁷⁰⁷. Örneğin üçüncü kişinin hakkının aynı hak yerine şahsi hak olarak nitelenirilmiş olması sonucu değiştirmez.

İhbarın makul bir süre içinde yapılması aranmaktadır. Makul sürenin ne olacağı her olayın özelliklerine göre tayin edilecektir. Özellikle satıcının haklarını koruyabilmesi için acil hareket etmeyi gerektirecek bir durum olup olmadığı, sicillerde yapılacak araştırma, hukuki danışma süresi gibi bir dizi unsur dikkate alınmak gerekir⁷⁰⁸. Ancak alıcının, üçüncü kişinin hakkının gerçekten var olup olmadığına teyit edecek uzunlukta bir araştırma yapması kendisinden beklenmemekte, bunu yapabilmesi için bir an önce satıcıyı haberdar etmesi istenmektedir⁷⁰⁹. Maddi ayıplarda olduğundan farklı olarak, hukuki ayıplarda ihbar için 2 yıllık bir üst süre benimsenmemiştir. Dolayısıyla alıcı, sözleşme, teamül veya iç hukuk düzenlerindeki aksine düzenlemeler baki kalmak kaydıyla her zaman bu ihbarı yapabilir⁷¹⁰.

2. İhbarın Yapılmaması Olmasının Sonuçları

Kural olarak alıcı, gereği gibi ihbar etmemiş olduğu ayıplar nedeniyle satıcıya karşı ileri sürebileceği bütün haklarını kaybeder. Ancak bunun istisnaları, yukarıda maddi ayıplar için açıklanmış olduğu gibidir. Özellikle m.43, f.2 uyarınca "satıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini ve bunun mahiyetini biliyor idiyse fıkra 1'e dayanamaz." İhbarın amacı satıcıyı durumdan haberdar etmek ve kendisine, buna göre hareket etmesi imkanı tanımak olduğuna göre, satıcının zaten durumdan haberdar olduğu hallerde bu ihtiyaç ortadan kalkar⁷¹¹. Bu hallerde satıcının, kendisine ihbarın vaktinde veya gereği gibi yapılmadığını ileri sürmesi hakkın kö-

⁷⁰⁶ Bkz. bu Bölümde yukarıda § 3 B IV 3 a; MünchKommHGB/Benicke, Art.43 CISG, N.7.

⁷⁰⁷ MünchKommBGB/Gruber, Art.42 CISG, N.6.

⁷⁰⁸ Wolff, 112-113; MünchKommHGB/Benicke, Art.42 CISG N.3.

⁷⁰⁹ MünchKommBGB/Gruber, Art.42 CISG, N.13.

⁷¹⁰ Staudinger/Magnus, Art.43 N.23.

⁷¹¹ Maddenin kabulüne ilişkin tartışmalar için bkz. Prager, 183-185.

tüye kullanılması teşkil ederdi. Dikkat edilmesi gereken husus, m.40'dan farklı olarak, satıcının sadece bildiği hukuki ayıplar açısından bu sınırın getirilmiş olmasıdır⁷¹². Satıcının bilmemesinin mümkün olmadığı hukuki ayıpların söz konusu olması halinde bile alıcının ihbar yükümlülüğü vardır ve aykırı davranması, haklarını kaybetmesi sonucunu doğurur.

Diğer yandan yukarıda incelenmiş olan CISG m.44 istisnası hukuki ayıplar açısından da uygulama alanı bulacaktır. Buna göre alıcı, ihbarı vaktinde yapmamış olması için makul bir özür sunabiliyorsa en azından semenin indirilmesi⁷¹³ veya tazminat talep etme hakkını kullanabilecektir. Ancak bu madde üzerinde yukarıda durulduğu için burada tekrar ayrıntısına girilmeyecek, yukarıdaki bilgilere atıf yapılmakla yetinilecektir⁷¹⁴.

V. Hukuki Ayıpların İspatı Sorunu

Taraflardan her biri hakkını dayandırdığı maddi olgunun varlığını ispat etmek durumundadır⁷¹⁵. Buna göre üçüncü kişilerin hak veya taleplerinin varlığını ispat yükü alıcıdadır⁷¹⁶. CISG m.42 açısından alıcının ayrıca, malın hangi ülkede kullanılacağına sözleşmenin kurulması anında dikkate alındığını ve satıcının bu ülkede var olan koruma haklarını bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığını da ispat etmesi gerekir⁷¹⁷. Buna karşılık satıcının, üçüncü kişinin mal üzerindeki haklarına rağmen alıcının malı almayı kabul etmiş olduğunu⁷¹⁸ (CISG m.41); veya alıcının koruma hakkının varlığından haberdar olduğunu veya olmamasının mümkün olmadığını veya koruma hakkı ihlaline sebep olan teknik çizim, tasarı vs. gibi verileri onun verdiğini ispat etmesi gerekir (CISG m.42).

⁷¹² Zhang, 96.

⁷¹³ Hukuki ayıplar açısından semenin indirilmesi yaptırımının mümkün olup olmadığı tartışması yukarıda bkz. ileride Bölüm 5 § 2 A I 2.

⁷¹⁴ Bkz bu bölümde yukarıda § 3 B IV 3 e bb.

⁷¹⁵ Bu ilkenin CISG sisteminde de geçerli olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Antweiler, 75 vd.; Jung, 41 vd. Türk hukukunda ispat yükünün düzenlenme şekli için bkz. Serozan, Medeni Hukuk, § 10 N.29 vd.

⁷¹⁶ Antweiler, 187; Zhang, 83.

⁷¹⁷ Staudinger/Magnus, Art.42 N.33; Achilles, Art.42 N.15; Antweiler, 192.

⁷¹⁸ Zhang, 83.

§ 4. Satıcının Yükümlülüklerini İfa Etmesi ile Hasarın İntikali Arasındaki İlişki

A. Sorunun Açıklanması

Satım sözleşmelerinde hasarın kimin tarafından taşınacağı sorusuna cevap aranırken, sözleşmenin kurulması ile ifa edilmesi arasında geçen sürede, tarafların herhangi bir kusuru olmaksızın, malın telef olması veya hasara uğraması rizikosunu kimin taşıyacağı belirlenmeye çalışılmaktadır⁷¹⁹. Özellikle milletlerarası satım sözleşmelerinde malın kat etmesi gereken mesafeler düşünüldüğünde, bu sorun ile karşılaşılması ihtimali yüksektir. Bu yüzden örneğin mal taşıyan geminin elverişsiz hava koşulları nedeniyle batması, malın depolandığı ambarın yıldırım düşmesi sonucu yanması veya hırsızlık gibi sebeplerle⁷²⁰ malın hiç veya gereği gibi alıcının eline geçmemesi halinde, hasarın kimin tarafından taşınacağı sorusuna cevap bulmak gerekmektedir. Verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, hasar, taraflardan birinin sorumluluğunu doğuracak şekilde gerçekleşmemiş olmak, "tarafsız" alanda vuku bulmalıdır. Aksi takdirde hasarın intikaline ilişkin düzenlemeler devreye girmez⁷²¹.

Hasarın intikalinden bahsedildiğinde, iki tür hasarı birbirinden ayırmak gerekir: edim hasarı ve karşı edim hasarı⁷²². Satım sözleşmesi açısından bunu, edim hasarı ve semen hasarı olarak da ifade etmek mümkündür. Edim hasarı kavramı, satıcının hangi ana kadar telef olan veya zarar gören mal yerine yeni mal tedarik etmek zorunda olduğu sorusuna cevap arar. Örneğin satım sözleşmesine konu olan 3 ton buğdayın, henüz satıcının deposunda bulunduğu bir dönemde, yıldırım düşmesi sonucu çıkan yangında telef olması halinde, satıcının ifa borcundan kurtu-

⁷¹⁹ *Rabl*, 3 vd.; *Emmerich*, Leistungsstörungenrecht, 146; *Hager*, Einheitliches Kaufrecht, 387; *Akıntürk*, 9 vd.; *Aral*, 76; *Tandoğan*, Borçlar Özel, 106.

⁷²⁰ Hangi hallerin hasar kavramı altında ele alınabileceği konusunda bkz. *Hager*, Gefährtragung, 37; *Brunner*, Art.66 N.11-13; *Rabl*, 9 vd. Hırsızlık hallerini hasar kavramında değerlendirmeyen bir görüş için bkz. *Schönle*, Tandoğan Armağan, 263, 266 vd.

⁷²¹ *Brunner*, Art.66 N.14; *Piltz*, § 4 N.206.

⁷²² Bu ayırım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Akıntürk*, 27 vd.; *Serozan*, Borçlar Genel, § 7 N.6, 6a.; *Aral*, 77; *Atamer*, Oğuzman'a Armağan, 130 vd.; *Rabl*, 5 vd.

lup kurtulamayacağı sorusuna cevap aranmaktadır. Buna karşılık semen hasarı kavramı, malın telef olmuş veya zarar görmüş olmasına rağmen, alıcının yine de semeni ödemek zorunda olup olmadığı sorusu ile ilgilidir. Örneğin bir gönderme borcunun söz konusu olduğu hallerde, satıcının malı taşıyana teslim ettikten sonra, geminin kötü hava şartları nedeniyle ciddi şekilde su alması ve buğdayların ıslanması durumunda, acaba alıcı yine de semenin tamamını ödemek durumunda olacak mıdır?

Semen hasarını kimin taşıyacağı sorununun doğması için ön koşul, edim hasarının alıcıya geçmiş olmasıdır. Edim hasarı borçluda olduğu sürece, yani kendisi yeni bir mal temin etmek veya tamir etmek suretiyle ifayı gereği gibi gerçekleştirmek mecburiyetinde bulunduğu sürece⁷²³ semen hasarı sorunundan bahsedilemez. Edim hasarının alıcıya geçmesi, mantaksal olarak, semen hasarının geçmesinden önce veya en geç eş zamanlı olabilir⁷²⁴. Edim hasarı alıcıya geçtikten sonra, yani sözleşmeye uygun ifayı talep imkanı ortadan kalktığı andan itibaren semen hasarı sorunu doğacaktır. Bu hallerde iki olasılık düşünülebilir. Ya alıcı malın eline geçmemesi nedeniyle semeni ödemek borcundan tamamen veya kısmen kurtulur, ya da semenin tamamını ödemek zorunda kalır. İlk olasılıkta edim hasarı alıcıda, semen hasarı ise satıcıda demektir; ikinci olasılıkta ise hem edim hem de semen hasarı artık alıcıya geçmiştir.

Edim hasarı sorununun, yani satıcının teslim edeceği malın telef olması veya zarar görmesi halinde yeni mal tedarik edip bununla ifayı gerçekleştirmeye mecburiyetinin olup olmadığı sorununun, ancak çeşit borcunda doğabileceği hakim görüştür. Parça borcu açısından yürütülen mantık, borç konusunun tek ve ikame edilemez olduğu, dolayısıyla da bu parçanın telef olması veya hasar görmesi halinde satıcının yeni bir "parça" tedarik etme yükümlülüğünün olamayacağıdır. Dolayısıyla edim hasarının sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçtiği kabul edilmektedir. Buna karşılık *genus non perit* ilkesi gereği, çeşit borcu açısından mutlak bir tedarik yükümlülüğünden yola çıkılmakta; edim hasarı satıcıda olduğu sürece, bir yerden çeşidi bulup bununla ifayı gerçekleştirmek durumunda olduğu savunulmaktadır. İstisnaen, aşırı ifa güçlüğü gibi sebeplerle kendisine bir kurtuluş imkanı verilmektedir⁷²⁵.

⁷²³ Yeni mal tedarik yükümlülüğünden kurtulması ise ancak CISG m.79 uyarınca sorumsuzluk hallerinden birinin söz konusu olması halinde mümkündür. Edim hasarının alıcıya geçmesine kadar kural, mal tedarik yükümlülüğünün devam etmesidir. Ancak istisnaen satıcı sorumluluktan kurtulabilir. Bu istisnai haller hakkında bkz. aşağıda Bölüm 5 § 3.

⁷²⁴ *Hager*, Gefährtragung, 225; *Rabl*, 337; *Vulliéty*, 114; *Honsell/Schönle*, Art.185 N.31, 32 a.

⁷²⁵ *Serozan*, Borçlar Genel, § 7 N.6. Alman hukukunda reform sonrasında kabul edilmiş olan bu imkan hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Faust*, in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, 31 vd.

Ancak parça borcu ve çeşit borcu arasındaki bu katı ayırım bugün terk edilmeye başlanmıştır. Özellikle sınırlı çeşit borcu (belirli bir tarladaki buğday) ve misli eşyaların parça borcu olarak kararlaştırıldığı haller (belirli makinelerin fabrikada seçilerek borcun somutlaştırılması), iki kavramın ne kadar birbirine yaklaşabildiğini göstermektedir. CISG'da parça borcu/çeşit borcu kavramlarının kullanılmamış olması, bu modelin takiben Alman Medeni Kanununda yapılan reformda bu ayırımı terk edilmiş olması, gerek PECL, gerekse PICC'de bu kavramlarla karşılaşılmıyor olması bugün artık daha farklı bir yaklaşımın benimsenmesini teşvik etmektedir. Bu yaklaşımın temelindeki düşünce, taraflar arasındaki sözleşmenin özelliklerine göre bir sonuca varmaktır. Eğer taraflar arasındaki sözleşmeden borcun konusunun sadece o mala hasredildiği sonuca varılabiliyorsa, satıcının bir tedarik borcu olmaz. Buna karşılık tarafların böyle bir niyetinin olmadığı hallerde, alıcıyı ifa talebinden yoksun bırakmanın bir gerekçesini bulmak güçtür. Dolayısıyla bu çalışmada üretilen çözümlerde, parça borcu ve çeşit borcu arasında mümkün olduğu ölçüde bir ayırım yapılmayacak ve taraf iradelerini ön plana alan çözümler savunulacaktır⁷²⁶.

Eğer satım konusu mal, parça borcu olmasına rağmen, yerine bir başkasını koymak sorunsuz bir şekilde mümkünse ve tarafların da iradesinin buna uygun olduğu kabul edilebiliyorsa, edim hasarı halen satıcıda demektir. Özellikle yeni mahn, eş değerde (*Gleichwertigkeit*) ve eş işleve (*Gleichartigkeit*) sahip olması halinde bunu kabul etmek uygun düşer⁷²⁷. Önemi olan, işlevsel ve ekonomik açıdan, çeşit borcuna yakın bir borcun var olup olmadığını tayin etmektir⁷²⁸. Mahn tek ve reproduksiyonu mümkün olmayan bir mal olması halinde ise, satıcının bir tedarik borcu yoktur⁷²⁹. Ancak bu hallerde bile edim hasarının kendiliğinden sözleşmenin akdi ile alıcıya geçtiği söylenemez, zira alıcının en azından satıcıdan tamirat istemesi imkanı vardır. Tamiratın bir seçimlik hak olarak alıcıya

⁷²⁶ Daha önce bu konuda savunmuş olduğum aksi görüşü ise terk ediyorum (bkz. *Atamer*, Oğuzman'a Armağan, 131, 139 ve 150). Parça borcu/çeşit borcu ayırımına ilişkin tartışma aynı zamanda, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi halinde alıcının yenisi ile değiştirme talebinin olup olmadığı konusunda da yaşanmaktadır. Bu tartışma için bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 B IV 1 a sa.

⁷²⁷ *Canaris*, JZ 2003, 831, 834. Aynı yönde *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.46 N.18; *v.Hoffmann*, 293, 295. Reform sonrasında Alman hukuku için bu yönde *Haas*, in: *Das neue Schuldrecht*, Kapitel 5 N.84; *Schubel*, JuS 2002, 313, 316; *Heinemann/Pickartz*, ZGS 2003, 149, 151. Nitekim parça borcu/çeşit borcu ayırımının bilinçli olarak terk edildiği ve parça borcunda ikame mal talebinin mümkün olabileceği, yasamın gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Bkz. *RegBegr*, in: *Schuldrechtsmodernisierung*, 806. Ayrıca bkz. yönde OLG Braunschweig, 4.2.2003, JZ 2003, 863 ve LG Ellwangen, 13.12.2002, NJW 2003, 517.

⁷²⁸ *Canaris*, JZ 2003, 831, 835.

⁷²⁹ Alman hukuku için bu yönde *Canaris*, JZ 2003, 831, 836.

verilmediği hukuk düzenlerinde bu türden bir genelleme yapmak mümkünse de, alıcının bu hakkı olduğu sistemlerde edim hasarının sözleşme ile satıcıya geçtiğini söylemek için artık bir gerekçe bulmak güçtür⁷³⁰.

B. CISG'da Hasarın İntikaline İlişkin Olarak Kabul Edilmiş Olan Sistem

I. Genel Olarak

CISG çerçevesinde satıcının borçları ve bunların gereği gibi ifa edilmemesi sorunu üzerine yoğunlaşan bu çalışma açısından önem taşıyan kavram edim hasarı kavramıdır. Tespit edilmesi gereken, satıcının hangi anda ifayı gerçekleştirmiş kabul edileceği; dolayısıyla hangi andan itibaren başka bir mal temin etmek suretiyle ifayı yeniden gerçekleştirmek zorunda bırakılmayacağıdır. Edim hasarının geçtiği ana göre malın sözleşmeye uygun olup olmadığı saptanacak, bu andan sonra malın "başına gelenler", satıcının, ifa etmiş olması olgusunu değiştirmeyecektir. Ancak CISG, edim hasarına ilişkin açık bir hüküm içermemektedir. Antlaşmanın 66-70 hükümleri düzenlenirken aslen semen hasarı düşünülmüş, edim hasarı konusuna değinilmemiştir⁷³¹. Nitekim hasarın intikali bölümünün ilk maddesi olan m.66 uyarınca,

"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."⁷³²

Ancak öğretilde çoğunlukla kabul edildiği üzere, semen hasarına ilişkin düzenlemelerden edim hasarının hangi anda geçtiğine ilişkin olarak bir sonuç çıkarılması mümkündür⁷³³. Buna göre, semen hasarının alıcıya intikal ettiği ana kadar edim hasarı satıcıdadır. Yani o ana kadar malın başına gelenlerden satıcı sorumludur. Semen hasarı alıcıya geçtiği anda

⁷³⁰ Edim hasarının hangi anda alıcıya geçtiği konusunda bkz. bu başlık altında III.

⁷³¹ *Karollus*, 189; *Honsell/Schönle*, Vorbem. Art.66-70 N.1; *Imberg*, 65; *Lindacher*, 165, 168; *Vulliétty*, 155.

⁷³² Cümlelerin ikinci yarısı aslında hasar sorununa ilişkin değildir (*Hager*, *Gefahrtragung*, 163; *Sevón*, 191, 198). Satıcıya isnat edilebilecek bir davranışın varlığından yola çıkılmakta ve bu yüzden sözleşmesel sorumluluğu kabul edilmektedir. Bu açıdan hasar bahsi altında böyle bir ifadeye yer verilmesi gereksizdir.

⁷³³ *Staudinger/Magnus*, Vorbem zu Art.66 ff N.9; *Schlechtriem/Schwenzer/Hager*, Art.69 N.10; *Brunner*, Art.66 N.10; *Bianca/Bonell/Nicholas*, Art.66 N.2.1; *Bucher*, *Neuerungen*, 13, 39 vd.; *Schlechtriem/Schwenzer/Hager*, Art.69 N.10; *Münch-KommBGB/P.Huber*, Art.66 CISG, N.15; *Vulliétty*, 156; *Piltz*, § 4 N.187; *Schlechtriem*, *Verkäufersplichten*, 103, 113; *Soergel/Lüderitz/Budzikiewics*, Art.66 N.1.

ise edim hasarı da alıcıya geçmiş demektir⁷³⁴. Dolayısıyla aşağıda, CISG'da var olan semen hasarına ilişkin düzenlemeler ele alınacak ve buna bağlı olarak edim hasarının hangi anda geçtiği tespit edilmeye çalışılacaktır.

CISG, hasarın intikali anını hem teslimden hem de mülkiyetin nakli sorunundan bağımsız olarak düzenlemiştir. Özellikle ULIS'de kabul edilmiş olan çözüm, bu alanda yaşanan tartışmalar nedeniyle takip edilmemiştir⁷³⁵. Eleştirilerin temelinde, ULIS'in kısmen kendi içinde çelişen ve teslim kavramına büyük önem atfeden⁷³⁶ düzenlemesi yatmaktaydı. ULIS m.97, f.1 uyarınca hasar, malın, sözleşme ve Antlaşma şartlarına uygun şekilde teslim edilmesi ile alıcıya geçmekteydi. ULIS m.19 uyarınca da "teslim, sözleşmeye uygun bir malın verilmesidir". Bu iki hükmün birlikte okunmasının doğal sonucu, alıcıya sözleşmeye aykırı mal verilmesi halinde teslimin gerçekleşmemiş sayılacağı ve hasarın da geçmeyeceğidir. Oysa teslim edilmiş malın sözleşmeye aykırı olmasına rağmen hasarın alıcıya intikal etmesi gerektiği durumlarla karşılaşıldığı için m.97, f.2 kaçınılmaz olarak çeşitli istisnalar düzenlemek zorunda kalmıştır⁷³⁷. ULIS'in teslim kavramını Antlaşmanın merkezi kavramı haline getirmesi ve satım sözleşmesine ilişkin bir dizi sorunu bu kavram üzerinden çözmeye çalışmış olması⁷³⁸ özellikle hasarın intikalinde milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uymayan zorlukta bir sistem kurması sonucunu beraberinde getirmiştir⁷³⁹. İşte bu nedenle CISG'in hazırlanması sürecinde, ULIS'de olduğu gibi "teslim" kavramı çerçevesinde sorunların çözülmesi yaklaşımı terk edilmiş ve özellikle hasarın intikali sorunu bağlamında daha pragmatik ve farklı olasılıkları dikkate alan esnek bir çözüme gidilmesi tercih edilmiştir⁷⁴⁰. Kuşkusuz iki kavramın birbiri ile bağlantısı düşünüldüğünde hasarın kural olarak teslimle geçeceği, ancak ba-

⁷³⁴ Aşağıda görüleceği üzere, sadece bazı istisnai hallerde, edim hasarının alıcıya geçmiş olmasına rağmen semen hasarının satıcıda kalması söz konusu olmaktadır.

⁷³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Honnold*, *Documentary History*, 168 vd.

⁷³⁶ Bkz. *Rabel*, *RabelsZ* 1935, 339, 358; *Kromer*, 234 vd.; *Dölle/U.Huber*, Art.19 N.3; *Hans Claudius Ficker*, "Die Gefahrtragung im Haager Einheitlichen Kaufgesetz und im Deutschen Recht", in: *Leser/v.Marschall* (Hrsg.), *Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht*, Karlsruhe 1973, 131, 133.

⁷³⁷ ULIS m.97, f.2 uyarınca, sözleşmeye aykırı bir mal teslim edilmiş olması halinde alıcının sözleşmeden dönme veya malın yenisi ile değiştirilmesini talep etme hakkını kullanmaması halinde hasar da alıcıya geçmektedir.

⁷³⁸ Bu konuda ayrıca bkz. yukarıda Bölüm 4 § 2 A II.

⁷³⁹ Bkz. *Neumayer*, FS Caemmerer, 955, 958 vd.; *Kromer*, 247 vd.; *Dölle/Neumayer*, Art.97 N.26-34 vd.; *Schlechtriem/Hager*, Art.70 N.1.

⁷⁴⁰ *Staudinger/Magnus*, *Vorbem zu Art.66 ff. N.6*; *Kromer*, 249-251; *Honnold*, *Documentary History*, 168-169.

zı hallerde daha ileriki bir tarihin söz konusu olacağı, yine kural olarak teslimden önceki bir aşamada ise hasarın geçmeyeceği söylenebilir⁷⁴¹.

Antlaşma, hasarın intikali sorununu teslimden ayırdığı gibi mülkiyetin intikalinden de ayırmıştır⁷⁴². Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, mülkiyetin intikali CISG m.4 (b) uyarınca Antlaşmanın uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Dolayısıyla hasarın intikal etmiş olması, mülkiyetin intikal etmiş olmasını gerektirmediği gibi tersi de varit değildir⁷⁴³.

CISG'ın hasarın intikaline ilişkin hükümleri ancak tarafların bu konuda sözleşmede aksine bir düzenleme yapmamış olmaları halinde uygulama alan bulur. Oysa milletlerarası satım sözleşmelerinde sık sık, Incoterms kurallarının kararlaştırılmış olması veya CISG m.8/9 uyarınca sözleşme içeriği olmuş olması kabul edilebileceği için⁷⁴⁴ CISG kurallarının devre dışı kalması mümkündür. Fakat CISG ve Incoterms kurallarının hasarın intikali anı konusunda aynı çizgiyi izlemiş olması, sonucun genelde farklı olmamasını beraberinde getirecektir⁷⁴⁵.

II. Semen Hasarının İntikaline İlişkin Düzenlemeler

CISG'ın hasar düzenlemesi, farklı teslim türlerine göre ayrılmıştır. CISG m.67 gönderme borcu içeren satım sözleşmeleri; m.68 nakil halindeki mala ilişkin satım sözleşmeleri; m.69 ise bunun dışında kalan tüm satım sözleşmeleri açısından semen hasarının intikali anını saptamaktadır.

⁷⁴¹ *Schlechtriem/U.Huber*, Art.31 N.13; *Sevón*, 191, 193.

⁷⁴² Mülkiyetin intikali ile teslim arasındaki ilişki hakkında açıklamalar için bkz. *Bucher*, *Kolloquium*, 207, 208 vd. Her ne kadar CISG, mülkiyetin geçiş am konusunda bir düzenleme içermediğini açıkça beyan etmekteyse de (CISG m.4, b), hasarın geçiş anını kural olarak teslimle bağlamakla aslında Alman hukuk çevresinde hakim olan, mülkiyetin teslim ile geçtiği ilkesinin ("Traditionsprinzip") izlerini taşımaktadır (*Kromer*, 243; *Bucher*, *Neuerungen*, 13, 40). Zira Fransız ve İngiliz hukuk çevresinde olduğu gibi, mülkiyetin ve dolayısıyla hasarın da satım sözleşmesinin kurulması ile alıcıya geçmesi görüşüne itibar edilmemiştir (Code civil Art.1583/SGA Sec.16-20 b). İngiliz hukukunda hasarın intikali hakkında Bkz: *Benjamin/Guest*, 6-002 vd.; *Twigg-Flesner*, GPR 1/03-04, 12,15.

⁷⁴³ OLG Schleswig-Holstein, 29.10.2002, CISG-Online N.717; US Dist. Ct. (SDNY), 26.04.2002, CISG-online N.615.

⁷⁴⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm 3 § 2 III 1. Ayrıca bkz. *Piltz*, FG Herber, 20, 21 vd.

⁷⁴⁵ *Brunner*, Art.66 N.9.

1. Gönderme borcu doğuran satım sözleşmelerinde hasarın intikali

CISG m.67, f.1 uyarınca gönderme borcu içeren⁷⁴⁶ satım sözleşmelerinde hasarın intikali am malın ilk bağımsız taşıyıcıya⁷⁴⁷ teslimi anıdır⁷⁴⁸. Teslim yeri genelde, satıcının işyerinin bulunduğu yer olacaktır⁷⁴⁹. Örneğin işyeri Buenos Aires'de bulunan satıcının malı, Hamburg'daki alıcısına ulaştırması için taşıyıcıya teslim etmesi ile hasar alıcıya geçmiş olacaktır⁷⁵⁰. Mal alıcının eline geçene kadar nakil boyunca meydana gelenlerin rizikosunu alıcı taşıyacaktır. Bu süreçte malın telef olması kadar zarar görmesi de, onu, semenin tümünü ödeme borcundan kurtarmayacaktır.

Ancak m.67, İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak bu konuda daha ayrıntıya girmiş ve malın belirli bir yerde taşıyıcıya teslim edilmesi gerektiği hallerde bu gerçekleşene kadar hasarın intikal etmeyeceğini öngörmüştür⁷⁵¹. Bu maddenin özellikle uluslararası ticarete kullanılan bazı hükümleri (CIF/FOB satım gibi) dikkate aldığı gerekçesinde de belirtilmektedir⁷⁵². Dolayısıyla Köln'de bulunan satıcının, Marsilya'daki alıcı için gönderdiği malını Hamburg limanında taşıyıcıya teslim etme borcu varsa (FOB Hamburg), bu ana kadar semen hasarını satıcı taşır⁷⁵³. Yani nakliye sürecinin belirli bir bölümüne kadar satıcının, belirli bir bölümden sonra ise alıcının hasarı taşıması gerekecektir⁷⁵⁴.

CISG m.67, f.1 uyarınca, satıcının mal üzerinde tasarruf etme imkanı veren belgeleri alkoyma hakkı olsa bile, bu durum hasarın intikalini engellemez. Mülkiyetin geçiş anının hasarın geçiş anından bağımsız oldu-

⁷⁴⁶ Bir gönderme borcunun var olup olmadığı sözleşme hükümleri veya CISG m.31 uyarınca tayin edilir (*Herber/Czerwenka*, Art.67 N.3). Bu madde hakkında bkz. yukarıda Bölüm 4 § 2 A III 2 a aa (1).

⁷⁴⁷ Taşıyıcının satıcının yardımcı kişisi olmayan, bağımsız biri olması gereği ve taşıma komisyonusunun bu gereği yerine getirip getirmediği tartışması hakkında bkz. yukarıda Bölüm 4 § 2 A IV 1 b.

⁷⁴⁸ Birçok hukuk düzeninde kabul görmüş olan bu düzenlemenin tarihsel kökenleri ve hukuk politikası açısından savunulabilirliği hakkında bkz. *Hager*, *Gefahrtragung*, 105 vd.

⁷⁴⁹ *Staudinger/Magnus*, Art.67 N.17.

⁷⁵⁰ Malın taşıyıcıya bilfiil teslim edilmesi kadar bazen rıhtıma bırakılması veya geminin küpeştesini aşması gibi anlar hasarın intikalinde belirleyici olacaktır. Bu konuda özellikle Incoterms hükümlerindeki ayrıntılı düzenlemeler hakime yol gösterecektir. CIF kizları açısından hasarın malın küpeşteyi aşma anında intikal ettiği konusunda bkz. *Erdem*, SIF Satışlar, 187 vd.

⁷⁵¹ Teslim yeri ile ifa yerinin bu hallerde örtüşüp örtüşmediği tartışması için bkz. Bölüm 4 § 2 A III 1.

⁷⁵² *Sekretarya Šerhi*, Art.79 N.6.

⁷⁵³ *Schlechtriem/Schwenzer/Hager*, Art.67 N.6.

⁷⁵⁴ Bu hallerde ortaya çıkabilecek ispat sorunları hakkında bkz. *Imberg*, 161 vd. Bu dağılımın edim hasarı açısından ne ifade ettiği hakkında bkz. bu başlık altında III.

ğu bir kez daha bu düzenleme ile teyit olunmaktadır⁷⁵⁵. Bunun yanı sıra nakil masraflarının kimin tarafından taşındığı da, hasarın kimin tarafından taşınacağını tayinde belirleyici olmaz⁷⁵⁶.

Eğer gönderilen mal çeşit borcu ise ve taşıyıcıya teslim edilmiş olmasına rağmen henüz ayırma/sözleşmeye özgüleme, gerçekleşmemişse m.67, f.2 uyarınca hasar ancak ayırmanın gerçekleşmesi ile alıcıya intikal eder⁷⁵⁷. Yukarıdaki örnekte, Buenos Aires'den Hamburg'a satılan malın buğday olması ve buğdayın, Hamburg'daki birden fazla alıcıya teslim edilmek üzere dökme yük (*bulk*) şeklinde naklediliyor olması halinde, hasarın alıcılara geçmesi için, yükün bu satım sözleşmelerine tahsis edilmesi gerekir⁷⁵⁸. Bu tahsisin nasıl gerçekleşebileceği konusunda CISG satıcıyı serbest bırakmakta ve aslında CISG m.32, f.1'i tekrarlamaktadır⁷⁵⁹. Buna göre mal "ayırt edici işaretler, taşıma belgeleri, alıcıya yapılacak bildirim veya diğer herhangi bir yolla açıkça sözleşmeye tahsis edilmediği sürece hasar alıcıya geçmez." Dolayısıyla madde, satıcının gönderme borcu içeren sözleşmelerde teslim borcunu gereği gibi ifa etmiş sayılacağı ana kadar hasarın alıcıya geçmesini geciktirmektedir. Mallar tahsis edildiği andan itibaren hasar alıcıya geçer; ayırmanın etkisi geleceğe yöneliktir (*ex nunc*)⁷⁶⁰. O ana kadar hasar satıcıda kalır⁷⁶¹.

Malın uzun bir mesafe nakledildiği hallerde hasarın belirli bir süre satıcı, belirli bir süre de alıcı tarafından taşınması ("*splitting*") engellenmemektedir. Özellikle malın bağımsız bir taşıyıcıya teslim edilmesi ana kadar; kısmi götürme borçlarında malın o yerde teslim edilmesine kadar ve çeşit borcunda ayırma gerçekleşene kadar hasarı satıcı taşımaya

⁷⁵⁵ *Bucher*, *Kolloquium*, 207, 212; *Imberg*, 148; *Brunner*, Art.67 N.7; *Schlechtriem/Schwenzer/Hager*, Art.67 N.8. Satıcının semenin ödenmesini garanti altına almak için malı temsil eden belgeleri elinde tutması sık rastlanılan bir olgudur ve m.67 bu ihtiyaca cevap vermek için düzenlenmiştir (bkz. *Schlechtriem*, UN-Kaufrecht, N.226).

⁷⁵⁶ *Staudinger/Magnus*, Art.67 N.9.

⁷⁵⁷ *Imberg*, 154 vd.

⁷⁵⁸ Bu nakil tipinde, örn. ambar kapaklarının iyi kapatılmamış olması nedeniyle yükün zarar görmesi halinde hasarın farklı alıcılar tarafından nasıl taşınacağı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre bildirim sonrasında her bir alıcı hasarı alacağı oranında taşıyacak; kalan sağlam yük de bu oranda aralarında paylaşılacaktır (*Schlechtriem/Schwenzer/Hager*, Art.67 N.10a; *Soergel/Luderitz/Budzikiewicz*, Art.67 N.6; *Staudinger/Magnus*, Art.67 N.31). Bu hallerde malın ayırılmamış sayılmayacağı, dolayısıyla da semen hasarının satıcıda kalması gerektiği yönünde *Sevón*, 191, 201 vd.; *Honsell/Schoenle*, Art.67 N.24-25; *Bamberger/Roth/Saenger*, Art.67 CISG, N.5

⁷⁵⁹ Bu düzenleme hakkında bilgi için bkz. yukarıda Bölüm 4 § 2 C 4 dn.243.

⁷⁶⁰ Bu konuda mukayeseli bilgiler ve Antlaşmanın hazırlanmasındaki tartışmalar hakkında bkz. *Hager*, *Einheitliches Kaufrecht*, 387, 392 vd.

⁷⁶¹ *Herber/Czerwenka*, Art.67 N.10; *Schlechtriem/Schwenzer/Hager*, Art.67 N.10; *Staudinger/Magnus*, Art.67 N.27.

devam edecektir. Bunun en önemli sakıncası, zararın hangi anda meydana geldiğini ispat etmenin çok zorlaşmasıdır⁷⁶². Oysa yukarıda aktarılmış olduğu üzere⁷⁶³, malın sözleşmeye uygun olup olmadığı, hasarın intikali anına göre saptanmaktadır. Fakat bu sorunu aşmanın bir yolu gözükmektedir. Dolayısıyla, ihtirazi kayıt ileri sürmeden sözleşmeye ayrıklı mal teslim almış olan alıcı zararın hangi anda meydana geldiğini ispat yükü altında olacaktır⁷⁶⁴.

2. Nakil halinde bulunan malların satımında hasarın intikali

Yine milletlerarası satım sözleşmelerinde çok sık karşılaşılan diğer bir sorun, henüz nakil halinde bulunan⁷⁶⁵ malların hemen yeniden el değiştirip ikinci bir alıcıya satılması halinde hasarın geçiş anını tespit etmektir. Burada söz konusu olan, aynı satıcının birden fazla alıcıya aynı malı satması değil, malın henüz varna noktasına ulaşmadan, zincirleme olarak arka arkaya satılmasıdır. CISG m.68 uyarınca bu hallerde ikinci satım sözleşmesinin yapılması ile birlikte hasar yeni alıcıya geçer. Yani kural yine geriye yürümezliktir. Mal ilk taşıyıcıya verilene kadar hasarı satıcı, ikinci satım sözleşmesi yapılan kadar hasarı ilk alıcı, ikinci satım sözleşmesi yapıldıktan sonra ikinci alıcı taşıyacaktır. Ancak yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi, hasarın birden fazla kişi arasında zamansal olarak bölüştürülmesi, ispat hukuku açısından büyük zorlukları beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla son alıcının bütün nakil süreci boyunca hasarı taşıması işleri bir nebze kolaylaştıracaktır⁷⁶⁶.

Nitekim CISG m.68, c.2 uyarınca, koşulların bunu haklı kılması halinde ("if the circumstances so indicate") hasarın, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen ilk taşıyıcıya malın teslim edilmesi anına kadar geriye etkili olarak intikal etmesi mümkündür. ULIS m.99 bu soruna ilişkin daha farklı bir çözüm benimsemişti. Buna göre, nakil halinde malların satılmasında, ikinci alıcı, malların ilk taşıyıcıya teslim edilmesi anından itibaren hasarı taşımakta; yani hasar hep geriye etkili olarak geçmekteydi. İstisnaen satıcı/ilk alıcının, malın satılması anında zaten zarar görmüş olduğunu veya çoktan telef olduğunu bilmesi veya bilmesi-

⁷⁶² Bianca/Bonelli/Nicholas, Art.67 N.3.1. Konteyner taşımacılığında nihai varna yerine kadar konteynerin hiç açılmadığı düşünülecek olursa bu sorun daha da belirginleşmektedir.

⁷⁶³ Bölüm 4 § 3 B III.

⁷⁶⁴ Bu konuda bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B VI.

⁷⁶⁵ "Nakil halinde" ile kastedilen, malın uçak, gemi, tren veya kara yolu ile taşınır durumunda olmasıdır, bkz. Staudinger/Magnus, Art.68 N.7.

⁷⁶⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Hager, Art.68 N.3; Brunner, Art.68 N.3; Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.230; Staudinger/Magnus, Art.68 N.1.

nin gerekmesi durumunda ikinci alıcının hasarı taşıması söz konusu olmamaktaydı. Ancak Viyana Antlaşmasının hazırlanmasında, ikinci alıcının hiç sigortalanma imkanı olmadığı bir dönem için hasarı taşıması eleştirilmiş ve bu nedenle ancak "koşulların bunu haklı kılması halinde" hasarın ilk taşıyıcıya teslimden itibaren ikinci alıcıya geçeceği eklenmesi yapılmıştır⁷⁶⁷. Özellikle alıcı konumunda olan Üçüncü Dünya ülkelerinin delegeleri bu düzenlemenin yapılması konusunda ısrarcı olmuşlardır⁷⁶⁸.

Hangi koşulların varlığı halinde hasarın geriye etkili olarak intikal etmesinin haklı görüleceği ise, genelde hep bir örnek cevaplanmaktadır: mala ilişkin bir sigorta sözleşmesinin akdedilmiş olması⁷⁶⁹. Zira bu hallerde yeni alıcının geriye etkili olarak hasarı taşıması sorun doğurmuyacak, kendisi her halde sigorta korumasından faydalanabilecektir⁷⁷⁰. Ancak bu etkinin doğması için m.68, c.3 uyarınca ilk alıcı/ikinci satıcının iyi niyetli olması gerekir, yani malın arada telef olmuş veya zarar görmüş olduğunu bilmemesi ve bilmesinin de gerekmemesi ön koşuldur; aksi takdirde hasar geriye etkili olarak intikal etmez ve ilk alıcı/ikinci satıcıda kahr⁷⁷¹. Alıcının, aklında satım sözleşmesini daha akdedmediği bir dönemde yaşananlar için hasarı taşıdığı düşünülürse⁷⁷², satıcıların bunu kötüye kullanması engellenmek istemiştir.

Bu açıdan doktrininde bazı yazarların, cümle 3'deki istisnanın, m.68, c.1 açısından da geçerli olup olmadığını tartışmasını⁷⁷³ anlamak mümkün değildir⁷⁷⁴. Zira cümle 1, nakil halindeki mallarda hasarın intikaline ilişkin genel kuralı tespit ederken, hasarın, sözleşmenin kurulması ile intikal edeceğini ifade etmiştir. Yani sorun bu andan sonraki hasarı kimin taşıyacağıdır; buna karşılık sözleşmenin kurulmasından önceki dönemde

⁷⁶⁷ Herber / Czerwenka, Art.68 N.1; Lindacher, 165, 173.

⁷⁶⁸ Kromer, 262; Staudinger/Magnus, Art.68 N.3-4; Schlechtriem/Schwenzer/Hager, Art.68 N.1.

⁷⁶⁹ Kromer, 262; Schlechtriem/Schwenzer/Hager, Art.68 N.4; Brunner, Art.68 N.3; Staudinger/Magnus, Art.68 N.11; Bucher, Neuerungen, 13, 44.

⁷⁷⁰ Hager, Einheitliches Kaufrecht, 387, 397; Staudinger/Magnus, Art.68 N.4 ve 11; Lindacher, 165, 173; Kromer, 262.

⁷⁷¹ Bu hallerde satıcının hafif ihmalinin dahi yeterli olacağı konusunda bkz. Brunner, Art.68 N.7; Staudinger/Magnus, Art.68 N.21.

⁷⁷² CISG m.68, çoktan yok olmuş bir malın satılmasına imkan tanımak suretiyle, birçok Kara Avrupası ülkesinde kabul edilmiş olan, başlangıçtaki imkansızlığın sözleşmeyi batıl kılacağı ilkesini (*impossibilium nulla obligatio est*) devralmamıştır. Schönle'nin bu çözümü kafirlik olarak nitelendirmesi ilginçtir (Schönle, Tandoğan Armağanı, 263, 273). Bu konuda ayrıntı için bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 C IV 1 ve aşağıda Bölüm 5 § I. Common Law sisteminde bu ilkenin hiçbir zaman geçerlilik kazanmadığı konusunda bkz. Treitel, Frustration, N.1-002.

⁷⁷³ Örn. bkz. Honsell/Schönle, Art.68 N.19-20.

⁷⁷⁴ Aynı yönde Imberg, 173.

yaşananlar bir hasar sorunu teşkil etmez⁷⁷⁵. Bu dönemde yaşananlardan dolayı satıcı ya malı ifa edemediği için (mal daha önce telef olmuş) veya malı sözleşmeye aykırı ifa ettiği için (mal zarar görmüş) alıcıya karşı kural olarak sorumlu olur. Satıcının sözleşmeye aykırı durumu biliyor olması veya bilmesinin gerekmesi ise sadece ihbar sürelerine ilişkin CISG m.40 ve 43 çerçevesinde değerlendirilebilir. Dolayısıyla, öğretide genelde savunulduğu üzere m.68, c.3'ün sadece m.68, c.2 açısından bir istisna teşkil ettiğini kabul etmek gerekir⁷⁷⁶. Zira bu hallerde alıcı çok istisnai olarak, sözleşmenin kurulmasından önceki dönem için de hasarı taşımaktadır ve bunu sınırlandırmak ihtiyacı olduğu için CISG m.68'e 3. cümle eklenmiştir⁷⁷⁷.

3. Aranacak veya götürülecek borç doğuran satım sözleşmesinde hasarın intikali

CISG m.69, ne bir gönderilecek borç, ne de m.68 kapsamında değerlendirilebilecek bir satım sözleşmesinin var olmadığı hallerde devreye girer⁷⁷⁸. Bu anlamda aslında genel düzenlemeyi oluşturmaktadır. CISG m.69, f.1 uyarınca hasar "alıcının malları teslim aldığı anda, veya malları zamanında teslim almaması halinde, malın tasarrufuna hazır bulunduğu ve teslim almayarak sözleşmeye aykırı bir davranışta bulunduğu andan itibaren alıcıya geçer." Fıkranın düzenleme alanı aramlacak borçlardır⁷⁷⁹. Bu hallerde kural, mal üzerinde hakimiyeti ele geçirmek veya en azından geçirme imkanını kazanmakla hasarın ahçıya intikal etmesidir⁷⁸⁰. Malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasına rağmen vadede teslim alınmadığı durumlarda da aynı hüküm uygulanır⁷⁸¹.

CISG m.69, f.2 ise, alıcının işyeri dışında olası bütün diğer teslim

⁷⁷⁵ Bianca/Bonell/Nicholas, Art.68 N.2.4.

⁷⁷⁶ Imberg, 172; Staudinger/Magnus, Art.68 N.17;

⁷⁷⁷ Bianca/Bonell/Nicholas, Art.68 N.2.4.

⁷⁷⁸ Bu açıdan CISG m.31, b ve c bentlerinde düzenlenmiş olan teslim tipine ilişkin hasar düzenlemesidir.

⁷⁷⁹ Renck, 225; Schlechtriem/Schwenzer/Hager, Art.69 N.2; Staudinger/Magnus, Art.69 N.7; Sevón, 191, 204; Incoterms içinde EXW "Ex-Works" klozu bu duruma tekabül etmektedir. Bilgi için bkz. Bredow / Seifert, 26 vd.; Renck, 228 vd.

⁷⁸⁰ Renck, 227; MünchKommBGB/P.Huber, Art.69 CISG, N.4; Bucher, Neuerungen, 13, 41.

⁷⁸¹ Alıcının teslim almamasının yanı sıra diğer sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle malın teslimini geciktirdiği hallerde de bu fıkranın kıyasen uygulanabileceği genelde kabul görülmektedir. Bkz. Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.232; Staudinger/Magnus, Art.69 N.16; Schlechtriem/Schwenzer/Hager, Art.69 N.9; Münch-KommBGB/P.Huber, Art.69 CISG, N.7. Örn. alıcının gerekli akreditifi açtırmaması nedeniyle satıcının malı teslim etmekten imtina ettiği hallerde (bkz. CISG m.58, f.2) hasarın bu madde uyarınca alıcıya geçmesi uygun görülmektedir. Aksi görüşte Bianca/Bonell/Nicholas, Art.69 N.3.4.

yerlerine uygun bir hasar düzenlemesi içermektedir. Buna göre "alıcının, satıcının işyerinden farklı bir yerde malı teslim almasının öngörüldüğü hallerde hasar, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulunduğu hallerde haberdar olduğu anda intikal eder." Bu fıkra kapsamında değerlendirilebilecek olan haller çeşitlidir⁷⁸²; satıcının malı, kendi işyerinden farklı bir yerde bulunan bir depoda muhafaza etmesi ve malın burada alıcı tarafından teslim alınacak olması veya alıcının alıcının işyerine teslim edilecek olması⁷⁸³ (götürme borcu) veya bunlar dışında bir üçüncü yerde teslimin kararlaştırılmış olması halinde hasar dağılımı f.2 uyarınca gerçekleşecektir. Hasarın intikal etmesinin ön koşulu, borcun muaccel olması ve satıcının ilgili yerde malı hazır bulundurduğu konusunda alıcının haberdar olmasıdır. Alıcının nasıl haberdar olduğu önem taşımaz. Satıcının kendisini haberdar etmesi kadar üçüncü kişilerden edinilmiş olan bilgi de yeterli olacaktır⁷⁸⁴. Ancak alıcının gerçek haberdar olmuş olması aranır; ağır ihmali yüzünden haberdar olamamış olması, hasarın intikali açısından yeterli değildir⁷⁸⁵.

Dikkati çeken, aramlacak borçlarda (CISG m.69, f.1) teslim alınmanın, bunun dışında kalan hallerde (CISG m.69, f.2) ise hazır bulundurulmanın hasarın intikali için yeterli kabul edilmiş olmasıdır. Doktrinde bu farklılığı açıklarken, malın satıcının mekanlarında hep sigortalı olacağı dolayısıyla satıcının daha uzun süre hasarı taşımasının sorun doğurmayacağı ileri sürülmekle birlikte⁷⁸⁶, malın ahçıya teslim edilmek üzere nakil halinde olduğu dönemde de sigortalı olacağı açıktır. Dolayısıyla bu ayırım suni kalmaktadır. CISG m.31, satıcının teslim borcunu ifa anı olarak her iki halde de, malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması esas alınmıştır. Hasarın intikali anında ise neden bir farklılık yapıldığı anlaşılamamaktadır. Nitekim Incoterms içinde, "ex works" klozu altında düzenlenen aranacak borçlarda, hasarın intikali anı, hazır bulundurma anıdır⁷⁸⁷, yoksa CISG'da olduğu gibi teslim alma anı değildir.

Son olarak, malın alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasının, hasarın intikali sorunu bağlananda ne anlama geldiği sorusu cevaplanmalıdır. Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, aranacak borçlarda satıcının teslim borcunu vaktinde ve gereği gibi ifa etmiş sayılabilmesi için,

⁷⁸² Bkz. MünchKommBGB/P.Huber, Art.69 CISG, N.8.

⁷⁸³ Incoterms içinde buna tekabül eden klozlar DAF (Delivered at Frontier); DES (Delivered Ex Ship); DEQ (Delivered Ex Quay); DDU (Delivered Duty Unpaid); DDP (Delivered Duty Paid). Aynıntılı bilgi için bkz. Bredow / Seifert, 92-109.

⁷⁸⁴ Renck, 232; Staudinger/Magnus, Art.69 N.23; Sevón, 191, 205.

⁷⁸⁵ MünchKommBGB/P.Huber, Art.69 CISG, N.13.

⁷⁸⁶ Hager, Einheitliches Kaufrecht, 387, 399; Schlechtriem/Schwenzer/Hager, Art.69 N.6; Sevón, 191, 193.

⁷⁸⁷ Imberg, 122; Bredow / Seifert, 30.

malların alıcı tarafından sorunsuz şekilde teslim alınabilecek durumda bulundurulması yeterlidir. Ancak malın ayrılmış ve sözleşmeye tahsis edilmiş olması şart değildir⁷⁸⁸. Satıcı, alıcı geldiğinde hemen 10 ton buğday teslim edebilecek durumda ise, teslim yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Bu buğdayın ayrılmamış olması ise teslim yükümlülüğü ile değil hasarın intikali sorunu ile ilgilidir. Nitekim m.69, f. 3 uyarınca, “sözleşmenin, henüz ayırılmamış mallara ilişkin olması halinde bunların ancak açıkça sözleşmeye tahsis edilmesi ile alıcının tasarrufuna hazır bulundurulduğu kabul edilir.” Yani malların bu sözleşme için öngörülmüş olduğu anlaşılabilir olmalıdır. Tahsis, mal üzerine konulacak işaretler, mekansal olarak ayırma gibi muhtelif şekillerde gerçekleşebilir⁷⁸⁹.

Bunun dışında alıcıya, malın tasarrufuna hazır bulundurulduğu konusunda bir ihbar yapılması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Hasarın intikali açısından genel bir ihbar yükümlülüğünün olmadığı ancak somut olayın özelliklerine göre bunun söz konusu olabileceği çoğunluk görüşüdür⁷⁹⁰. Oysa aranacak borçlarda ihbar yükümlülüğünün söz konusu olduğu hallerde kanımca bu, teslim yükümlülüğünün kapsamında değerlendirilmek gerekir. Şöyle ki, eğer taraflar sözleşmede kesin bir ifa tarihi saptamış ise alıcıya zaten herhangi bir ihbar yapılması gerekmez. Vade malın hazır bulundurulması ve sözleşmeye tahsis edilmiş olması kaydıyla hasar alıcıya intikal eder. Eğer ifa için bir dönem belirlenmiş ve satıcıya bu dönem içinde herhangi bir anda ifa etme hakkı tanınmışsa (m.33 (b)), satıcının malı hazır bulundurmaya başladığını alıcıya bildirmesi teslim borcunu yerine getirmesinin bir parçasıdır. Dolayısıyla bu anda malın ayrıca tahsis edilmiş olması halinde hasar da alıcıya geçer. Aynı şekilde ifa için hiç bir tarih belirlenmemiş olan hallerde satıcının, CISG m.33 (c) uyarınca sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde ifa ile yükümlü olduğu hallerde bu tarihin alıcı tarafından bilinmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla bu hallerde de alıcıya bir ihbarda bulunulması teslim borcunun gereği olacaktır.

Malın bir üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunduğu hallerde (*eingelagerte Ware*) alıcının tasarrufuna hazır tutulma, alıcının malı üçüncü kişiden talep edebilecek duruma getirilmesi ile gerçekleşir⁷⁹¹. Örn. malı temsil eden makbuz senedinin alıcıya ciro ve temlik edilmesi veya üçüncü kişiye karşı var olan hakkın alıcıya temlik edilmesi suretiyle bu mümkündür⁷⁹².

⁷⁸⁸ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 2 A IV 2.

⁷⁸⁹ MünchKommBGB/P.Huber, Art.69 CISG, N.15; Piltz, § 4 N.193.

⁷⁹⁰ Staudinger/Magnus, Art.69 N.14; Brunner, Art.69 N.3; Honnold, CISG, N.374; MünchKommBGB/P.Huber, Art.69 CISG N.5; Piltz, § 4 N.193; Aksi görüşte Schlechtriem/Schwenzer/Hager, Art.69 N.8.

⁷⁹¹ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 2 A IV 2.

⁷⁹² MünchKommBGB/P.Huber, Art.69 N.12; Herber/Czerwenka, Art.69 N.7.

III. Semen Hasarının İntikali Anı ile Edim Hasarının İntikali Anı Arasındaki İlişki

Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, CISG, edim hasarının intikali konusunda özel bir düzenleme içermemektedir. Yani satıcının borcunu ne zaman ifa etmiş sayılacağı ve hangi andan itibaren yeni bir ifa denemesine mecbur edilemeyeceği hususu açık bırakılmıştır. Ashında ulusal hukuk düzenlerine bakıldığında da bu hususun net bir şekilde düzenlenmediği dikkati çekmektedir. Sık sık genel hükümler arasında, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sonraki imkansızlık sorunu ele alınmakta ancak bunun ötesinde edim hasarı sorununa girilmemektedir. Örneğin İsviçre-Türk hukuku açısından ilgili düzenleme BK m.117'dir. Buna göre edimin, sözleşmenin kurulmasından sonra imkansızlaşması halinde borçlu kendiliğinden edim yükümlülüğünden kurtulur. Kural olarak bu hallerde karşı edim borcu da, sinallagma düşüncesinin bir sonucu olarak (*do ut des*) düşer. Sözleşme bir tasfiye ilişkisine girer ve daha önce ifa edilenler iade edilir⁷⁹³. CISG içindeyse buna paralel bir düzenleme mevcut değildir⁷⁹⁴.

Ancak soruna cevap üretmeye çalışmadan önce kısaca üzerinde durulması gereken bir nokta, kusursuz imkansızlık ile hasar arasındaki ilişkidir. Her ne kadar sözleşmenin kurulmasından sonraki imkansızlık hasar sorununun önemli bir yönünü oluşturmaktaysa da, satım hukukunda sorunun bununla sınırlı değildir⁷⁹⁵. Zira sadece sözleşmenin kurulmasından sonra, ancak ifadan önce malın telef olması değil, zarar görmesi halleri de hasar sorunu kapsamında değerlendirilmek gerekir⁷⁹⁶. Bu hallerde malın ifası hâlen mümkündür, ancak bu ifa, sözleşmeye aykırı bir ifa niteliğini taşıyacaktır. Dolayısıyla ilk olasılıkta alıcının hiçbir mal teslim almamasına rağmen semeni ödemek zorunda olup olmayacağı üzerinde durulurken; ikincisinde alıcının sözleşmeye aykırı mal teslim almasına rağmen seçimlik haklarından faydalanabilip faydalanamayacağı sorunu üzerinde durulmaktadır. Bu açıdan hasar sorununu bir imkansızlık sorununa indirgememek gerekir. Hasarın intikalinden önce malın telef

⁷⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Borçlar Genel, § 15; Pichonnaz, N.998 vd.; Basler-Kommentar/Wiegand, Art.119 N.4.

⁷⁹⁴ Vulliéty, 181.

⁷⁹⁵ Oysa İsviçre-Türk doktrininde bazen konunun sadece bu yönüne ağırlık verildiği dikkati çekmektedir. Örn. bkz. Keller, AJP 2003, 1152, 1153 (“Hasarın taşınması sadece ... sözleşmenin kurulmasından sonra edimin imkansızlaşması ve imkansızlığın taraflara atfedilemediği hallerde gündeme gelir.”); Akıntürk, 24 (“Gerçekten de dar mânada hasar, münhasıran borç münasebetlerinde, horeun doğumu ile ifası arasında edamin borçluya isnat olunamayan sebepler dolayısıyla imkansızlaşması halinde söz konusu olur.”; Yavuz, Ayp, 86.

⁷⁹⁶ Aynı yönde Aral, 75-76; ZürcherKommentar/Schönle, Art.185 N.19; Keller/Fischer, Mélanges Piotet, 139.

olması veya zarar görmesi, kural olarak satıcının sözleşmeye aykırı bir davranışı sayılır (kusurlu bir davranış olsun veya olmasın⁷⁹⁷) ve alıcı kendisine tanınan hakları ve özellikle sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir⁷⁹⁸.

Acaba edim hasarının hangi anda alıcıya geçtiğini kabul etmek uygun düşer? Kanımca, birçok hukuk düzeninde olduğu gibi⁷⁹⁹ CISG çerçevesinde de, edim ve semen hasarını mümkün olduğu ölçüde aynı anda intikal ettiren çözümleri benimsemek gerekir⁸⁰⁰. Genelde semen hasarı, satıcının son ifa hareketini tamamladığı anda⁸⁰¹ (hazır bulundurma, taşıyıcıya teslim vs.) alıcıya geçtiği için, edim hasarının da bu anda geçmesi doğru gözükmemektedir. Henüz ifa hareketlerini tamamlamamış bir satıcıyı ifa borcundan kurtarmak için bir sebep bulmak güçtür. Ancak bazı istisnai hallerde, satıcı ifa hareketlerini tamamlamış olmasına rağmen semen hasarı daha ileriki bir anda alıcıya geçmektedir⁸⁰². Acaba bu durumda, edim hasarı ile semen hasarının ayrı anlarda intikal ettiğini mi kabul etmek daha uygun düşer, yoksa, satıcının üzerine düşen her şeyi yapmış olmasına rağmen edim hasarını bir süre daha taşımaya devam etmesini mi? Kanımca ikincisini kabul etmek daha doğrudur. Öncelikle bu şekilde, edim ve semen hasarının aynı anda geçmesi ilkesinden taviz verilmeyecektir. Ancak bundan daha önemlisi, CISG m.36 uyarınca, malların sözleşmeye uygunluğunun tespit edilmesi anı "hasarın alıcıya geçtiği andır". Buradaki hasar kavramı semen hasarını ifade eder, zira Antlaşmada

⁷⁹⁷ Kusurun CISG sisteminde sorumluluğun bir şartı olup olmadığı hakkında bkz. ilerde Bölüm 5 § 1 B III.

⁷⁹⁸ Honsell/Schönle, Art.66 N.8-9, Vulliétty, 182 vd.

⁷⁹⁹ Bkz. Hager, Einheitliches Kaufrecht, 387, 408; Imberg, 45.

⁸⁰⁰ Aynı yönde Brunner, Art.66 N.10; Staudinger/Magnus, Art.66 N.9; Schlechtriem/U.Huber, Art.31 N.66; Vulliétty, 182.

⁸⁰¹ Edim hasarının intikali açısından bu noktanın taşıdığı önem konusunda bkz. Atamer, Oğuzman'a Armağan, 131, 149; Keller, AJP 2003, 1152, 1159; Koller, Art.185 N.26.

⁸⁰² Bu sorun iki halde doğmaktadır: Birincisi, vadenin kesin bir tarih olarak değil de CISG m.33 (b) uyarınca bir dönem olarak saptanmış olduğu hallerde, satıcının bu dönemin ilk gününde malları ayırıp hazır bulundurmaya başlamış ve alıcıya da bu konuda ihbarda bulunmuş olmasına rağmen, alıcı bunları teslim almadan örn. bir yangın sonucu malların telef olması veya zarar görmesi durumudur. Bu hallerde satıcı ifa hareketlerini tamamlamıştır ama CISG m.69, f.1 uyarınca semen hasarının alıcıya geçmesi için malın teslim alınması veya alıcının temerrüde düşmüş olması gerekir. Oysa olayda ikisi de gerçekleşmemiş olacağı için edim hasarının hangi anda geçeceği tereddüt doğurmaktadır. İkinci hal ise, CISG m.69, f.2 uyarınca semen hasarının intikali için aranan "alıcının, o yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olması" şartından kaynaklanmaktadır. Zira yine satıcı bütün ifa hareketlerini tamamlamış, alıcıyı haberdar edecek bildirimini de yapmış olmasına rağmen bu bildirim ulaşmadan mal telef olursa, semen hasarı henüz geçmemiş olacağı için edim hasarının geçip geçmediği konusunda tereddüt doğar. Bu olasılıklar hakkında bkz. Imberg, 49 vd.

edim hasarı kavramı zaten kullanılmamıştır. Madde 36'ya göre, satıcı "hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan [...] sözleşme ve Antlaşma hükümleri uyarınca sorumlu" tutulur. Demek ki, semen hasarının geçiş anında mallar sözleşmeye uygun olmak durumundadır ve o ana kadar malların sözleşmeye uygun kalması rizikosunu da satıcı taşır⁸⁰³. Yani semen ve edim hasarı aynı anda intikal etmek zorundadır.

Aşağıda, farklı ifa tiplerine göre karşılaşılabilecek olasılıklar üzerinde durularak edim ve karşı edim hasarı sorunu biraz olsun somutlaştırılmaya çalışılacaktır. Varsayılan olayda, taraflar arasındaki satım sözleşmesi 01.06.2005 tarihinde akdedilmiş, vade ise 15.06.2005'tir.

- **Aranacak borç:** satıcının ifa hareketlerini ne zaman tamamlamış olacağı bu olasılıkta CISG m.69, f.1 ve m.31 (c) uyarınca tespit edilecektir. Buna göre malların satıcının işyerinde hazır bulundurulması gerekir. Ayrıca CISG m.69, f.3 uyarınca çeşit borcunda malın ayırt edilmiş olması da aranır. Satıcının bu gerekleri 12.06. tarihinde yerine getirdiği ancak 13.06.'da bir yangın sonucu parça borcunun veya ayırmış olduğu çeşit borcunun zarar görmüş olması halinde acaba satıcının edim borcu sona erecek midir? Olayda vade henüz gelmediği için, çeşit borcunun söz konusu olduğu hallerde, satıcının yeni mal tedarik etme yükümlülüğü olacaktır. Zira vade tarihinden önce malın ayrılmış olması satıcıyı hasarı taşımaktan kurtarmaz⁸⁰⁴. Eğer yangında zarar görmüş şekliyle malı teslim ederse, sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumlu olur⁸⁰⁵. Yerine başkası konulamayacak bir parça borcu söz konusu ve mal telef olmuş ise alıcı ifa edemez duruma düştüğü için yine sözleşmeye aykırı davranmış olacaktır. Ancak bu hallerde alıcının elindeki seçimlik haklar çok sınırlıdır. Aynen ifa, tamirat ve semenin tenzili gibi alternatifleri olmayacak sadece sözleşmeden dönmeyi isteyebilecektir⁸⁰⁶. Satıcının kusurunun olmaması nedeniyle m.79 uyarınca tazminat sorumluluğu da düşecektir. Semen hasarını ise her halde satıcı taşıyacaktır. Eğer parça borcu sadece zarar görmüşse ve satıcı bu mal ile ifa ederse, alıcı yine seçimlik haklarını kullanabilecektir (bkz. CISG m.70, f.5). Bu hallerde sözleşmeden dönmenin yanı sıra tamirat veya semenin tenzili imkanlarından da

⁸⁰³ Aynı yönde Schlechtriem/Schwenzer/Hager, Art.69 N.10.

⁸⁰⁴ Schlechtriem/Schwenzer/U.Huber/Widmer, Art.31 N.62; Vulliétty, N.187.

⁸⁰⁵ Her ne kadar hasar satıcının sorumluluğunu gerektirmeyecek şekilde doğmuşsa da, edim hasarını o taşıdığı için yeni mal tedarik etmemesi sorumluluğunu gerektirir.

⁸⁰⁶ Satıcının borcunun imkansızlaşmasının sözleşme ilişkisi üzerine etkisi hakkında bkz. ilerde Bölüm 5 § 2 B III 2 c.

faйдalanabilecektir⁸⁰⁷. Buna karşılık yangın 16.06. tarihinde meydana gelmiş ve alıcı malı vaktinde teslim almadığı için zarar oluşmuşsa çözüm farklı olacaktır. Bu durumda edim ve karşı edim hasarını artık alıcının taşıması gerekir. Yani satıcının elinde ne kalmışsa onu teslim alacak buna karşılık semenin tümünü ödemesi gerekecektir.

- **Götürülecek borç (veya malın belirli bir yerde alıcıya teslim edilecek olması):** CISG m.69, f.2 uyarınca, semen hasarı, teslim borcunun muaccel olduğu ve alıcının, ilgili yerde malların tasarrufuna hazır bulundurulduğundan haberdar olduğu anda intikal eder. Dolayısıyla bu ana kadar satıcı edim ve semen hasarını, bu andan itibaren de alıcı edim ve semen hasarını taşır. Yani satıcı 15.06'ya kadar hasarı her halde taşıyacak, 15.06'dan sonra istisnaen alıcının haberdar olmadığı hallerde taşımaya bir süre devam edecektir.
- **Gönderme borcu:** CISG m.67 uyarınca semen hasarı, malın ilk taşıyıcısı teslim edilmesi anına kadar satıcıdadır. Dolayısıyla edim hasarı da ancak bu anda geçer. Eğer mal bundan önce telef olmuşsa sözleşmeye bakılır. Eğer malın yerine başkasını koymak mümkünse; eş değerde, eş işlevde başka mal varsa, o zaman satıcı edim hasarını taşır, yeni mal tedarik etmesi gerekir. Bu mümkün değilse edim hasarı alıcıya geçer ancak semen hasarı satıcıda kalır. Buna karşılık ilk taşıyıcıya teslimden önce, mal sadece zarar görmüşse, satıcı ayıplı bir mal ifa ediyor olmanın tüm sonuçlarına katlanır. Yani alıcı tamirat, semenin tenzili, dönme haklarından faydalanabilir⁸⁰⁸. Eğer malın ilk taşıyıcıya belirli bir yerde teslim edilmesi gerekiyorsa bu durumda semen hasarı o yerde geçer. İka-me edilebilir mallarda edim hasarı açısından da aynı ilke uygulanır. Yani Köln'deki satıcı, FOB Hamburg satım sözleşmesi akdetmişse Hamburg'a kadar edim ve semen hasarını taşır, Hamburg'dan itibaren de hasar alıcıya geçer⁸⁰⁹. Edim ve karşı edim hasarını bu hallerde de aynı anda geçirmek tercih edilmelidir⁸¹⁰.

⁸⁰⁷ Bu konuda bkz. ileride Bölüm 5 ve özellikle § 1 B III 3 ve 4.

⁸⁰⁸ Parça borcunda edim hasarının sözleşmenin kurulması ile alıcıya geçtiğini götürü olarak savunmanın sakıncaları işte bu noktada kendisini gösterir. Zira parça borcu sadece zarar görmüş ve ifası mümkünse edim hasarını alıcının taşımasını açıklamak mümkün değildir. Bu rizikoyu satıcının taşıdığı kabul edildiğinde alıcı en azından parçanın tamirini vs. isteyebilir.

⁸⁰⁹ ZürcherKommentar/Schönlé, Art.185 N.74; Brunner, Art.67 N.5; Atamer, Oğuzman'a Armağan, 157 ve 165-166; aksi görüşte Bucher, Neuerungun, 13, 40 dn.32.

⁸¹⁰ Rabi, 391.

- **Nakil halinde mallar:** Bu hallerde CISG m.68 uyarınca semen hasarı nakil halindeki mala ilişkin satım sözleşmesinin yapıldığı anda alıcıya geçer. Edim hasarı için de aynı şey geçerlidir. Yani malın bu andan sonra telef olması veya zarar görmesi durumunda satıcı yeniden ifa zorunda değildir. Eğer koşulların haklı kılması nedeniyle semen hasarı geriye yürüyorsa, doğal olarak edim hasarı da geriye yürür. Yani malın ilk taşıyıcıya verildiği andan itibaren 2. alıcı semen hasarını taşıyorsa, bu andan itibaren edim hasarını da o taşır.

IV. Sözleşmeye Aykırı İfa Halinde Hasarın İntikali

Sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi hasarın intikalini engellemez. Nitekim CISG m.70 uyarınca, "Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hukuki imkanlara hâlel vermez." Kast edilen, satıcının teslim etmiş olduğu sözleşmeye aykırı malın daha sonra kaza sonucu telef olmasının veya zarar görmesinin, alıcının sözleşmeye aykırılık nedeniyle zaten doğmuş olan haklarını kullanmasını engellemeyeceğidir⁸¹¹. Yani BK m.204'de yer alan kurala paralel bir düzenleme söz konusudur⁸¹². CISG m.82, BK m.204'e benzer şekilde alıcının, malı iade edemeyeceği hallerde sözleşmeden dönmesini ve ayıpsız bir mal ile değiştirmeyi talep etmesini kural olarak engellemektedir⁸¹³. İşte m.70, CISG m.82, f.2 (a) ile birlikte⁸¹⁴ bu maddenin istisnasını getirmekte ve kaza sonucu telef olmanın, satıcının önceki bir sözleşmeye aykırılığı nedeniyle alıcının sahip olduğu haklarını kullanmasını engellemeyeceğini ifade etmektedir⁸¹⁵. Eğer mal zaten satıcının sözleşmeye aykırılığı nedeniyle telef olmuşsa bu durumda ortada bir hasar sorunu yoktur⁸¹⁶. CISG m.70'de kast edilen, taraflardan hiçbirinin

⁸¹¹ Brunner, Art.70 N.1; Staudinger/Magnus, Art.70 N.5; Schlechtriem/Schwenzer/Huber, Art.70 N.2.

⁸¹² Bu maddenin İBK'daki karşılığı olan m.207 Honsell tarafından eleştirilmektedir, bkz. Honsell, Besonderer Teil, 101 vd. Kaynağı Roma hukukunda bulunan *mortuus redhibetur* kuralı hakkında bilgi için bkz. Zimmermann, Law of Obligations, 330 vd. CISG m.82 hakkında bkz. ileride Bölüm 5 § 2 A VI.

⁸¹³ "Alıcının, teslim aldığı malları, teslim aldığı andaki duruma yakın bir durumda iade etmesi imkansızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırma veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşer."

⁸¹⁴ "Önceki fıkra hükmü aşağıdaki hallerde uygulanmaz: (a) malların iade edilmesinin veya teslim alındığı andaki duruma yakın bir durumda iade edilmesinin imkansızlaşması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa (...)"

⁸¹⁵ Staudinger/Magnus, Art.70 N.5. Ancak Sevón hakkı olarak m.70 düzenlemesinin hasar sorununa ilişkin olmadığını bu açıdan m.82 içinde yer almasının daha tutarlı olacağını ifade etmektedir. Bkz. Sevón, 191, 198.

⁸¹⁶ MünchKommBGB/P.Huber, Art.70 CISG, N.4.

sorumluluk alanına dahil olmayan bir sebepten ötürü sözleşmeye aykırı malın, hasarın alıcıya intikal etmiş olmasından sonra, telef olması veya zarar görmesidir.

Satıcının sözleşmeye aykırı ifası halinde alıcının elindeki imkanlar (aşağıda ayrıntılı olarak görüleceği üzere) sözleşmeden dönme, malın yenisi ile değiştirilmesini talep etme, tamirat ve semenin tensizlidir. Bunlardan ilk ikisi alıcının elindeki malı iade etmesini gerektiren ve CISG sistemi içinde ancak sözleşmenin esash surette ihlal edilmiş olması halinde başvurulabilecek olan imkanlardır⁸¹⁷. Oysa malın iade edilmesi veya teslim edilen haliyle iade edilmesi arada gerçekleşen olaylar nedeniyle artık mümkün değilse, alıcının bu seçimlik haklarını yine de kullanabilip kullanmayacağı tereddüt uyandırabilecektir. Nitekim bu yüzden m.70 özellikle sözleşmenin esash ihlali hallerinden bahsetmek suretiyle, bu hallerde alıcının malı iade edemeyecek olmasına rağmen sözleşmeden dönebileceğini veya yeni mal ifa edilmesini isteyebileceğini vurgulamak istemiştir⁸¹⁸. Alıcının bu haklarını kullanması halinde edim ve semen hasarı geriye etkili olarak tekrar satıcıya dönmektedir⁸¹⁹. Zira alıcının dönme hakkını kullanması halinde semeni muhafaza edemeyecek; alıcının yenisi ile değiştirme talep ettiği hallerde yeniden tedarik rizikosunu taşıyacaktır.

CISG m.70 satıcının her türlü sözleşmeye aykırı davranışında devreye girer. Satıcının malı geç ifa ettiği ve vadenin kesin bir vade olması nedeniyle sözleşmeyi esash surette ihlal ettiği hallerde de alıcı dönme hakkına sahiptir. Bu hallerde mal arada telef olmuşsa alıcı yine de dönme hakkını kullanabilecek, edim ve semen rizikosunu satıcıya geri aktarabilecektir⁸²⁰.

Ancak sözleşmeye aykırı mal teslim edildiği hallerde dönme veya yenisi ile değiştirme hakkını kullanmak suretiyle hasarın tekrar satıcıya geçirilebilmesi, alıcının bu haklarını kullanmak için ön koşul olan muayene ve ihbar yükümünü yerine getirmesine bağlıdır. Eğer bunu vaktinde gerçekleştirmediği için ayıptan doğan hakları düşerse hasarın da tekrar satıcıya dönmesi imkanı olmaz⁸²¹.

Buna karşılık sözleşme ihlalinin esash olmaması nedeniyle alıcının dönme ve yenisi ile değiştirme haklarını kullanmadığı veya esash olmasına rağmen kullanmak istemediği hallerde edim ve semen hasarı alıcıda

⁸¹⁷ Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 1 B I.

⁸¹⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Hager, Art.70 N.2a.

⁸¹⁹ Karollus, 191; Imberg, 73; Hager, Gefahrtragung, 166; Staudinger/Magnus, Art.70 N.13.

⁸²⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Hager, Art.70 N.2a; MünchKommBGB/P.Huber, Art.70 CISG, N.6.

⁸²¹ Hager, Gefahrtragung, 166.

kalır⁸²². Bu durumda tamirat veya semenin indirimini talep etme imkanı vardır. Eğer mal telef olmuşsa kuşkusuz tamirat hakkını kullanmanın bir anlamı olmayacaktır. Ancak en azından bu hallerde alıcı, semenin tensizini talep etmek suretiyle malın ilk baştaki ayıbı nedeniyle daha düşük olan değerini ödeme imkanını kazanır⁸²³.

Tartışılabilir bir husus, teslim edilen malın sözleşmeye aykırı olması, ancak aykırılığın esash olmaması nedeniyle alıcının öncelikle tamirat hakkını kullanmak zorunda kalması halinde hasarı kimin taşıyacağıdır⁸²⁴. Bu hallerde de aslında genel olarak kabul edilen çözümden ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur. Tamirat hakkı var olduğu sürece hasar alıcıdadır⁸²⁵. Tamiratın başarısızlığa uğradığı kesinleşene kadar da onda kalır. Zira bu ana kadar mal reddetme imkanı yoktur. Fakat tamiratın başarısızlığa uğramasından sonra, ihlalin esash bir ihlale dönüştüğü hallerde dönme hakkının doğması ile birlikte hasarın da yine alıcıya aktarılması imkanı doğmaktadır⁸²⁶. Bu etkinin ex nunc olmadığı tartışmasını ise yapmaya kanımca gerek yoktur. Zira mal tamirat aşamasında hasara uğramışsa zaten sonuçlarına alıcı katlanır; yok eğer alıcının dönme hakkının doğduğu andan sonra hasar ortaya çıkmışsa geriye etkili olarak hasarın intikal etmesi diye bir sorun zaten olmayacaktır⁸²⁷.

⁸²² Hager, Gefahrtragung, 166; Staudinger/Magnus, Art.70 N.15.

⁸²³ Brunner, Art.70 N.4.

⁸²⁴ Tartışma hakkı ayrıntılı bilgi için bkz. Hager, Gefahrtragung, 167 vd.

⁸²⁵ Alman hukukunun aynı yönde olduğu konusunda bkz. Schürholz, 84 vd.

⁸²⁶ Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 A VI

⁸²⁷ Hager, Gefahrtragung, 174-175.

BEŞİNCİ BÖLÜM

**SATICININ YÜKÜMLÜLÜKLERİNİ
İHLAL ETMESİNİN SONUÇLARI**

§ 1. CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış

CISG'in sözleşmeye aykırılık anlayışı, İsviçre-Türk hukukunda hakim olan anlayıştan önemli bazı farklılıklar arz etmektedir. Alışık olduğumuz ayırımlar ve kavramlar bu sistemde bazen hiç kullanılmamakta bazen de hiç beklenmedik bir noktada karşımıza çıkabilmektedir. Ancak buna şaşmamak gerekir. Zira, milletlerarası bir antlaşma olması itibarıyla CISG tabii ki tek bir hukuk çevresinin görüşlerini yansıtmamaktadır. Biraz eklektik bir yapı içinde Kara Avrupası hukuk çevresi (*civil law*) ile *common law*¹ hukuk çevresi bağdaştırılmaya çalışılmıştır. Fakat özellikle sözleşmeye aykırılık anlayışının temelinde ciddi bir *common law* etkisi görmek mümkündür. Her ne kadar CISG hükümleri kural olarak otonom bir yorum yöntemi ile anamlandırılacaksa da², genel olarak CISG'in sözleşmeye aykırılık modelini açıklayabilmek için bazı noktalarda bu hukuk çevresinin tarihine girmek kaçınılmaz gibi gözükmektedir. Aksi takdirde bir dizi kavram ve kurumun anlaşılması mümkün gözükmemekte ve daha da önemlisi, Kara Avrupası sistemi ile *common law* arasında var olan benzerliklerin de gizli kalması tehlikesi doğmaktadır. Zira aşağıda görüleceği üzere, bir çok noktada tarihsel tesadüfler hukukun hangi yöne gelişeceği konusunda rol oynamış, ancak buna rağmen, bugün sık sık aynı noktada buluşulmuştur.

Dolayısıyla bu bölümde, Türk-İsviçre hukuku örneğinde, Kara Avrupa'sı ile *common law* hukuk çevresinde geçerli sözleşmeye aykırılık anlayışlarının özellikleri; CISG'da hem *common law* hem de *civil law* yaklaşımının nasıl kaynaştırıldığı ve son olarak CISG'in sözleşmeye aykırılık anlayışının üzerine inşa ettiği temel önermeler incelenecektir. Bu şekilde, hem İsviçre-Türk hukukuna nazaran CISG'in farklılıklarını ortaya koymak, hem de bu yeni sistemin uygulamasının aktarılacağı 2. Paragraf için bir alt yapı oluşturulması amaçlanmaktadır.

A. Yeknesak Sözleşmeye Aykırılık Anlayışı: Alternatif bir Modelin Gelişimi

İsviçre-Türk hukukunda ve dahil olduğu Alman hukuk çevresinde,

¹ Kavramlar için bkz. Giriş Bölümü, s. 6'daki açıklamalar.

² Bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 B II 1.

sözleşmeye aykırılığın ve özellikle satım sözleşmesine aykırılığın düzenlenmesinde göze çarpan bazı özellikler vardır. Bunlardan ilki, sözleşmeye aykırılığın genel bir kavram olarak borçlar kanununda yer alması; onun yerine, somut bazı sözleşmeye aykırılık türlerine yer verilmiş olmasıdır³. Yasa koyucu imkansızlık (BK m.96), temerrüt (BK m.106) ve gereği gibi ifa etmemeyi başlıca sözleşme ihlali olguları olarak değerlendirmiş ve bunlar üzerinde durmuştur. Hatta imkansızlığı, önceki/sonraki (BK m.20/m.96), kusurlu/kusursuz (BK m.96/m.117) gibi ayırımlarla büyük ölçüde ifa engelleri hukukunun merkezî kavramı haline getirmiştir⁴. Dikkati çeken ikinci özellik ise ifa engellerinin hem bütün sözleşmeler için "borçlar genel" hükümleri arasında farklı farklı yerlerde, hem de çeşitli sözleşme türleri için "borçlar özel" hükümleri arasında bir kez daha ele alınmış olmasıdır. Yani sorunlar sistematik olarak ve birbiri ile alakalı konular bir arada bulunacak şekilde düzenlenmediği gibi, borçlar özel hukuku hükümlerinde, genel hükümlere atıf yapılması suretiyle bütünlüğü sağlama kaygısı da güdülmemiştir. "Yeknesak" bir sözleşmeye aykırılık sistemi söz konusu değildir.

İfa engelleri sistemimizin anılan bu iki özelliği, aynı zamanda sistemin en önemli zaafılarını oluşturmaktadır⁵. Aynı sorunların yaşanını aynı ayrı yerlerinde düzenlenmesi, tekrarlara ve daha da önemlisi çelişkiler sebepten dolayı; sadece somut bazı ifa engeli türlerine yasada yer verilmiş olması bir dizi ifa engelinin düzenlenmemiş kalmasını beraberinde getirmiş⁶; olguların farklı sonuçlarla donatılması hakimim altlama yapmasını ciddi şekilde güçleştirmiştir⁷. İsviçre-Türk hukukunda, satım hukuku açısından hukuki olgular aşamasında yaptığımız ayırımları hatırlamak, bölünmüşlüğü boyutunu gözler önüne serecektir: BK m.20, f.1 sözleşme öncesi imkansızlığı, BK m.96 vd. sözleşme sonrası kusurlu imkansızlığı ve gereği gibi ifa etmemeyi, BK m.101 vd. borçlu temerrütünü, BK m.117 sözleşme sonrası kusursuz imkansızlığı, BK m.187 vd. satım sözleşmesinin

³ Schwenger, Allgemeiner Teil, N.60.02; BaslerKommentar/Wiegand, Einl. Zu Art.97-109, N.1; Serozan, Borçlar Genel, § 11 N.1 vd.

⁴ Serozan, Borçlar Genel, § 11 N.3; Müller-Chen, 33.

⁵ Nitelikim Alman hukuk çevresindeki kanunlara özgü bu bölünmüşlük, son yıllarda ciddi eleştirilere maruz kalmıştır: örn. bkz. Schönle, Kaufrecht, 345, 365; Honsell, GS Kunkel, 53, 61; Schwenger, Allgemeiner Teil, § 61 N.60.02 vd.; BaslerKommentar/Wiegand, Einl. Zu Art.97-109, N.1-2; Basedow, Reform, 12 vd.; U.Huber, Gutachten, 770 vd.; Welser, Reform, 63, 69; Schauer, FS Kramer, 627, 629; Lurger, Grundfragen, 509.

⁶ Koruma yükümlülüklerinin ihlali, vadeden önce sözleşmeye aykırılığın kesinleşmesi, aşırı ifa gücü nedeniyle ifa edememe bu alanda ilk akla gelenlerdir.

⁷ Bu sistemde, belirli bir sözleşmeye aykırılığın hangi norm altında ele alınması gerektiğine karar vermenin ne kadar güç ve bazen indî olduğunu Serozan, MHAD 1990, 27, 28 ve 31 vd. verdiği bir dizi örnekle mükemmel şekilde gözler önüne sermektedir.

de temerrüdü, m.189 vd. zapt halinde satıcının sorumluluğunu, m.194 vd. ayıp nedeniyle sorumluluğu, BK m.169 alacak satımında sorumluluğu düzenler. Hepsi birer sözleşme ihlali teşkil eden bu olgular, bazen sözleşmenin butlanına sebep olur (m.20), bazen dönme hakkı verir (m.108), bazen dönme hakkı verip vermediği tartışmalıdır (m.96), bazen borcu sona erdirir (m.117), bazen borcu sona erdirip erdirmediği tartışmalıdır (m.96)... Serozan'ın ifadesi ile "Birbirine çok benzeyen, hatta yer yer çakışan ifa engelleri arasında açılan yersiz, gereksiz çukurlar hukuk tuzaklarıyla doludur. Birbirine benzeyen olgulara birbirinden ayrı çözümlerin bağlanmış olması, ister istemez rastlantısal sonuçlara, eşitsizliklere yol açmaktadır ... Hukukta eşitlik, güvenlik ve sadelik isterine de aykırı düşen bu karmaşanın yasa koyucu tarafından bir an önce giderilmesi kaçınılmaz olmuştur artık."⁸ Nitekim kanunumuzdaki bu düzenleme şeklinin hangi tarihsel gerekçelere dayandığı araştırıldığında, sistem, kalan ikna ediciliğini de büyük ölçüde yitirmektedir.

Genel bir sözleşmeye aykırılık kavramı yerine imkansızlık/temerrüt ikilisine başvurmak ve bunlar arasında özellikle imkansızlığı çeşitlerine göre ayırarak ön plana almak, ilk anda akla gelebileceği gibi Roma hukukunun veya müşterek hukukun bir kalıntısı değildir. *Zimmermann*'ın son derece yalın şekilde ortaya koyduğu gibi⁹, imkansızlık ve temerrüt ayrımı daha önce de yapılmış olmakla beraber imkansızlık kavramını öne çıkaran ve adeta bütün borca aykırılık sisteminin temelini oturtan¹⁰ aslında Alman hukukçusu *Friedrich Mommsen* olmuştur. 1853 yılında imkansızlık kavramı üzerine yayınladığı bir çalışma¹¹ ile *Mommsen*, diğer Alman pandekt hukukçularını ve özellikle Alman Medeni Kanununun baş mimarı olan *Windscheid*'i ciddi şekilde etkilemiş ve bu şekilde kavram, BGB'nin belirleyici kavramlarından biri olmuştur¹². Aynı şekilde 1887 ta-

⁸ *Serozan*, Borçlar Genel, § 11 N.3.

⁹ *Zimmermann*, Law of Obligations, 806 vd.

¹⁰ Bu konuda özellikle bkz. *Serozan*'ın eleştirileri, Borçlar Genel, § 11 N.3.

¹¹ Beiträge zum Obligationenrecht, 1. Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig 1853. Bu çalışmada *Mommsen*, önceki ve sonraki imkansızlık, doğal ve hukuki, mutlak ve nisbi, objektif ve subjektif, süreklî ve geçici, tümel ve kısmi imkansızlık gibi farklı imkansızlık türleri arasında ayırım yapmaktadır. *Mommsen*'in imkansızlık konsepti hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Wollschläger*, Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie, Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungsstörungen, Köln 1970, 123 vd.

¹² *Pichonnaz*, N.133; *Zimmermann*, Law of Obligations, 810; *Emmerich*, 5 vd. BGB'de imkansızlığın düzenlenme şekline ilişkin eleştiriler için bkz. RegBegr, in: *Schuldrechtsmodernisierung*, 656-657; *U.Huber*, Gutachten, 699 vd.; *Canaris*, Unmöglichkeit, 43 vd.; *Zimmermann*, Law of Obligations, 809 vd. Ancak ifade edilmelidir ki Alman Medeni Kanunu reformunun en önemli fikir babası ve imkansızlık dogmasının en ciddi muhalifi *U.Huber*, 90'lı yılların sonuna doğru, Alman ifa engelleri hukukuna ilişkin olarak yazdığı çalışmasında imkansızlık kavramına yeni bir anlam vererek, daha önce savunmuş olduğu bütün görüşlerinden dönmüştür. İncele-

rihli İsviçre Borçlar Kanunu Art.145 ve 1912 tarihli OR Art.119 da (BK m.117) bu yaklaşımın etkisi altında kaleme alınmıştır¹³. İmkansızlık kavramının *Mommsen* tarafından 19. yy'da bu şekilde ön plana çıkarılmış olmasının sebeplerinden biri, alacaklınm, sözleşmeye aykırılık halinde aynen ifa talebine sahip olacağı öğretisinin de ancak 19. yy'da yerleşmiş olmasıdır. Zira aşağıda¹⁴ daha ayrıntılı olarak görüleceği gibi, aynen ifa talebi Roma hukukunun ancak son dönemlerine doğru, istisnai olarak tanınmaya başlanmış; alacaklınm sözleşmeye aykırılık hallerinde ilk planda bir tazminat talebinin olacağı görüşü yeni çağa kadar etkin kalmıştır¹⁵. Aynen ifa talebinin sadece ikincil öneme sahip olduğu bir sistemde, imkansızlık kavramının öneminin de sınırlı kalacağı açıktır¹⁶. Alacaklınm ifayı zaten talep edemediği hallerde, ifanın halen mümkün olup olmadığını tartışmanın bir anlamı olmaz. Buna karşılık aynen ifa talebinin, Alman hukuk çevresinin bütün kanunlarında ön plana çıkması¹⁷, imkansızlık dogmasına da ciddi bir ivme kazandırmıştır. Aynen ifa talebini bu kadar öne çıkaran ve alacaklınm sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu tazminat gibi diğer haklarını ikincil konuma iten çahşmanın yine *Mommsen*'in aynı dönemde yayınlanmış başka bir kitabı olması kuşkusuz tesadüf değildir¹⁸.

Ancak Alman hukuk çevrelerinde borcun hiç ifa edilmediği hüllere ve özellikle imkansızlığa kanunda verilmiş olan bu yeri bugün gerekçelendirmek gittikçe zorlaşmaktadır. Zira günümüzde, borca aykırılık türlerinden kötü ifa ile çok daha fazla karşılaşılmaktadır¹⁹. Diğer yandan seri imalata ve dolayısıyla çeşit borcuna dayanan ekonomilerde imkansızlık önemini büyük ölçüde yitirmektedir (*genus non perit*). Özellikle parça borcu dogmasına sadık kalarak kaleme alınmış olan satım hukuku hükümleri bu yüzden ciddi zaafılar gösterdiği gibi²⁰, Borçlar Kanununun

menin boyutlarını fazlasıyla aşacağı için bu tartışmaya burada yer verilememektedir. Ayrıntı için bkz. *U.Huber*, Leistungsstörungen I, § 4; *U.Huber*, Die Unmöglichkeit der Leistung im Diskussionsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, ZIP 2000, 2137-2151.

¹³ Bu maddelerin kaleme alınış süreci ve Alman hukukçularının etkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Pichonnaz*, N.138 vd.; *Müller-Chen*, 32 vd.

¹⁴ Bkz. bu bölümde aşağıda başlık IV.

¹⁵ Ayrıntı için bkz. *Müller-Chen*, Erfüllungsanspruch, 28-31.

¹⁶ *Common law* perspektifinden gelen aynı yönde tespit için bkz. *Treitl*, Frustration, N.1-002.

¹⁷ Örneğin *Schwenzer*, aynen ifa talebinin, borcun bir nevi omurgası olduğundan bahsetmektedir, Allgemeiner Teil, N.61.02.

¹⁸ Beiträge zum Obligationenrecht, 2. Abteilung: Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855. Ayrıca bkz. *Müller-Chen*, Erfüllungsanspruch, 30.

¹⁹ Oysa sözleşmenin müspet ihlali olgusunun BK m.96'da ele alınmış olup olmadığı bile tartışmalıdır. Bkz. *Serozan*, Borçlar Genel, § 18 N.6.

²⁰ *Serozan*, Borçlar Özel, 95-96, 142.

farklı imkansızlık türlerine ilişkin olarak yaptığı ayrımlar da artık aşılmıştır²¹. Dolayısıyla kanunların yeni bir yaklaşımla gözden geçirilmesi ihtiyacı doğmuştur.

Bir Roma hukuku kalıntısı olan, genel sözleşmeye aykırılık hükümleri ile satım sözleşmesinde ayıp hükümlerini ayrı ayrı ele almak geleneği açısından da aynı ihtiyacı gözlemlemek mümkündür. Temelinde aslında sadece Roma dava sisteminin özelliklerinin yattığı²² bu ayrımın, üze-

²¹ Örneğin sözleşme öncesi imkansızlığın katı bir şekilde butlan yaptırımına tabi tutulması yaklaşımı CISG'da kabul edilmediği gibi (bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 C IV 1) bugün Kara Avrupa'sı sistemlerinde de terk edilmekte olan bir görüştür (bkz. *Storme*, 11, 14). PECL Art.4:102 ve PICC Art.3.3 konusu imkansız şeye ilişkin sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunu kabul etmiş, 2002 reformu sonrası Alman Medeni Kanunu da aynı yaklaşımı benimsemiştir (BGB § 331a). Sözleşme geçerli olarak kurulmakta ancak borçlunun bu imkansızlığın doğmasındaki rolüne göre sorumluluğu söz konusu olmaktadır (bilgi için bkz. *Serozan*, IÜHFM 2000, 231, 240 vd.). *Common Law* sisteminde, başlangıçtaki imkansızlığın hiçbir zaman butlana sebep olmadığı konusunda bkz. *Treitel*, Frustration, N.1-002. Türk hukukunda BK m.20'ye ilişkin tartışmalar hakkında bkz. *Dural*, 78-79; *Kocayusufoğlu*, Hata, 70 vd.; *Altunkaya*, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005, 166 vd.

²² Sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumluluk ile ayıptan dolayı sorumluluğun bir dişi Kara Avrupa'sı ülkesinin hukukunda ayrı ayrı düzenlenmiş olması tamamen Roma hukuku tarihindeki tesadüflere dayanır. Bilindiği gibi Roma hukuku *actio*'lar hukukudur. Belirli bir alanda dava hakkı verilmediği sürece korunabilecek bir hak yoktur. Nitekim Roma hukukunun erken dönemlerinde malın olduğu gibi satılmış olduğu (*tale quale*) kabul edildiği için, satım sözleşmesine konu malın teslim edilmiş olması kaydıyla satıcının bir sorumluluğu söz konusu olmamaktaydı (*Caveat emptor*). Ancak bunun alıcı açısından olumsuz sonuçları anlaşıldıkça farklı farklı dava imkanları tanımaya başlanmıştır. Önce klasik dönemde, satıcının mala ilişkin vaatlerde bulunmuş olması (*dicta*) ve hileli davranışı (*dolus*) halinde sorumluluğunun doğacağı *praetor*'lar tarafından kabul edilmeye başlanmıştır (karş. BK m.195). Bu vaatler ayıpsızlığa veya malın belirli özellikler taşıdığına ilişkin olabilmekteydi (*Zimmermann*, Law of Obligations, 309). Bu tür sözleşmeye aykırılıklarda açılacak olan dava *actio empti* idi ve istem, tazminata ilişkindi. Ancak *caveat emptor* ilkesine en büyük müdahale Roma pazar polisi, *aediles curules*, tarafından konulmuş olan kurallar (*edict*) ile gerçekleştirilmiştir. Sebebi, pazarda artan oranda hasta kölelerin satılması ancak satıcının bir vaadinin veya bir hilesinin tespit edilememesi nedeniyle *actio empti*'nin açılmaması olmuştur (bkz. *Honsell*, GS Kunkel, 53, 57 vd.). İşte bu yüzden bir *edict* ile, köle ve yük hayvanı satıcıları açısından, belirli bazı hastalık veya ayıpların varlığı halinde garanti sorumluluğu kabul edilmiş ve alıcıya dönme (*actio redhibitoria*) ve semenin tenzili davası (*actio quanti minoris*) imkanı verilmiştir. *Digesta*'ya bu kurallar aynen aktarılmıştır (Ulp. D. 21, 1, 1, 1). Ancak *praetor*'un tanıdığı dava ile *aediles curules*'in tanıdığı dava arasında bir dişi farkın yanı sıra özellikle zamanaşımı açısından fark bulunmaktaydı. *Actio empti* genel 30 yıllık zamanaşımı süresine tabii iken, *aediles*'lerin tanıdığı davalar ancak 6 veya 12 aylık sürelerde açılabilirdi. Her ne kadar klasik sonrası dönemde bu ikilik ortadan kalkmış, bütün satım türleri için iki tür davanın da açılabileceği kabul edilmişse de kusur şartı, zamanaşımı farkı gibi farklı kalmış ve bu ikilik bugünkü kodifikasyonlara kadar yansımıştır (bkz. *Zimmermann*, Non-Conformity, 9 vd.). Bu konuda ayrıca bkz. *Tuhiroğlu*, Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2000, 172 vd.; *Erdogmuş*, Roma Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 2005, 76 vd.

rinden 2000 yıl geçmiş olmasına rağmen neden hâla sürdürülüyor olduğunu açıklamak güçtür. Roma'da genel sözleşmeye aykırılık davasını tanıyanın *praetor*; özel satım sözleşmesine aykırılık davalarını tanıyanın *aediles curules* olması nedeniyle iki tür dava birbirinin yanı sıra gelişmiş ve aslında aynı soruna ilişkin çözümler üretmelerine rağmen zamanaşımı ve kusura ilişkin düzenleme farklılıkları günümüze kadar devam etmiştir. Nesillerdir hukukçular, ayıptan dolayı tekeffül sorumluluğunun temelinde sözleşmenin mi yoksa yasal bir garantinin mi yattığı konusunda mürekkep akıtmış²³; genel hükümler ile ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yan yana nasıl uygulanacağı ve yarışacağı gibi sorular üzerinde durmuştur. Oysa bu hükümlerin bir bütünün parçası olarak görülmesi gerekir²⁴.

Nitekim, ana hatları ile aktarılmaya çalışılan bu zaafı nedeniyle ifa engelleri hukukunu yeniden düzenlemek ve daha mantıklı, kendi içinde tutarlı bir sistem geliştirmek Alman hukuk çevresinde son 25 yılın önemli tartışma konularından biri olmuştur. Bu tartışmalar, satım sözleşmesi alanında yaşanan milletlerarası uyumlaştırma çabaları ve özellikle 1980 yılında CISG'n Birleşmiş Milletler bünyesinde imzalanmasıyla başlamıştır. Zira CISG, aşağıda daha ayrıntılı olarak görüleceği gibi, Kara Avrupası sisteminde alışık olduğumuz ifa engelleri yapısını alt üst etmektedir. Dolayısıyla, sınır aşan satım sözleşmelerine uygulanmaya başlanan bu farklı modelin genelleştirilmeye elverişli olup olmadığı sorusu gündeme oturmuştur²⁵. Bu gelişmeyi pekiştiren diğer bir unsur ise 80'li yılların başında gerek UNIDROIT bünyesinde, gerekse AB ülkelerindeki hukukçuların kişisel girişimleri ile, ortak bir borçlar kanunu hazırlama projelerinin doğumudur. Zira bu iki proje de ifa engelleri hukukunu düzenlerken, "ideal" olan sistemin arayışı içine girmişlerdir. Dolayısıyla bir yanda Alman hukuk çevresi, diğer yanda Fransız hukuk çevresi ve bunların ikisinin karşısında yer alan İngiliz hukuk çevresi, araştırmaların merkezine oturmuş; her üçünü de kendi içinde kaynaştırmayı başarmış olan CISG ise bu borçlar kanunu projelerinin en önemli esin kaynağı olmuştur.

Ancak CISG'n ifa engelleri sisteminin özelliklerine geçmeden önce, bu sistem üzerinde ciddi etkileri görülen İngiliz sözleşmeye aykırılık sis-

²³ Bu konuda farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Yavuz*, Ayıp, 19-27; *Anders*, 205 vd.; *Jud*, Schadenersatz, 15vd. Ayrıca bkz. *Tandoğan*, Borçlar Özel, 163-164.

²⁴ İsviçre-Türk hukukunda hakim görüş, ayıptan kötü ifanın bir türü sayılması gerektiği yönündedir. Bkz. *Aral*, 114-115; *Serozan*, MHAD 1969, 211, 222; *Kocayusufoğlu*, Hata, 68, dn.84 ve aynı yazar, Borçlar Hukuku, § 36 N.40; *Yavuz*, Ayıp, 29; *Arslanlı*, 65 vd.

²⁵ *U.Huber*, Gutachten, 689 vd.

teminin temel ilkelerinin kabaca aktarılmasında fayda görülmektedir. Bilindiği gibi *common law*, yasa metinlerine dayanan bir hukuk değildir; ağırlıklı olarak içtihat hukukudur²⁶. Dolayısıyla Kara Avrupası sistemlerinin bünyesinde barındırdığı, yasalardaki düzenlemelerin eksik olması veya birbiri ile çelişmesi tehlikesi bu sistemde doğası gereği mevcut değildir. İçtihat hukuku zaten münferit sözleşmeler temelinde geliştiği için, borçlar genel hukuku/borçlar özel hukuku tarzında bir ayırım da hiç olmamıştır.

Diğer yandan yine Kara Avrupası sisteminin zaafi olarak yukarıda yansıtılmış olan, ifa engellerini imkansızlık/temerrüt vs. gibi somut bazı kategoriler bağlamında ele alma düşüncesi de bu hukuk çevresinde gelişmiştir. Hakim genelde ihtilafa tümel olarak bakmakta ve ilk aşamada sadece “sözleşme ihlal edilmiş midir?” sorusuna cevap aramaktadır. Eğer sözleşmede vaat edilmiş olan yerine gelmediyse (hangi sebepten ötürü olursa olsun) sözleşme ihlal edilmiştir ve bu da kural olarak sorumluluk doğurur. Sözleşme ile üstlenilen her türlü yükümlülük bir garanti taahhüdü teşkil eder ve İngiliz hukukunda *warranty* olarak adlandırılır²⁷. Örneğin ifa yerine, ifa zamanına, teslim edilecek malın niteliklerine ilişkin olarak sözleşmesel garanti taahhütlerinin varlığı kabul edilir. Dolayısıyla mal teslim edilmezse teslim taahhüdü, geç teslim edilirse vaktinde teslim taahhüdü, sözleşmeye aykırı teslim edilirse sözleşmeye uygun teslim taahhüdü ihlal edilmiş olur. Teslim etmemenin somut olayda, imkansızlıktan veya teslim etmek istememekten kaynaklanması bu sistemde herhangi bir fark yaratmaz. Aynı şekilde ayıplı ifa da, borca aykırılık türlerinden biri olarak özel bir konum işgal etmez²⁸. Sözün özü, “yeknesak” bir sözleşmeye aykırılık modeli geçerlidir²⁹.

Sistemin, alışık olduğumuz ayırımlar olmadan nasıl işleyebildiği araştırıldığında ise, aşağıda üzerinde tekrar durulacak olan bir özellikle karşılaşılmaktadır: *common law* sisteminde, sözleşmeye aykırılığın asli yaptırımı tazminat olarak gelişmiştir³⁰. Aynen ifa istemi ise istisnaen kabul edilmiştir³¹. Aynen ifa istenemeyen bir sistemde ise, imkansızlık/temerrüt ayırımını önemini büyük ölçüde yitirdiği gibi; malın yenisi ile değiş-

²⁶ Ayrıntılı bilgi için örn. bkz. Oğuz, Karşılaştırmalı, 253 vd.; Zweigert/Kötz, 251 vd.

²⁷ Zimmermann, Law of Obligations, 803.

²⁸ Rheinstejn, 155; Ranieri, 310; Kircher, 72; Beß, 21.

²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rheinstejn, 149 vd. Ayrıca Rabel, Nichterfüllung, 138, 140 vd.; Jones/Schlechtriem, 15-136; Prieß, 18; Cerutti, 366. *Common law* sistemi ile *civil law* sisteminin bu konuda mukayesesi için bkz. Marcantonio (1984) 8 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 41 vd.

³⁰ Bu konuda bkz. Treitel, Remedies, 75; Müller-Chen, 43 vd.; Serozan, Dönme, 26-27; Marcantonio, (1984) 8 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 41, 46; Nickel/Saenger, JZ 1991, 1050, 1053 vd.

³¹ Bkz. bu bölümde aşağıda başlık IV 1.

tirilmesi veya tamiri istenemediğinden, mahn ayıplı ifa edilmiş olması kategorisi de önem kazanmamaktadır. Taraflar, sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerini yerine getiremedikleri her halde tazminat ödemektedir. Bu tazminat borcunun temelinde ise tarafların sözleşme ile belirli bir sonucu taahhüt etmiş olmaları, bir garanti vermiş olmaları yatar³². Ancak bu taahhüt, bilfiil edimi ifa etmeye ilişkin değil, edimin yerine getirilmemesi halinde doğan zararı tazmin etmeye ilişkindir³³.

Common law sisteminin yalınlığının ayartıcı olduğunu kabul etmek gerekir. Sistemin avantajı; basitliği, anlaşılabilirliği, tutarlılığı ve gelişmelere açık olma potansiyelidir³⁴. Zira sözleşmeye aykırılık sorununa bu şekilde tümel bir bakış açısıyla bakıldığında, farklı hükümler arasında bir yarışma sorunu yaşanmadığı gibi, zamanaşımı sürelerinin veya kusur işlemlerinin farklılığı gibi sorunlarla da karşılaşılmaz³⁵. Hukuki olgu “sözleşmeye aykırılık” olarak belirlendiğinde, her türlü alt olgu da bunun içinde yer bulabilmektedir³⁶. Nitekim CISG'nin sahip olduğu bakış açısı da budur³⁷. Objektif/sübjektif imkansızlık, önceki/sonraki imkansızlık, temerrüt, ayıp, sözleşmenin müspet ihlali gibi kavramlarla CISG içinde karşılaşılmaz³⁸. Bunun yerini alan merkezi kavram “sözleşmeye aykırılık”tır (*Vertragsverletzung, breach of contract, contravention au contrat*). Sözleşme düzenine aykırı her türlü ifa, kural olarak satıcının sorumluluğunu gerektirir³⁹. Sorumluluk, sözleşmeye aykırılığın türüne göre değişmez. Bir anlamda sistem, BK m.41'de haksız fiiller için kabul edilmiş olan çerçeve normu sözleşmeye aykırılık halleri açısından benimsemiştir.

Common law ve civil law hukuk çevrelerini kaynaştıran bir metinde bu yaklaşımın benimsenmiş olması, Avrupa'daki hukuk uyumlaştırması faaliyetlerini -gerek kamusal gerek özel- ciddi şekilde etkilemiş ve “modern” sözleşmeye aykırılık anlayışı, aykırılıklar arasında bir ayırım yapmaksızın yaptırımları düzenleme alternatifine meyletmiştir. Örneğin PECL ve PICC bu anlayışı benimsediği gibi⁴⁰, yeni Hollanda Medeni Ka-

³² Basedow, Reform, 14; Ranieri, 310; Prieß, 18 vd.; Kircher, 71 vd.; Müller-Chen, 41.

³³ Rheinstejn, 128 ve 158; Beinert, 112 vd.

³⁴ Lurger, Grundfragen, 508 vd.; Anders, 211 vd.; ayrıca bkz. Honsell, BT, 139.

³⁵ Schwartz, Sachmangelgewährleistung, 42.

³⁶ Anders, 192.

³⁷ Anlaşmaya hakim olan sözleşmeye aykırılık anlayışının Anglo-Amerikan hukukunun etkisinde gelişmiş olduğu konusunda bkz. v. Caemmerer, Haager Kaufrecht, 23, 30; Rabel, Hague Conference, 689, 694 vd.; Kircher, 72.

³⁸ v. Caemmerer, Haager Kaufrecht, 23, 30; Honsell, BT, 138 vd.; Heilmann, 165; Hutter, 27-28; Beß, 66; Marcantonio (1984) 8 Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 41, 46; Kromer, 237; Erdem, La Livraison, N.699.

³⁹ U. Huber, Das geplante Recht, 31, 105. Satıcının sorumluluğunun kalktığı haller için bkz. aşağıda Bölüm 5 § 3.

⁴⁰ PECL Art.8:101 uyarınca: “Taraflardan birinin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ifa etmemesi ve ifa etmemesinin Art.8:108 uyarınca bir mazeretini olmaması

nunu, İskandinav ülkelerinin kanunları ve 2002 değişiklikleri sonrasında Alman Medeni Kanunu⁴¹ sözleşmeye aykırılık sistemini hep bir bütün olarak değerlendirmeye başlamıştır⁴².

B. CISG'n İfa Engelleri Sisteminin Temel Önergeleri

I. Genel Olarak

CISG'n ve anılan hukuk uyumlaştırması projelerinin büyük ölçüde *common law* etkisi altında, hukuki olgular aşamasında bir ayırım yapıldığı tespit edildiğinde, ister istemez, acaba hukuki sonuçların düzenlenmesi noktasında da bu hukuk çevresinin etkisinde mi kaldığı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu soruya kısmen olumlu kısmen de olumsuz cevap vermek gerekir. Gerçekten de CISG, aynı *common law* sisteminde olduğu gibi, hukuki olgu (*Rechtstatsache*) aşamasında yapmadığı alt ayırımları, hukuki sonuç (*Rechtsfolge*) aşamasında yapmaktadır⁴³. Yani ayrı-

halinde mağdur olan taraf 9. Bölümde düzenlenmiş olan hukuki imkanlardan faydalanabilir.”; PICC Art.7.1.1: “İfa etmeme, taraflardan birinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi halinde söz konusu olur. Ayrıp ifa veya geç ifa da bu kapsamda değerlendirilir”.

⁴¹ U.Huber Alman yasa koyucusuna teklif ettiği yasa değişikliğinde özellikle CISG sistemini benimsemiştir. Buna göre temel kavram “ifa etmeme”dir (*Nichterfüllung*) ve bu kavram borçlar genel hükümleri kadar borçlar özel hükümlerine de hakimdir. İmkansızlık, temerrüt, sözleşmenin müspet ihlali, ayrıp gibi kavramlar bu teklifte ifa engelleri hukukunun temel kavramları olmaktan çıkmıştır. Bunlar sadece genel ifa etmeme kavramının alt başlıkları niteliğindedir ve dolayısıyla da prensipte aynı muamele edilmektedirler. Özellikle tekeffül hükümleri artık düşmüştür. Satıcı sadece ifa etmeme nedeniyle sorumludur, yoksa tekeffül ettiği için değil (*U.Huber, Gutachten, 699 vd. ve 752 vd. ve raporun bu kısmı hakkında Volkommer, Die Konkurrenz des allgemeinen Leistungsstörungsrechts mit den Leistungsstörungsinstituten der besonderen Schuldvertragstypen, AcP 183 (1983) 525, 547*). 2002 yılında yürürlüğe giren reform da büyük ölçüde U.Huber'in tekliflerini benimsemiş ve asıl olarak BGB § 280 vd. hükümlerinde “yüküme aykırılık” (*Pflichtverletzung*) ve bunun sonuçlarını düzenlemiştir. Daha sonra kanunun ilerleyen bölümlerinde hep bu hükümlere atıf yapılmıştır. Satım hukukuna özgü, semenin tenzili ve tamirata ilişkin yaptırımlara ilgili bölümde yer verilmiş; fakat bunun dışında dönme ve tazminat açısından genel hükümlere atıf yapılmış (BGB § 437) ve bu şekilde kanundaki tutarsızlıklar giderilmeye çalışılmıştır (Eser sözleşmesi açısından bkz. BGB § 634). Alman ifa engelleri hukukundaki reforma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, IÜHFM 2000, 231, 233 vd.; Zimmermann, Breach of Contract, passim; Ernst, Die Reform des Leistungsstörungsrechts in Deutschland, in: Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (Hrsg.), Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend, Reformbedarf und Reform, Wien 2003, 85 vd.

⁴² Bu konuda ayrıntılı mukayeseli veriler için bkz. v.Bar/Zimmermann, PECL Art.8:101, 435 vd. ve Schwartze, Sachmangelgewährleistung, 38 vd. Ayrıca bkz. Welser, Reform, 63, 68; Storme, 11, 26 vd. Yukarıda (Bölüm 1, § 2) CISG'dan ne oranda etkilendiği açıklanmış bulunan AB satım yönergesi de aynı yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışını benimsemiştir, bkz. Lurger, Grundfragen, 508.

⁴³ Welser, Reform, 63, 70; Schauer, FS Kramer, 627, 629; Krebs, 17-18 (Yazar bu ayırımın “cause approach” ve “remedy approach” olarak adlandırmaktadır); Keil, 19.

rım, aynen ifa⁴⁴/semenin tenzili/dönme/tazminat gibi imkanlar hangi durumlarda verilmiştir sorusuna cevap aranırken yapılmaktadır. Soruna, “Satıcı temerrüde düşmüştür, bu yüzden alıcının bir dönme hakkı vardır” şeklinde yaklaşılmamakta; “Sözleşmeye aykırılık var, acaba somut olayda alıcıya bir dönme hakkı verilmeli midir?” şeklinde yaklaşılmaktadır. Ön planda olan hukuki sonuçlardır.

Yukarıda aktarılmaya çalışılan *common law* mantığı içinde bu yaklaşım tutarlıdır da. Zira sözleşmeye aykırılığın aslı sonucunun tazminat olarak kabul edildiği bir sistemde, aynen ifa veya dönme imkanları istisna oluşturur. Dolayısıyla mahkemeler bu hakların tanınması için bazı özel şartların varlığını aramak durumunda kalmıştır. Yani bakış açısı hep hukuki sonuçlar perspektifinden olmuştur. Nitekim bu yüzden satıcının sözleşmeye aykırı davranışının sonuçlarının ele alındığı CISG m.45 vd. hükümleri de aynı mantık çerçevesinde kaleme alınmıştır. Madde 46 hangi hallerde aynen ifa talebinin, madde 49 hangi hallerde sözleşmeden dönmenin, madde 50 de hangi hallerde semenin tenzilinün mümkün olduğunu düzenlemektedir. Bütün bu yaptırımlara paralel olarak talep edilebilecek olan tazminat da (*common law* sistemindeki önemine yaraşır şekilde) bağımsız bir başlık altında m.74-77 arasında düzenlenmiştir. Bu yüzden bu çalışmada da, alışık olduğumuz gibi satıcının ifa etmemeden, geç veya ayrıp ifa etmektен dolayı sorumluluğu tarzında ayırımlar⁴⁵ kullanılmayacak; Antlaşmanın mantığına uygun olarak, alıcının sahip olduğu dört temel hukuki imkan çerçevesinde sorunlar incelenecektir. Ancak bu incelemeye geçmeden önce, sistemin üzerine inşa ettiği bazı temel noktalar üzerinde durmakta fayda vardır. Zira bu öncüller ileride sürekli karşıma çıkacaktır.

Öncelikle tespit edilmesi gereken, bu sözleşmeye aykırılık sisteminde, alıcının somut ihtilafta bahsedilen dört imkandan hangisine veya hangilerine sahip olduğu konusunda belirleyici olan kriterdir. Bu kriter, yine İsviçre-Türk hukukuna yabancı olan, sözleşme ihlalinin “esaslı” olup olmadığı kriteridir. Yeknesak sözleşmeye aykırılık sisteminin tamamlayıcısı mahiyetinde ve büyük ölçüde yine *common law* hukuk çevresinden devralınmış olan bu kriter⁴⁶, alıcının somut olayda hangi haklara başvurabileceğini tayin etmektedir. Yukarıdaki örneği devam ettirecek olursak: “Satıcı temerrüde düşmüştür, o yüzden alıcının dönme hakkı vardır” şeklinde mantık yürütülmemekte; “satıcının ifa etmemesi sözleşmenin esaslı ihlali anlamına gelmektedir, o yüzden alıcının dönme hakkı vardır” şek-

⁴⁴ Bu çalışmada, alıcının tamirat veya yenisi ile değiştirmeye ilişkin talebi aynen ifa talebinin bir uzantısı olarak değerlendirilmektedir. Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 B I.

⁴⁵ Örneğin bkz. Serozan, Borçlar Genel, § 11- § 20; Oğuzman/Oz, 295-328; Eren, 994-1009.

⁴⁶ Ancak kavramının içeriğinin saptanmasında Fransız hukukunun da etkili olmuş olduğu konusunda bkz. bu bölümde aşağıda II 1.

linde soruna yaklaşılmaktadır. Yani hakim ihlalin türüne göre değil, ihlalin ciddiyetine göre uygulanacak sonuçları tespit etmektedir⁴⁷. Sözleşmenin ancak esashi surette ihlal edilmesi halinde tanınabilecek olan yaptırımların başında sözleşmeden dönme gelir. Diğer yandan, aynen ifanın bir türü olan malın yenisi ile değiştirilmesi talebi de esashi bir ihlalin varlığına bağlanmıştır. Antlaşma, taşıdığı öneme binaen esashlık kavramını, satım sözleşmesinden doğan yükümlülüklerin ve bunlara aykırı davranmanın sonuçlarının düzenlendiği 3. Kısımın ilk maddesi olarak, m.25 altında tanımlamıştır. Aşağıda öncelikle bu kavram ve arkasında yatan mantık açıklanmaya çalışılacaktır.

İkinci olarak ele alınması gereken konu ise kusur sorunudur. Zira CISG'n hiçbir maddesinde kusur veya kast/ihmal gibi kavramlarla karşılaşmamaktadır. CISG'daki hiçbir hukuki imkana başvurulması, sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusurlu olması şartına bağlanmamıştır⁴⁸. Nitekim bu noktada da CISG'n, *common law* sisteminden etkilendiği açıktır. Zira, *common law*'da olduğu gibi, sözleşme ile üstlenilen her yükümlülüğün garanti taahhüdü olarak nitelendirildiği bir sistemde kusurun varlığına da doğal olarak gerek yoktur. Her ne kadar Borçlar Kanununda da, satıcının, satım sözleşmesinden doğan sorumluluğu bir garanti sorumluluğu olarak düzenlenmişse de unutulmaması gereken, bunun sadece ayıplı ifa halleri için böyle olduğudur. Buna karşılık temerrüt ve imkansızlık durumunda genel hükümler devreye girer ve burada da kural, satıcının kusursuzluğunu ispat etmesi halinde, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarından kısmen de olsa kurtulabilmesidir. Bu açıdan CISG'n sorumluluk rejimi de bu paragrafta kısaca takdim edilecektir.

Son olarak üzerinde durulması gereken, aynen ifa talebine ilişkin olarak Antlaşmadaki özel düzenlemedir. CISG, *common law* yaklaşımından uzaklaşarak, aynen ifa talebini ikincil konumundan büyük ölçüde kurtarmıştır. Kara Avrupası'nda aynen ifa talebinin asli talep olduğu gerçeği⁴⁹ karşısında bu talep de diğerleri ile eşit konumda düzenlenmiştir. Ancak *common law* ülkelerinde bunun yaratabileceği olası sorunlar düşünülerek bir taviz verilmek zorunda kalmıştır. Yine Kısım 3 Bölüm 1'deki genel ilkeler altında düzenlenmiş olan m.28 uyarınca, somut olayı çözüme bağlayan mahkeme, ancak kendi iç hukukuna göre de bu olayda aynen ifaya hükmedebilecek olması halinde CISG çerçevesinde yöneltilen aynen ifa talebini kabul edecektir. Dolayısıyla aynen ifa talebinin Antlaşma uyarınca hangi hallerde kabul edildiği sorununu incelemeden önce, bu bölümde, son olarak, aynen ifa talebinin *ulusal hukuklar* uyarınca kabul edilebilirliği sorunu üzerinde durulacaktır.

⁴⁷ Bucher, Neuerungen, 13, 23; Heilmann, 165-166.

⁴⁸ Koch, RevCISG 1998, 177, 299.

⁴⁹ Bkz. yukarıda dn.15'e ilişkin metin ve aşağıda bu başlık altında IV.

II. Ayırıcı Kriter Olarak Sözleşmenin "Esashi İhlali"

1. Esashi İhlal Kavramının Gelişimi ve İşlevleri

Ana hatları ile açıklanmaya çalışılan yeknesak sözleşmeye aykırılık konseptinin kilit kavramı, sözleşme ihlalinin *esashi* olup olmadığıdır⁵⁰. Zira sözleşme ihlalleri türlerine göre değil esashi olup olmamalarına göre hukuki yaptırımlarla donatılmaktadır. CISG'da alacaklıya tanınmış bir dizi hukuki imkan ancak ihlalin esashi olması halinde uygulama alanı bulabilmektedir⁵¹. Bunlardan en önemlisi sözleşmeden dönmedir⁵². Ancak bunun yanı sıra, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi halinde malın değiştirilmesini talep ve hasarın intikal etmesi noktalarında da sözleşme ihlalinin esashi olup olmadığı önem taşımaktadır. Neden özellikle dönme ve ikame mal talep etme hakları açısından, CISG'n, sözleşme ihlalinin esashi olması şartını aradığı, milletlerarası satım sözleşmelerinin özellikleriyle açıklanabilir. Zira iki seçimlik hakkın kullanılması halinde de, alıcıya teslim edilmiş olan malların satıcıya iadesi sorunu ile karşılaşılacaktır. Oysa sınırlanan sözleşmelerde bu tür bir tasfiye ilişkisine girmenin ne kadar elverişsiz olduğu ortadadır⁵³. İkinci bir nakliyat organize etmek veya sözleşmeye aykırı malların buldukları yerde yeniden satılması temin etmek bazı güçlükleri beraberinde getirecektir⁵⁴. Bu açıdan Antlaşma mümkün olduğu ölçüde, ifası gerçekleşmiş sözleşmenin bu şekilde ayakta tutulmasını ve semenin indirilmesi veya tamirat gibi imkanların kullanılmasını teşvik eden bir yaklaşım içindedir⁵⁵.

Ancak özellikle sözleşmeden dönme imkanının son çare (*ultima ra-*

⁵⁰ Fischer, 39; Honsell/Karollus, Art.25 N.1. Nitekim yeknesak sözleşmeye aykırılık modelini esas alan özel kodifikasyonlarda da aynı kavram ile karşılaşmaktayız. Bkz. PECL Art.8:103 (esashi ifa etmeme); PICC Art.7.3.1 (sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bağlamında esashi ifa etmeme kavramı). Gerek bu metinler, gerekse Hollanda, Almanya gibi ülkelerdeki yasama faaliyetleri üzerinde CISG'n bu noktada da yadsınmaz bir etkisi olmuştur, bkz. *Schlechtriem*, Abstandnahme, 159, 161 vd.

⁵¹ *Schlechtriem*, Einheitliches, 46; Ferrari; IHR 2005, 1; Musger, 2. Tek tek yaptırımlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2.

⁵² Sözleşmesel bağın sona erdirilmesinin gerek *civil law* gerekse *common law*'daki tarihsel gelişimi, farkh gerekçeleri, yöntemleri ve sonuçları konusunda ayrıntılı bir mukayeseli inceleme için bkz. *Flessner*, ZEuP 1997, 255 vd.

⁵³ Ferrari, IHR 2005, 1, 2. Nitekim bu yüzden milletlerarası satım sözleşmeleri uygulamasında sık sık, alıcının satım sözleşmesinin ihlali halinde sahip oldukları seçimlik hakların sınırlandırılması olgusu ile karşılaşılacaktır. Genelde sadece semenin indirimi, tamirat ve tazminat hakkı sözleşmede öngörülmekte ve bu şekilde ulusal hukuk düzenlerinde yedek hukuk kuralı olarak düzenlenmiş olan ayp hükümleri bertaraf edilmektedir. Bkz. v.*Caemmerer*, Wesentliche Vertragsverletzung, 33, 50.

⁵⁴ *Benicke*, IPRax 1997, 326, 329; Fischer, 39; Anders, 77; Magnus, JuS 1995, 870, 871; Koch, RevCISG 1998, 177, 333.

⁵⁵ BG 28.10.1998, CISG-Online N.413.

tio) olarak düşütülmesi ve bu nedenle ancak istisnaen kullanılmasına izin verilmesi sadece milletlerarası satım sözleşmelerine özgü bir yaklaşımdır⁵⁶. Bugün bir dizi ulusal hukuk düzeninde dönme hakkının kullanılması sınırlandırılmış ve bu konuda farklı yöntemlere başvurulmuştur⁵⁷. CISG'ın benimsemiş olduğu, sözleşme ihlalinin "esash" olması şartına bağlı olarak dönme hakkının tanınması yöntemi ise *common law*'dan ve bir ölçüde Fransız hukukundan esinlenmiştir. Dolayısıyla bu etkinin kaynaklarını kısaca aktarmakta fayda görülmektedir.

Her ne kadar *common law* tarihinde, sözleşme ihlalinin asli yaptırım tazminat olmuşsa da, zamanla bunun adil olmayan sonuçlar beraberinde getirdiği anlaşılmıştır. Bazı durumlarda, ileride ele alınacak olan aynen ifa talebini kabul etmek gerektiği gibi, bazı durumlarda da sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi imkanının tanınması gerekmiştir. İşte bu amaçla mahkemeler, tazminat talebinin temelinde yattığını kabul ettikleri sözleşmesel taahhütleri önemlerine göre ikiye ayırmaya başlamış ve *warranty* olarak adlandırılan "klasik" sözleşme taahhütleri yanına *condition* kavramını eklemişlerdir⁵⁸. Bunlardan *warranty* daha az önemli sözleşme koşulu, *condition* ise adeta sözleşmenin akdedilmesinin sebebinin teşkil eden sözleşme koşuludur⁵⁹. Bir sözleşmesel taahhüdün belirli bir öne sahip olması, yani bir *condition* olarak nitelendirilebildiği hallerde ise buna aykırı davranışın, tazminatın yanı sıra sözleşmeyi sona erdirmeye imkanı vermesi de kabul edilmiştir⁶⁰. Yani sözleşme koşullarından hangisi ihlal edilmişse yaptırımlar da ona göre değişebilmektedir.

Bu doktrin zamanla geliştirilmiş ve sözleşme kaydının nasıl nitelendirilmesi gerektiği değil, sözleşme ihlalinin sonuçları ön plana alınmaya

⁵⁶ P.Huber, Irrtumsanfechtung, 248.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Flessner, ZEuP 1997, 255, 260 vd.; P.Huber, Irrtumsanfechtung, 248 vd. Ayrıca bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 D I.

⁵⁸ Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Treitel, Contract, 788 vd.; Beinert, 114 vd.; Nickel/Saenger, JZ 1991, 1050, 1051.

⁵⁹ Beß, 23.

⁶⁰ Zimmermann, Law of Obligations, 803. Somut olaydaki sözleşme hükümünün *warranty* veya *condition* olarak nitelendirilmesi hakimin takdirine bırakılmıştır. Sözleşmede bu konuda bir açıklık yoksa bu durumda hakim ilgili sözleşme hükümünün niteliğine bakacaktır (Nickel/Saenger, JZ 1991, 1050, 1051). Örneğin 1979 tarihli İngiliz Sale of Goods Act sect.11 (3) uyarınca: "Whether a stipulation in a contract of sale is a condition the breach of which may give rise to a right to treat the contract as repudiated, or a warranty, the breach of which may give rise to a claim for damages but not to a right to reject the goods and treat the contract as repudiated, depends in each case on the construction of the contract. A stipulation may be a condition, though called a warranty in the contract." Eğer ilgili hüküm, sözleşmenin temeline ilginse o zaman bir condition olarak değerlendirilmesi gerekecektir ("If performance of the stipulation goes to the very root of the contract then the stipulation is treated as a condition"), bkz. Treitel, Contract, 790; Zimmermann, Law of Obligations, 804.

başlanmıştır. Özellikle 1962 yılında İngiliz *Court of Appeal*'inin vermiş olduğu *Hong Kong Fir Shipping Co., Ltd. v. Kawasaki Kaisha, Ltd.* kararı⁶¹ bu konudaki içtihadı yeni bir yön vermiştir⁶². Mahkeme bu kararında, taraflardan birinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının var olup olmadığını tayin ederken yapılacak araştırmayı şu şekilde formüle etmiştir:

"Hakimin [...] sözleşme taraflarından birinin diğer tarafın sözleşme ihlaline dayanarak sözleşmeyi çözme hakkını kullanmayı tercih ettiği [...] davalarda yapması gereken, sözleşme ihlalinin sonucu olarak chartererin sözleşmeyi feshettiğini beyan ettiği tarihte gerçekleşen olayları incelemek ve bu olayların gerçekleşmesi nedeniyle, chartererin, kendi sözleşmesel taahhütlerini yerine getirmeye devam etmesi halinde, charterpartide ifade edilen taraf iradelerine uygun olarak elde etmesi gereken menfaatten önemli ölçüde yoksun kalıp kalmayacağına karar vermektir."⁶³

Görüldüğü gibi, ön plana alınan, ihlal edilen sözleşme yükümlülüğünün esashlığı değil, ihlalin sonuçlarının esashlığıdır⁶⁴. Sözleşmeden elde edilen menfaatlardan, sözleşmenin ihlali nedeniyle önemli ölçüde yoksun kalınmışsa sözleşmeyi çözme imkanı verilecektir. Nitekim bu içtihat, İngiliz hukukunda bugüne kadar etkisini büyük ölçüde koru-

⁶¹ Olayda *Hong Kong Fir*. gemisi için bir charter sözleşmesi akdedilmiş ve geminin her anlamda denize ve yüke elverişli olması gerektiği sözleşmede kararlaştırılmıştır. Geminin teslim edilmesi sonrasında makine dairesi personelinin yeterli kalifikasyonlara sahip olmaması nedeniyle gemi bir süre kullanılamamıştır. Chartererlerin sözleşmeyi feshetme istemlerine ilişkin olarak mahkemenin yaptığı araştırmada özellikle vurgulanmış olan husus, hir sözleşme klozunun taraflarca nasıl nitelendirildiğinin önem taşımadığı ve fakat alacaklı menfaatlerinin sözleşme ihlali nedeniyle ne ölçüde haleldar olduğunun esas alınması gerektiğidir.

⁶² "There are, however, many contractual undertakings of a more complex character which cannot be categorised as being 'conditions' or 'warranties' if the late nineteenth century meaning adopted in the Sale of Goods Act, 1893, [...] be given to those terms. Of such undertakings, all that can be predicted is that some breaches will and others will not, give rise to an event which will deprive the party not in default of substantially the whole benefit which it was intended that he should obtain from the contract; and the legal consequences of a breach of such an undertaking, unless provided for expressly in the contract, depend on the nature of the event to which the breach gives rise and do not follow automatically from a prior classification of the undertaking as a 'condition' or 'warranty.'" Lord Diplock, (1962) 1 All.E.R. 474, 487 G-H.

⁶³ "What the learned judge had to do in the present case as in any other case where one party to a contract relies to elect to rescind the contract, was to look at the events which had occurred as a result of the breach at the time at which the charterers purported to rescind the charterparty, and to decide whether the occurrence of those events deprived the charterers of substantially the whole benefit which it was the intention of the parties as expressed in the charterparty that the charterers should obtain from the further performance of their own contractual undertakings." Lord Diplock, (1962) 1 All.E.R. 474, 488 I, 489 H.

⁶⁴ Beinert, 124.

muş⁶⁵ ve CISG'in kurduğu sorumluluk sistemi içinde kilit bir öneme sahip olan, ihlalin "esaslılığı" (*fundamental breach*) kavramını da şekillen-dirmiş⁶⁶.

Ancak gerek CISG m.25'in hazırlanması sürecine, gerekse La Haye Antlaşmasında bunun muadili olan maddeyi oluşturan m.10'un kaleme alınış şekline bakıldığında esaslı ihlal kavramının tanımında kısmen Fransız hukukunun da etkisini görmek mümkündür⁶⁷. Aynı İngiliz hukukunda olduğu gibi, Fransız hukukunda da bu kavram, dönme hakkının ne zaman kullanılabileceği sorunu çerçevesinde gelişmiştir. Bu hukuk çevresinde belirleyici olan, dönme hakkının yenilik doğuran bir dava hakkı olarak düzenlenmiş ve hakime bu talebin kabulü konusunda takdir hakkı verilmiş olmasındır (Art.1184 Cc)⁶⁸. Nitekim mahkemeler de, aynı İngiliz mahkemeleri gibi, dönme hakkını ancak belirli ağırlıkta bir sözleşme ihlalinin varlığı halinde tanımaktadırlar⁶⁹. Ancak Fransız hukukunda ihlalin belirli bir ağırlığının olup olmadığı tespit edilirken özellikle tarafların farazi iradeleri ön planda tutulmuştur⁷⁰. Henüz *Domat* (1625-1696) ve onu takiben *Pothier* (1699-1772) tarafından hakimlere yol göstermek üzere geliştirilmiş olan formüle göre, mağdur olan tarafın, sözleşmenin kurulması anında ilgili sözleşme ihlalinin öngörmüş olsaydı, sözleşmeyi akdetmeyeceği kabul edilebiliyorsa, sözleşmeden dönme hakkı vardır⁷¹.

CISG m.25'in öncüsü konumunda olan ULIS'in 10. maddesine bakıl-

⁶⁵ Bu karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Treitel, Some Landmarks of Twentieth Century Contract Law*, Oxford 2002, 113 vd.

⁶⁶ *Beinert*, 113 vd.; v. *Caemmerer*, *Wesentliche Vertragsverletzung*, 33, 39.

⁶⁷ Esaslı ihlal kavramına hangi hukuk düzenlerinde yer verildiği hakkında ayrıntılı mukayeseli bilgiler için bkz. *Beinert*, 101-145.

⁶⁸ Fransız hukukunda dönme hakkında bilgi için bkz. *Serozan, Dönme*, 28-29; *Buz, Dönme*, 53vd.; *Beinert*, 133 vd. Ayrıca *Malaurie / Aynès*, Tome VI, *Les Obligations*, Volume II: *Contrats, Quasi-Contrats*, 11^e éd., 2001, N. 481; *Bénabent*, N.395.

⁶⁹ *Beinert*, 135. *Domat*, 1689-1694 arasında yayınladığı *Les lois civiles dans leur ordre naturel* adlı çalışmasında şu örneği vermektedir: Malları, geminin limanı terk etmesi anına kadar veya fuarın başlangıcına kadar teslim etmeyi taahhüt etmiş olan satıcı teslimi zamanında gerçekleştirmez ise alıcının sözleşmenin çözülmesini talep etmesi mümkündür. Bu durumda satıcı malları geri alacak, semeni iade edecek ve tazminat ödeyecektir. Buna karşılık bir taşınmazın satımında, satıcı ilgili yeri vaktinde teslim etmez ve bu yüzden alıcı taşınmazdan faydalanamazsa sadece bu sebepten ötürü sözleşmeden dönmesi mümkün değildir. Zira bu hallerde tazminat yoluyla geciken kullanıcının telafi edilmesi mümkündür. Ayrıca sözleşmeden dönülmesi imkanı verecek kadar esaslı bir ihlal söz konusu değildir (aktaran v. *Caemmerer*, *Wesentliche Vertragsverletzung*, 33, 40).

⁷⁰ *Beinert*, 135.

⁷¹ *Pothier*, *Treatise on the Contract of Sale*, translated by L.S.Cushing, Boston 1839, reprint 1999, 291. Ayrıca bkz. v. *Caemmerer*, *Wesentliche Vertragsverletzung*, 33, 41.

duğunda Fransız hukukunun etkileri açık şekilde görülmektedir. Bu maddeye göre:

"Sözleşmeyi ihlal eden taraf, sözleşmenin kurulması anında, diğer âkidein yerinde bulunan makul bir kişinin sözleşme ihlalinin ve sonuçlarını öngörmüş olsaydı bu sözleşmeyi akdetmeyecek olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse ihlal bu yasa anlamında esaslı sayılır."

Görüldüğü gibi bu tanımda ihlalin esaslı olup olmadığı saptaması ancak ilgili tarafın farazi iradesine ilişkin bir araştırma sonucunda yapılabilir. Hakim, tarafların, sözleşmenin kurulması anında neyi öngörebileceklerini ve bu öngörü çerçevesinde nasıl hareket etmiş olabileceklerini araştırır. Bu açıdan tanım sübjektif nüveler içermektedir⁷². Ancak özellikle bu yön hem La Haye Antlaşmalarının hazırlanması, hem de kabulünden sonraki dönemde eleştiri konusu olmuştur⁷³. Tarafların, sözleşmenin kurulması anındaki farazi iradelerini tespit etmenin hakim açısından ampirik-psikolojik hususlar ile normatif hususların karıştırılması tehlikesini beraberinde getirdiği ve farklı ülkelerde bu normun farklı şekillerde anlaşılacağı kaygısı ifade edilmiştir⁷⁴. Nitekim bu yüzden Viyana Antlaşması hazırlanırken kavrama daha objektif bir içerik kazandırılması konusunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır⁷⁵.

Schlechtriem'e göre⁷⁶ bu tartışma sürecinde ülkelerden gelen çeşitli teklifler iki başlık altında toplanabilmektedir. Bir grup devlet, sözleşme ihlalinin ilgili taraf açısından ifade ettiği objektif olumsuz sonuçları ön plana almayı tercih ederken, diğer bir grup devlet, objektif olarak ölçülebilecek (ve dolayısıyla ispat edilmesi gereken) bir zarardan bağımsız ola-

⁷² İngiliz hukukunda yapıldığı gibi, sözleşme kayıtlarının önemli veya önemsiz olarak ayrılması anlayışı ise bu tanıma yansımamış ve genel olarak *ihlalin* sonuçlarının esaslı olması ön plana alınmıştır. Bu değişiklik ile, önemli sözleşme kayıtlarının ihlal edilmesi halinde her halde sözleşmeden dönme kapısının açılması engellenmek istenmiştir. Zira "önemli" bir sözleşme kaydının ihlal edilmiş olması, ihlalin sonucunun da "önemli" olacağı anlamına gelmez. Bazı hallerde bu sonuçların tazminat ödenmesi suretiyle giderilmesi pekala mümkündür. Bu hallerde yine de dönme hakkı vermek doğru gözükmez (v. *Caemmerer*, *Wesentliche Vertragsverletzung*, 33, 44). İskandinav ülkelerinin hukukunda da benzer bir yaklaşımın geçerli olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Görizt*, *Zur wesentlichen Vertragsverletzung beim Warenkauf - Wechselbeziehungen zwischen dem nordischen und dem international einheitlichen Recht - Europa Institut Saarbrücken*, Nr.149, 1988, 9 vd.

⁷³ Ayrıntılı olarak *Honsell/Karollus*, Art.25 N.4 vd.; *Koch*, *RevCISG* 1998, 177, 272 vd.; *Honnold*, *Documentary History*, 52, 64 vd., 88 vd., 220.

⁷⁴ Maddenin hazırlanma süreci ve eleştiriler hakkında bkz. v. *Caemmerer*, *Wesentliche Vertragsverletzung*, 33, 45 vd.; *Beinert*, 55 vd.

⁷⁵ *Honsell/Karollus*, Art.25 N.4-7; *Musger*, 10 vd. Hazırlanma süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Bianca/Bonell/Will*, Art.25 N.1 vd.; *Trommler*, 72-75.

⁷⁶ *Schlechtriem*, *Einheitliches*, 47.

rak, sadece ihlal edilen sözleşmesel yükümlülüğün ilgili äkit taraf açısından ne ifade ettiğinin esas alınmasını savunmuştur.

Sonuçta ortalama bir çözüm kabul edilmiş ve CISG m.25 aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

"Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esastır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlal eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun."

Her ne kadar sözleşmenin esaslı ihlali kavramı, sözleşmeden dönme hakkını sınırlandırma konusundaki çabaların bir sonucu olarak gelişmişse de, milletlerarası satım sözleşmelerinde alıcının ikame mal talebinin sözleşmeden dönmeye benzer zor tasfiye sorunlarını beraberinde getirmesi, bu yaptırımın da sözleşmenin esaslı ihlali koşuluna bağlanması sonucunu doğurmuştur. Bu açıdan aşağıda verilecek olan açıklamalarda hep esaslılık şartının, alıcının sahip olduğu iki temel seçimlik hakkın kullanılmasının ön koşulu olduğu göz önünde tutulmalıdır.

2. Esaslı İhlalin Şartları

CISG m.25'de verilen tanımdan anlaşıldığı üzere esaslı bir ihlalden bahsedebilmek için, bir yükümlülüğe aykırı davranılmış olması (sözleşme ihlali); bu aykırı davranışın bir olumsuzluğa sebep olmuş olması; bu olumsuzluğun karşı tarafı sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakıyor olması ve bu sonucun makul bir kişi tarafından öngörülebilir olması gerekir⁷⁷. Aşağıda bu konuda ayrıntıya gir-

⁷⁷ PECL Art.8:103 esaslı sözleşme ihlalini şu şekilde tanımlamıştır: "İfa etmeme aşğıdaki hallerde sözleşme açısından esastır: (a) eğer yükümlülüğe tam olarak uyulması sözleşme açısından belirleyiciyse; veya (b) mağdur olan taraf ifa etmeme nedeniyle, sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden esaslı surette mahrum kalıyorsa; meğerki diğer taraf bu sonucu öngörmemiş ve makul şartlarda öngöremeyecek olsun; veya (c) ifa etmeme kasten gerçekleşiyor ve mağdur olan tarafta, diğer tarafın gelecekteki edimlerine güvenemeyeceği konusunda haklı bir itiba uyandırıyor." PICC Art.7.3.1 uyarınca: "(...) (2) Bir yükümlülüğü ifa etmemenin esaslı bir ifa etmeme olup olmadığını tayin ederken özellikle aşağıdaki hususlar dikkate alınır: (a) mağdur olan tarafın ifa etmeme nedeniyle, sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden esaslı surette mahrum kalıp kalmadığı; meğerki diğer taraf bu sonucu öngörmemiş ve makul şartlarda öngöremeyecek olsun; (b) sözleşmesel yükümlülüğe tam olarak uyulmasının sözleşme açısından belirleyici olup olmadığı; (c) ifa etmemenin kasten veya düşüncesizlikle gerçekleşip gerçekleşmediği; (d) ifa etmemenin mağdur olan tarafta, diğer tarafın gelecekteki edimlerine güvenemeyeceği konusunda haklı bir itiba uyandırıp uyandırmadığı; (e) ifa etmeyen tarafın, sözleşmenin çözülmesi halinde, ifa hazırlıkları veya ifa nedeniyle ölçüsüz zarara uğrayacak olup olmadığı." Görüldüğü gibi bu iki tanım da CISG m.25'in tanımına göre biraz daha ayrıntılı ve kapsamlıdır. Ancak ulaşılabilecek sonuçlar açısından

meden önce tekrar vurgulanmalıdır ki, sözleşmenin esaslı ihlali kavramının anlamlandırılmasında otonom yorum yönteminin kullanılmasına özellikle özen gösterilmelidir⁷⁸. Her ne kadar bu kavram farklı hukuk çevrelerinin etkisi altında kaleme alınmışsa da, bir kez Antlaşmaya girmekle artık bu kavramın köklerinden bağımsız, bütün äkit ülkelerde aynı şekilde uygulanabilecek tarzda yorumlanması şarttır⁷⁹. Özellikle "esaslı ihlal" gibi, önemli bazı yaptırımların uygulanmasının önkoşulu olan bir kavram açısından, CISG m.7'de belirlenmiş olan yorum ilkelerine sadık kalmak büyük önem taşımaktadır. Diğer yandan esaslı ihlalin ne olduğu tespit edilirken sistematik yorum da önem taşıyacaktır. CISG m.25'in genel hükümler altında ilk madde olarak düzenlenmiş olması, bu kavramın içeriğinin saptanmasında genel bir bakış açısına sahip olmayı gerektirir. Dolayısıyla esaslılık değerlendirmesinin özellikle önem kazandığı m.46, f.2; 48 f.1 ve 49 f.1 a'nın bir arada okunarak sonuca ulaştırılması uygun düşer⁸⁰. Aşağıda, CISG çerçevesinde esaslı ihlalin varlığını kabul etmek için aranan şartlar hep bu bakış açısıyla takdim edilecektir.

a. Yükümlülüğe aykırılık

CISG m.25, satıcı veya alıcının, sözleşmede kararlaştırılmış olan⁸¹ veya yedek olarak CISG hükümlerinden kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırı davranılmış olmasını aramaktadır⁸². Örneğin mal ve belgelerin zamanında, doğru yerde ve sözleşmeye uygun şekilde teslim edilmesi veya tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları bir rekabet yasağı, bilgi verme yükümlülüğü, işletme sırlarının saklanması gibi edim yükümlülüklerinin ihlali sözleşmenin ihlali anlamına gelir. Buna karşılık koruma yükümlü-

dan büyük bir fark beklenmemelidir. Alman Medeni Kanunu da reformla birlikte, dönme hakkının kullanılmasını sınırlamıştır. BGB § 323, f.5, cümle 2 uyarınca, alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için yükümlülük ihlalinin önemsiz olmaması gerekir. "Unerhebliche Pflichtverletzung" yeterli sayılmaz. Bu konuda bkz. P.Huber, in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.5/39-40; Schwenzler, Rechtsbeihilfe, 37, 43 vd.

⁷⁸ Ferrari, IHR 2005, 1, 2; Musger, 5; Lubbe, RabelsZ 2004, 444, 447. Bu yöntem hakkında bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 B II 1.

⁷⁹ Lubbe, RabelsZ 2004, 444, 447.

⁸⁰ Schulz, 246.

⁸¹ Örneğin satıcının, münhasıran alıcı için imal ettiği "M" işaretli ayakkabıları, bir fuarda satışa sunması ve alıcının yaptığı ihtarla rağmen satmaya devam etmesi (OLG Frankfurt, 17.09.1991, CISG-Online N.28) veya satıcı ile alıcı arasında bir münhasır satıcılık sözleşmesinin varlığına rağmen, satıcının, alıcının satış bölgesindeki başka kişilere aynı malları satması halinde (karş. LG Frankfurt, 16.09.1991, CISG-Online N.26) sözleşmesel bir yükümlülüğün ihlali söz konusudur. Bu türden yükümlülükler aykırılıkların CISG kapsamında değerlendirilemeyeceği ve ulusal hukukun uygulanması gerektiği görüşünde MünchKommBGB/Gruber, Art.25 CISG, N.11.

⁸² Trommler, 61; Staudinger/Magnus, Art.25 N.7; Honsell/Karollus, Art.25 N.8.

lüklerinin⁸³ ihlalinin Antlaşma çerçevesinde ele alınabilmesi ve esash olarak nitelendirilebilmesi, bunların sözleşmede düzenlenmiş olmasına bağlıdır. Zira CISG içinde bu tür yükümlülükler ele alınmamıştır⁸⁴. Dolayısıyla tarafların bunları ayrıca kararlaştırmış olmaları veya m.8 ve 9 uyarınca bu tür yükümlülüklerin sözleşme içeriği olduğu kabul edilebilme şartına bağlı olarak bunların ihlalinin de sözleşmenin esash ihlali sayılması ihtimali vardır⁸⁵. Aksi takdirde bu tür sözleşme ihlallerinin yaptırımları, CISG içinde bir düzenleme bulunmadığı için, *lex fori*'nin atfı yaptığı ülkenin borçlar hukuku kurallarına göre saptanacaktır⁸⁶.

b. Sözleşmesel menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluk

CISG m.25'in aradığı ikinci husus, yükümlülük ihlali nedeniyle karşı tarafın, sözleşmeden hakkı olarak beklediği bir menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmış olması, onun açısından bir **olumsuzluğun** (*Nachte- il / detriment / préjudice*) doğmuş olmasıdır. Bununla kast edilen, ilgili âkidin bir "zarara" uğramış olması değildir⁸⁷. Nitekim, zararı tanımlayan hüküm CISG m.74'tür (*Verlust / perte / loss*). Madde 25 sadece, yükümlülük ihlalinin karşı âkit için beraberinde olumsuz bir sonuç getiriyor olmasını aramaktadır⁸⁸. Aslında olumsuzluk kriteri, bir ilk filtre olarak düşünülebilir⁸⁹. Yükümlülük ihlalinin herhangi bir olumsuz sonucu yoksa o zaman esashlık araştırmasına gerek de yoktur^{90,91}.

⁸³ Kavram hakkında bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 2 N.13; *Wiegand*, recht 1997, 85, 92.

⁸⁴ Bkz. yukarıda Bölüm 3 § 4 C.

⁸⁵ *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem*, Art.25 N.7b.

⁸⁶ *MünchKommBGB/Gruber*, Art.25 CISG, N.10.

⁸⁷ *P.Huber*, *Irrtumsanfechtung*, 96; *Trommler*, 68-69; *Honsell/Karollus*, Art.25 N.14; *Lurger*, IHR 2001, 91; *Bianca/Bonell/Will*, Art.25 CISG, N.2.1.1.2; *Koch*, *RevCISG* 1998, 177, 267; *Petrikic*, 23; *Ferrari*, IHR 2005, 1, 3.

⁸⁸ "Olumsuzluk" değerlendirmesinin, bir zararın doğup doğmadığı araştırmasından tamamen bağımsız yapılması gerektiği özellikle öne alınmış sözleşme ihlallerinde somutlaşmaktadır (CISG m.72). Zira burada sadece sözleşmenin ihlal edilmesi konusundaki ciddi olasılık karşı âkide sözleşmeden sıyrılmaya imkanı vermektedir. Başlı başına bu olasılık esash bir ihlalin varlığını kabul için yeterlidir. Oysa burada herhangi bir zarar henüz doğmuş değildir. Örn. bkz. *Brunner*, Art.25 CISG, N.7. Ancak bir zararın doğmuş olduğu hallerde, bunun boyutunun, olumsuzluğun varlığının tayininde dikkate alınacak kriterlerden biri olacağı da yadsınamaz. Aynı yönde *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem*, Art.25 N.9; *Staudinger/Magnus*, Art.25 N.11.

⁸⁹ *Koch*, *RevCISG* 1998, 177, 263.

⁹⁰ Örneğin malın sigortalanmadan veya gereği gibi paketlenmeden yollanmasına rağmen, sağ salim teslimi mümkün olmuşsa sözleşme ihlali esash olarak nitelendirilemez.

⁹¹ Satıcı bir yükümlülüğünü ihlal etmiş ve olumsuz bir sonuç doğmuş olmasına rağmen, CISG m.48 uyarınca var olan, vadeden sonra sözleşmeye aykırılığı giderme

Fakat bir yükümlülüğün ihlal edilmiş olması ve bunun karşı âkit açısından olumsuz bir sonuç doğurması esashlık nitelendirmesi açısından yeterli değildir. CISG uyarınca esash bir sözleşme ihlalinin varlığını kabul edebilmek için, ortaya çıkan olumsuzluğun öyle bir boyutta olması gerekir ki, diğer tarafı, **sözleşme uyarınca beklemekte hakkı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakıyor olsun**. İşte, CISG m.25'deki asıl belirleyici ifade budur⁹².

Sorun, bir tarafın, sözleşmeden elde etmeyi umduğu menfaatten yoksun kalmış olması; sözleşmeyi akdetme sebebinin adeta konusuz kalmasıdır. Herkes sözleşme akdederken belirli bir saik ile hareket eder ve belirli bir menfaat elde etmek ister⁹³. Bu beklentinin tatmin edilmesi ve menfaatin elde edilmesi artık mümkün değilse veya önemli ölçüde engellenmişse, o sözleşmenin ilgili taraf açısından bir "önemi" kalmamıştır. ULIS m.10'dan farkh olarak, CISG m.25, ilgili âkidin bu ihlale rağmen sözleşmeyi akdetmiş olup olmayacağı gibi varsayımsal bir durumda yola çıkmamakta; ilgilinin, sözleşmeye ilişkin beklentileri ile elde ettiği (veya edemediği) şeyi, yani fiili durumu mukayese etmektedir⁹⁴. Dolayısıyla iki husus belirleyicidir: menfaatleri ihlal edilen tarafın hangi beklentilerinin sözleşme uyarınca korunacağını tayin etmek ve bunlardan önemli ölçüde mahrum kalıp kalmadığını saptamak⁹⁵.

Sözleşme sadece karşılıklı yükümlülüklerin kaynağı olmakla kalmaz; ayrıca bunların taraflar açısından taşıdığı önem de sözleşmede somutlaşır⁹⁶. Demek ki, önemin tespiti, sözleşmenin CISG m.8 uyarınca yorumlanmasını gerektirir⁹⁷. Yorumda sözleşme metni, taraflar arasındaki görüşmeler, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sözleşme kurulduktan sonraki davranışları ve diğer önem taşıyabilecek

hakkını kullanması halinde bunun esashlık değerlendirmesinde nasıl dikkate alınacağı çok tartışılabilir bir konudur. Bu husus üzerinde aşağıda, satıcının ilgili hakkı açıklarken durulacaktır, bkz. Bölüm 5 § 2 A V 4 b aa.

⁹² *Honsell/Karollus*, Art.25 N.15.

⁹³ *Beinert*, 61; *Musger*, 12.

⁹⁴ *MünchKommBGB/Gruber*, Art.25 CISG, N.13. Sözleşme ihlalinin beraberinde getirdiği fiili sonuçlara bakıldığı için bu ihlalin kasti veya ihmali bir davranıştan kaynaklanıyor olması da herhangi bir önem taşımaz. Borçlu, kasti olarak yükümlenen aykırı davranmış olsa bile salt bu durum ihlali esash kılmaz. Bkz. *Honsell/Karollus*, Art.25 N.23; *Trommler*, 62; *Koch*, *RevCISG* 1998, 177, 331; *Benicke*, IPRax 1997, 326, 330. Sadece borçlunun kasti sözleşme ihlali, onun gelecekteki borçlarını da gereği gibi yerine getireceği konusunda hakkı bir şüphe doğuruyorsa, o zaman bu ihlalin esash sayılması mümkündür. Nitekim bkz. PECL Art.8:103, (c). Türkçe tercüme için bkz. yukarıda dn.77.

⁹⁵ *Honsell/Karollus*, Art.25 N.16.

⁹⁶ *Herber/Czerwenka*, Art.25 N.8; *Musger*, 7; *Koch*, *RevCISG* 1998, 177, 344.

⁹⁷ *Conrad*, 41; *Ferrari*, IHR 2005, 1, 5; *Musger*, 14; *Trommler*, 78. CISG uyarınca satım sözleşmesinin yorumlanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bölüm 3 § 2 I.

bütün hususlar dikkate alınacaktır⁹⁸. Yorum yoluyla tespit etmek istediğimiz, tarafların ilgili yükümlülüğe nasıl bir önem atfetmiş oldukları ve ilgili yükümlülüğün, mağdur olan tarafın hangi menfaatlerini korumaya hizmet ettiği, yani koruma alanının ne olduğudur⁹⁹.

Tarafların ilgili yükümlülüğe nasıl bir önem atfetmiş oldukları, kısmen kullandıkları ifadelerden çıkarılabilecektir¹⁰⁰. Örneğin tarafların sadece muayyen bir vade mi saptadıkları, yoksa bunun ötesinde bir kesin vade mi saptadıkları sözleşmenin yorumu ile anlaşılır¹⁰¹. Veya malın rengi konusunda açık bir düzenleme yapılmış olması ve bunun öneminin vurgulanmış olması durumunda da, tarafların, bu hususa özellikle önem verdiği sözleşmeden çıkarsanabilir. Bu durumlarda geç ifa edilmesi ve farklı bir renk mal teslim edilmesi sözleşmenin esash ihlali olarak nitelendirilmek gerekir¹⁰². Oysa sözleşmede özel bir düzenleme olmaması ha-

⁹⁸ Koch, RevCISG 1998, 177, 216.

⁹⁹ Honsell/Karollus, Art.25 N.19 vd.

¹⁰⁰ Taraflardan birinin kullandığı genel işlem şartları içinde her türlü sözleşme ihlalinin "esash" olarak değerlendirileceği ve sözleşmeden dönme hakkı vereceği şeklinde bir hüküm yer alması durumunda bu hükmün geçerliliği tartışma konusu edilebilir. Ancak GİŞ denetimi sorunu Antlaşmada düzenlenmemiş konulardan olduğu için (bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 C II 2), hakim, uygulanması gereken ulusal hukuka göre sorunu çözmek durumundadır. Türk hukukunun uygulanacağı hallerde, sözleşmenin içeriğinin denetlenmesinde BK m.19 ve 20'nin uygulanması dışında bir çare yoktur - zira taraflar tüketici olmadıkları için TKHK m.6 ve Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin uygulanması mümkün olmayacaktır. CISG'in temel felsefesinin, sözleşmenin tasfiye edilmesi imkanını sınırlamak olduğu düşünüldüğünde, bir GİŞ hükmü ile, her ihlalin sözleşmeden dönmeye imkan verdiğinin kabul edilmesi kanımca CISG'in ruhuna uygun düşmez. Her ne kadar bu kurallar yedek hukuk kurallarıysa da bunların da GİŞ denetiminde büyük önem kazandığı unutulmamalıdır (ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, GİŞ, 184-185 ve 204 vd.). Dolayısıyla bu türden hükümlerin BK m.20 uyarınca batıl sayılması mümkün olacaktır. Alman hukuku açısından da butlan yaptırım yönünde: Schlechtriem/Schwenzer/ Schlechtriem, Art.25 N.10; Honsell/Karollus, Art.25 N.31; Ferrari, IHR 2005, 1, 5.

¹⁰¹ Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem, Art.25 N.9. CISG sisteminde BK m.187 ile mukayese edilecek bir düzenleme yoktur. Yani ticari bir satım sözleşmesi olmak itibarıyla her halde taraflar arasında bir kesin vade kararlaştırılmış olduğu farz edilmez. Hakim her somut olayda, kararlaştırılan vadeye uymamanın taraflar açısından ne kadar önem taşıdığını saptamak zorundadır.

¹⁰² PECL Art.8:103'ün çerhinde verilmiş olan eser sözleşmesine ilişkin bir örnek de bu noktada aydınlatıcıdır: Müteahhidin, müşterisinin şarap mahzenindeki değerli şaraplar için ısıyı sürekli olarak sabit tutmak üzere bir sistem kurmayı yükümlenmesi, ancak sistemin gereği gibi çalışmaması nedeniyle bütün şarapların houlması halinde bunun esash bir ihlal olduğu açıktır. Buna karşılık aynı müşterinin evinin ısı sistemini yaptırması ve bu sistemin, ısıyı, evin her tarafında 20 derece sabit tutacağı konusunda anlaşılması halinde, kalorifer borularındaki küçük bir arıza nedeniyle ısının bir süre artması esash bir ihlal teşkil etmez. Müşterinin evinin bir odasında yetiştiği az hulanur çiçeklerin bundan zarar görmüş olması da bu ihlali esash hale getirmez. Zira taraflar ne sözleşmede ne de sözleşme görüşmelerinde, ısının sabit tutulmasının önemine ilişkin olarak her-

linde anılan bu iki olasılıkta da CISG hükümleri uyarınca ihlalin esash olmadığı kabul edilmek gerekecekti.

Dikkat edilmesi gereken bir husus CISG'in, Alman hukuk çevresinde yaygın olduğu gibi ihlal edilen yükümlülüğün aslı veya yan edim yükümlülüğü¹⁰³ olmasına göre bir ayırım yapmamasıdır¹⁰⁴. Önemli olan bir yükümlülüğün varlığı ve bu yükümlülük ile korunan menfaattir¹⁰⁵. İhlal edilen yükümlülük klasik anlamda bir yan edim yükümlülüğü olarak tasnif edilecek olsa bile somut olayda tarafların buna verdiği önem nedeniyle, ihlal edilmesi sözleşmenin esash ihlali sonucunu doğurabilir. Örneğin malın nakliyyeye uygun paketlenmesi borcu, klasik bir yan edim borcudur. Ancak taraflar sözleşmede belirli bir ambalaj içinde malın teslim edilmesini kararlaştırmışlarsa, (malın yeni abıcılara bu ambalaj olmadan devredilmesinin mümkün olmadığı hallerde) ambalajsız teslim esash ihlal oluşturur¹⁰⁶.

Tarafların söz konusu yükümlülüğe attıkları önemin yanı sıra ilgili tarafın hangi menfaatlerinin sözleşmenin koruma alanı içinde sayılabileceği de esashlık değerlendirmesinde önem taşır. Burada yapılacak olan sözleşmenin teleolojik yorumudur¹⁰⁷. Aynı haksız fiil hukukunda olduğu gibi¹⁰⁸, sözleşme hukukunda da, ilgili yükümlülüğün hangi olumsuzlukları engellemek için kararlaştırılmış olduğunu saptamak gerekir. Eğer tarafların belirli bir yükümlülüğü ihdas etmiş olmalarının sebebi, bu yükümlülüğün ihlali sonrasında ortaya çıkan behrli bir zararı engellemeyi hiçbir şekilde hedeflemiyorsa, bu durumda yükümlülüğün ihlalini esash olarak nitelendirmek mümkün değildir.

hangi bir husus görüşmemiştir. Müteahhidin veya onun yerindeki makul birinin böyle bir sonucun doğacağını öngörme imkanı yoktur (bkz. v.Bar/Zimmermann, PECL Art.8:103, 440-441).

¹⁰³ Kavram hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 2 N.7 vd.; Wiegand, recht 1997, 85, 91.

¹⁰⁴ Ferrari, IHR 2005, 1, 3; Fischer, 39; Staudinger/Magnus, Art.25 N.7; Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem, Art.25 N.9; Honsell/Karollus, Art.25 N.20; Herber/Czerwenka, Art.25 N.5; Erdem, La Livraison, N.702; BGH 3.4.1996, CISG-Online N.135. Aksi görüşte Koch, 16 vd. CISG ile aynı yönde PECL ve PICC, bkz. Schlechtriem, Abstandnahme, 159, 165.

¹⁰⁵ Schlechtriem, Verkäuferpflichten, 103, 107. Koch'un da, ifade ettiği gibi, belirli türden sözleşme hükümlerinin ihlal edilmesi halinde hunun otomatik olarak esash bir ihlal sayılacağı tarzında bir yaklaşım yanlıştır. CISG böylesi sabit bir sistem getirmemiştir. Her somut olayda hakim, durumu takdir etmek zorundadır, bkz. Koch, RevCISG 1998, 177, 330.

¹⁰⁶ Örnek için bkz. Staudinger/Magnus, Art.25 N.12. Paketleme borcu hakkında bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B II 1 e ve 2 e; ayrıca Bölüm 4 § 2 C I.

¹⁰⁷ Honsell/Karollus, Art.25 N.20; Musger, 16; Petrić, 25.

¹⁰⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, Haksız Fiil, 70 vd.

c. *Öngörülebilirlik*^{108a}

CISG m.25 uyarınca yükümlülük ihlalinin, karşı tarafın sözleşmeden beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmasına sebep olması, sözleşmenin esaslı surette ihlal edildiğine delalet eder. Ancak karşı tarafın, yükümlülük ihlalinin bu türden bir sonucun doğumuna sebep olacağını öngöremediği ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişinin¹⁰⁹ de öngörmesinin beklenemediği hallerde ihlal yine de esaslı olarak nitelendirilemez¹¹⁰. Hem sübjektif bir bilgi eksikliğinin var olması hem de objektif olarak bilebilmenin mümkün olmaması aranır¹¹¹.

"Öngörülebilirlik kriterinin" somut olarak hangi aşamada değerlendirilmeye dahil edileceği ve nasıl bir rolünün olduğu tartışmalıdır. Birçok yazar, aslında öngörülebilirlik değerlendirmesinin zaten, karşı tarafın sözleşmeye ilişkin haklı beklentilerini saptarken yapıldığını savunmaktadır¹¹². Gerçekten de bir âkidin sözleşmeden haklı olarak bekleyebilecekleri ancak karşı âkidin öngörebileceği veya öngörmesi gereken şeylerdir.

Bu belirsizliğin kaynağında m.25'in hazırlanması süreci yatmaktadır.

^{108a} "Öngörü" Türk Dil Kurumu Sözlüğü uyarınca, bir işin ilerisini kestirme veya bir işin nasıl bir yol alacağını önceden anlayabilme ve ona göre davranmak anlamına gelir. Bu çalışmada "öngörmek" fiili de bu anlamda kullanılmıştır.

¹⁰⁹ Aynı konum ve koşulları içindeki makul kişi tanımlaması için bkz. yukarıda Bölüm 3 § 2 I.

¹¹⁰ Freiburg, 54. Aşağıda ele alınacak olan, tazminat borcunun sınırlandırılması kriteri olarak "öngörülebilirlik" ile esaslı ihlali "öngörebilme" arasında, öngörülmesi gereken husus açısından önemli bir fark vardır. CISG m.25'de satıcının, sözleşmeyi belli bir şekilde ihlal etmesi halinde alıcının bu sözleşmeden beklediği menfaatin yok olacağını öngörmesi gerekir. CISG m.74'de ise satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde doğan zararlardan ancak öngörebilecekleri için sorumlu tutulması söz konusudur. Örneğin satıcının vaktinde ifa etmezse, işlemin kesin vadeli bir işlem olması nedeniyle, alıcının ifa menfaatinin düşeceğini öngörebilmesi, ihlalin esaslı olduğu anlamına gelir. Ancak bu ihlal nedeniyle ortaya çıkan zararların hangileri için sorumlu tutulacağı ikinci bir öngörülebilirlik araştırması gerektirir. Bu durumda ise tek tek zarar kalemleri açısından soruna yaklaşılabilecektir. Bu konuda bkz. aşağıda tazminatın sınırlandırılması bahsi, Bölüm 5 § 2 E V.

¹¹¹ Honsell/Karollus, Art.25 N.25; Ferrari, IHR 2005, 1, 5. Örneğin, Noel öncesi satın alınan yüzlerce çam ağacının teslimi tarihi olarak, herhangi bir ek açıklama verilmeksizin 1 Aralık tarihi saptanmış, ancak ağaçlar 20 Aralıkta teslim edilmişse acaba esaslı bir ihlal kabul edilebilir mi? İlgili ticari branşta ifa tarihinin 15-20 gün oynaması normalse, geç ifanın sözleşmenin esaslı ihlali olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak sözleşmenin Noel öncesi akdedilmiş olması nedeniyle satıcının ifa tarihinin önemini anlayabilecek durumda olduğu iddia edilebilir. Bu durumda alıcının gecikmiş ifayı ret ve sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına izin verilmek gerekecektir. Görüldüğü gibi esashlık değerlendirmesi hakime çok ciddi bir takdir hakkı vermektedir.

¹¹² Bu yönde Musger, 17 vd.; Lurger, IHR 2001, 91, 92; Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem, Art.25 N.11.

dır¹¹³. Zira maddenin ilk ifadesinde, tamamıyla objektif olarak, taraflardan biri aleyhine önemli bir olumsuzluğun doğması, esaslı bir ihlal için yeterli sayılmışken, ayrıca bu olumsuzluğun, o tarafın, *sözleşmeden haklı olarak beklediği* şeyden yoksunluk şeklinde belirmesi aranmamıştır¹¹⁴. Bu eklemenin olmadığı bir durumda öngörülebilirlik değerlendirmesi kuşkusuz çok farklı bir öneme sahipti, zira bu şekilde en azından sübjektif bir sınırlama getirme imkanı yaratılmaktaydı. Her türlü olumsuz sonuç değil, sadece öngörülebilir olanlar esaslı sayılacaktı. Ancak daha sonra maddeye yapılan eklemelerle zaten bir sınırlama getirilmiştir. Bu sınırlama da ilgilinin sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalmasıdır. İlgilinin, sözleşme uyarınca neyi beklemekte haklı olduğu araştırılması yapılırken aslında karşı tarafın (sözleşmeyi ihlal eden tarafın) bakış açısı da değerlendirilmediği istemez dikkate alınmaktadır¹¹⁵. Dolayısıyla ikinci bir basamak olarak tekrar bir öngörülebilirlik testinin uygulanmasına nasıl bir aulam verilebileceği sorun doğurmaktadır.

Farklı olasılıklara göre çözüm aramakta fayda vardır: Eğer taraflar sözleşmede açıkça belirli bir yükümlülüğün önemine değinmişlerse, yükümlülüğün ihlali her halde esaslı olarak nitelendirilecektir, zira karşı tarafın ihlalin sonuçlarını öngöremediğini iddia etmesi mümkün olmayacaktır. Diğer olasılık, sözleşmede açık bir düzenleme olmamakla beraber sözleşme görüşmeleri sırasında ilgili yükümlülüğün önemi hakkında tarafların bilgi alışverişinde bulunmuş olmalarıdır. Bu durumda da sözleşmeyi ihlal edenin bunun sonuçlarını öngöremeyeceği iddiası dinlenemez.¹¹⁶ Demek ki bu iki halde de zaten CISG m.8 uyarınca *sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksunluk* araştırması yapılırken, ihlal eden taraf açısından ilgili sonucun öngörülebilir olup olmadığı araştırması da gerçekleşmiş olacaktır¹¹⁷. Dolayısıyla sadece ihlal edilen yükümlülüğün özel öneminin ne sözleşmeden ne de görüşmelerden anlaşılacağı hallerde öngörülebilirlik araştırmasının bir önem kazanması mümkündür¹¹⁸. Örneğin taraflardan biri, ilgili sözleşmesel yüküm-

¹¹³ Bkz. Musger, 10-12.

¹¹⁴ 1978 tarihli Taslakta şu madde yer almaktaydı: "A breach committed by one of the parties is fundamental if it results in substantial detriment to the other party unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such a result."

¹¹⁵ Lurger, IHR 2001, 91, 92; Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem, Art.25 N.11 ve 16.

¹¹⁶ Koch, RevCISG 1998, 177, 227-228.

¹¹⁷ Yukarıda da ele alınmış olduğu gibi, CISG m.8, f.2'de zaten, tarafların beyan ve davranışlarının "karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre" yorumlanacağı ifade edilmiştir. Yani sözleşmenin yorumu sırasında, zaten objektif bir bakış açısı ile sözleşme içeriği ve tarafların yükümlülüklerinin kapsamı saptanmaktadır (Bkz. yukarıda Bölüm 3 § 2 A III).

¹¹⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem, Art.25 N.14.

lülüğün kendisi açısından önemini ifade etmemişse veya buna ilişkin mektup ulaşmamışsa veya bilgi aktarması gereken üçüncü bir kişi bunu ihmal etmişse¹¹⁹. İşte bu hallerde, ihlal eden tarafın, davranışının sonuçlarının karşı taraf için ne ifade edeceğini öngörebilecek olup olmadığını araştırmasına ihtiyaç olacaktır.

Öngörülebilirliğin hangi ana göre değerlendirilmesi gerektiği de doktrinde çok tartışmalıdır. La Haye Antlaşması m.10 açıkça, değerlendirilmenin sözleşmenin kurulması amna göre yapılacağını ifade etmiş olmasına rağmen CISG m.25 bu konuda bir düzenleme içermemektedir. Maddenin hazırlanması sürecinde özellikle bu husus tartışılmış ancak herhangi bir açıklık getirilmemiştir. Bir grup yazar, aynı ULIS m.10'da olduğu gibi sözleşmenin akdi anında, olası bir sözleşme ihlalinin ağır sonuçlarının öngörülebilir olmasını ararken¹²⁰, diğer bir grup, sözleşmenin kurulmasından sonraki gelişmelerin de olayın özelliklerine göre değerlendirmeye dahil edilebileceğini ifade etmektedir¹²¹. Sorun, hangi andaki bilgilere göre sözleşmeyi ihlal eden kişinin ilgili sonuçları öngörebilmesini arayacağımızdır.

Antlaşmanın sistematik yorumunun sözleşmenin akdi anına işaret ettiğini ifade etmek gerekir¹²². Zira Antlaşma, tarafların bilmesi/bilmesinin gerekmesi, öngörmesi/öngörmesinin gerekmesi gibi kriterleri kullandığı birçok maddesinde sözleşmenin kurulması amnı belirleyici olacaktır açıkça saptamıştır. Örneğin, m.31, b (malın bulunduğu yerin, sözleşmenin akdi anında bilinmesi); m.42, f.2, a (alıcının, üçüncü kişilerin hakları konusunda sözleşmenin akdi anında bilgi sahibi olması); m.73, f.3 (ard arda teslimli sözleşmede dönme hakkının kullanılabilmesi için sözleşmenin akdi anında malların ancak hep beraber bir anlam ifade ettiğinin anlaşılabilir olması); m.74 (ancak sözleşmenin akdi anında öngörülebilir olan zararları tazmin yükümlülüğü); m.79, f.1 (sözleşmenin akdi anında hesaba katılmayacak bir engelin varlığı halinde tazminat borcundan kurtulma) gibi maddeler açıkça hep sözleşmenin akdi anım esas almaktadır. Diğer yandan iş dünyasında sözleşmeler akdedilirken, o anda öngörülebilir ve hesaba katılabilen olasılıklara göre sözleşme içeriğinin

¹¹⁹ Bianca/Bonell/Will, Art.25 CISG, N.2.2.2.1.

¹²⁰ Bu yönde v.Caemmerer, Wesentliche Vertragsverletzung, 33, 50; Schlechtriem, Einheitliches, 49; Schlechtriem/Schwenzer/Slechtriem, Art.25 N.15; Herber/Czerwenka, Art.25 N.9; Staudinger/Magnus, Art.25 N.19; Witz/Salger/Lorenz/Salger, Art.25 N.14; Piltz, § 5 N.159; Freiburg, 56; Petrikic, 28-29; Holthausen, RIW 1990, 101, 105; Ferrari, IHR 2005, 1, 6; Koch, IHR 2005, 65, 66; Conrad, 44; Musger, 33.

¹²¹ Bu yönde Bianca/Bonell/Will, Art.25 N.2.2.2.5; Honnold, Art.25 CISG, N.183; Honnell/Karollus, Art.25 N.27;

¹²² Koch, RevCISG 1998, 177, 321.

ve özellikle de fiyatın saptandığı unutulmamalıdır¹²³. Bu açıdan da, sözleşmenin akdi anından sonra ortaya çıkan ve taraflarca öngörülemeyecek unsurların esaslilik değerlendirmesinde dikkate alınması uygun gözükmemektedir¹²⁴.

Uygulamada tartışılan bazı haller şunlardır: Honnold'un verdiği bir örnekte¹²⁵, alıcının satıcıya yolladığı matbu sözleşmede, satım konusu 100 çuval pirincin, "yeni" çuvalar içinde taşıyıcıya teslim edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Satıcı, teslim döneminde, elindeki kullanılmış, ancak çok iyi durumdaki çuvalarda pirinci teslim etmeyi ve karşılığında da semenden belirli bir indirim yapmayı düşünmektedir. İlgili ticari çevrelerde ifanın bu şekilde gerçekleştirilmesi de yaygındır. Ancak ifadan önce, alıcının kendisine yaptığı bir bildirimde, pirince ilişkin ikinci bir satım sözleşmesi yapıldığı ve yeni alıcının, çuvaların kullanılmamış olmasına büyük önem verdiği, dolayısıyla da ifanın muhakkak yeni çuvalarda yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Satıcının buna rağmen kullanılmış çuvalarda pirinci taşıyıcıya teslim etmesi durumunda sözleşmenin esaslilik ihlal söz konusu olacak mıdır? Her ne kadar sözleşmede zaten teslimin yeni çuvalda gerçekleşeceği yazılı ise de bu yükümlülüğün ihlali ilk bakışta esaslilik bir ihlal teşkil etmez, zira alıcıyı sözleşmeden beklemekte hak olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakmamaktadır. Böyle bir ifa kural olarak dönmeye hak vermez. Ancak daha sonra alıcı tarafından yapılan bildirim ile acaba bu "önemsiz" kloza değer kazandırılmak ve ihlali "esaslilik" hale getirmek, dolayısıyla da kullanılmış çuvalarda teslim halinde sözleşmeden dönmek mümkün müdür?

Aynı örneği ifa anı açısından da kullanmak mümkündür. Başlangıçta alelade bir vade olarak tayin edilmiş olan ifa anının, daha sonra, kesin vade olarak anlaşılması gerektiği, satıcıya yapılacak bildirimle sağlanabilir mi? Yani alıcının, satıcıya, malı bir başkasına sattığını ve bu sözleşmede ifa tarihinin kesin vade olarak saptandığını bildirmesinin bir etkisi olacak mıdır? Kanımca iki halde de sözleşmenin akdinden sonra sözleşme hükümlerinin ağırlığını ve dolayısıyla sözleşmesel dengeyi değiştiren bir durum vardır. Dolayısıyla da bu sözleşme değişikliğinin ancak karşı tarafın buna onay vermesi halinde etkili olması mümkündür¹²⁶. Aksi tak-

¹²³ Aynı yönde Freiburg, 56. Sözleşmenin kurulmasının ekonomik analizi konusunda bkz. Schäfer/Ott, 279 vd.

¹²⁴ Ferrari, IHR 2005, 1, 6; Koch, RevCISG 1998, 177, 321-322. Her ne kadar PECL Art.8:103 ve PICC Art.7.3.1'de de, esasliliğin tayini açısından hangi amn dikkate alınacağı belirtilmemişse de, ilgili maddelere ilişkin şerhlerde, sözleşmenin kurulması anı üzerinde durulmuştur (bkz. v.Bar/Zimmermann, PECL Art.8:103, 440; Unidroit Principles 2004, 221).

¹²⁵ Honnold, Art.25 CISG, N.183.

¹²⁶ Aynı yönde Schlechtriem/Schwenzer/Slechtriem, Art.25 N.15.

dirde bunlar karşı akit için öngörülemez haller olarak değerlendirilir ve esaslı ihlalin varlığı kabul edilmez¹²⁷.

Will'in verdiği bir örnekte¹²⁸ ise satıcı, teslim edeceği malın belirli şekilde etiketlenmesinin, alıcının ülkesinde malın satılabilmesi açısından şart olduğunu başka kaynaklardan öğrenmesi söz konusudur. Kendisine, sözleşmenin akdi anında verilmeyen bu bilgiyi daha sonra elde etmesi halinde, ihlalin sonuçlarının esaslı olduğunu öngöremediği iddiası yazara göre dinlenmez. Kanımca satıcının sözleşmenin kurulması anında bilmediği ve alıcının da kendisine bildirmediği bu tür bir etiketleme zorunluluğundan daha sonra haberdar olması etiketleme yükümlülüğünü sözleşme içeriği haline getirmedeği gibi buna aykırı ifa da sözleşmenin esaslı ihlali sayılamaz. Dolayısıyla alıcının sözleşmeden dönmesi imkanı olmaz. Bu örnekte olsa olsa, satıcının sözleşmenin kurulmasından sonra haberdar olduğu bu olgular konusunda alıcıyı uyarmamış olmasının, kaynağın sözleşmede bulan bir koruma yükümlülüğüne aykırılık anlamına gelmesi halinde bir tazminat sorumluluğunun doğduğu kabul edilmelidir.

3. Borçlar Kanunundaki Sözleşmeye Aykırılık Türleri Örneğinde "Esaslı İhlal" Kavramı

Her ne kadar yukarıda yansıtılan yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı çerçevesinde sözleşmeye aykırılık türleri arasında bir ayırım yapılması söz konusu değilse de, Borçlar Kanunu sistemi ile mukayese edilemek açısından, alışıktığımız ayırımlar üzerinde, esaslı ihlalin ne anlama geldiği üzerinde kısaca durulmasında fayda vardır. Aşağıda, alıcının sahip olduğu dönme ve yenisi ile değiştirme seçimlik hakları incelenirken esaslı ihlalin varlığı araştırması üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacaktır.

a. Temelli ifa etmeme ve eksik ifa

Temelli ifa etmeme olgusu, alıcı için anlaşılır bir şekilde, süreklilik arz eden objektif veya sübjektif bir ifa engelinin ortaya çıkmış olması veya borçlunun ifa etmeyeceğini kesin olarak beyan etmiş olması halinde¹²⁹

¹²⁷ *Koch*, RevCISG 1998, 177, 322. *Koch*'un haklı olarak belirttiği gibi, CISG m.79, f.1'de, sözleşmenin akdi anında değerlendirmeye katılamayacak ifa engelleri açısından tazminat borcunun söz konusu olmayacağını öngören Antlaşmanın, dönme gibi, daha ağır bir yaptırım için sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olguların da değerlendirmeye alınmasına imkan vermesi tutarlı olmaz.

¹²⁸ Bianca/Bonell/*Will*, Art.25 N.2.2.2.5.

¹²⁹ OLG Celle 24.05.1995, CISG-Online N.152 (Satıcı, sözleşmede açıkça belirlenmiş olan makinelerin üçüncü bir kişiye satılmış olduğunu alıcıya bildirmiştir).

söz konusudur¹³⁰. Bu durumda sözleşme her halde esaslı surette ihlal edilmiş sayılır, zira ifa artık gerçekleşmeyecektir. Yani alıcının bu sözleşmeden beklediği menfaati elde etmesi imkanı kalmamıştır. Satıcının, bu ifa engelinin doğumu konusunda kusurlu olup olmaması ise önem taşımaz¹³¹. İfa engeli, onun herhangi bir etkisi olmaksızın ortaya çıkmış olsa da alıcı, esaslı ihlale bağlanan sonuçları devreye sokabilir. Türk hukuktan farklı olarak CISG, herhangi bir imkansızlık kategorisi tanımadığı için BK m.96 veya m.117 gibi hükümlerle karşılaşılmaz. Her iki halde de belirleyici olan, ifa etmeme olgusudur ve bu durumda alıcının sözleşmeden kurtulmak için dönme yaptırımına başvurma imkanı vardır¹³². Engelin satıcıya isnat edilebilir olup olmamasına bağ olarak alıcının bir de tazminat talep etme imkanı olacaktır.

Sözleşmenin eksik ifa edilmesi (miktar olarak az) veya art arda teslimli sözleşmelerde münferit teslimatlardan birinin yapılmaması hallerinde ise esaslı ihlalin var olup olmadığı ancak sözleşmenin yorumlanması suretiyle belirlenebilir¹³³. Bu durumda, ifa edilmeyen bölüm olmadan ifanın, alıcı açısından hiçbir değer ifade etmiyor olması ve bunun da sözleşmeden anlaşılıyor olması halinde sözleşmenin esaslı ihlali kabul edilebilir¹³⁴.

b. Geç ifa

Sözleşmenin yorumundan, tarafların, ifanın muhakkak belirli bir zaman dilimi içinde veya belirli bir ana kadar¹³⁵ gerçekleşmesi gerektiği

¹³⁰ *Ferrari*, IHR 2005, 1, 6; *Freiburg*, 82. Objektif veya sübjektif bir imkansızlık kavramları hakkında bkz. *Dural*, 79 vd.

¹³¹ Bkz. bu bölümde aşağıda III.

¹³² Dolayısıyla İsviçre-Türk hukukunda yaşanan, sonraki objektif imkansızlığın sözleşme üzerindeki etkisi ve sözleşmenin kendiliğinden sona erip ermediği tartışması. CISG bağlamında yaşanmaz. Bu hallerde sözleşme ayakta kalır ve ancak karşı tarafın dönme beyanı ile sona erer (*Lurger*, IHR 2001, 91, 95). Aynı şekilde BK m.96'da düzenlenmiş olan sonraki sübjektif imkansızlık hallerinde alıcının dönme hakkının olup olmadığı ve bunun BK m.108'e kıyasen tanınması gerekir gerekmediği sorusu da CISG bağlamında doğmaz. Bütün bu haller tek bir kavram altında, "sözleşmenin ihlali" kavramı altında erir. Sözleşme ifa edilmediği ve ifa edilme imkanı da kalmadığı için alacaklıya bir dönme hakkı tanınır. İsviçre-Türk hukukunda bu konuda yaşanan tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Serazan*, Dönme, 280 vd.; *Dural*, 125 vd. Ayrıca bkz. aşağıda dn.191.

¹³³ Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 D V 2.

¹³⁴ OLG Düsseldorf 24.4.1997, CISG-Online N.385 (Edimin sadece ufak bir bölümünün veya birden fazla ifa edilecek partiden sadece birinin ifa edilmemesi halinde kural, ihlalin esaslı olmamasıdır).

¹³⁵ Örneğin, "en geç 2 Martta", "2 Mart iş saatleri içinde" "2 Marttan geç olmamak üzere" tarzında bir ifadenin kullanılmış olması halinde bir kesin vadenin kararlaştırıldığı kabul edilebilecektir.

konusunda anlaşığı sonucuna varılabiliyorsa¹³⁶, bu anda ifanın gerçekleşmemesi sözleşmenin esash ihlali anlamına gelir¹³⁷. Bu tarihin geçirilmesi halinde ifanın imkansızlaşacak olması, yani mutlak kesin vadeli bir işlemin varlığı ise aranmaz¹³⁸. Genelde mahkemeler sezon mallarına ilişkin satış sözleşmeleri açısından ifa tarihinin kesin vade olarak saptandığı sonucuna varmışlardır¹³⁹. Dikkat edilmesi gereken, taraflar arasında ifa için muayyen bir tarih saptanmış olmasının, işlemi kendiliğinden kesin vadeli işlem haline getirmedir. BK m.187'de ticari satımlar açısından kabul edilmiş olan karine¹⁴⁰ CISG çerçevesinde söz konusu değildir. Yani hakimin, sözleşmeyi yorumlamak suretiyle ifanın muhakkak ilgili tarihte gerçekleşmesi gerektiği konusunda tarafların anlaşmış olduğu sonucuna varması gerekir. Eğer kesin bir vadenin söz konusu olduğu sonucuna varılamıyorsa, sözleşmeden sıyrılmak isteyen alıcının karşı tarafa ifa için bir ek süre tanınması gerekir (CISG m.47, f.1 ve m.49, f.1,b)¹⁴¹. Süre tanımadan sözleşmeden dönmek ancak ifa tarihinin çok uzun bir süre geçirilmiş olması halinde mahkemelerce istisnaen kabul edilmektedir¹⁴². Bu hallerde başı başına bu uzun gecikmenin sözleşme ihlalinin esaslıya çevirdiği kabul edilmektedir.

CISG sisteminde temerrüt gibi bir kategori olmadığı için, alıcının BK m.101'de öngörülmüş olan tarzda bir temerrüt ihtarında bulunması aranmaz¹⁴³. Satıcıya tanınması gereken ek süre de bu anlamda bir mehil

¹³⁶ Ferrari, IHR 2005, 1, 7; P. Schmid, 26. Bilfiil Incoterms atfının, işlemi, kesin vadeli işlem haline getirip getirmediği farklı yönde kararlara konu olmuştur: OLG Hamburg, 28.2.1997, CISG-Online N.261 (CIF klotunun kullanılmasında tarafların ifa tarihini bir kesin vade olarak algıladığını göstermektedir). Buna karşılık bir ICC-Hakem kararında (Nr.7645/1995, CISG-Online N.844), sözleşmedeki CFR klotunun her balde bir kesin vade anlamına geleceği kabul edilmiştir.

¹³⁷ Örn. bkz. BG 15.9.2000, CISG-Online N.770.

¹³⁸ Brunner, CISG Art.25 N.12. Kesin vadeli bir işlemin varlığı halinde bile *de minimis* kuralı uygulanır; yani eksik ifa edilen kısmın çok cüzi bir miktar olması halinde esashlık kabul edilmez. Bkz. LG Oldenburg 27.03.1996, CISG-Online N.188 (Giyim eşyasının bir kısmının kararlaştırılan kesin vadeden bir gün sonra teslim edilmesi).

¹³⁹ Corte de Appello di Milano 20.03.1998, CISG-Online N.348 (Noel öncesi satılacak örgü malzemesi, ifa tarihi olarak 3.12.1990 tespit edilmiştir); ICC-Hakem Kararı, N.8786/1997, CISG-Online N.749 (Öne alınmış sözleşme ihlali - satıcı, sezon mallarını vaktinde ifa edemeyeceğini kesin vadeden önce bildiriyor).

¹⁴⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, 130 vd.

¹⁴¹ Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 D II 2.

¹⁴² BG 15.9.2000, CISG-Online N.770 (İfanın ciddi şekilde gecikmiş olması halinde alıcının ayrıca bir ek süre tayin etmesine gerek yoktur, ihlal esashlıdır); Pretura di Parma-Fidenza 24.11.1989, CISG-Online N.316 (Alıcı malın 10-15 gün içinde teslim edilmesini istiyor, satıcı bir hafta içinde göndermeyi vaat ediyor. Teslim tarihinin geçmesinin üzerinden 2 ay sonra hâla malın üçte biri teslim edilmişse ihlal esashlıdır, ek süre tayinine gerek yoktur); OLG Düsseldorf 21.4.2004, CISG-Online N.915.

¹⁴³ BaselerKommeter/Koller, Art.190 N.23; P.Schmid, 129. İsviçre-Türk hukukunda temerrüt ihtarı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A.Koller, Die Verbindung von teleologischer Reduktion und Analogie dargestellt am Beispiel von Art.102 Abs.1 und 2 OR, in: FS Kramer, Basel u.a. 2004, 517-530.

değildir. Vadede ifa etmeme halinde satıcıya karşı hemen behirli yaptırımlar devreye sokulabilir. Dönme hakkı ise ancak gecikmenin, sözleşmenin esash surette ihlal edilmesi sonucunu doğurması halinde doğar.

c. Ayıplı ifa

Mahn vaktinde, ancak ayıplı teslim edildiği hallerde esashlık kavramı yine önem kazanır¹⁴⁴. Zira sadece ayıplı ifanın sözleşmenin esash ihlali sayılabileceği hallerde malın yenisi ile değiştirilmesini istemek veya dönmek mümkündür¹⁴⁵. CISG sisteminde, ifanın bir kez gerçekleşmiş olması durumunda kural olarak sözleşmeyi ayakta tutacak çözümlerin tercih edildiği yukarıda da ifade edilmişti. Bu çözümler, malın ayıbının giderilmesi, ya da semenin tenzildir. Bu alternatiflere ek olarak alıcının tazminat talep etme imkanı da vardır.

Mahkemelerin, ayıplı ifanın esash ihlal oluşturup oluşturmadığı konusunda karar verirken özellikle şu noktalar üzerinde durdukları görülmektedir¹⁴⁶: Malın ayıbına rağmen kullanılması veya yeniden satılması olasılığı ve bunun alıcıdan beklenebilir olup olmadığı¹⁴⁷. Örneğin teslim edilen et iyi kalitede ancak sözleşmede kararlaştırılan yüksek yağ oranı içeriyorsa bu ayıp dönmeyi haklı kılacak esash bir ayıp oluşturmaz¹⁴⁸. Bu hallerde semenin tenzili yoluyla alıcının menfaatlerinin gereği gibi korunması imkanı vardır. Teslim edilen malın makul bir süre içinde tamir edilmesi olasılığının mevcut ve bunu alıcıdan beklenebilir olduğu hallerde de ihlal esash olarak nitelendirilmemiştir¹⁴⁹. Buna karşılık,

¹⁴⁴ BK m.194'de ayıbın "ehemmiyetli" olmasını arayan; BK m.360'da sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasını eserdeki ayıbın "ehemmiyetli" olmasına bağlayan İsviçre-Türk yasa koyucusu burada paralel bir düşünceden hareket etmiştir.

¹⁴⁵ Benicke, IPRax 1991, 326, 329; P.Huber, Irrtumsanfechtung, 98; Magnus, JuS 1995, 870, 871.

¹⁴⁶ Ayrıca bkz. Lurger, JBl 2002, 750, 757 vd.

¹⁴⁷ BGH 3.4.1996, CISG-Online N.135; KG Zug 30.11.1995, CISG-Online N.856.

¹⁴⁸ İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan bu olayda mahkeme şu tespitte bulunmuştur: "Sözleşmeye aykırılık, malın sözleşmesel özellikleri taşımamasına veya başka bir ayıba dayanıyorsa, belirleyici olan, malın olağan ticaret bağlamında, fiyat kırılarak, ölçsüz bir zahmeti gerektirmeksizin başka türlü kullanılmasının veya satılmasının alıcıdan beklenebilecek olup olmadığıdır. Bu bağlamda, BM-satım hukukunun sözleşmenin ayakta tutulmasına öncelik verdiği göz önünde tutulmalıdır: Sözleşme, tereddüt halinde, ihlal edilmesine rağmen ayakta tutulur, sözleşmenin ortadan kaldırılması istisnadır (...). Alıcı öncelikle diğer hukuksal imkanlarını, yani semenin tenzili ve tazminat haklarını kullanmalı ve sözleşmenin tasfiyesi yolunu ancak, diğer tarafın sözleşme ihlalinin, ifa menfaatinin esash surette kaybolmasına sebep olması halinde son çare olarak kullanmalıdır. Halihazırda sözleşme ihlalinin tasvir edilen ölçüte göre esash olup olmadığı ve sözleşmenin ortadan kaldırılması gibi ağır bir yaptırımı bakılıp kalmadığı tamamen somut olayın özelliklerine bağlıdır." BG 28.10.1998, CISG-Online N.413.

¹⁴⁹ Cour d'appel de Grenoble 26.4.1995, CISG-Online N.154. Ancak malın tamir edil-

ilk yıkamada % 10-15 (veya bir iki beden) çeken T-shirt teslim edilmiş olması halinde ihlal esastır. Zira bu tür malların başka türlü değerlendirilmesi imkanı yoktur¹⁵⁰.

d. Eksik veya yanlış belge

Belgelerin teslim edilmesi borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi halinde de dönme imkanından faydalanabilmek için esashlık şartı aranır. Dolayısıyla teslim edilmeyen belgenin türü belirleyici olacaktır. Eğer belgeler malı temsil ediyorsa, yani bunlar alıcıya verilmedikçe alıcı mal üzerinde tasarruf edemiyor veya malı teslim alamıyorsa, belgelerin teslim edilmemesi, ifa etmeme anlamına gelir¹⁵¹. Eğer ifa etmeme durumu kâhçı ise (örn. satıcı teslim etmeyeceğini beyan etmiş veya evrakı başkasına devretmişse) ihlal esastır, alıcının dönme imkanı vardır (yukarıda a-şıkki). Buna karşılık belgelerin tesliminde sadece bir gecikme varsa, yine işlemin kesin vadeli bir işlem olup olmadığına bakılmak gerekir (yukarıda b-şıkki). Eğer kesin vadeli ise belgelerin teslim edilmemesi ihlali esastır kılacaktır.

Buna karşılık malı temsil eden belgeler verilmiş ve mal da alıcıya ulaşıp ancak başka belgeler (menşe şahadetnamesi/analiz sertifikası/sigorta poliçesi/gümrük belgesi) eksik veya yanlış ise, ayıplı ifa ile mukayese edilebilecek bir durum vardır ve ilgili evrakın niteliği önem kazanır (yukarıda c-şıkki). Yani alıcının malı kullanma veya yeniden satma gibi olanaklarının bundan ne ölçüde etkilendiğine bakılır. Eksik olan belgenin kolaylıkla temin edilmesi imkanı varsa, belge eksikliği nedeniyle sözleşmeden dönme mümkün olmayacaktır¹⁵². Örn. Alman Federal Mahkemesi analiz sertifikalarındaki eksikliğin bir eksperden rahatlıkla ikmal edilebileceği gerekçesi ile esashlığı reddetmiştir¹⁵³.

III. Kusurdan Bağımsız Sorumluluk

1. Genel Olarak

Kara Avrupa'sı sisteminden farklı olan ve yine *common law* sisteminden CISG'a girmiş olan diğer bir unsur ise sözleşmeye aykırılığın ka-

mesinin hiç mümkün olmaması baş başına sözleşme ihlalini esash olarak nitelendirmek için yeterli değildir. Bkz. BGH 03.04.1996, CISG-Online N.135. Teslim edilen malın tamir edilmesi olasılığı ile esashlık değerlendirmesi arasındaki ilişki için bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 A V 3 b, özellikle aa.

¹⁵⁰ OLG Frankfurt 18.01.1994, CISG-Online N.123 (derisi çatlamış ayakkabı); Cour de Cassation 23.1.1996, CISG-Online N.156 (şekerlenmiş ve kısmen bozulmuş şarap).

¹⁵¹ Benicke, IPRax 1991, 326, 327.

¹⁵² Kromer, 267 vd.

¹⁵³ BGH 03.04.1996, CISG-Online N.135. Ayrıca bkz. Benicke, IPRax 1997, 326, 331.

bulu için kusur şartının aranmamasıdır¹⁵⁴. "Sözleşmeye aykırılık = tazminat" önermesi ile çalışan *common law*'da borçlu herhangi bir kınanabilir davranışı nedeniyle tazminat ödememektedir¹⁵⁵. O, belirli bir sonucun - gereği gibi ifa etme sonucunun- doğmaması halinde tazminat ödemeyi taahhüt etmiştir, bu şart gerçekleştiği için de tazminat ödemektedir¹⁵⁶. Objektif/sübjektif imkansızlık, temerrüt, müspet ihlal gibi kavramlar düştüğünde, borçlunun kusuru da ön planda olmaktan çıkmaktadır¹⁵⁷. Gereği gibi ifa edilmeyen her halde satıcının sorumluluğu esastır, meğerki bir sorumsuzluk antlaşmasının varlığı veya tipik bir sözleşme rizikosunun gerçekleşmediği ispat edilebilin¹⁵⁸.

Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, ifa engelleri hukuku açısından *common law*'un etkisinde olan CISG da, tarafların sözleşme ile belirli sonuçlara ulaşılması konusunda karşılıklı garanti taahhüdünde bulunduğu görüşünden yola çıkarak bu sonucun elde edilemediği her halde taahhütte bulunmanın sorumlu olacağını öngörmüştür¹⁵⁹. Sonuç taahhüdü söz konusu olduğu için, salt sonucun elde edilememesi olgusu ifa etmeme, "non performance", anlamına gelmektedir¹⁶⁰. CISG içinde benimsenmiş bu yaklaşım yine günümüz hukuk uyumlaştırması projelerine yansımış¹⁶¹, gerek PECL gerekse PICC aynı ilkelere yer vermiştir¹⁶².

Buna karşılık İsviçre-Türk borçlar hukukunun da dahil olduğu Alman hukuk çevresinde, sözleşmesel sorumluluk, ilke olarak, kusura dayanır ve borçlu, kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan

¹⁵⁴ Müller-Chen, 67; Fischer, 38; Anders, 75; Pichonnaz, N.1600; Keil, 8; Yovel, Art. 49 N.3. Sözleşmeye aykırılıktan sorumlulukta, kusur kavramının önemi ve farklı hukuk çevrelerindeki çözümler hakkında bkz. Pellegrino, ZEuP 1997, 41 vd.

¹⁵⁵ Kircher, 72; Beß, 22; Nicholas, Fault, 337 vd.

¹⁵⁶ Treitel, Frustration, N.1-003 vd.; Basedow, Reform, 14; Anders, 65-66; Keil, 8; Pellegrino, ZEuP 1997, 41, 44.

¹⁵⁷ Heilmann, 165; Kramer, LJZ 1988, 1,8.

¹⁵⁸ Heilmann, 165. Mutlak sorumluluk kuralı ("rule of absolute liability") olarak tercüme edilebilecek bu kural 1647 yılında İngiliz yüksek mahkemesinin verdiği bir karara dayanmaktadır. Olayda davacı, davalıdan hasılat kirası ödemesini talep etmiş, davalı ise, kiraladığı yerin düşman tarafından işgal edilmiş olduğu için kullanılmadığını savunma olarak ileri sürmüştür. Mahkeme, sözleşmede bir sorumsuzluk klozunun yer alması nedeniyle kira parasının ödenmesine karar vermiştir. Bkz. *Paradine v. Jane*, 82 Eng. Rep. 897 (K.B. 1647). Bu karar ve *Paradine v. Jane* doktrini hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Treitel, Frustration, N. 2-001 vd.

¹⁵⁹ Trommner, 62; U.Huber, Das geplante Recht, 31, 106; Honsell/Karollus, Vorbem. Art.25 N.7; Keil, 18; Treitel, Remedies, 23.

¹⁶⁰ U.Huber, Das geplante Recht, 31, 106. *Civil law*'da hakim kusur doğmasının CISG içine aktarılması konusunda yaşanan tartışmalar için bkz. Winship, RabelsZ 2004, 495, 497-498.

¹⁶¹ Medicus, Voraussetzungen, 179, 187; Schlechtriem, Abstandnahme, 159, 166.

¹⁶² PECL Art.8:101 ve Art.8:108; PICC Art.7.1.1. PECL'e ilişkin serhde, bu maddenin CISG m.79, f.1 örnekle alınarak hazırlandığı açıkça ifade edilmiştir, v.Bar/Zimmermann, PECL Art.8:101, 464.

kurtulabilir¹⁶³. Fakat bu kuralın etkisini azaltan önemli istisnaların var olduğu da unutulmamalıdır¹⁶⁴: Örneğin para borcu ve çeşit borcunun ifası açısından kusursuz sorumluluğun varlığı kabul edilir¹⁶⁵, yani borçlu, hiçbir kusuru olmadan iflas etmiş olsa da, mallar antrepoşunda yanmış olsa da, edim hasarı kendisinde olduğu sürece ifa borcu sona ermez¹⁶⁶. Diğer yandan satıcı, ayıplı ifa halinde, herhangi bir kusuru olmasa da, borca aykırılığın sonuçlarından sorumlu tutulur¹⁶⁷. Yine aynı şekilde ifa yardımcılarından borca aykırı davranışlarından dolayı da borçlunun kusursuz sorumluluğu esası hakimdir¹⁶⁸. Bunun yanı sıra, bilfiil kusur şartının uygulamada gittikçe objektifleştirilmesi ve bir anlamda kusursuz sorumluluğa doğru gidilmesi de iki sistem arasındaki farkları azaltmaktadır¹⁶⁹. Son olarak, BK m.96'da kusursuzluğunu ispat külfetinin borçluya yüklenmesi kusur doğmasını zayıflatan bir diğer unsurdur. Dolayısıyla ilk bakışta, CISG sistemi, klasik kusur sorumluluğu esasını uygulamakta olan İsviçre-Türk ve Alman hukuklarına nazaran farklı gözüke de aslında birbirlerine yaklaştıkları noktalar çoktur¹⁷⁰.

2. CISG'da Öngörülen Sorumsuzluk Halleri

İfayı engelleyen hallerden hangilerinde borçlunun sorumlu tutulacağı, hangilerinde ise sorumluluğunun düşeceğini saptamak, yani sözleşenlerin riziko alanlarını belirlemek her hukuk düzeninde kilit öneme sahiptir¹⁷¹. Nitekim CISG'da, borçlunun kusursuz sorumluluğunu kabul etmiş olmasına rağmen ona bazı hallerde sorumluluktan kurtulma imkanı ta-

¹⁶³ Fransız hukuk çevresinde hakim olan karma sistem hakkında örn. bkz. *Müller-Chen*, 353 vd.; *Pellegrino*, ZEuP 1997, 41, 43; *Nicholas*, *Fault*, 337, 338-340.

¹⁶⁴ Türk hukuku için bkz. *Oğuzman/Öz*, 362 vd.; *Serozan*, *Borçlar Genel*, § 15 N.4. Mukayeseli veriler için bkz. *Müller-Chen*, 332 vd.

¹⁶⁵ Mukayeseli olarak *Treitel*, *Remedies*, 13 vd.; *Rabel*, *Warenkauf I*, 339 vd.; *Medicus*, *Voraussetzungen*, 179, 185. *Genus non perit* ilkesinin sınırları hakkında bkz. *Jones/Schlechtriem*, 15-206 vd.

¹⁶⁶ Çeşit borcu açısından kuşkusuz hasarın intikali am önem taşır. Metinde, edim hasarının henüz alıcıya geçmediği aşama kastedilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer*, *Oğuzman'a Armağan*, 131, 139.

¹⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. *Serozan*, *Borçlar Özel*, 121 vd.

¹⁶⁸ *Medicus*, *Voraussetzungen*, 179, 186.

¹⁶⁹ *Jones/Schlechtriem*, 15-146 vd.

¹⁷⁰ *Serozan'a* göre: "Ashında bakılırsa, borçlunun kusursuz garanti sorumluluğunu gitgide yayıp genişleten ve geliştiren akımlar karşısında, BK m.117'nin kusursuz borçluyu borcundan kurtarıcı kuralları hani neredeyse uygulama alanı kalmamaktadır", *Borçlar Genel*, § 15 N.4. Ayrıca bkz. *Honsell/Karollus*, *Vorbem. Art.25 N.7*; *Rabel*, *Warenkauf I*, 329. *Common law* ile *civil law*'un sorumluluk anlayışının birbirine ne oranda yaklaştığı konusunda bilgi için bkz. *Jones/Schlechtriem*, 15-203 vd.; *Marcantonio*, (1984) 8 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 41, 54 vd.; *Nicholas*, *Fault*, 337 vd.

¹⁷¹ *Jones/Schlechtriem*, 15-203.

nıdır¹⁷². Ancak bu haller hiçbir şekilde borçlunun kusuru sorunu ile ilişkilendirilmemiştir¹⁷³.

Yeknesak bir sözleşmeye aykırılık anlayışını benimsemiş olan CISG, sorumsuzluk hallerini de yeknesak olarak ele almış ve sözleşmeye aykırılığın türüne göre bir ayırım yapmaksızın m.79, f.1'de, temel sorumsuzluk halini düzenlemiştir¹⁷⁴. Bu madde uyarınca:

"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."

Demek ki sorumsuzluğun söz konusu olabilmesi için, sözleşmenin gereği gibi ifasını engelleyen sebebin, kümülatif olarak bir arada bulunması gereken üç özelliği bulunmalıdır. Bunlar; sözleşmeye aykırı davranan tarafın etki alanı dışında kalan bir engel olması; engelin sözleşmenin kurulması anında hesaba katılmasının mümkün olmaması ve engelin önlenemez ve aşılabilir olmasıdır¹⁷⁵. Ayrıca madde, milletlerarası ticari uygulamalarla uyum içinde, engelin anlaşılmasından itibaren makul bir süre içinde karşı tarafın durumdan haberdar edilmesini de aramaktadır (m.79, f.4)¹⁷⁶.

Görüldüğü gibi m.79 uyarınca taraflardan ikisinin de kendi sorumluluk alanları, yani üzerinde hakimiyet icra ettikleri alanın sınırları çizilmiştir. Bu alanın içinde gerçekleşen bir sebepten ötürü sorumluluktan kurtulamazlar. Örneğin borçlunun bir hastalık nedeniyle borcunu ifa edemez duruma düşmesi, onun riziko alanında gerçekleşen bir olgudur ve sorumluluğu engellemez. Nitekim CISG'in, klasik kusur doğmasından ayrıldığı haller bunlardır. İsviçre-Türk hukukunda hastalık sorumsuzluk demektir. *Serozan*'ın ifadesi ile borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen haller denince akla: "... borçlunun elinde olmayan ve tarafsız (nötr) ethi alanında oluşan hastalık, hırsızlık, kaza, doğa felaketi ve kamusal yasaklama gibi aksilikler gelir"¹⁷⁷. İşte CISG'da yapılan, bu tarafsız (nötr) ala-

¹⁷² Bu konu aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacaktır (Bölüm 5 § 3). Ancak CISG'n ifa engelleri sisteminin gereği gibi anlaşılabilmesi için bu aşamada hazı bilgilerin verilmesinde fayda görülmüştür.

¹⁷³ *Common law*'da sorumsuzluk halleri için bkz. *Müller-Chen*, 340 vd.

¹⁷⁴ *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, *Art.79 N.5*.

¹⁷⁵ *Staudinger/Magnus*, *Art.79 N.15*; *Müller-Chen*, 344.

¹⁷⁶ *Audit*, 176. Her ne kadar Türk hukukunda bu konuda açık bir düzenleme mevcut değilse de doktrinde bu tür bir bildirim yükümlülüğü MK m.2'ye dayanılarak kabul edilmektedir, bkz. *Oğuzman/Öz*, 447; *Dural*, 131.

¹⁷⁷ *Serozan*, *Borçlar Genel*, § 15 N.4.

nı daraltmaktır. Kaza, doğa felaket gibi hallerde sorumluluk olmaz da, hastalık, hırsızlık gibi haller nötr alanda kabul edilmez, dolayısıyla sorumluluk devam eder.

Yani CISG m.79 taraflardan ikisinin de sözleşme kurulurken hesaba katmadığı, atipik rizikoların gerçekleşmesi halinde, bunları kimin taşıması gerektiğini belirlemek amacıyla hizmet eder. Söz konusu hallerde, taraflardan ikisi de ortaya çıkan engelin doğumunda etken değildir¹⁷⁸, ancak birinden birinin zarara katlanması gerekmektedir; bu da alacaklı olmaktadır. Amaç, taraflar arasındaki dengeyi en iyi şekilde kuran riziko dağılımını tespit etmektir. Borçlunun klasik tanımıyla "kusursuz" olması, atipik rizikonunun tümüyle alacaklı tarafından taşınması için yeterli görülmemiştir. Bir dizi olasılıkta (örn. *hastalık*) borçlu, kusursuz olsa da sorumlu tutulmaktadır.

3. Sorumsuzluk: Ne Ölçüde?

Sözleşme ihlalinin kaynağında denetim dışı bir engelin yattığı ve bunu öngörülmesinin veya engellenmesinin mümkün olmadığı CISG m.79 uyarınca ispat edilirse, bunun sonucunun ne olacağı üzerinde de kısaca burada durmak gerekir. Sözleşmeye aykırılık halinde alıcının elinde, aşağıda daha ayrıntılı olarak ele alınacak olan dört farklı hukuki imkan vardır¹⁷⁹. Bunlar, ifa talebi¹⁸⁰, semenin tenzili, sözleşmeden dönme ve bunların yanı sıra tazminattır. Acaba bunlardan hangileri, satıcının sorumsuzluğunu ispat etmesi halinde kullanılmayacak, hangileri kullanılmaya devam edilebilecektir? CISG m.79, f.5 uyarınca "*Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca var olan tazminat talebi dışında herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.*" Demek ki, satıcının m.79 uyarınca sorumsuzluğunu ispatladığı hallerde bile, alıcının sadece tazminat talep etme hakkı düşecek, buna karşılık, semenin tenzili ve dönme imkanları gibi aynen ifayı talep hakkı da baki kalacaktır¹⁸¹.

¹⁷⁸ Alacaklının ifa engelenin ortaya çıkmasına sebep olması hali CISG m.80'de ayrı olarak düzenlenmiştir. Oysa İsviçre-Türk hukukunda alacaklının etki alanında gerçekleşen ifa engelleri de BK m.117 kapsamında değerlendirilir. Bkz. *Serozan*, *Borçlar Genel*, § 15 N.4.

¹⁷⁹ Bu çalışma, özellikle, satıcının borçları ve borca aykırı davranışlarının sonuçları üzerine yoğunlaşmış olduğu için alıcının sorumluluktan kurtulmasının sonuçları üzerinde ayrıca durulmayacaktır.

¹⁸⁰ Bu çalışmada, alıcının tamirat veya yenisi ile değiştirmeye ilişkin talepleri, aynen ifa talebinin devamı olarak değerlendirilmektedir. Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 B I.

¹⁸¹ Her ne kadar ULİS m.74, sorumsuzluğun söz konusu olduğu hallerde sadece tazminat talebinin değil, ifa talebinin de sona erceğini açıkça düzenlenmişse de, CISG'n hazırlanması sürecinde benzer bir ifadenin m.79 içine alınması konusunda Norveç ve Almanya tarafından yapılmış olan teklifler reddedilmiştir. Zira bu şekilde alıcı için var olabilecek teminatların ve tali taleplerin sona ermesinden çekinilmiştir. Bilgi için bkz. *Fischer*, 117 vd.

Semenin tenzili ve sözleşmeden dönme haklarının, satıcının sorumsuzluğuna rağmen baki kalması anlaşılır olmakla birlikte, ifa talebinin devam ediyor olması tereddüt uyandırabilir. Zira CISG m.79 bağlamında sorumsuzluk, taraflardan birinin, yükümlülüklerinden birini ifa etmesini engelleyen bir sebebin varlığı halinde kabul edilmektedir. Bu durumda acaba yine de ifa talebine imkan tanımanın bir anlamı olabilir mi? Nitekim satım konusu mal imkansızlaşmışsa, ifa talebinin bir anlamı olmadığı açıktır. Buna karşılık, satım konusu malın ifası sadece belirli bir süre için engellenmiş durumdaysa o zaman ifa talebi, bu engelin ortadan kalkmasından sonra yine işe yarayacaktır. Eğer mal ayıplı ifa edilmişse, bu durumda da ifa talebinin varlığı bir anlam ifade eder, zira satıcıdan malın tamir edilmesi veya yeni mal teslim edilmesi istenebilecektir¹⁸². Satıcının, gerek geçici ifa engelinin doğumunda, gerekse ifanın ayıplı gerçekleşmesinde herhangi bir sorumluluğu olmasa da ifa talebinin ortadan kalkması için bir sebep yoktur¹⁸³. Dolayısıyla CISG m.79, f.5'in ifadesi, sadece imkansızlık ve ifanın aşırı güç hile gelmiş olması halleri açısından tam uygun gözükmemektedir. Ancak bu sorunun nasıl aşılabileceği üzerinde, aşağıda ifa talebi ve CISG'n sorumluluk rejimi incelenirken durulacaktır¹⁸⁴.

4. Borçlar Kanunundaki Sorumluluk Rejimi İle Mukayese

CISG sisteminin daha iyi anlaşılabilmesi için, varılan sonuçların Borçlar Kanununun sistemi ile kısaca mukayese edilmesinde yine fayda vardır. **Tazminat talebi** açısından bakıldığında, sözleşmeye aykırılığın türüne göre farklı hükümler üzerinde durmak gerekir. Temerrüt halinde alıcının kullandığı seçim hakkına göre sahip olduğu farklı tazminat talepleri¹⁸⁵, borçlunun kusurunun varlığını gerektirir. Aynı şekilde, sonraki imkansızlık hallerinde de borçlu, kusursuzluğunu ispat etmek suretiyle tazminat borcundan sıyrılabilmektedir (BK m.96). Ayıplı mal ifa edilen hallerde satıcının tazminat sorumluluğu sadece dönme hali için düzenlenmiş ve doğrudan zararlar¹⁸⁶ açısından bir garanti sorumluluğu öngörülmüştür (BK m.205, f.2). Fakat dolaylı zararların tazmini yine kusur şartının varlığına bağlanmıştır. Alıcının, semenin tenzili veya yenisi ile

¹⁸² Aynı görüşte Schlechtriem/Schwenzer/Stoll / Gruber, Art.79 N.46; Ryffel, 96; Staudinger/Magnus, Art.79 N.57.

¹⁸³ Aynı görüşte Schlechtriem/Schwenzer/Stoll / Gruber, Art.79 N.46; Ryffel, 96.

¹⁸⁴ Bkz. Bölüm 5 § 2 B III 2 c ve § 3 VI 2.

¹⁸⁵ Gerek BK m.102 uyarınca gecikme tazminatı, gerek m.106 uyarınca ifa yerine tazminat, gerekse m.108 uyarınca dönme halinde tazminat talep edilebilmesi, borçlunun kusurunun varlığını gerektirir, bkz. *Oğuzman / Öz*, 303.

¹⁸⁶ Doğrudan zarar/dolaylı zarar ayırımı ve bunun Antlaşmada var olup olmadığı hakkında bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 E I.

değiştirme haklarını kullanması halinde hangi hükümlere göre tazminat talep edebileceği ise tartışmalıdır¹⁸⁷. Eğer doğrudan zararlar açısından, BK m.205, f.2 uygulanır ve garanti sorumluluğu esas olur dersek CISG'n sonucuna yaklaşmış oluruz. Buna karşılık bu seçimlik hakların kullanılması durumunda sadece BK m.96 vd. hükümleri uyarınca tazminat talep edilebilir dersek CISG'dan uzaklaşırız. Demek ki İsviçre-Türk hukukunda CISG'dakine benzer bir garanti sorumluluğu sadece ayıplı ifa halinde alıcının sözleşmeden dönmesi opsiyonunu kullanması halinde ve bu olasılıkta da sadece doğrudan zararlar açısından söz konusudur.

Satıcının sorumsuzluğunun, alıcının **dönme hakkı** üzerindeki etkisine bakılacak olursa, CISG ve Türk hukuku arasında yine kısmi bir uyumun varlığı görülmektedir. Borçlu temerrüdü halinde uygulanacak olan BK m.108, dönme hakkını, borçlunun kusurlu olması şartına bağlamaz¹⁸⁸. Aynı CISG'da olduğu gibi, alıcı, satıcının temerrüde düşmekte sorumsuz olduğu hallerde dahi dönme hakkını kullanabilir. Satıcının ayıplı mal ifa etmesi halinde de alıcının, BK m.202 uyarınca dönme hakkı vardır, ki bu hükümde de dönme hakkının kullanılması kusurun varlığına bağlanmamıştır¹⁸⁹. İfanın imkansızlaşması halinde ise CISG

¹⁸⁷ BK m.205, f.1, c.2'de düzenlenen kusura dayanmayan tazminat borcunun dönme hali dışında, yani semenin tenzili veya değiştirme alternatiflerinin kullanılması halinde de kıyasen uygulanabilip uygulanamayacağı İsviçre-Türk hukukunda tartışmalıdır. Yasa koyucu, alıcının sahip olduğu bu iki alternatifte, satıcı açısından bir tazminat sorumluluğunun söz konusu olup olmayacağına hiç düzenlenmemiştir. Oysa değiştirme veya semenin tenzilini isteyen alıcının da, kendisine ayıplı bir malın teslim edilmiş olmasından kaynaklanan zararlarını tazmin ettirmesi imkanı olmalıdır. Örneğin malın ayıplı olduğunun tespiti için yaptırıldığı olağan dışı muayene masrafları, ayıplı malı değiştirmesi için bunların satıcıya nakli nedeniyle yaptığı masraflar gibi doğrudan zararların neden aynı ilkelere göre tazmin edilmeyeceğini anlamak güçtür. Satıcının kusuru aranmaksızın sorumlu tutulduğu halleri mümkün olduğu ölçüde sınırlamak isteyen görüşe göre, ancak alıcının dönme hakkını kullandığı hallerde m.205, f.2'yi uygulamak mümkündür. Diğer bütün hallerde tazminata BK m.96 çerçevesinde, yani satıcının kusuruna bağlı olarak hükmedilecektir (bu yönde *BaslerKommentar/Honsell*, Art.208 N.7; BGE 107 II 161, 166; semenin tenzili açısından bu yönde *Tandoğan*, *Borçlar Özel*, 197). Buna karşılık doktrinde hakim olan görüş bu hallerde m.205, f.2 ve 3'ün kıyasen uygulanması taraftardır (*Keller/Siehr*, 94 ve 96; *BernerKommentar/Giger*, Art.208 N.56; *Aral*, 150 ve 122; *Serozan*, *Borçlar Özel*, 142-143; *Yavuz*, *Ayıp*, 189 ve 191). Gerçekten de satıcıyı aynı tür zarardan, alıcının sözleşmeden dönmesi halinde kusuru aranmaksızın, buna karşılık alıcının sözleşmeyi ayakta tutması halinde ancak kusuru varsa sorumlu tutmak, *Borçlar Kanunumuza* hakim olan *favor negotii* prensibine aykırı bir çözüm olurdu. Benzeri benzere bağlama düşüncesinin bir sonucu olarak bu hallerde kıyasa başvurmak ve bu şekilde, sözleşmeyi ayakta tutan alıcıyı mağdur etmemek daha doğru gözükmektedir. Zaten dolaylı zararlar açısından BK m.205, f.3 veya BK m.96'nın uygulanması herhangi bir farklılık doğurmaz. Aynı yönde *BernerKommentar/Giger*, Art.208 N.56

¹⁸⁸ *Buz*, *Dönme*, 110; *Oğuzman/Öz*, 303 ve 404-406; *Serozan*, *Borçlar Genel*, § 17 N.13a.

¹⁸⁹ *Serozan*, *Borçlar Özel*, 138 vd.; *Tandoğan*, *Borçlar Özel*, 190 vd.

sisteminden ayrılmaktadır. Zira Borçlar Kanununda ne kusurlu¹⁹⁰ ne de kusursuz¹⁹¹ sonraki imkansızlık halleri için bir dönme hakkı düzenlenmemiştir.

Satım sözleşmesinde ayıplı ifa halinde **semenin tenzili hakkı**, BK m.202'de ele alınmıştır. Burada da, CISG'da olduğu gibi, semenin tenzili, satıcının ayıplı ifa nedeniyle sorumlu tutulabilmesi ön koşuluna bağlanmamıştır¹⁹². Ayıplı varlığı, semenin tenzili hakkını kullanabilmek açısından yeterlidir; satıcının garanti sorumluluğu kapsamında bir hak söz konusudur¹⁹³. Gerek dönme gerekse semenin tenzili açısından kusur şartının aranmamasının sebebi aslında açıktır: iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sinallagmanın, ifa etmeme veya kötü ifa etme nedeniyle bozulması durumunda, karşı edimin de, tamamen veya kısmen ifa edilmesinin ve bu şekilde sinallagmanın yeniden kurulması adildir¹⁹⁴.

Alıcının **ifa talebinin**, satıcının sorumsuzluğuna rağmen devam edeceği yönündeki CISG m.79, f.5'e paralel bir düzenleme ise Türk hukukunda yoktur. Satıcının ifasının imkansızlaştığı hallerde edimi ifa yükümlülüğü BK m.117 hükümleri çerçevesinde sona erer. Bu imkansızlığın kusurlu veya kusursuz olması durumuna göre satıcının tazminat borcu doğar. Buna karşılık temerrüt hallerinde ifa talebi doğal olarak devam ettiği gibi, satıcının ayıplı ifası hallerinde de ifa talebi, bu sefer içeriği değişmiş olarak devam eder. Alıcı tamirat¹⁹⁵ veya yenisi ile değiştirme isteyebilir. Bu taleplerin kabulü ise yine alıcının kusurundan bağımsızdır.

¹⁹⁰ BK m.96 uyarınca alacaklının bir dönme hakkının olup olmadığı çok tartışmalıdır. Bu konuda bkz. *Serozan*, *Dönme*, 284 vd.; *Serozan*, *Borçlar Genel*, § 16 N.12 vd.

¹⁹¹ BK m.117 çerçevesinde bir dönme hakkının düzenlenmesi ihtiyacının olmadığı kabul edilmektedir. Zira edim borcu da kendiliğinden (*eo ipso*) düşmekte, sözleşme, ya da gereği bir tasfiye ilişkisi içine girmektedir. Bu konuda bkz. *Dural*, 163; *Serozan*, *Dönme*, 280 vd.; *Keller*, *AJP* 2003, 1152, 1154. Buna karşılık 2002 BGB reformu sonrasında, sonraki kusursuz ifa imkansızlığı hallerinde her ne kadar aslı edim yükümlülüğü sona eriyorsa da sözleşme kendiliğinden bir tasfiye ilişkisine girmez. Bu hallerde de alacaklıya sözleşmeden dönme imkanı tanınmıştır (BGB § 275, Abs.4 ve § 326, Abs.5). Bunun gerekçesi ise, ifa edilmiş olan karşı edimin, reform öncesinde olduğu gibi sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iadesine nazaran, sözleşmeden dönme hükümleri uyarınca iadesinin daha elverişli olduğudur. Bkz. *RegBegr* in: *Schuldrechtsmodernisierung*, 769. Ayrıca bkz. *Emmerich*, *Leistungsstörungen*, 155 ve 166 vd.

¹⁹² *Tandoğan*, *Borçlar Özel*, 198;

¹⁹³ *Serozan*, *Borçlar Özel*, 121 vd.

¹⁹⁴ *Medicus*, *Voraussetzungen*, 179, 189; *Aral*, 147.

¹⁹⁵ Ayıplı ifa halinde tamirat talep etme hakkı, sadece tüketici satımları açısından açıkça kanunda düzenlenmiştir (TKHK m.4). Ancak gerek adi satım gerekse ticari satımda kıyasen alıcıya bu hakkın tanınmaması için bir sebep yoktur. Hem TKHK m.4 hem de eser sözleşmesinde bu imkanı düzenleyen BK m.360, f.2 bu konuda kıyasa temel oluşturabilir. Bu yönde *Serozan*, *Borçlar Özel*, 137; *BernerKommentar/Giger*, Art.205 N.42 vd.; Aksi görüşte örneğin *Tandoğan*, *Borçlar Özel*, 187; *Arbek*, 245; *Honsell*, *Besonderer Teil*, 96.

IV. Aynen İfa Talebinin Özelliği

CISG'nin sözleşmeye aykırılık halinde tamdığı hukuki imkanlar arasında aynen ifa talebinin özel bir konumu olduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu bölümde kısaca, bunun ne tür tarihi sebeplere dayandığı ve CISG'nin getirdiği çözümün, özellikle alıcının elindeki hukuksal imkanları ne ölçüde etkilediği üzerinde durulacaktır.

1. Aynen İfa Talebine İlişkin Tarihi ve Mukayeseli Bilgiler

Her ne kadar bir Türk hukukçusu için, muaccel ve ifası mümkün olan bir borcun ifasının her zaman talep ve dava edilebilir olması¹⁹⁶ son derece doğalsa da¹⁹⁷, gerek Roma hukukunda gerekse bugün halen common law sisteminde bu hiç de doğal değildir¹⁹⁸. Nitekim bu yüzden CISG'nin hazırlanması sürecinde özellikle alıcının, malın teslim edilmesine veya değiştirilmesine veya tamir edilmesine ilişkin bir ifa talebinin olup olmayacağı sorunu çok tartışılmış ve aşağıda görüleceği üzere uzlaşıcı bir formülün kabul edilmesi gerekmiştir.

Daha önce üzerinde durulmuş olan Roma actio sisteminin özellikleri, aynen ifa talebinin gelişimi konusunda da belirleyici olmuştur. Roma hukukunun klasik döneminde mutlak geçerliliği olan ilke, her eda davasının ancak bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olabileceğiydi (*omnis condemnatio est pecuniaria*)¹⁹⁹. Dolayısıyla para borcu dışındaki borçların ifasına ilişkin davalarda praetor, bu alacağın para karşılığını tespit etmekte (*quod interest*) ve hüküm, bu miktarın ödenmesine ilişkin oluyordu. Mahkeme kararı ile borç bir para borcuna dönüşmekteydi. Ancak post-klasik dönemde, bir yandan formula sisteminin gevşemeye başlaması, diğer yandan 3. ve 4. yy'da para değerindeki ciddi azalmalar nedeniyle aynen ifa talebine de olanak tanınmaya başlanmıştır²⁰⁰. Buna rağmen 533 yılında tamamlanmış olan Corpus Iuris Civilis konuya herhangi bir açıklık getirmemiş ve aynen ifa talebinin ne ölçüde kabul edilebileceği tartışmalı kalmıştır²⁰¹. Nitekim bu yüzden ortaçağda, özellikle glossatör-

¹⁹⁶ Örn. bkz. Oğuzman/Öz, 329; Eren, 987.

¹⁹⁷ Alıcının, sözleşmeye aykırılık gerçekleşikten sonra halen aynen ifayı talep edebilmesi imkanının var olması, sözleşme hukukunda geçerli *pacta sunt servanda* ilkesinin bir görünümüdür. Bkz. Schauer, FS Kramer, 627, 631; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.28 N.337.

¹⁹⁸ Bu alanda ayrıntılı mukayeseli bilgiler için bkz. Treitel, Remedies, 43 vd.; ifa davasının ilk ve orta çağda gelişimi hakkında ayrıntılı bir çalışma için bkz. Repgen, Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft, Paderborn 1994.

¹⁹⁹ Ayrıntı için bkz. Zimmermann, Law of Obligations, 771 vd.; Müller-Chen, 17.

²⁰⁰ Müller-Chen, 19; Zimmermann, Law of Obligations, 772.

²⁰¹ Zimmermann, Law of Obligations, 773.

ler döneminde sorun araştırılmaya devam edilmiş; kilise hukukunun etkisi ile, bir haksızlığın kefaretinin ödenmesinin, aynen ifayı zorunlu kıldığı düşüncesi hakim olmaya başlamıştır²⁰².

Müşterek hukuk döneminde çeşitli sözleşme türleri ve özellikle verme borçları açısından aynen ifa taleplerine artan oranda müsaade edilmeye başlanmışsa da, aynen ifanın, borçlu açısından asli yükümlülük olduğu anlayışı o dönemde dahi, hakim görüş olmamıştır²⁰³. Ancak 19 yy.'a gelindiğinde Alman, Avusturya ve İsviçre öğretisinde aynen ifa, asli talep olarak ön plana çıkmış ve tazminat talebinin yerini almıştır²⁰⁴. Fakat aynen ifa talebi sözleşmeye aykırılığın bir "yaptırım" olarak düşünülmemiş; bu talebin kaynağında doğrudan taraflar arasındaki sözleşme görüşmüştür²⁰⁵.

İğincidir ki İngiliz hukukunda da yüzyıllar boyunca, borçlunun tazminat ödemek suretiyle borcundan sıyrılması imkanı karşısında aynen ifa talebine yer olup olmadığı tartışması yaşanmıştır²⁰⁶. Bu gelişme, büyük ölçüde İngiliz dava sisteminin özellikleriyle açıklanabilmektedir. Bu hukuk çevresinde, aynı Roma hukukunda olduğu gibi sadece belirli talepler açısından bir dava hakkı tanınmaktaydı²⁰⁷. Bu taleplerin hangileri olacağı ise Kral ve onun görevlendirdiği kişilerce saptanmaktaydı²⁰⁸. Sözleşmenin aynen ifasına ilişkin bir dava hakkı olmadığı gibi, sözleşmeye aykırı davranılması halinde açılacak genel bir dava dahi uzun yıllar

²⁰² Müller-Chen, 22.

²⁰³ Müller-Chen, 27.

²⁰⁴ Müller-Chen, 36. Nitekim Alman Medeni Kanunu § 241 ve Avusturya Medeni Kanunu § 918 uyarınca alacaklı, sözleşmesel borç ilişkisinde kaynaklanan edimi talep etme hakkına sahiptir. OR Art.97/BK m.96'da buna ilişkin açık bir ifade olmakla beraber, BK m.106'da, tam iki taraf borç yükleyen edimler açısından alacaklının aynen ifayı talep edebileceği kabul edilmiştir.

²⁰⁵ Borçlar Kanunu m.97 sadece, bir şeyin yapılması veya yapılmamasına ilişkin borçların ifa edilmemesi hakkında bir düzenleme içermektedir. Buna karşılık bir şeyin verilmesi veya ödenmesine ilişkin borcun ifa edilmemesi halinde, alacaklının bir ifa talebinin olacağını ayrıca düzenlemek ihtiyacı dahi hissedilmemiştir.

²⁰⁶ Ayrıca bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 I. Amerikan hukukundaki gelişme için bkz. Neufang, 35 vd.

²⁰⁷ Bu sisteminin gelişimi ve özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuz, Karşılaştırmalı, 255 vd. ve 264 vd.; Zweigert/Kötz, 181 vd.; Rheinstejn, 10 vd.;

²⁰⁸ Bir davanın görülebilmesi, davacının, kralın ilgili makamına yapacağı bir başvuru üzerine, talebinin inandırıcı bulunması halinde, kendisine bir *writ* tanınmasına bağlıydı. Bu belge, davalının oturduğu bölgenin makamlarına davanın açılması için kral tarafından gönderilen bir emirdi. Ancak bu belgenin temin edilmesi halinde davacı, davasının görüldüğünü sağlayabilmekteydi. Sürekli tekrarlanan talepler için *writ*'ler zamanla standart hale getirilmiş ve bir sicilde toplanmıştır. Fakat bu usul yeni talep temellerinin oluşmasını önemli ölçüde engellemiş, *writ* hukuku olan dar anlamda *Common Law* yeni gelişmelere cevap veremez duruma düşmüştür.

tanınmamıştı. *Common Law*²⁰⁹ yargıçlarının kullandığı formül, haksız fiil nedeniyle tazminat davasının (*action of trespass*) sözleşme hukuku alanında da uygulamak olmuştur. Her ne kadar zamanla *action of assumption* adı altında bağımsız bir sözleşmeye aykırılık davası gelişmeye başlamış ise de, talep temelini halen haksız fiil olarak düşütülmesi nedeniyle tazminat, asli yaptırım olmuştur^{210, 211}.

Ancak aynı Roma hukukunun gelişiminde olduğu gibi birçok halde alacaklının salt tazminat talebi ile yetinmek zorunda olması tatmin edici bulunmamış; çözümü, 14. yy.'dan itibaren *Common Law*'un yanı sıra gelişmeye başlamış olan *Equity* hukuku sunmuştur²¹². *Equity* mahkemeleri, *Common Law* mahkemelerinin kuralını, yani tazminat ödenmesinin asıl olduğu kuralını teyit etmekle beraber, istisnaen aynen ifa talebini de kabul etmişlerdir. Bunun için, tazminata hükmetmenin somut olayda davacıyı mağdur ediyor olması aranmıştır²¹³. Örneğin davacının, özellikle o edime ihtiyacı olması ve başka yerden bunu temin edemeyecek olması veya tazminat miktarının tayin edilmesinin çok güç olması durumunda, mahkemeler aynen ifaya hükmetmekteydi. Ancak bu karar tamamen mahkemenin takdirine bırakılmıştı²¹⁴. Yani hakim, davacının aksi yönde istemine rağmen tazminata hükmedebilmekteydi. Her ne kadar günümüz İngiltere'sinde *Common Law* ve *Equity* kaynaşmış, mahkeme teşki-

²⁰⁹ Kavram için bkz. Giriş Bölümünde s. 6'daki açıklamalar.

²¹⁰ *Zimmermann, Law of Obligations*, 777 vd.; *Müller-Chen*, 43.

²¹¹ Bu anlamda *Common Law* sistemi, borçluya, sözleşmesini yerine getirme veya sözleşmeyi ihlal edip bir miktar tazminat ile "sözünden dönme" arasında tercihte bulunma imkanı vermiştir. *Holmes*'un sözleri ile: *The only universal consequence of a legally binding promise is "that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfilment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses"*. *Holmes, The Common Law* 1881, 301.

²¹² *Equity* hukuku, *writ* sisteminin kesin sınırlarını aşma zorunluluğunun bir ürünüdür. Talepleri belirli dava kâhplarına girmedikleri için haklarını arayamaz duruma düşen halkın krala yönelttikleri şikayetlerin artması sonucu, İngiliz kralları, Lord Chancellor'a (günümüz anlayışı ile adalet bakanlarına) bu talepleri kendi takdirine göre değerlendirme ve duruma göre davayı görme hakkını tanımıştır. Dolayısıyla önceleri Lord Chancellor'un kararları, daha sonra ona bağlı çalışan ve, *Common Law* mahkemelerine paralel olarak oluşturulan ayrı bir mahkeme teşkilatının verdiği kararlar bir arada hakkaniyet hukuku olarak tercüme edilebilecek *Equity* hukukunu oluşturmaya başlamıştır. 15.yy.'dan itibaren bu kavram ile karşılaşmak mümkündür. 1873 yılında mahkeme sistemindeki bu ikilik giderilene ve sabit *writ* sisteminden vazgeçilene kadar da İngiliz hukukunun gelişiminde çok önemli bir rolü olmuştur. Bu alanda ayrıntılı bilgi için örn. bkz. *Maitland, Equity*, Cambridge 1936; *Potter, An Historical Introduction to English Law and its Institutions*, London 1932, 137 vd.

²¹³ *Treitel, Contract*, 1020 vd.

²¹⁴ *Zimmermann, Law of Obligations*, 780. Bugün de hâla uygulamanın bu yönde olduğu konusunda bkz. *Treitel, Contract*, 1026 vd. Yazar ayrıntılı olarak hangi halde aynen ifa talebine yer verilmeyeceğini açıklamaktadır.

latları bir çatı altında toplanmışsa da²¹⁵, aynen ifa talebinin istisna teşkil ettiği görüşü kaybolmamıştır²¹⁶. Özellikle, sözleşme konusu edimin ticari bir meta olması ve pazarda edinilmesinin mümkün olduğu hallerde sadece tazminata hükmedilmesi çok yaygındır²¹⁷.

2. Aynen İfa Talebine İlişkin CISG'n Uzlaştırıcı Çözümü

Antlaşmanın hazırlanması sürecinde, yukarıda aktarılmaya çalışılan, *common law* hukuk çevresi ile *civil law* hukuk çevresi arasındaki farklı iki yaklaşımın bağdaştırılması gerekmiştir. Aynen ifanın, *civil law* sisteminde olduğu gibi her durumda talep edilebilir olması *common law* ülkelerini çok zorlayacağı için aşağıdaki formül üzerinde uzlaşmıştır:

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."

Görüldüğü gibi, aynen ifa talebinin²¹⁸ mahkeme tarafından kabul edilip edilmeyeceği, bu ihtilafın mahkemenin kendi hukuku (*lex fori*)²¹⁹ uyarınca çözülmesi halinde aynen ifa talebinin kabul edilip edilmediğine göre belirlenecektir²²⁰. Bu şekilde, bir *common law* ülkesinde so-

²¹⁵ 1873 yılında gerçekleşen bu reform hakkında bilgi için bkz. *Zweigert/Kötz*, 195 vd.; *Oğuz, Karşılaştırmah*, 267.

²¹⁶ *Treitel, Remedies*, 63. Örneğin İngiliz Sale of Goods Act 1979 Sec.52 uyarınca hakim ancak, somut satım sözleşmesinin özelliklerine uygun bir çözüm olduğuna inandığı takdirde satım konusu malın aynen ifasına hükmedebilir. Amerikan hukuku için bkz. *Schulz*, 168 vd.; *Cerutti*, 393 vd.; *Neufang*, 120 vd.

²¹⁷ *Treitel, Remedies*, 64; *Ziegler*, 150. Borçlar Kanunu m.187'nin de aynı düşüncüyü yansıttığını görmek ilginçtir. Zira, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşülmesi haliude, BK m.106, aynen ifa talebini alacaklının seçimlik hakları arasında ilk sıraya koymuşken, ticari satımlar açısından BK m.187 aynen ifadan vaz geçildiği ve bunun yerine tazminat talep edildiği varsayımından yola çıkmıştır.

²¹⁸ Antlaşma uyarınca aynen ifa talebinin içeriği hakkında bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 B I.

²¹⁹ Kavram hakkında bkz. *Nomer/Şanlı*, 334 vd. Her ne kadar CISG m.28 sadece "mahkemeler"den bahsetmekteyse de, maddenin hakem yargılamasını da kapsadığı konusunda şüphe yoktur. Bu durumda *lex arbitri*, yani hakem mahkemesinin hukukunun hangi ülke hukuku olduğu sorusu cevaplanmak gerekmektedir. Doktrinde genelde, tahkim usulüne, hakem kararının geçerliliğine ve duruma göre kaldırılmasına uygulanacak olan hukuk esas alınmaktadır. Bu hukuk ise uygulamada tahkim yeri olacaktır. Bkz. *Schlechtriem/U.Huber*, Art.28 N.24a. Türk hukukunda tahkim yerinin belirlenmesi ve bunun rolü hakkında bkz. *Akıncı, Tahkim*, 117 vd.

²²⁰ *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.28 N.3.

runun dava konusu olması halinde, mahkemenin aynen ifaya hükmetmeyecek olmasına rağmen sadece CISG uygulandığı için aynen ifaya hükmetmek zorunda kalması engellenmiş olmaktadır²²¹. Her ne kadar bu türden bir kural, hukuk uyumlaştırması hedefi ile taban tabana çelişmekteyse de²²² pratik önemi yine de çok fazla değildir. Zira, milletlerarası satımlarda aynen ifa talebi ile zaten daha nadir karşılaşılacaktır²²³. Satım konusu mal, genelde piyasada, başka bir satıcıdan tedarik edilmesi mümkün olan bir mal olacak; dolayısıyla da alıcının, ilk satım sözleşmesindeki satıcısının ifa etmesinde ısrarcı olmasının bir anlamı olmayacaktır. Aynen ifa talebinin karşılaşıldığı haller ise örneğin, malın başka bir alıcıdan temin edilemiyor olduğu veya tazminat suretiyle alıcının menfaatlerinin yeterince korunamıyor olduğu hallerdir. Bu hallerde ise, zaten *common law* sisteminde de, aynen ifa istisnaen kabul edilmektedir²²⁴.

Maddenin ifadesinden anlaşıldığı üzere, Mahkemenin takdir hakkını dokunulmamaktadır²²⁵. Yani hakim, kendi hukukuna göre aynen ifaya hükmetmek konusunda bir tercihte bulunabiliyorsa bunu yine yapabilecektir²²⁶. Milletlerarası karar ahengini sağlamak açısından mahkemelerin takdir hakkını aynen ifa lehine kullanmaları salık verilmektedir²²⁷.

²²¹ *Gabriel*, 99 vd.; *Neufang*, 410 vd.

²²² *Piliounis*, 12 *Pace Int'l L. Rev.* (2000), 1, 18. Nitekim, gerek PICC gerekse PECL bu konuda aynı serbestiyi hakimlere tanımamışlardır. İki düzenleme de kural olarak aynen ifaya hükmedilmesi gerektiğini öngörmüş ve sadece bazı istisnai hallerde hakimin bundan imtina edebileceğini kabul edilmiştir. PICC Art.7.2.2 uyarınca: "Para borcu dışında bir borcun borçlusu ifa etmediği takdirde, diğer taraf ifayı talep edebilir, meğerki, (a) ifa hukuken veya fiilen imkansız olsun; (b) ifa veya, söz konusu olduğu takdirde icra, makul olmayan surette sorumlu veya pahalı olsun; (c) ifayı talep hakkına sahip olan tarafın, edimi başka kaynaklardan edinmesi makul surette mümkün olsun; (d) ifa, münhasıran şahsi bir nitelik arz etsin (e) ifa talebi sahibi taraf, ifa etmeden haberdar olduğu veya olması gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde ifayı talep etmiş olmasın." PECL Art.9:102 uyarınca: "(1) Mağdur olan taraf, para borcu dışındaki yükümlülüklerin ifasını talep edebilir. Buna ayıplı ifanın giderilmesini talep etmek dahildir; (2) Ancak aşağıdaki hallerde ifanın talep edilmesi mümkün değildir: (a) ifanın hukuka aykırı veya imkansız olması halinde; veya (b) ifanın, borçlu açısından ölçüsüz zorluk veya masraf doğuracak olması halinde; veya (c) ifanın, kişisel nitelikli bir hizmet veya eserin ifası anlamına gelmesi veya kişisel bir ilişkinin kurulmasına bağlı olması; veya (d) mağdur olan tarafın, edimi başka kaynaklardan edinmesinin makul surette mümkün olması halinde. (3) Mağdur olan tarafın, ifa etmeden haberdar olduğu veya olmasının gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde ifayı talep etmemesi halinde ifa talebi düşer."

²²³ *Brunner*, Art.28 CISG, N.1; *Schulz*, 279.

²²⁴ *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.28 N.4. Varılan sonuçlar açısından *Common law* ve *civil law* sistemi arasındaki yaklaşım farklılığının, bugün büyük bir sorun yaratmadığı konusunda bkz. *Zweigert/Kötz*, 482 vd.

²²⁵ *Piltz*, § 2 N.144; *Schlechtriem/U.Huber*, Art.28 N.22.

²²⁶ *Staudinger/Magnus*, Art.28 N.13.

²²⁷ *Schulz*, 282; *Neufang*, 426 vd.

CISG m.28 uyarınca mahkeme, aynen ifa talebini, *kendi hukukunda* nasıl değerlendireceğine bakacaktır. Yani forum ülkesinin²²⁸ hukuku belirleyicidir; bu ülkenin devletler özel hukuku kuralları ise ayrıca devreye girmez²²⁹. Örneğin işyeri Avusturya'da bulunan alıcının, işyeri ABD'de bulunan satıcıya karşı, ifa yeri olan İsviçre'de dava açması halinde alıcının aynen ifa talebi İsviçre maddi hukuk kuralları uyarınca değerlendirilecektir²³⁰. Fakat burada ikinci bir soru daha belirler. Acaba forum ülkesinin hukuku dendiğinde kast edilen sadece usul hukuku mudur²³¹, yoksa maddi hukuk kuralları da bunun kapsamında sayılabilir mi? Eğer maddi hukuk da devreye girecek dersek, örneğin ilgili ülke hukukunda geçerli, hakkın kötüye kullanılması, işlem temelini çökmesi ve özellikle ifanın imkansızlaşması²³² gibi itirazların da değerlendirilmede hakim tarafından dikkate alınması gerekecektir²³³.

Soruna, m.28'in Antlaşmaya alınmış sebebini göz önünde tutarak cevap aramak doğru görülmektedir. Yukarıda aktarılmaya çalışıldığı gibi, amaç, *common law* hukuk çevresinin bu alandaki farklı uygulamasını Antlaşmanın sistemi ile bağdaştırmaktır²³⁴. Yoksa Antlaşmanın doğduğunu kabul ettiği bir talebin sona ermesine sebep olacak, ulusal maddi hukuktan kaynaklanan yeni itirazların yaratılması değildir²³⁵. Bu açıdan m.28'in dar yorumlanması ve uluslararası karar ahenginin bozulmasına sebep olacak bir yaklaşımın benimsememesinde fayda görülmektedir. Soruna usul hukuku/maddi hukuk şeklinde katı bir ayırımla yaklaşmak bu bağlamda çok yararlı olmayacaktır. Zira devletler özel hukukunda va-

²²⁸ Forum ülkesi ve *lex fori* kavramları hakkında bkz. *Nomer/Şanlı*, § 17.

²²⁹ *Erdem*, *La Livraison*, N.741; *Schulz*, 279; *Piltz*, § 5 N.189.

²³⁰ Bkz. *Honnold*, N.195; *Karollus*, 140; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.28 N.9. İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu m.113 uyarınca, sözleşmelerin ifa yerinin İsviçre'de bulunması halinde, yetkili mahkeme ifa yeri mahkemesidir. Uygulanacak hukuk ise, sözleşmenin karakteristik edimini yerine getiren tarafın mutat meskeninin bulunduğu yer hukukudur (IPRG m.117). Yani örnekte ABD hukukunun uygulanması düşünülebilir.

²³¹ Bu yönde *Staudinger/Magnus*, Art.28 N.10. Nitekim Sekreteryaya Şerhi de bu yoruma elverişlidir: "In some legal systems courts are not authorized to order certain forms of specific performance and those States could not be expected to alter fundamental principles of their judicial procedure in order to bring this Convention into force" (Art.26 N.3). Devletler özel hukuku terminolojisinde de, "hakimin hukuku", mahkemenin bulunduğu ülkenin usul hukuku olarak anlaşılmaktadır, bkz. *Nomer/Şanlı*, 334 vd.

²³² İfanın imkansızlaşmasının ifa talebi üzerindeki etkileri konusunda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 B III 2 c.

²³³ Bu yönde *Bianca/Bonell/Lando*, Art.28 N.2.2; *Herber/Czerwenka*, Art.28 N.5; *Honnold*, N.199; *Neufang*, 416 ve 419.

²³⁴ *Staudinger/Magnus*, Art.28 N.10.

²³⁵ *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.28 N.13-14; *Fischer*, 118-119; *Krebs*, 56; *Coen*, 218 vd.

sıfırlanmanın beraberinde getirdiği sorunlar malumdur²³⁶. Bu tartışmaların CISG içine aktarılması, kamıca, konunun pratik öneminin genelde sınırlı olması nedeniyle, gereksizdir. Bu açıdan *Schulz*'un da teklifi üzere, davanın görüldüğü ülke hakiminin sadece, kendi hukukunda genel olarak ifa talebine karşı yaklaşımın ne olduğunu tespit edip ona göre hareket etmesi gerektiği kabul edilmelidir. Yani tek tek ifa talebini sona erdirebilecek itirazlar m.28 kansıyla dikkate alınmaz. Sadece CISG'a göre doğmuş olan bir ifa talebinin kendi iç hukukunda icra edilebilir olup olmadığına bakmalıdır²³⁷. Örneğin, ifa talebi ile ilgili hiçbir tartışma yaşanmayan bir Kara Avrupa'sı ülkesinin hakiminin, kendi ülke hukukunda tamirata talep hakkının bulunmaması nedeniyle buna hükmetmekten kaçınması mümkün değildir²³⁸. Ayıplı ifa halinde tamirata talep hakkı CISG içinde verilmiştir ve hakim buna hükmetmek zorundadır.

²³⁶ Nomer/Şanlı, 99 vd.

²³⁷ *Schulz*, 281. Aynı yönde *Krebs*, 57.

²³⁸ *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.28 N.11. Aksi görüşte *Neufang*, 416.

§ 2. Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Sahip Olduğu Haklar

A. Genel Bakış

I. Alıcının Hakları ve Bu Haklar Arasındaki İlişki

1. Genel Olarak Alıcının Hakları

CISG m.45 uyarınca satıcı, sözleşmeden veya Antlaşmadan doğan herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmemezse alıcının, Antlaşmada düzenlenmiş muhtelif haklardan faydalanması imkanı vardır.

i. Alıcının seçimlik hakları:

- İfayı talep etmek (m.46): Bu bir asli ifa talebi olabileceği gibi (f.1), yeni mal teslim edilmesi (f.2) veya malın tamir edilmesi şeklinde tâli bir ifa talebi de olabilir (f.3): Aşağıda § 2 B.
- Semen tenzilini talep etmek (m.50): Aşağıda § 2 C
- Sözleşmeden dönmek (m.49): Aşağıda § 2 D

ii. Seçimlik haklarının yanı sıra tazminat talep etmek (m.74-77): Aşağıda § 2 E

Alıcının bu seçimlik haklarını kullanabilmesi satıcının kusurlu bir davranışının varlığına bağlı değildir²³⁹. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi²⁴⁰, CISG, satıcının garanti sorumluluğunu öngörmüştür. Dolayısıyla satıcı kusurlu olsun olmasın, alıcı ifada ısrar edebilir, ayıplı malın değişmesini veya tamirini isteyebilir, sözleşmeden dönebilir veya semenin indirilmesi yoluna gidebilir. Sadece istisnai olarak, alıcının tazminat talebinin sorumsuzluk nedenlerine dayanarak engellenmesi imkanı vardır²⁴¹.

Alıcının sahip olduğu hakları kullanması satıcının kusuruna bağlı

²³⁹ *Staudinger/Magnus*, Art.45 N.11; *Brunner*, Art.45 N.5; *MünchKommBGB/PHuber*, Art.45 CISG, N.3; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.45 N.8.

²⁴⁰ Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B III.

²⁴¹ Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 3.

değilse de, sözleşmeden dönmek ve ikame mal talep etmek hakkı, yukarıda görüldüğü üzere, sadece sözleşme ihlalinin sonuçlarının esaslı olması halinde tanınmıştır²⁴². Buna karşılık semenin tenzili ve tamirat, aykırılığın derecesinden bağımsız olarak her zaman devreye sokulabilen yaptırımlardır. Bu seçimlik haklardan biri ile birlikte alıcının tazminat talep etmesi de mümkündür.

Tek tek alıcının seçimlik hakları ve tazminat talebinin incelenmesine geçmeden önce, bu başlık altında, seçimlik hakların kullanılmasına ilişkin bazı genel hususların açıklanmasına çalışılacaktır. Bu hususların, kısmen seçimlik hakların tümüne, kısmen sadece bazılarına ilişkin olması itibarıyla tekrarı engellemek üzere, bir anlamda parantezini önüne alınarak burada açıklanmasında fayda görülmüştür. Bu sorunlar sırası ile: ihlal edilen yükümlülüğün türü ve alıcının başvurabileceği seçimlik haklar arasındaki ilişki; alıcının seçimlik haklarından birini kullanması halinde, diğer haklarına başvurmasının engellenip engellenmeyeceği sorunu, yani *ius variandi* sorunu; seçimlik hakların kullanılması için satıcıya bir ek süre verilmesi gereğinin bulunup bulunmadığı; kısmi sözleşmeye aykırılık halinde seçimlik hakların kullanılmasının gösterdiği özellikler; satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermek suretiyle alıcının seçimlik haklarını kullanmasını engelleyip engelleyemeyeceği ve son olarak, mahn iademinin mümkün olmadığı hallerde bazı seçimlik hakların (dönme ve ikame mal talebi) ileri sürülmesine ilişkin özelliklerdir.

2. Alıcının Hakları ve İhlal Edilen Yükümlülüğün Türü Arasındaki İlişki

Alıcının CISG m.45'de kendisine tanınmış olan hakları kullanabilmesi, satıcının herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmemiş olmasına bağlıdır; yani sözleşmeye aykırı bir davranış söz konusu olmalıdır. Satıcının yükümlülüğünün türü ve kaynağı ise önem taşımaz. Bunlar sözleşmeden doğabileceği gibi, Antlaşmanın yedek hükümlerinden de doğabilir. Temel sözleşmeye aykırı davranış türleri hiç ifa etmemek, geç ifa etmek, ayıplı ifa etmek ve belgeleri teslim etmemektir. Bunun yanı sıra, tarafların sözleşmede kararlaştırmış oldukları rekabet yasaklarına aykırılık, montajda veya talimat vermede ortaya çıkan aksaklıklar, bilgi verme yükümlülüğüne aykırılık gibi bir dizi farklı ihlal türü daha düşünülebilir. Fakat yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, CISG'a hakim yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı nedeniyle, ihlalin türü, uygulanacak yaptırımları tayin etmek açısından önem taşımaz. Önem taşıyan sadece ihlalin etkileridir. Bunlar esash ise alıcı bütün seçimlik haklarını kullanabilir, esash değilse, sözleşmeden dönme ve duruma göre ikame mal talebini kullanamaz.

²⁴² Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B II 1.

Ancak Antlaşmanın bazı maddelerinin kaleme alınmış tarzı, bir noktada doktrinde yoğun tartışmaların yaşanmasına sebep olmaktadır: bu da satıcının teslim ettiği mahn hukuki ayıplarının olması durumudur. Bunun kaynağında, Kısım 3/Bölüm 2/Ayrım 2'nin başlığının "*Malların Sözleşmeye Uygunluğu ve Üçüncü Kişilerin Hak veya Talepleri*"²⁴³ şeklinde ifade edilmiş olması yatmaktadır. Yani Antlaşma, malların sözleşmeye uygunluğu (maddi ayıp) ile üçüncü kişilerin hak ve talep sahibi olması (hukuki ayıp) durumunu ayrı ayrı ele almıştır. "Sözleşmeye uygunluk" terimi ikisini de kapsayacak şekilde kullanılmamaktadır (*terminus technicus*)²⁴⁴. Bu veriden hareketle bazı yazarlar, tamiratı talep hakkının düzenlendiği CISG m.46, f.3'de; yeni mal talep hakkının düzenlendiği CISG m.46, f.2'de ve semenin indirilmesi hakkının düzenlendiği m.50'de *mallar sözleşmeye uygun değilse*²⁴⁵ ifadesine yer verilmiş olmasını, bu seçimlik hakların sadece maddi ayıpların varlığı halinde kullanılabilmesi şeklinde yorumlamaktadır²⁴⁶. Bu durumda alıcı, teslim edilen malların hukuki ayıplarının olması halinde satıcıya karşı CISG m.46, f.1 uyarınca aşi ifa talebini yöneltecek, yani satıcı hiç ifa etmemiş gibi muamele edilecek; semenin indirilmesi talebinin ise hiç ileri sürülemeyecektir. Nitekim 1978 New York Taslaşına ilişkin Sekreteryaya Şerhinde verilen açıklamada da, üçüncü kişilerin hak ve taleplerinden arı mallar teslim etme yükümlülüğünün, sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümlülüğünden ayrı olarak ele alındığı; bu nedenle de Antlaşmanın kalamında, "sözleşmeye uygun mal" teslim yükümlülüğünden bahsedildiği hallerde, bunun üçüncü kişilerin hak ve taleplerinden arı mallar teslim etme yükümlülüğünü kapsayacağı açıkça ifade edilmiştir. Özellikle m.46, f.2 ve 3'de sadece sözleşmeye uygun olmayan mallardan bahsedilmiş olmasının da bilinçli bir tercih olduğu açıklamalar arasında yer almaktadır²⁴⁷.

Ancak yukarıda ele alınmış olan yeknesak sözleşmeye aykırılık görüşü bağlamında bu ayırımın çok da tutarlı olmadığı kabul edilmek gere-

²⁴³ "Vertragsmäßigkeit der Ware und Rechte oder Ansprüche Dritte"; "Conformité des marchandises et droits ou prétentions de tiers"; "Conformity of the goods and third party claims".

²⁴⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.22; Karollus, 115; Schlechtriem/U.Huber, Art.50 N.8.

²⁴⁵ "nicht vertragsgemäss"; "défaut de conformité"; "do not conform".

²⁴⁶ Örn. MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.9 ve Art.50 N.8; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.22 ve Art.50 N.2; Schlechtriem/U.Huber, Art.50 N.8; Hirner, 207 ve 214; Prager, 203 ve 212; Zhang, 168 ve 175; Honnold, N.280 ve N.313.1; Schulz, 236 ve 313 vd.; Honsell/Schnyder/Straub, Art.45 N.54; Piltz, § 5 N. 149 ve N.304; Karollus, 136 ve 158; Langenecker, 268-269 (Buna karşılık CISG m.50 uygulanır, 270); Brunner, Art.46 N.2 (CISG m.50 kıyasen uygulanmaz); Farklı bir çözüm için bkz. Mohs, IHR 2002, 59 vd. (yazara göre CISG m.41 açısından m.46, f.2/3 ve m.50 uygulanmaz; CISG m.42 açısından uygulanır).

²⁴⁷ Sekreteryaya Şerhi, Art.39 N.7-8; Art.40 N.12.

kir. Nitekim doktrinde de bu husus eleştiri konusu olmuş²⁴⁸ ve bazı yazarlar Antlaşmanın lafzına rağmen iki sözleşmeye aykırılık türünün aynı değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur²⁴⁹. CISG m.46 kapsamında sorunun ciddiyeti o kadar belirgin bir şekilde ortaya çıkmamakla beraber (alıcı her durumda ayıpsız malın ifasını talep edebilecektir; ya aynen ifa talebi ile ya da tâli ifa talebi ile), CISG m.50 uyarınca semenin tenzili hakkının kullanılması açısından hangi görüşe itibar edildiği önem kazanmaktadır. Zira sözleşmeye aykırılık kavramı sadece CISG m.35 anlamında ayıplılık haline hasredilirse, üzerinde üçüncü kişilerin hakları olan mallar açısından semenin tenzili istenemeyecektir. Oysa bunu savunmak için bir sebep bulmak güçtür. Her ne kadar alıcının bu hallerde tazminat talep etmek suretiyle aynı sonuca varacağı savunulabilirse de, CISG m.79 uyarınca satıcının tazminat talebinden sıyrılabildiği hallerde kanımca fark yine de ortaya çıkmaktadır. Zira tazminat, yükümlülüğe aykırılığın satıcıya isnat edilebilmesini gerektirir. Oysa semenin indirilmesi talebi her şartta vardır.

Antlaşmanın yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışına uyan, hukuki ayıp ile maddi ayıpların aynı değerlendirilmesidir²⁵⁰. Satılan malın arızalı olması ile aynı malın patent veya marka lisansı olmadan üretilmiş olması arasında kanımca bir fark görmek mümkün değildir. Bu hallerde satıcı teslim borcunu yerine getirmiştir, ancak bir "sözleşmeye aykırılık" vardır. Her ne kadar Antlaşma metni ve hazırlık aşamasındaki tartışmalar çoğunluk görüşünü destekler nitelikteyse de, kanımca bu noktada Antlaşmanın bütününe dikkate alarak, temelinde yatan ilkelere öncelik verilmesi daha doğru gözükmektedir. Nitekim Antlaşmanın diğer bir maddesi, CISG m.44 de bu görüşü desteklemektedir. Yukarıda da üzerinde durulmuş olan bu madde²⁵¹, gerek maddi, gerekse hukuki bir ayıbın (!) vaktinde ihbar edilmemiş olması halinde, alıcının, bu gecikme için makul bir özrünün olması kaydıyla, tazminat veya semenin tenzili talep edebi-

²⁴⁸ *Schlechtriem, UN-Kaufrecht*, N.184.

²⁴⁹ *Bianca/Bonell/Will*, Art.46 N.3.1 ve Art.50 N.3.4; *Herber/Czerwenka*, Art.46 N.6 ve Art.50 N.3; *Welser, Verkäufer*, 105, 122; *Audit*, N.128; *Neumayer/Ming*, Art.46 N.8; *Wolff*, 164 vd; *Vahle*'ye göre (ZVGIRWiss 1999, 54, 58) özellikle hukuki ayıp ile maddi ayıp arasındaki sınırın çizilmesindeki güçlük bu görüşün tercih edilmesini desteklemektedir; *Loewe*, 72; *Heuzé*, 368 ve 412 (m.46, f.2/3 uygulanmaz). Hukuki ayıbın türüne göre ayırım yapan farklı bir çözüm için bkz. *Mohs*, IHR 2002, 59, 64 vd.

²⁵⁰ İlgincil olan, BGB reformu ile hukuki ayıplar ve maddi ayıplar arasındaki farkın Alman satım hukukunda açılmış olmasına rağmen, özellikle Alman yazarların CISG sistemi içinde bu farklılığı devam ettirmek istemeleridir (yukarıda dn.246'de anılan yazarlar). Oysa tam da CISG gibi, yeknesak sözleşmeye aykırılık konseptini benimsemiş olan bir metinde bu ayırımların açılması yönünde görüşler geliştirmek gerekir.

²⁵¹ Bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 IV 3 e bb ve C IV 2.

leceğini öngörmüştür. Yani semenin tenzili imkanı çok açık bir şekilde hukuki ayıplar için de tanınmıştır. Nitekim, hukuki ayıplarda satıcının ifa etmemiş gibi değerlendirileceği ve semenin tenzili hakkının kullanılamayacağı görüşünde olan yazarlar bu maddenin teleolojik reduksiyona tutulması taraftarıdır²⁵². Oysa Antlaşma maddelerinin lafzı arasında çelişki olan bu gibi hallerde, CISG'in temelinde yatan anlayışa göre bir sonuca varılması daha uygun olacaktır. Kanımca yeknesak sözleşmeye aykırılık konseptini benimsemiş bu metnin, sadece hukuki ayıplar için ayrı bir rejim getirdiğini savunmak tutarlı değildir²⁵³. Dolayısıyla bu çalışmada çoğunluk görüşünden ayrılarak hukuki ayıpları maddi ayıplar ile aynı şekilde değerlendirmek ve aynı yaptırımlara tâbi tutmak tercih edilecektir.

3. Seçimlik Haklar Arasındaki İlişki ve *ius variandi*

Anılan üç seçimlik hakların şartlarının yerine gelmiş olması halinde, alıcı, bunlar arasında serbestçe tercihte bulunabilir²⁵⁴. Örneğin ayıplı bir

²⁵² Örneğin *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.50 N.2 dn.8; *Honnold*, N.313.1; *Hirner*, 202.

²⁵³ 2002 BGB reformu sonrasında, maddi ayıp ve hukuki ayıp/zapt düzenlemeleri arasındaki farkların tamamen kaldırılmış olması (Ayrıntı için bkz. BT-Drucks. 14/6040, 217 vd.; *P.Huber*, in: *P.Huber/Faust*, *Schuldrechtsmodernisierung*, N.12.67 vd.; *Schmidt-Räntsch*, N.672 vd.; *MünchKommBGB/Westermann*, § 435 N.1-2; *Schürholz*, 46; *Haas*, in: *Das neue Schuldrecht*, Kapitel 5 N.87-88 ve 139 vd.; *Lorenz/Riehm*, N.569-571) bu tercihin menfaatler dengesini zedelediğine işaret etmektedir. Aynı yönde *Basedow*, *Reform*, 53; *Rabel*, II, 288; *Lorenz/Riehm*, N.570. Aksi fikirde *MünchKommBGB/Benicke*, Art.46 CISG N.27.

²⁵⁴ Buna karşılık tüketici satımlarına ilişkin AB Yönergesi m. 3, f.3 açıkça bir sıralama yapmaktadır. Buna göre alıcı öncelikle ücretsiz tamirat veya yenisi ile değiştirme isteyebilir. Bu iki olasılığın imkansız olması veya satıcıdan talep edilemeyecek ölçüsüz güçlükler doğurması halinde veya satıcının belirli bir süre içinde tüketicinin bu talebini yerine getirmemesi halinde, ikinci sırada semenin tenzili veya sözleşmeden dönme istenebilecektir (m.3, f.5, bu düzenleme hakkında örn. bkz. *Grundmann/Bianca/Bianca*, Art.3 N.22 vd.). BGB'nin yeni düzenlemesinde de, açıkça ifade edilmemiş olmakla beraber, işin mahiyetinden doğan bir sınırlama vardır. Ayıplı ifa halinde alıcının haklarını düzenleyen BGB § 437 ilk bendinde alıcının tali ifa talebine yer vermiştir. Bunların ardından ikinci bentte sözleşmeden dönme ve semenin tenzili ile üçüncü bentte tazminat hakları düzenlenmiştir. Ancak ikinci ve üçüncü bent birbirine "ve" ile bağlanmışken, birinci bendin sonunda "ve" bağlacı yer almamaktadır. *Westermann*'ın ifade ettiği gibi, kanun koyucu ilk bentte yer alan hakların ancak iki ve üçüncü benttekilere alternatif olarak var olabileceğini ifade etmek istemiştir (NJW 2002, 241, 248). Dönme, tazminat ve semenin tenzili taleplerinin kullanılmasının, satıcıya ek bir süre tanınması gereği-ne bağlanmış olması nedeniyle doktrinde, ikincil ifa talebinin fiilen önce kullanılması gerektiği ve bu açıdan yönerge çözümüne paralel bir çözümün benimsenmiş olduğu kabul edilmektedir, örn. bkz. *Lorenz/Riehm*, § 5 N.504 vd.; *Haas*, in: *Das neue Schuldrecht*, Kapitel 5 N.141 (BGB § 440 satıcıya, ifayı gerçekleştirilmesi için bir süre tayin edilmesine ihtiyaç olmayan hallerden bahsetmek suretiyle öncelikle bir süre verilmesi gerektiğini zimni olarak öngörmektedir, ayrıntı için bkz. *Westermann*, NJW 2002, 241, 248).

mal teslim edilmiş ve bu ayıbın esası olduğu anlaşılırsa, alıcı, ayıpsız ile değiştirme veya tamirat isteyebileceği gibi, semenin tenzili veya dönme haklarını da kullanabilir. Ancak bu haklarından hangisini kullanacağı konusunda bir tercihte bulunması gerekir. Eğer ayıpsız ile değiştirme veya tamirat isterse sözleşme ayakta kalır ve semeni ödeme borcu aynen devam eder; eğer semenin tenzilini isterse, satıcının ifa borcu sona erer, alıcının semeni ödeme borcu ise azalmış olarak devam eder; sözleşmeden dönme talep etmesi halinde ise asli edim yükümlülükleri sona erer ve sözleşme bir tasfiye ilişkisine girer²⁵⁵.

Bu hakların birbirini dışladığı ise açıktır. Dolayısıyla bunlardan birinin seçilmiş olması halinde, alıcının ne oranda bu seçimiyle bağlı olduğu, yani, seçiminden vazgeçip, diğer alternatifleri kullanabileceği sorusu doğmaktadır (*ius variandi*)²⁵⁶. Sorunu, alıcının seçim imkanlarına göre sırası ile incelemekte fayda vardır. Tamirat veya malın ayıpsız ile değiştirilmesini istediği hallerde kural olarak alıcı bu talebi ile bağlı değildir²⁵⁷. Bu türden bir bağlılık sadece alıcının m.47 uyarınca satıcıya, sözleşmeye aykırılığı gidermesi için bir süre tanınmış olması halinde söz konusu olabilir²⁵⁸. Bu sürenin sonuna kadar alıcının tercihi ile bağlı olması ise doğaldır; aksini kabul, çelişkili davranış yasağını ihlal ederdi²⁵⁹. Ancak sürenin sonunda sözleşmeye aykırılık ortadan kalkmamışsa, alıcı yine bütün seçimlik haklarını, serbestçe kullanabilecektir²⁶⁰.

Buna karşılık alıcının sözleşmeden dönme hakkını tercih etmiş olması halinde beyanın etkisi tartışmalıdır. Kanımca doktrinde bir kısım yazarın yaptığı gibi²⁶¹, dönme hakkının CISG'da da bir yenilik doğuran hak olarak düzenlendiğini söylemek uygun gözükmemektedir. Zira CISG'nin hazırlanmasında, birçok farklı hukuk düzenini bağdaştırma kaygısı ile hareket edildiği için, mümkün olduğu ölçüde teknik terim ve tanımlardan uzak kalmak tercih edilmiştir. Unutulmamalıdır ki, dönme hakkı bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirildiği anda, bu kavrama ilişkin olarak iç hukuk düzenlerinde yaşanan bütün tartışmalar²⁶² CISG

²⁵⁵ Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 D VI.

²⁵⁶ Kavram hakkında Türk-İsviçre hukuku açısından bkz. *Buz*, recht 1987, 197 vd. BGB reformu sonrasında Almanya'daki durum için bkz. *Derleder*, 411 vd.

²⁵⁷ MünchKommHGB/*Benicke*, Art.46 CISG N.5; *Schulz*, 274 ve 305. Ayrıca bkz. *Schürholz*, 66.

²⁵⁸ Bkz. bu bölümde aşağıda A II 2.

²⁵⁹ *Schürholz*, 66.

²⁶⁰ *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.45 N.15; *Schulz*, 285 ve 304 vd.; *Staudinger/Magnus*, Art.46 N.31; *Piltz*, § 5 N.193. Ancak dönme hakkının kullanılması ile ilgili olarak CISG m.49, f.2, (b) (ii)'de öngörülen makul sürenin dikkate alınması gerekir. Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 D IV.

²⁶¹ Bu yönde örn. *Staudinger/Magnus*, Art.49 N.26; *Erdem*, La Livraison, N.860; *Leser*, 225, 233; *Heilmann*, 504; *Freiburg*, 304; *Piltz*, § 5 N.296.

²⁶² Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. *Buz*, Yenilik Doğuran Haklar, 454 vd.

çerçevesinde de gündeme gelecektir. Oysa Antlaşmanın otonom yorumlanması ilkesi bunu aşmak için güzel bir fırsattır²⁶³.

CISG m.49, f.1 uyarınca sözleşmeden dönme, satıcının tek taraflı beyanı ile gerçekleşmektedir²⁶⁴. Bu beyanın, satıcı tarafından kabul edilmiş olması aranmadığı gibi, örneğin Fransız hukukunda olduğu gibi, sözleşmenin ortadan kalkması için bir hakim kararına da ihtiyaç yoktur²⁶⁵. Alıcının iradesini beyan etmesi yeterlidir. Bu beyanın CISG uyarınca hüküm ifade ettiği andan itibaren²⁶⁶ geri alınması kural olarak mümkün değildir²⁶⁷. Ancak bu kuralın istisnaları pekâlâ olabilir. Zira, alıcının belirli bir andan itibaren beyanı ile bağlı olmasının arkasında yatan mantık, satıcının, sürekli değişen taleplere muhatap olmasını engellemektir. Yani beyan muhatabının hakkı menfaatlerini korumak düşüncesi ile, beyanın geri alınması engellenmektedir²⁶⁸. Bu nedenle, somut olayın özellikleri be-

²⁶³ Benzer bir yaklaşım için bkz. *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art.26 N.6.

²⁶⁴ *Freiburg*, 304; *Schlechtriem/U.Huber*, Art.45 N.28; *Welser*, Verkäufer, 105, 117; *Erdem*, La Livraison, N.860-861.

²⁶⁵ Sözleşmeden dönme kurumunun farklı düzenlenme şekilleri için örn. bkz. *Flessner*, ZEuP 1997, 255, 270 vd.; *Müller-Chen*, 290 vd.

²⁶⁶ Dönme beyanın hüküm ifade ettiği anı tespit ederken iki madde önem kazanmaktadır. Biri, "sözleşmenin ortadan kaldırılması beyanı, ancak diğer tarafa bildirimle yapılması halinde hüküm ifade eder" diyen CISG m.26; diğer ise "Antlaşmanın bu Kısımında açıkça aksi düzenlenmedikçe, sözleşme taraflarından birinin bu Kısımına 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" diyen CISG m.27'dir. Bu iki maddenin nasıl anlaşılması gerektiği ise doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre dönme beyanı gönderildiği anda hüküm ifade eder, zira CISG m.27'den, common law sisteminde hakim olan, gönderme kuramına (*Ab-sendetheorie/dispatch theorie*) üstünlük verilmek istendiği anlaşılmaktadır. Eğer beyanın kaybolması veya gecikmesi veya eksik ulaşması rizikosunu, beyan muhatabı taşıyorsa, bu durumda beyan yöneltmek suretiyle hüküm ifade ediyor demektir (Özellikle bkz. *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem*, Art.27 N.13). Buna karşılık diğer bir görüş, özellikle bu maddelerin hazırlanması sürecini dikkate alarak, m.27'de sadece beyanın iletimindeki aksaklıkların kimin tarafından taşınacağı hususunun düzenlenmek istendiği, buna karşılık m.26'nın dönme beyanı açısından açıkça varma anlamı esas aldığı görüşünü savunmaktadır (özellikle bkz. *Neumayer*, FS Drobnig, 97, 105 vd.). Bu görüşe göre dönme beyanı iletimdeki aksilikler olmasaydı hangi anda muhataba ulaşacak idiyse o anda hüküm ifade eder. Kanımca dönme beyanının geri alınması imkanı açısından bu tartışma çok büyük bir fark yaratmamaktadır (Hangi görüşe üstünlük tanınması gerektiği konusunda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 D III). Zira iki görüşün taraftarları da, bazı durumlarda bu beyanın geri alınmasının mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bkz. *Schlechtriem/Schwenzer/Schlechtriem*, Art.27 N.14; *Hirner*, 284 vd.; *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art.26 N.6; *Krebs*, 28 vd.

²⁶⁷ *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art.26 N.6; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.49 N.43; *Schlechtriem/U.Huber*, Art.45 N.28; *Schulz*, 268; *Piltz*, § 5 N.135.

²⁶⁸ *Schlechtriem/U.Huber*, Art.45 N.28a. Türk hukuku açısından aynı yönde *Buz*, Yenilik Doğuran Haklar, 465 vd. ve 486 vd.

yanın geri alınması aleyhine bir menfaat çatışması içermiyorsa, alıcının dönme yerine başka bir hakkını kullanması mümkün olmalıdır²⁶⁹. Özellikle satıcının, alıcının dönme hakkına sahip olduğunu veya malın ayıp olduğunu reddettiği hallerde, alıcının dönme beyanı ile bağlı tutulması için bir sebep bulmak güçtür²⁷⁰. Zira bu durumda satıcı zaten, kendisini dönmeğe göre ayarlamamakta, buna göre hareket etmemektedir.

Diğer yandan alıcı, CISG uyarınca hakkı olmamasına rağmen bir dönme beyanı yönelmiş olması halinde de bununla bağlı olmaz. Örneğin, aşağıda incelenecek olan CISG m.49, f.2'deki süreleri kaçırdıktan sonra alıcının dönme yönünde iradesini beyan etmiş olmasının tek başına bir sonuç doğurması mümkün değildir. Buna karşılık satıcının, alıcının bu beyanını kabul ettiğini ifade etmesi halinde artık bağlılık gerçekleşir²⁷¹. Zira bu hallerde, tarafların karşılıklı anlaşma ile sözleşmeyi ortadan kaldırdıkları kabul edilmek gerekir (CISG m.29).

Üzerinde durulması gereken diğer bir hak ise, alıcının semeni indirim hakkıdır. Kanımca aynı dönme hakkında olduğu gibi, semenin indirilmesi hakkında da bir yenilik doğuran beyanın var olup olmadığı tartışmasına girmeye gerek yoktur²⁷². Zira alıcının semenin indirilmesini tercih etmiş olmasına rağmen, satıcının herhangi bir menfaatinin zedelediği hallerde başka bir seçimlik hakkını kullanmasında bir sakınca olmamak gerekir²⁷³. Aşağıda görüleceği üzere, gerek tamirat ve yenisi ile değiştirme talebinin, gerekse dönme beyanının belirli süreler içinde yöneltilmesi gerekir²⁷⁴. Dolayısıyla alıcının bu süreleri kaçırmış olduğu hallerde semenin tenzili seçimlik hakkından vazgeçip başka bir hakkı kullanması zaten mümkün olmayacaktır.

²⁶⁹ Özellikle bu noktada, dönme beyanını bir yenilik doğuran beyan olarak nitelendirip, bu tür beyanların geri alınma imkanının olup olmadığı tartışmasını CISG'a aktarmamın yanlışlığı ortaya çıkmaktadır. İsviçre-Türk hukukundaki bu tartışma için bkz. örn. *Buz*, recht 1997, 197, 199 vd.; *Aral*, 135 vd.; *Honsell*, BT, 97 vd.; *BernerKommentar/Giger*, Art.205 N.7 vd. Alman hukuku için bkz. *Dertleder*, 418 vd.

²⁷⁰ *Lookofsky*, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. (Special Issue 2003), 263, 282; *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art.26 N.6; *Honsell*, BT, 98. *Müller-Chen*'in hakkı olarak ifade ettiği gibi, bu hallerde satıcının, alıcının dönme beyanını geri alamayacağı iddia etmesi, çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil eder (*Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.46 N.16).

²⁷¹ *Schlechtriem/U.Huber*, Art.45 N.29. Aynı yönde *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.46 CISG, N.14; *Vahle*, ZVglRWiss 1999, 54, 58.

²⁷² Yenilik doğuran bir beyan olduğu yönünde örn. *Venturi*, N.285; *Hirner*, 279; *Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine*, Art.50 N.6; *Neumayer/Ming*, Art. 50 N.1; *Karollus*, 157; *Piltz*, § 5 N.317.

²⁷³ Bu yönde *Schlechtriem/U.Huber*, Art.45 N.30-31; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.45 N.18-19; *Hirner*, 287 vd.; *Venturi*, N.894 ve N.838 vd.; *Honsell/Schnyder/Straub*, Art.50 N.31.

²⁷⁴ *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.45 N.19.

Alıcı, bütün bu seçimlik hakları ile birlikte uğradığı zararların giderimi için tazminat talep edebilir. CISG m.45, f.2 uyarınca, seçimlik haklarından herhangi birini kullanması nedeniyle, alıcı tazminat hakkını kaybetmez. Yani tazminat talebi ile bu seçimlik haklar birbirini dışlamaz; aksine, tazminatın her birine eklenmesi mümkündür. Ancak tercihe bağlı olarak tazminatın kapsamı kuşkusuz değişecektir²⁷⁵.

II. Alıcının Hakları ve Satıcıya Ek Süre Verilmesi

Satıcının yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, alıcının seçimlik haklarından faydalanabilmesi acaba Antlaşmada herhangi bir ek süre tanınması şartına bağlı tutulmuş mudur? CISG bu konuya ilişkin iki düzenleme içermektedir.

1. Alıcının İradesi Dışında Ek Süre Verilememesi

CISG m.45, f.3 uyarınca "Alıcı, sözleşmenin ihlâl edilmesi halinde sahip olduğu hukuki imkanlardan birine başvurduğu takdirde, satıcıya, bir mahkeme veya hakem tarafından ek süre tanınmaz." Bu düzenlemenin temelinde yatan düşünce, farklı hukuk sistemlerinde, alıcının haklarını kullanmasını belirli bir süre geciktirerek, sözleşmenin ifası için satıcıya son bir şans vermek konusunda mahkemelere verilmiş olan takdir hakkının kullanımını, CISG'a tâbi sözleşmeler açısından engellemektir²⁷⁶. Özellikle Fransız hukukunda bu konuda hakime yetki verilmiş olması²⁷⁷ Antlaşmayı hazırlayanların m.45'e bu tür bir hüküm eklemesinde etkili olmuştur. Bu yasak, hakem mahkemeleri için de aynı şekilde geçerlidir²⁷⁸.

2. Alıcının Ek Süre Vermesi

a. CISG'in sözleşmeye aykırılık sistemi içinde ek sürenin anlamı

Her ne kadar CISG'a tâbi bir satım sözleşmesi açısından, mahkeme veya hakemler satıcıya son bir süre tanıma imkanına sahip değilse de al-

²⁷⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 E VI. Oysa İsviçre-Türk hukukunda ayıp ifa halinde tazminat talebi sadece sözleşmeden dönme hali için BK m.205'de düzenlenmiştir. Buna karşılık alıcının, yenisi ile değiştirme, tamirat veya semenin tenzili talep ettiği hallerde ayrıca m.205'e dayanarak tazminat isteyebilip isteyemeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda bkz. *BernerKommentar/Giger*, Art.208 N.53 vd.; *Serozan*, Borçlar Özel, 142; *Yavuz*, Ayıp, 187 vd., 191.

²⁷⁶ *Heuzé*, N.402; *Neumayer/Ming*, Art.45 N.3.

²⁷⁷ Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, Fransız hukukunda sözleşmeden dönme yenilik doğuran bir dava hakkı olarak düzenlenmiştir (Art.1184 Cc). Aynı madde, hakime bu talebi kabul etmeden önce borçluya ek bir süre tanıma imkanını vermiştir (*délai de grace*). Bu konuda bkz. *Bénabent*, N.304.

²⁷⁸ *Herber/Czerwenka*, Art.45 N.10.

cının kendisinin bu tür süre tanımına engel yoktur. Bu hususu CISG m.47 düzenlemiştir²⁷⁹. Buna göre:

- (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 hukuki imkanlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden alıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez.

Demek ki satıcının herhangi bir yükümlülüğünü ifa etmemesi halinde, alıcının, bu sözleşmeye aykırılığı gidermesi için satıcıya ek süre vermesi imkanı vardır^{280, 281}. Malın hiç teslim edilmemesi kadar ayıph teslim edilmesi halinde de bir ek süre verilebilir²⁸². İlkinde alıcının talebi teslimine, ikinci halde ise, yenisi ile değiştirme veya tamirata yönelik olacaktır. Ancak maddenin ifadesinden de anlaşıldığı üzere, alıcı açısından bir ek süre verme mecburiyeti söz konusu değildir²⁸³. Alıcının sözleşmeye aykırılık nedeniyle var olan haklarını kullanabilmesi kural olarak bir süre tanınması şartına bağlı değildir. Satıcının ifa etmemesi kadar, sözleşmeye aykırı mal ifa etmesi halinde alıcının hemen kullanabileceği haklar vardır. Bunlar sadece sözleşme ihlalinin esash olup olmamasına göre değişebilmektedir²⁸⁴. Örneğin teslim edilen malın sözleşmeyi esash surette ihlal ettiği hallerde, alıcının sözleşmeden hemen dönme hakkı vardır. Buna rağmen alıcı, dönme hakkını kullanmak yerine ilgili malın değiştirilmesini istiyorsa, satıcıya bir süre tanınması mümkündür. Veya ifadaki gecikme sözleşmenin esash ihlali anlamına geliyorsa, alıcının hemen sözleşmeden dönme hakkı vardır. Ancak isterse satıcıya bir süre tayin etmek suretiyle bir ifa şansı daha vermesi mümkündür.

²⁷⁹ Borçluya, sözleşmeye aykırılığı giderebilmek için ek süre verilmesi imkanı PECL Art. 8:106'da ve PICC Art.7.1.5'de de düzenlenmiştir.

²⁸⁰ Alıcının, bir yükümlülüğün ifasını talep edebilmesi için kuşkusuz CISG m.46 uyarınca ifa talebinin ön koşullarının var olması gerekir. Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 B.

²⁸¹ Common law sisteminde bu tür bir imkanın olmadığı ve CISG çözümünün bu sisteme kattığı yenilikler hakkında bkz. *Piliounis*, 12 Pace Int'l L. Rev. (2000), 1, 19 vd.

²⁸² Doktrinde bazen ileri sürüldüğü gibi (*Heilmann*, 436; *Schwenzer*, Rechtsbehelfe, 37, 42), sadece satıcının hiç ifa etmemiş olduğu hallerde m.47'nin uygulanması ise söz konusu değildir. Satıcının her türlü sözleşmeye aykırılığında, alıcının m.47 uyarınca bir ek süre tanınması imkanı vardır. Sadece süre tanımının sonuçları sözleşmeye aykırılığın türüne göre değişmektedir.

²⁸³ Draft Digest/Magnus, Art.47 N.4; *C. Schmid*, 251; *Erdem*, La Livraison, N.772. Eğer alıcı ayıplı malın tamirini istemiş ancak bir süre tayin etmemişse, bu durumda satıcının makul bir süre içinde bu borcunu ifa edebilmesi gerekir. Bkz. *Erdem*, La Livraison, N.772.

²⁸⁴ Sözleşmenin esash ihlali kavramı hakkında bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B II ve orada özellikle başlık 3.

Süre tayininin, alıcının haklarını kullanması açısından önem taşıdığı tek hal, kesin vadeli olmayan işlemlerde satıcının ifa etmemesidir. İfa'nın hiç gerçekleşmediği hallerde, taraflarca saptanan vade kesin bir vade değilse, ilk aşamada esash bir ihlal söz konusu olmayacaktır²⁸⁵. Bu durumda alıcının sözleşmeden dönme hakkının olmadığı ve sözleşme ile bağlılığının devam ettiğini kabul etmek gerekecektir. İşte bunu aşmak için CISG m.49, f.1 (b) uyarınca alıcının, satıcıya, CISG m.47'ye dayanarak bir ek süre tanınması imkanı verilmiştir. Bu sürenin sonunda ifa hâla gerçekleşmemiş ise artık sözleşme ihlalinin esash olduğu tartışması yapılmaksızın alıcıya dönme hakkı tanınmıştır²⁸⁶.

CISG m.47'de düzenlenmiş ek süre verme imkanının en önemli uygulama alanı budur²⁸⁷. Zira diğer bütün sözleşmeye aykırılıklarda seçimlik hakların kullanılması sadece ihlalin CISG m.25 uyarınca esash olup olmamasına göre değişecektir. Özellikle malın teslim edilmiş fakat ayıph olması halinde, ihlal esash değilse²⁸⁸, satıcıya malı tamir etmesi için süre verilmesi suretiyle, bu sürenin sonunda ihlalin otomatik olarak esash mertebesine çıkarılması imkanı yoktur²⁸⁹. Ancak, maldaki ayıphın tamirat suretiyle giderilebilecek olması nedeniyle ilk anda kabul edilmeyen esas-

²⁸⁵ Yani BK m.187/OR Art.190'da düzenlenmiş olduğu gibi, ticari satımların her halde kesin vadeli işlem olarak değerlendirilmesi CISG bağlamında söz konusu değildir. Bu düzenleme hakkında bkz. *Tandoğan*, Borçlar Özel, 133; *BaslerKommentar/Koller*, Art.190 N. 11 vd.

²⁸⁶ *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.47 N.1; *Schwenzer*, Rechtsbehelfe, 37, 41; *Staudinger/Magnus*, Art.47 N.2. Ayrıca, BK m.106-108'de kabul edilmiş olan sisteme benzer bir sistem söz konusudur. BK m.106 uyarınca da, borçlunun (satıcı) temerrüdü halinde, alacaklı (alıcı) seçimlik haklarını kullanmak istiyorsa, kural olarak ek bir süre vermek durumundadır. Bu süreyi tanımının faydasız olacağı hallerde veya kesin vadeli işlemlerde veya alacaklının aynen ifada menfaatinin kalmadığı hallerde ise süre tayini gereği ortadan kalkmaktadır (BK m.107). Bu üç halin, CISG anlamında sözleşmenin esash ihlali sayıldığı düşünülecek olursa, İsviçre-Türk hukukunda da temerrüt halinde esash ihlal durumunda sözleşmeden hemen dönülebileceği, buna karşılık esash olmayan hallerde ek bir süre verilmesi gerektiği söylenebilir. Ancak CISG açısından "esashlık", BK m.107'de sayılan hallerle sınırlı olmadığı için ek süre vermeden dönme imkanı BK'ya nazaran daha fazla olacaktır. Ayrıca bkz. *Honsell*, 140-141. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüt ve seçimlik hakların kullanılması şartları hakkında örn. bkz. *Havutçu*, 42 vd.; *Buz*, Dönme, 106 vd.

²⁸⁷ *Schlechtriem/U.Huber*, Art.47 N.2.

²⁸⁸ Ayıplı mal teslim edilmesi halinde esashlık değerlendirmesi için bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B II 2 ve 3 c.

²⁸⁹ *v. Caemmerer*, Wesentliche Vertragsverletzung, 33, 51; *C.Schmid*, 251; *Staudinger/Magnus*, Art.47 N.2; *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.47 CISG, N.2; *Rolland*, FS Schlechtriem, 629, 644; *Yovel*, Art.49 N.9. Gerek PECL, gerekse PICC bu konuda aynı tutumu benimsemiştir. PECL Art.8:106 (3) ve PICC Art.7.1.5 sadece geç ifa hallerinde süre tanınması suretiyle sözleşmeden dönme imkanı vermektedir. Yoksa ayıph ifa halinde, ihlal esash değilse mehil tayin ederek alıcının sözleşmeden dönme yolunu açması mümkün değildir. Bkz. *v.Bar/Zimmermann*, PECL Art.8:106, 452-453; PICC Art.7.1.5, 173.

lı ihlalin²⁹⁰, tamiratın başarılı olmaması nedeniyle daha sonra doğabilecek olmasına dikkat etmek gerekir²⁹¹. Fakat bu olasılıkta da ihlalin esasa dönüşmesi, süre tanınmış olmasından değil, tamiratın başarısız olmasından kaynaklanmaktadır²⁹².

b. Ek süre verilmesinin koşulları

Alıcı, satıcının sözleşmeden doğan herhangi bir yükümlülüğünü ifa etmemesi halinde kendisine bir ek süre tanıyabilir²⁹³. İhlal edilen yükümlülüğün, taraflar arasındaki sözleşmeden veya CISG'nin yedek hükümlerinden kaynaklanıyor olması bir fark yaratmaz. Hakim görüş uyarınca²⁹⁴, alıcı tarafından ek süre tanınabilmesi için, satıcının yükümlülüğünü ifa tarihinin geçmiş olması gerekir. Henüz satıcı açısından ifayı vaktinde gerçekleştirme imkanı olduğu sürece ek süre verilmesi bir etki doğurmayacaktır²⁹⁵; yani borcun muaccel olması gerekir.

Alıcının, satıcıya bir ek süre tanıdığını bildirmesi gerekir. Bildirim, genel kural uyarınca (CISG m.11), herhangi bir şekle bağlı tutulmamıştır²⁹⁶. Ancak bildirim içeriğinden, alıcının belirli bir süre içinde yükümlülüğün ifasını talep ettiği anlaşılır olmalıdır. Örneğin, "31 Mart'a kadar", "bildirimin varmasından itibaren 2 hafta içinde" gibi ibareler yeterli kesinliği taşımaktadır. "Üç hafta içinde" gibi bir ibarede ise, gönderme tarihinin esas alınması mümkündür. Buna karşılık "hemen", "derhal",

²⁹⁰ Bu konuda bkz. bu bölümde ve paragrafta V 3 b aa.

²⁹¹ Satıcının tamirat denemesinde ortaya çıkan bazı ek sözleşmeye aykırılıklar nedeniyle, bunların "toplamanın" esaslı bir ihlalin kabulü sonucunu doğurması da mümkündür. Örn. alıcının satıcıya karşı güveninin sarsılması gibi. Bkz. Schulz, 306.

²⁹² Schlechtriem'in, bu şekilde, ayıplı ifa hallerinde alıcıya süre tanımak suretiyle sözleşmeden dönme hakkının verileceği ve bunun CISG sistemine uymadığı yönündeki eleştirisine katılmıyorum (Schlechtriem, FS Trinkner, 321, 330). Zira metinde de ifade edildiği gibi, ayıplı ifanın esaslı bir sözleşme ihlali oluşturması, tamiratın gereği gibi gerçekleştirilememiş olmasından kaynaklanmaktadır.

²⁹³ Schlechtriem/U.Huber, Art.47 N.5.

²⁹⁴ Staudinger/Magnus, Art.47 N.14; Schlechtriem/U.Huber, Art.47 N.14; Honsell/Schnyder/Straub, Art.47 N.9; Achilles, Art.47 N.3; MünchKommBGB/P.Huber, Art.47 CISG, N.6.

²⁹⁵ Ziegler, 156. Ancak CISG m.72'de öne alınmış sözleşme ihlali için, yani henüz vade gelmeden sözleşmenin ihlal edileceğinin kesin olarak anlaşıldığı haller için özel bir düzenleme mevcuttur. Buna göre "(1) Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir. (2) Sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmek niyetinde olan taraf, süre elverdiği takdirde karşı tarafa, yükümlülüklerinin ifasına dair yeterli teminat göstermesine olanak tanımak amacıyla, kefiyete ilişkin makul bir bildirimde bulunmalıdır." Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 D V 1.

²⁹⁶ Erdem, La Livraison, N.777.

"kısa süre içinde" gibi ifadeler yeterli açıklığa sahip olmadığı için CISG m.47'nin şartlarını yerine getirmez²⁹⁷.

Ancak yine CISG m.47 uyarınca sürenin makul uzunlukta olması gerekir. Kuşkusuz bu konuda bir genelleme yapılması mümkün değildir. Her somut olay için makul sürenin ne olduğu hakim tarafından tespit edilmek gerekir. Özellikle ihlal edilmiş olan yükümlülüğün hangisi olduğu, bunun ifası için gerekli olabilecek süre, hızlı bir ifa sürecine ilişkin olarak, tarafların sözleşmeye yansımış iradeleri gibi farklı kriterler bu değerlendirmede önem kazanabilecektir²⁹⁸. Eğer alıcı, makul olmayan bir süre tanıyorsa, bunun etkisinin ne olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu hallerde m.47 uyarınca bir ek süre verildiği kabul edilemez²⁹⁹. Dolayısıyla alıcının beyanının bir etkisi olmaz. Buna karşılık hakim görüşü, alıcının ek süre tanıma iradesini bu hallerde de beyan ettiğini haklı olarak kabul etmekte, fakat m.47'ye bağlanan sonuçların makul bir sürenin geçmesinden sonra devreye gireceğini savunmaktadır³⁰⁰. Buna karşılık süre gereğinden uzun saptanmışsa alıcının yine de bu süre için kendisini bağlamış olduğu kabul edilmek gerekir³⁰¹.

c. Ek süre verilmesinin sonuçları

Ek süre verilmesinin en önemli sonucu, yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi, hiç ifa edilmemiş olan hallerle sınırlı olarak, sürenin sonunda satıcının hâlâ malı teslim etmemiş olması durumunda alıcının, sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığı incelemesine ihtiyaç kalmadan sözleşmeden dönebilmesidir. Ancak bu sonuç m.47'de değil, dönmeye ilişkin m.49, f.1 (b) altında ele alınacağı için burada ayrıntıya girilmeyecektir³⁰².

Buna karşılık ek süre tayininin madde 47'de ifade edilmiş olan bir sonucu, alıcının, saptamış olduğu bu süre ile bağlı olmasıdır³⁰³. Alıcı bu

²⁹⁷ OLG Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-Online N.385; MünchKommBGB/P.Huber, Art.47 CISG, N.9; Ziegler, 158.

²⁹⁸ Achilles, Art.47 N.4.

²⁹⁹ Honsell/Schnyder/Straub, Art.47 N.24.

³⁰⁰ MünchKommBGB/P.Huber, Art.47 CISG, N.13; Staudinger/Magnus, Art.47 N.20; Herber/Czerwenka, Art.47 N.4; Bamberger/Roth/Saenger, Art.47 CISG N.7; Achilles, Art.47 N.4; Schlechtriem/U.Huber, Art.47 N.12. Alman Celle İstinaf Mahkemesinin bir kararında, CISG m.47'ye dayanılarak verilmiş olan sürenin kısa olması halinde, makul süre esas alınarak sözleşmeden dönme hakkının doğumu anının tespit edileceğini ifade etmiştir (OLG Celle, 24.05.1995, CISG-Online N.152). Aynı yönde OLG Naumburg, 27.04.1998, CISG-Online N.512. Nitekim gerek PECL Art. 8:106 (3) gerekse PICC Art.7.1.5 (3) açıkça, ek sürenin fazla kısa tayin edilmiş olması halinde, ancak makul sürenin geçmesinden sonra alıcının haklarını kullanabileceğini ifade etmiştir. BK m.106 uyarınca tayin edilecek süre açısından aynı yönde Havutçu, 46; Serozan, Borçlar Genel, § 17 N.11.

³⁰¹ Schlechtriem/U.Huber, Art.47 N.13.

³⁰² Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 D II 2.

³⁰³ Ziegler, 157.

süreyi tayin etmek suretiyle satıcıya, yükümlülüğünü yerine getirmesi için son bir şans vermiştir; dolayısıyla kendisine tanınmış olan diğer seçimlik haklardan birini bu süre zarfında kullanma imkanı yoktur³⁰⁴. CISG m.47, f.2, hiçbir seçimlik hakkın kullanılmayacağından bahsetmiş olduğu üzere, alıcı, bu süre boyunca sözleşmeden dönemeyeceği gibi, semenin tenzili, ifa yerine tazminat gibi haklarını kullanamayacaktır³⁰⁵.

Süre tayininin etkileri konusunda farklı alternatifler düşünülebilir. İlk alternatif, satıcının bu süre içinde yükümlülüğünü yerine getirmesidir. Bu durumda alıcının süreyle bağlılığı ortadan kalktığı gibi, seçimlik hakları da sona ermiş olacaktır. Ancak CISG m.47'de özellikle vurgulandığı üzere, gecikmiş ifa nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep hakkı saklıdır³⁰⁶. Diğer bir alternatif, sürenin geçmesine rağmen satıcının herhangi bir adım atmamasıdır. Bu durumda alıcının bağlılığı ortadan kalktığı gibi, bütün seçimlik haklarını kullanması imkanı yeniden doğar. Üçüncü alternatif ise, süre henüz geçmemiş olmasına rağmen satıcının ifa etmeyeceğini açıkça beyan etmesidir. Bu durumda alıcının, koymuş olduğu süre ile bağlı olduğunu savunmanın bir anlamı kalmaz. Nitekim CISG m.47, f.2 uyarınca, satıcının bu tür bir bildirimini alıcıya ulaştığı andan itibaren bağlılık ortadan kalkar ve alıcının diğer seçimlik hakları arasında tercihte bulunması imkanı doğar³⁰⁷.

III. Kısmi Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları

1. Genel Olarak

CISG m. 51 uyarınca,

- (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.

³⁰⁴ MünchKommBGB/P.Huber, Art.47 CISG, N.16. Yazarın hakkı olarak ifade ettiği gibi, aslında bu sonuca çelişkili davranış yasağına dayanarak da varılabilecektir.

³⁰⁵ Alıcının hangi hallerde malı tamir edip, satıcıdan bunun masraflarının tazmin edilmesini isteyebileceği konusunda bkz. Schulz, 311. Bu husus BGB reformu sonrasında Alman doktrininde en yoğun tartışılan konulardan biri olmuştur. Ayrıntılı bilgi için örn. bkz. Schürholz, 68-76.

³⁰⁶ Diğer yandan satıcının ayıplı mal ifa etmiş olduğu hallerde, bu ayıptan dolayı alıcının uğradığı zararlar açısından da tazminat talebinin baki olduğu öğretide haklı olarak kabul edilmektedir (MünchKommBGB/ P.Huber, Art.47 CISG, N.24).

³⁰⁷ Erdem, La Livraison, N.796.

Görüldüğü gibi madde, kısmi ifa ve kısmen ayıplı ifa hallerinde alıcının seçimlik haklarının nasıl kullanılacağını düzenlemektedir³⁰⁸. Kuşkusuz, satım konusu malın bölünebilir olması bu maddenin uygulanmasının ön koşuludur³⁰⁹. Bu değerlendirmede satım konusu malın, madde itibarıyla bölünebilirliği (bir at), ekonomik olarak bölünebilirliği (bir çift ayakkabı) ve sözleşmeden kaynaklanan subjektif değer yargıları uyarınca bölünebilirliği (bir çift koşumluk at) önem taşır³¹⁰. Verilen örneklerin hiçbirinde edimin bölünmesi imkanı yoktur. Yine, satılan arabanın ABS sisteminin eksik olması da kısmen ayıplı ifa olarak nitelendirilemez, zira bu hallerde mal ekonomik bir bütünlük arz etmektedir³¹¹. Veya teslim edilecek her balya tütünün belirli bir ağırlığının olmasının sözleşmede kararlaştırılmış olduğu hallerde, her bir balyanın eksik gramağlı çıkması da m.51 çerçevesinde değerlendirilebilecek bir eksik ifa değildir. Bu durumda da mal tümü itibarıyla ayıplı ifa edilmiştir; kısmen ayıplı ifa söz konusu değildir³¹². Buna karşılık teslimi borçlanılmış 1000 ton buğdayın sadece 950 tonu teslim edilmişse veya çuvallar içinde bulunan 50 tonluk kısmı çürümüşse m.51'in uygulanması söz konusu olur.

Tarafların zaten, edimin belirli bir zamana yayılmış olarak, kısım kısım ifa edilmesini kararlaştırmış oldukları art arda teslimli satım sözleşmeleri³¹³ açısından CISG m.51 kuralı olarak uygulama alanı bulmaz³¹⁴. Zira CISG m.73 bu tür sözleşmeler için özel bir düzenleme içermektedir. Sadece teslim edilmesi gereken kısımlardan biri kendi içinde eksik teslim edilirse bu durumda m.51'in devreye girmesi düşünülebilir.

2. Kısmi İfa Halinde Seçimlik Haklar

CISG m.51'de düzenlenen ilk hâl, bölünebilir bir borcun sadece bir kısmının teslim edilmesidir. Yani 1000 bilgisayardan sadece 900'ü teslim edilmiştir, 100 bilgisayar eksiktir veya 1000 ton buğdayın 50 tonu eksik ifa edilmiştir. Yukarıda da üzerinde durulmuş olduğu gibi, miktar itibarıyla eksik ifa, CISG bağlamında ayıplı ifadır (CISG m.35, f.1)³¹⁵. Dolay-

³⁰⁸ CISG m.35'de eksik ifanın da ayıplı ifanın bir türü olarak sayıldığı düşünülecek olursa CISG m.51'de iki hâlin ayrı ayrı anılmış olması sistematik açıdan çok tutarlı değildir. Aynı yönde Honsell/Schnyder/Straub, Art. 35 N.27.

³⁰⁹ Honsell/Schnyder/Straub, Art.51 N.8; Erdem, La Livraison, N.809. Edimin ne zaman bölünebilir sayılabileceği konusunda bkz. Gümüş, Tekil Armağani, 603, 606 vd.

³¹⁰ Tasnif ve örnekler için bkz. Serozan, Borçlar Genel § 9 N.1.

³¹¹ Hirner, 133.

³¹² MünchKommBGB/P.Huber, Art.51 CISG, N.3-4; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.2.

³¹³ Kavram hakkında bkz. Kuntalp, Ard Arda Teslimli Satış Akdi, Ankara 1968, 7 vd.

³¹⁴ Honsell/Schnyder/Straub, Art.51 N.25.

³¹⁵ Bkz. Bölüm 4 § 3 B II 1 b.

sıyla alıcı ancak ayıplı ifayı kabul etmeme hakkının olduğu hallerde³¹⁶, kısmi ifayı da reddedebilir. Bunun dışında kalan hallerde teslim alması gerekir. Yani BK m.68'e paralel bir düzenleme CISG'da yoktur³¹⁷. Alıcının, kendisine sunulan malı reddetme imkanı ise sadece, ayıp nedeniyle sözleşmenin esaslı surette ihlal edildiği durumlar için tanınmıştır. Demek ki istisnaen, eksik ifanın sözleşmenin tümünün esaslı ihlali anlamına geldiği durumlarda, sözleşmenin tümünden dönme imkanı olduğu gibi eksik ifayı teslim almama imkanı da olacaktır³¹⁸. Aksi takdirde alıcının malı teslim alması ve diğer seçimlik haklarını kullanması gerekir. Bu hallerde seçimlik haklar da ancak eksik olan bölüme ilişkin olarak kullanılabilir³¹⁹. Verilen örneklerin ikisinde de sözleşmenin tümü açısından esaslı bir ihlalin varlığı kabul edilemeyeceği için alıcının kendisine teslim edileni kabul etmesi gerekecektir³²⁰. Bu durumda sorun, ifa edilmeyen 100 bilgisayar veya 50 ton buğday için elinde ne tür yaptırımların olduğunu tespit etmektir.

Her ne kadar CISG m.35'de ve m.51'de eksik ifa ile ayıplı ifa aynı değerlendirilmiş ise de, doktrinde çok sayıda yazar, kısmi ifayı, sonuçları açısından *hiç ifa etmeme* ile eş tutmaktadır. Dolayısıyla eksik ifa hallerinde (aynı ayıplı ifade olduğu gibi) alıcının CISG m.39 uyarınca bir ihbar yükümlülüğünün olduğu kabul edilmesine rağmen, eksik kalan kısma ilişkin ifa talebinin, "asli/orijinal ifa talebi" olduğu savunulmaktadır³²¹.

³¹⁶ Bkz. Bölüm 4 § 3 B VI.

³¹⁷ BK m.68 borcun tamamının muaccel olması halinde alacaklının kısmi ifayı reddetme imkanının olduğunu öngörmektedir. Bu konuda bkz. *Gümüş*, Tekil Armağanı, 603, 613; *Serozan*, Borçlar Genel, § 9 N.1 vd. PICC Art.6.1.3 de, BK m.68'e paralel olarak, alacaklının kısmi ifayı kabul etme mecburiyetinin olmadığını düzenlemektedir. Sadece istisnaen, reddetmekte haklı bir menfaatinin olmadığı hallerde kısmi ifayı kabul etmesi gerekir.

³¹⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.51 N.4; *Achilles*, Art.51 N.2; Honseil/Schynder/Straub, Art.51 N.38; Staudinger/Magnus, Art.51 N.11; Brunner, Art.51 N.7.

³¹⁹ Nitekim aynı düşünce hem BK m.206'da hem de TTK m.25, b.1'de ifade edilmiştir. Bu hükümler hakkında bkz. *Poroy/Yasaman*, 145 vd.; *Doğanay*, 283 vd.

³²⁰ LG Heidelberg'in verdiği bir kararda, alıcı 11 kalem bilgisayar parçası talep etmiş olmasına rağmen alıcı 5 adet teslim etmiştir. Alıcının dönme hakkını sözleşmenin tümüne ilişkin olarak kullanmak istemesi kabul edilmemiştir. Mahkemeye göre ancak eksik ifanın, sözleşmenin tümü açısından esaslı bir ihlal anlamına gelmesi halinde sözleşmenin tümünden dönülebilecektir. (03.07.1992, CISG-Online N.38). KG Zug tarafından verilen bir kararda ise özellikle çeşit satımında kısmi ifa/kısmi ayıplı ifa hallerinde sözleşmenin tümü açısından esaslı bir ihlalin varlığının kabul edilmesinin çok zor olduğu saptanmıştır (30.11.1995, CISG-Online N.856).

³²¹ MünchKommBGB/P/Huber, Art.46 CISG, N.8; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.21; Bianca/Bonell/Will, Art.46 N.2.1.1.1; Herber/Czerwenka, Art.46 N.2; *Karollus*, 136; *Piltz*, § 5 N.145; Staudinger/Magnus, Art.46 N.10; Schlechtriem/U/Huber, Art.46 N.25; *Achilles*, Art.46 N.2; *Vahle*, ZVGRWiss 1999, 54, 57; *Schulz*, 235 ve 322.

Dolayısıyla alıcının, ifa edilmeyen bu kısma ilişkin olarak CISG m.49, f.1 (b) uyarınca süre tamkamlı suretiyle sözleşmenin ilgili kısmından dönebileceği kabul edilmemektedir. Oysa kısmi ifa ile ayıplı ifa aynıdır dersek, 50 ton buğdayın eksik olması ile çürük olması arasında bir fark gözetmemek gerekir. Bir yandan eksik ifa halinde alıcının muayene ve ihbar yükümlülüğünün olduğunu kabul edip diğer yandan bu eksik kısmı hiç ifa etmemiş olarak değerlendirmek tutarlı da değildir. Zira ihbar yükümlülüğünün zamanında yerine getirmeyen alıcının, hiç ifa edilmeyen bu kısım için semeni ödemesi gerekir. Demek ki Antlaşma sanki bu kısım ifa edilmiş gibi değerlendirilmektedir. Doktrinde kanımca ihmal edilen, eksikliğin türüne göre bir ayırım yapmaktır. Yukarıda da ifade edildiği gibi³²², taşıma belgelerinden anlaşılan bir eksik ifa halinde zaten satıcının tüm borcunu ifa etme niyeti ile hareket ettiği kabul edilemez. Bu hallerde CISG m.35, f.1 kapsamında değerlendirilecek bir eksik ifa söz konusu değildir; alıcının ihbarı gerekmeyeceği gibi, kalan kısım açısından asli ifa talebi de devam eder. Buna karşılık gizli eksik ifa hallerinde (*verdeckte Mankolieferung*)³²³, örn. taşıma senetlerinden anlaşılmayan bir eksik ifa halinde maddi ayıp ile örtüşme tamdır. Bu hallerde alıcı ihbarı vaktinde gerçekleştirmezse semeni öder, gerçekleştirirse de artık tali/ikincil ifa talebi uyarınca borcun kalan kısmını istemesi gerekir³²⁴. Dilerse bunun yerine semenin tenzili hakkından faydalanabileceği gibi³²⁵ sözleşmeden kısmen de dönebilir.

3. Kısmen Ayıplı İfa Halinde Seçimlik Haklar

CISG m.51 altında ele alınmış olan ikinci hal ise satıcının malın tümünü teslim etmiş olmasına rağmen bu malın bölünebilen, ayrılabilen bir kısmının ayıplı olmasıdır³²⁶. Yani 1000 bilgisayardan 100'ü bozuk çıkmıştır. Bu hallerde de satıcı, seçimlik haklarını, bozuk 100 bilgisayara ilişkin olarak kullanabilecektir. Ayıp ihbarının yapılmasından sonra tamirat veya semenin indirimini isteyebileceği gibi, sözleşme ihlalinin esaslı olması halinde, 100 adet yeni bilgisayarın teslimini veya bu kısım için sözleşmeden dönmeyi de tercih edebilir. Bu hallerde ihlalin esaslı olup olmadığı değerlendirilmesi sadece bu 100 bilgisayar açısından yapılacaktır.

³²² Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B II 1 h.

³²³ Kavram hakkında bkz. *Lorenz/Riehm*, N.496; *Bamberger/Roth/Faust*, § 434 BGB, N.113; *Haas*, in: *Das neue Schuldrecht*, Kapitel 5 N.127.

³²⁴ Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 B II.

³²⁵ Bkz. *Venturi*, N.623 vd.; *Sekretarya Şerhi*, Art.46 N.6.

³²⁶ Düzenlemenin *ratio legis*'i BK m.206 ile birebir örtüşmektedir. BK m.206 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *BernerKommentar/Giger*, Art.209 N.9 vd. *Yavuz*'un haklı olarak ifade ettiği gibi, BK m.206'daki düşüncenin geliştirilerek dönme dışındaki seçimlik haklar açısından da uygulanması kabul edilmesi gerekir, *Yavuz*, Ayıp, 151.

Yani bozukluk kolayca tamir edilebiliyorsa veya bu bozukluğa rağmen bilgisayarların piyasada bir alıcısı varsa, bu durumda dönme veya yenisi ile değiştirme hakkının kullanılması mümkün olmayacaktır³²⁷.

Aynı tür malların satılmış olması halinde, sözleşmenin geri kalanına da sirayet edebilecek esaslı bir ihlalle nadiren karşılaşılır³²⁸. Doktrinde buna verilen bir örnek, çok sayıda konservenin satılmış olmasıdır. Eğer, temsil kabiliyetine sahip olabilecek sayıda konservenin içeriğinin bozuk olduğu tespit edilmişse, alıcının tüm konserveleri geri vererek sözleşmeden dönmesi imkanı kabul edilmektedir³²⁹. Diğer yandan satım konusunun farklı parçalardan oluşan bir bütünü oluşturması ve bu bütünü içinden bir parçanın bozuk olması halinde yine sözleşmenin tümünden dönülmesi düşünülebilir³³⁰. Örneğin Alman istinaf mahkemelelerinden birinin ele aldığı olayda, satım konusu ayakkabıların % 80'i ayıplı çıkmıştır. Her ne kadar % 20'lik kısmın ayrılması herhangi bir sorun yaratmayacaksa da mahkeme, bu kadar az sayıda ayakkabının pazarlanması ve prezantasyonu için yapılacak harcamalar karşısından alıcının sözleşmenin tümünden dönme istemini kabul etmiştir³³¹.

IV. Alıcının Haklarının Kullanılmasına İlişkin Süre Sınırlaması

Yukarıda da üzerinde durulmuş olduğu gibi³³², CISG içinde dava zamanasını süreleri düzenlenmemiştir. Dolayısıyla asli veya tali ifa ile tazminat taleplerinin ne kadar süre ile ileri sürülebileceği; semenin tenzili ile sözleşmeden dönme haklarının nasıl bir süre sınırlamasına tabi olduğu devletler özel hukuku kuralları uyarınca saptanacak ilgili ulusal hukuk düzenine göre tayin edilecektir³³³. CISG m.39'da öngörülmesi olan 2 yıllık süre sınırlaması sadece ayıplı ifa halinde alıcının ihbar yükümlülüğüne ilişkin olarak getirilmiştir³³⁴. Fakat aşağıda tek tek yaptırımlar

³²⁷ Heilmann, 403; MünchKommBGB/P.Huber, Art.51 CISG, N.16.

³²⁸ KG Zug, 30.11.1995, CISG-Online N.856.

³²⁹ MünchKommBGB/P.Huber, Art.51 CISG, N.19. Ayrıca bkz. Ernst, NJW 1997, 896, 902.

³³⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.51 N.11. Yazarın verdiği örnek, bir bütün oluşturan mobilya takımının bazı parçalarının ayıplı çıkmasıdır.

³³¹ OLG Koblenz'in 18.05.1984 tarihli, CISG m.51'e tekbül eden ULIS m.45'e ilişkin olarak verilmiş olan bir karar. Karar metni için Schlechtriem/Magnus, Art.44 N.6.

³³² Bkz. Bölüm 3 § 3 C II 5.

³³³ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.45 N.33; MünchKommBGB/P.Huber, Art.45 CISG, N.28. Türk hukukunda satım sözleşmesinden doğan taleplerin tabi olduğu zamanasını süreleri hakkında bkz. Serozan, Borçlar Özel, 144 vd.; Yavuz, Ayıp, 155 vd.; Edis, 130 vd.

³³⁴ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B IV 3 d.

açıklanırken görüleceği üzere, CISG, yeni mal talebi ve malın tamir edilmesi talebinin, sözleşmeye aykırılık ihbarından itibaren "makul bir süre içinde" ileri sürülmesini aramaktadır (CISG m.46, 2/3). Diğer yandan dönme hakkı da ancak m.49, f.2'de öngörülmesi olan makul süreler içinde ileri sürülebilir. Bu açıdan bazı hakların kullanılmasında yine de bir süre sınırlamasının var olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Alıcının, vadenin geçmesine rağmen uzun bir süre ifa talebini yöneltmemesi, satıcıda bu talebin yöneltilmeyeceğine ilişkin haklı bir güven oluşturmuşsa, ifa talebinin CISG m.7, f.1 uyarınca engellenmesinin mümkün olduğu doktrinde genel kabul görmektedir³³⁵. Yani ulusal hukuktaki zamanasını süresi geçmemiş olsa bile, CISG'in temel ilkelerinden sayılan dürüstlük kuralı ve çelişkili davranış yasağı alıcının gecikmiş ifa talebini engelleyebilir.

V. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Gidermek Suretiyle Alıcının Haklarını Kullanmasını Engelleyebilme İmkani

1. Genel Olarak

Borçlunun ifa sürecindeki bir sözleşmeye aykırılığı telafi etmek suretiyle alacaklının seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebilmesi imkanı Kara Avrupa'sı sistemlerinde sadece istisnai olarak kabul edilmiştir. Örneğin İsviçre-Türk hukukunda özellikle satım sözleşmesinde bunun bir örneğini bulmak mümkündür. Satıcı, çeşit borcunun yerinde satımının (Platzkauf) söz konusu olduğu hallerde BK m.203, f.2 uyarınca, teslim etmiş olduğu ayıplı malı hemen ayıpsız ile değiştirmeyi teklif ederek alıcının diğer seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebilmektedir³³⁶. Buna karşılık common law ülkelerinde bu ilke sözleşme hukukunun genel bir ilkesi olarak benimsenmekte; borçluya "ikinci servis şansı", yani

³³⁵ Staudinger/Magnus, Art.46 N.28a; Ziegler, 142; MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.20; Brunner, CISG Art.46 N.9; Vahle, ZVglRWiss 1999, 54, 61. Nitekim gerek PECL Art.9:102, f.3 gerekse PICC Art.7.2.2. (e), alıcının, ifa etmeme durumundan haberdar olduğu veya olması gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde ifa talebini yöneltmemesi halinde, bu talebin düşeceğini öngörmüştür. Madde tercüme için bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 dn.213.

³³⁶ bkz. Yavuz, Ayıp, 147. Buna karşılık mesafe satımlarında bu madde uygulanmadığı gibi, mal değiştirme imkanı olmayan hallerde tamiratın teklif edilmesi suretiyle alıcının haklarının durdurulması da mümkün değildir. Bunun aşılması yönünde Serozan, Borçlar Özel, 138; BaslerKommentar/Honsell, Art.206 N.1. Diğer yandan, Borçlar Kanununun genel hükümleri arasında yer alan hataya ilişkin düzenlemelerde, hataya uğrayanın karşısındaki tarafa, hataya düşenin aslen akdetmek istediği sözleşmeyi ifaya hazır olduğunu bildirmek suretiyle sözleşmenin iptaline engel olma imkanının verilmiş olması da (BK m.25) aynı mantık üzerine oturmaktadır. Bu konuda bkz. Jud, Schadenersatz, 76 vd.

sözleşmeye aykırı ifayı düzeltme imkanı tanınmaktadır³³⁷. Aynı şekilde PICC Art.7.1.4 ve PECL Art.8:104'de de bütün sözleşmeler açısından borçluya sözleşmeye aykırı ifayı telafi etme ve bu şekilde alıcaklının sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğmuş olan haklarını kullanmasını engellemek imkanı tanınmıştır³³⁸.

Nitekim CISG'da da üç farklı maddede satıcının "ikinci servis şansı" düzenlenmiştir. Bunlardan ikisi henüz vadeden önce gerçekleşmiş olan sözleşmeye aykırılıkları vadeye kadar gidermeye yarayan m.34 ve 37, üçüncüsü ise vadenin geçmiş olmasına rağmen satıcıya sözleşmeye aykırılığı giderme imkanı veren m.48'dir. Aşağıda bu maddeler kısaca açıklanacak ve her birinin alıcının seçimlik hakları ile olan ilişkisi üzerinde durulacaktır.

2. Vadeden Önce Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkı

a. Koşulları

Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi³³⁹ satıcının ifayı erken tekli etmiş ve alıcının bunu kabul etmiş olduğu haller olabilir. Her ne kadar CISG m.52, f.1 uyarınca alıcı erken ifayı kabul veya reddetmek konusunda serbestse de bir kez kabul etmiş olması halinde satıcının ifa borcu sona erer. Erken teslim edilen bu mallarla ilgili olarak bazı sözleşmeye aykırılıklar ortaya çıkması halinde ise CISG m.37 devreye girer. Bu madde uyarınca:

"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 zahmete veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır"

CISG m.37'nin devreye girebilmesi için ilk koşul, satıcının teslim borcunu vadesinden önce ifa etmiş olmasıdır³⁴⁰. Eğer satıcının belirli bir

³³⁷ *Yovel*, Art.48, N.1; "Liberty/right to cure" ilkesi hakkında ayrıntılı mukayeseli değerlendirmeler için bkz. *Treitel*, Remedies, 370 vd.; Ayrıca CISG sisteminin etkilemiş olan UCC § 2-508 hakkında bkz. *Cerutti*, 272 vd.; *Gutknecht*, 77 vd.

³³⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *P.Huber*, Irrtumsanfechtung, 160 vd. ve 172 vd.

³³⁹ Bkz. Bölüm 4 § 2 A VI 1.

³⁴⁰ Satıcının vadeden önce ifa etmesini alıcının kabul etmesi, sözleşmeye ilişkin vade tarihinin öne alınması konusunda tarafların anlaşığı şeklinde anlamlandırılması gerekir. Kural olarak alıcının borçları açısından aynı vade geçerli olacak, malın muayenesi ve ihbar süreleri de vade tarihinde başlayacaktır. Zira satıcının sözleşmeye aykırı davranışı (erken ifa) nedeniyle alıcının haklarının sınırlandırılması söz konusu olamaz. Aksine bir çözüm ancak, taraflar arasında açık bir anlaşmanın varlığı halinde kabul edilebilir. Aynı yönde *Gutknecht*, 46. Ayrıca bkz. yukarıda Bölüm 4 § 2 A VI 1. Aksi görüşte *Neumayer/Ming*, Art.37 N.2.

tarihte değil de bir zaman dilimi içinde ifa etmesi mümkünse (CISG m.33, b), ilgili dönemin sona erdiği ana kadar yine satıcının "erken" ifa etmiş olduğu ve m.37'nin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir³⁴¹. CISG m.37'nin uygulanması için ikinci koşul, erken teslim edilen malın sözleşmeye aykırı olmasıdır. Bu aykırılığın esaslı olup olmaması önem taşımadığı gibi, sözleşmeye aykırılığın doğrudan mala veya yan yükümlülüklerle ilişkin olması da fark etmez. Sözleşmeye aykırılığın, üçüncü kişilerin mal üzerinde hak sahibi olması şeklinde belirmesi halinde de m.37 uygulanacaktır³⁴². Sadece belgelerle ilgili sözleşmeye aykırılıklar açısından m.37 yerine m. 34, c.2 uygulanır. Buna göre:

"(...) 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."

Görüldüğü gibi iki düzenlemenin ifadeleri tamamen paraleldir. İki halde de satıcının sözleşmeye aykırılıkları giderme hakkı, bunun alıcı açısından beraberinde getireceği sonuçlara göre kabul veya reddedilecektir. Satıcı, sözleşmeye aykırılığı, kısmi ifada kalan bölümleri teslim etmek; maddi ayıplarda malı değiştirmek veya tamir etmek; hukuki ayıplarda, mal üzerinde üçüncü kişilerin hak ve taleplerini sona erdirmek³⁴³; belgelerde ise eksiklik veya yanlışlıkları düzeltmek veya yeni belgeler temin etmek suretiyle giderebilir³⁴⁴. Bu konuda herhangi bir sınırlama söz konusu değildir. Ancak kullanacağı yöntemlerin alıcı açısından makul olmayan bir rahatsızlığa ve masrafa sebep olmaması gerekir. Örneğin teslim edilen makinenin tamir edilmesi için alıcının bir süre imalatını durdurmak zorunda kalması, tamiratın başarılı olma olasılığının düşüklüğü, birden fazla tamirat denemesi veya alıcının ciddi bazı masraflar yapmak zorunda olması halinde satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı reddedilecektir³⁴⁵. Kuşkusuz alıcı daha sonra masraflarının satıcı tarafından karşılanmasını isteyebilecektir. Ancak buna rağmen, başlangıçta bazı harcamaları karşılamak durumunda olması bu kalemin de değerlendirilmede dikkate alınmasını gerektirmektedir³⁴⁶.

³⁴¹ *Gutknecht*, 45; *Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer*, Art.37 N.5; *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.37 CISG, N.6; *Brunner*, Art.37 N.4; *Honnold*, CISG, N.245.

³⁴² *Brunner*, Art.37 N.6; *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.37 CISG, N.10.

³⁴³ *Honnold*, CISG, N.245.1.

³⁴⁴ *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.34 CISG, N.8; *Gutknecht*, 57.

³⁴⁵ *Petrikic*, 72; *Brunner*, Art.37 N.5.

³⁴⁶ *Gutknecht*, 48-49.

b. Alıcının seçimlik hakları üzerindeki etkisi

Satıcının CISG m.37 veya 34 uyarınca sözleşmeye aykırılıkları giderme hakkı olduğu sürece alıcının CISG m.45'den doğan seçimlik haklarını kullanması imkanı yoktur³⁴⁷. Sadece uğradığı zararların giderilmesi için tazminat talep edebilir. Özellikle sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırmak için yapılmış olduğu masrafları veya bu sebeple doğmuş olan diğer malvarlığı zararlarını bu şekilde gidermesi imkanı vardır³⁴⁸.

Buna karşılık sözleşmeye aykırılığın giderilmesinin mümkün olmadığı henüz vade gelmemiş olmasına rağmen aşıkarsa³⁴⁹, satıcıya ikinci bir şans verilmeyeceği gibi, alıcı da öne alınmış sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümden faydalanabilir. Zira CISG m.72 uyarınca, henüz vade gelmemiş olmasına rağmen, satıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği aşıkarsa, alıcı sözleşmeden dönme hakkına sahiptir³⁵⁰. Kuşkusuz bunun yanı sıra yine tazminat da talep edebilecektir.

3. Vadeden Sonra Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkı

CISG m.34 ve 37'ye nazaran daha büyük önem taşıyan düzenleme hiç kuşkusuz CISG m.48'dir. Zira bu madde uyarınca satıcı, vade tarihi geçmiş olmasına rağmen sözleşmeye aykırılığı gidermek suretiyle alıcının seçimlik haklarını kullanmasını engelleyebilmektedir. Bu iki şekilde gerçekleşebilir. Ya maddenin birinci fıkrası uyarınca satıcı, alıcıyla hiç irtibata geçmeden doğrudan sözleşmeye aykırılığı giderme yolunu seçebilir, ya da 2. fıkra uyarınca önce alıcı ile irtibata geçerek, kendisinin olurluğunu alarak hareket edebilir. Dikkat edilmesi gereken, satıcının, alıcının olurluğunu almak zorunda olmadığıdır. CISG m.48, f.1 uyarınca hareket ettiği hallerde, sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanmaktadır³⁵¹. Bu

³⁴⁷ MünchKommBGB/P/Huber, Art.37 CISG, N.16. Alıcının, satıcı tarafından gerçekleştirilecek ikinci ifa denemesini haksız yere engellemesi halinde m.45'den doğan haklarını vadeden sonra da kullanması mümkün olmaz. Semen'in tenziline ilişkin CISG m.50 bu hususu özellikle vurgulamaktadır. Bkz. Staudinger/Magnus, Art.50 N.27 vd.; Neumayer/Ming, Art.37 N.5; Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art.37 N.17.

³⁴⁸ Gutknecht, 50-51.

³⁴⁹ Brunner'in hakkı olarak ifade ettiği gibi, m.37 ile m.72'nin yan yana uygulanabilmesi, m.72, f.1'in aradığı olan "aşıkâr" olma şartı sayesinde mümkündür. Kural, satıcının vade tarihine kadar düzeltme hakkından faydalanabilmesidir. Sadece, istisnai olarak, vade tarihinde ifanın gereği gibi gerçekleşmeyeceğinin aşıkâr olması halinde bu hakkından faydalanamaz. Madde 37 yerine m.72 devreye girer, Brunner, Art.72 N.3. Ayrıca bkz. Fountoulakis, IHR 2003, 160, 161.

³⁵⁰ MünchKommBGB/P/Huber, Art.72 CISG, N.7. Bu madde hakkında bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 D V 1.

³⁵¹ Piltz, § 4 N.64; Gutknecht, 59; Pier-Eiling, 67; Magnus, FS Schlechtriem, 599; Karollus, ZIP 1993, 490, 495.

hallerde alıcının sadece önkoşulların gerçekleşmediğini ileri sürerek satıcının bu hakkını kullanmasını engellemesi mümkündür.

a. Koşulları

aa. CISG m.48, f.1 uyarınca satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı

"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 Antlaşmaya göre tazminat talebine ilişkin her türlü hakkı saklıdır."

Görüldüğü gibi düzenleme, satıcının bütün yükümlülükleri açısından söz konusu olabilecek sözleşmeye aykırılıkları giderme imkanını vermektedir³⁵². Yani vade tarihinde sözleşmeye aykırı mal veya belge teslim edilmesi³⁵³, malın vaktinde teslim edilmemesi³⁵⁴, sadece kısmen teslim edilmesi veya diğer bir sözleşmesel yükümlülüğün ihlal edilmesi sonucu ortaya çıkan olumsuzlukları, vadenin geçmiş olmasına rağmen satıcının bertaraf etme imkanı vardır³⁵⁵.

Vade öncesindeki düzeltme hakkına nazaran, vade sonrasındaki düzeltme hakkının kullanılması daha sıkı koşullara bağlanmıştır. Buna göre, alıcıdan katılanması beklenemeyecek bir gecikme olmaması gerektiği gibi, alıcı için makul olmayan bir zahmet veya masraf da doğmamalıdır. Makul olanın ne olduğu somut olayın özelliklerine göre tespit edilecektir. Değerlendirmede satıcının sübjektif algılaması değil, alıcının yerinde bulunan mantıklı, makul birisinin beklentisi esas alınır³⁵⁶. Düzeltme hakkı vade geçtikten sonra kullanıldığı için bu düzeltmenin hangi süre içinde gerçekleşebileceği özellikle önem taşıyacaktır³⁵⁷. Aslında bu sürenin tes-

³⁵² Lehmkuhl, 16.

³⁵³ Vade sonrasında gerçekleşen sözleşmeye aykırılıklar açısından, belgelerin sözleşmeye aykırılığı ile diğer sözleşmeye aykırılıklar arasında bir ayırım yapılmamaktadır. Bütün sözleşmeye aykırılıklar açısından CISG m.48 uygulama bulur, Staudinger/Magnus, Art.48 N.8.

³⁵⁴ Malın vadesinde teslim edilmemesi hali esah bir ihlal oluşturmuyorsa, satıcının gecikmiş de olsa ifa edebilmesi imkanı aslında CISG m.49, f. 1 (b)'den de anlaşılabilir. Zira bu hallerde satıcının sözleşmeden dönmemesi, ancak m.47 uyarınca satıcıya bir ek süre tanınması şartıyla mümkündür. Dolayısıyla bu ek süre için de satıcının ifayı, geç de olsa gerçekleştirme hakkı vardır. Bkz. Pier-Eiling, 61.

³⁵⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.48 N.3.

³⁵⁶ Pier-Eiling, 141; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.48 N.9.

³⁵⁷ AG München tarafından verilen bir kararda, İtalyan satıcının zaten gecikmeli olarak teslim etmiş olduğu malın bir de sözleşmeye aykırı olduğu tespit edilmiştir.

pit edilmesinde, m.47 uyarınca alıcının satıcıya tanyacağı ek sürenin uzunluğunun tayininde kullanılan kriterlere paralel kriterler dikkate alınacaktır³⁵⁸. Özellikle satıcının hiç ifa etmediği hallerde, ifayı gecikmeli de olsa hangi ana kadar gerçekleştirebileceği tespit edilirken, sözleşmenin esaslı bir ihlalinin hangi andan itibaren söz konusu olacağına bakmak gerekecektir. Bu andan itibaren her halde makul olmayan bir gecikmenin varlığı kabul edilir³⁵⁹.

Alıcı açısından makul olmayan zahmet, aynı m.37'nin uygulanmasında olduğu gibi, üretim sürecinin geçici olarak durdurulacak olması, alıcının alacaklılarına karşı vadeyi kaçırmaması, birden fazla tamirat denemesi gibi çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir³⁶⁰. Her halde satıcının sözleşmeye aykırılığın giderilmesi sırasında doğacak bütün masrafları taşıması gerekir. Bunlar hem sözleşmeye aykırılığı gidermek için yapılan harcamalar hem de alıcının, örneğin sözleşmeye aykırı malların geri gönderilmesi veya üretimin durdurulması veya tamirata katılması gereği nedeniyle katlanacağı harcamalardır. Ayrıca alıcının, yapması gereken bu harcamaların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda haklı bir reddüdüünün olması halinde satıcının bir teminat göstermesi gerekir³⁶¹.

Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanıp, bu konuda başarılı olması halinde, alıcının telafi edilmiş bu sözleşmeye aykırılık nedeniyle kullanabileceği seçimlik hakları düşer³⁶². Bu durumda alıcının elindeki yegane imkan tazminat talep etmektir. Tazminatın kapsamı, gecikme veya tamirat nedeniyle alıcının uğramış olduğu zararlara göre tespit edilecektir³⁶³. Satıcı sözleşmeye aykırılığı gidermek konusunda başa-

Satıcı m.48 uyarınca düzeltme hakkını kullanmış ve malın geri gönderilmesi halinde sözleşmeye aykırılığı gidereceğini beyan etmiştir. Alıcının, malın geri gönderilmesi için gerekli adımları atmasına rağmen, nakliyat gerçekleştirilememiş ve sonunda alıcının, malın sözleşmeye aykırılığını kendi imkanlarını kullanarak gidermesi gerekmiştir. Bundan doğan masrafların karşılanması talebini mahkeme kabul etmiş ve satıcının m.48, f.1 uyarınca sahip olduğu düzeltme hakkının kullanılmasının engellendiği savunması dinlenmemiştir. Zira mahkemeye göre gecikmiş ifa üzerine bir de malın sözleşmeye aykırılığının giderilmesi için alıcının gereğinden fazla beklemek zorunda bırakılması makul sürenin aşılması anlamına gelmektedir. Bkz. AG München, 23.06.1995, CISG-Online N.368.

³⁵⁸ Soerge/Lüderitz /Schüßler-Langeheine, Art.48 N.7; Pier-Eiling, 136. CISG m. 47 hakkında bkz. bu bölümde yukarıda A II 2 b.

³⁵⁹ Sekreteryaya Şerhi, Art.44 N.2; Gutknecht, 68; Staudinger/Magnus, Art.48 N.14.

³⁶⁰ Pier-Eiling, 138.

³⁶¹ Gutknecht, 69.

³⁶² Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.48 N.22; MünchKommBGB/P.Huber, Art.48 CISG, N.17.

³⁶³ Alıcının, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının var olmasına rağmen kendi başına malı tamir ettirmesi halinde doğan zararların tazmin ettirilmesi imkanı ise yoktur, MünchKommBGB/P.Huber, Art.48 CISG, N.21; Brunner, Art.48 N.10. Alman hukuku için bkz. Schürholz, 71 vd.

rılı olamazsa, alıcı herhangi bir sınırlamaya tâbi olmadan seçimlik haklarını kullanabilecektir.

bb. CISG m.48, f.2-4 uyarınca satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı

Sık sık satıcı sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanmasının mümkün olup olmadığını bilemeyeceği için önce alıcının bu konudaki onayını almak isteyebilir³⁶⁴. İşte, CISG m.48, f. 2 uyarınca, satıcının yapacağı bir bildirim ile alıcıyı, bu düzeltmeyi kabul edip etmediği konusunda bir beyanda bulunmaya mecbur etmesi mümkündür.

"Satıcı, alıcıdan, ifayı kabul edip etmeyeceğini kendisine açıklamasını talep ederse ve alıcı makul bir süre içinde bu talebe cevap vermezse, satıcı, talebinde gösterdiği süre içinde ifayı gerçekleştirebilir. Alıcı bu süre içinde, satıcının ifası ile bağdaşmayacak bir huku-ki imkana başvuramaz."

Satıcının alıcıya yönelteceği bu talep herhangi bir şekle bağ değildir³⁶⁵. Yazılı veya sözlü bir beyan mümkündür. Ancak içeriği açık olmalıdır. Yani alıcıya, sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının kullanılacak istendiği ve bunun hangi süre içinde gerçekleştirileceği beyan edilmelidir. Satıcının özellikle süre konusunda kesin bir beyanda bulunması gerekir, zira alıcı ancak bu şekilde, satıcının talebinin kabul edilebilir olup olmadığını değerlendirebilir. Süre beyan edilmediği takdirde fıkra 2'nin bağlayıcı etkisi doğmaz³⁶⁶. Bunun yanı sıra satıcının, talebinde, alıcıdan bir cevap beklediğini de ifade etmesi aranmıştır ("kendisine açıklamasını talep ederse"). Ancak CISG m.48, f.3 bunu yumuşatmış ve "satıcının belirli bir süre içinde ifa edeceğine ilişkin bildirimiminin, fıkra 2 uyarınca, alıcının kararını açıklamasına ilişkin bir talep içerdiği" varsayımı kabul edilmiştir³⁶⁷. Dolayısıyla alıcının, teslim edilen makinenin çalışmadığı yönündeki ayıp ihbarına "yetkili personel üç hafta içinde gelip arızayı giderecek" şeklinde bir cevap vermiş olması yeterlidir. Bu cevap karşısında alıcının harekete geçmesi gerekir.

Doktrinde tartışılmalı olan bir husus CISG m.48, f.2'nin f.1 ile olan bağlantısıdır. Bir görüşe göre f.2 sadece f.1'in somutlaştırılmasına yaramaktadır. Yani, ancak f.1'deki şartların varlığı halinde (makul süre-zah-

³⁶⁴ Petrikic, 98.

³⁶⁵ Staudinger/Magnus, Art.48 N.38.

³⁶⁶ Gutknecht, 343; Piltz, § 5 N.199.

³⁶⁷ Türk hukuku açısından bakıldığında, bu yönde bir faraziye ihdas edilmemiş olsaydı bile, satıcının talebi üzerine alıcının cevap verme yükümlülüğünün olup olmadığı ve susmasının bir onay olarak kabul edilip edilemeyeceği güven kuramı uyarınca belirlenecekti. Susmanın bir irade beyanı olarak değerlendirilebildiği haller hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 14 N.5 vd.

met/masraflara ilişkin teminat) satıcı, alıcının kendisine yöneltilen beyana cevap vermemesi halinde sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kazanabilir³⁶⁸. Yukarıda verilen örnekte, 3 haftalık bir tamirat süresi makul bir süre değilse, bu durumda alıcının susmasına rağmen, satıcı sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kazanmamıştır. Buna karşılık hakim görüşü uyarınca f.2 ve 3, satıcıya, f.1'in yanı sıra uygulanabilecek ayrı bir giderme hakkı tanımaktadır. Satıcı, m.48, f.1 uyarınca sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına sahip olmasa da f.2 uyarınca alıcıya bu tür bir talep yöneltebilecek ve alıcı, kendisine yöneltilen bu talebe makul bir süre içinde cevap vermezse, satıcı giderim hakkını kazanabilecektir³⁶⁹. Bu görüşe göre, sözleşme taraflarının sıkı bir işbirliği içinde olması düşüncesi CISG'nin temel ilkelerinden biri olarak burada da uygulama alanı bulmaktadır³⁷⁰. Satıcının düzeltme yönündeki isteğini öğrenmiş olan alıcının, buna olumlu veya olumsuz bir tepki göstermesini beklemek, milletlerarası ticarete normaldir ve alıcıyı fazla bir yük altına sokmak anlamına gelmez. Kanımca da bu ikinci görüşe katılmak gerekir. Zira aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca, satıcının düzeltmeye ilişkin olarak yönelteceği talebin ancak alıcıya ulaşması ile hüküm ifade edeceği açıkça belirtilmiştir³⁷¹. CISG m.27'deki genel kural bu hallerde uygulama alanı bulmaz, bildirim satıcının riziko alanında seyahat eder³⁷². Dolayısıyla alıcının, satıcının bu talebine ilişkin olarak bilgi sahibi olacağı garanti edilmiş durumdadır³⁷³. Bu yönde bir bildirim almış olan alıcının cevap vermesini beklemek ise, modern iletişim teknikleri düşünüldüğünde kanımca menfaatler dengesini sarsmaz.

Satıcının alıcıya yönelttiği beyanda ifade etmiş olduğu süre boyunca alıcının seçimlik haklarından birini kullanması imkanı yoktur³⁷⁴. Buna karşılık alıcının, satıcıya, bu hakkını kullanmasına onay vermediğini vaktinde bildirmesi durumunda f.2 uyarınca bir düzeltme mümkün ol-

³⁶⁸ *Lehmkuhl*, 30 vd.; *Bamberger/Roth/Saenger*, Art.48 CISG N.14; *Honsell/Schnyder/Straub*, Art.48 N.38.

³⁶⁹ *Petrihic*, 99 vd.; *Pier-Eiling*, 187; *Staudinger/Magnus*, Art.48 N.41; *Münch-KommBGB/P/Huber*, Art.48 CISG, N. 23 ve 27; *Brunner*, Art.48 N.13; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.48 N.27; *Honnold*, N. 298; *Bianca/Bonell/Will*, Art. 48 N. 2.2.; *Karollus*, 145; *Piltz*, § 5 N.199; *Welser*, *Verkäufer*, 105, 125.

³⁷⁰ *Honnold*, N.298. CISG'nin temel ilkeleri hakkında bkz. yukarıda Bölüm 3 D II 1.

³⁷¹ *Schlechtriem*, FS *Trinkner*, 321, 331.

³⁷² Bkz. bu bölüm ve paragraf altında, yukarıda dn.266.

³⁷³ *MünchKommBGB/P/Huber*, Art.48 CISG, N.25.

³⁷⁴ Eğer alıcı, satıcının kendisine yönelik teklifi ulaşmadan, satıcıya m.47 uyarınca bir ek süre vermiş ve bu süre satıcının tanıdığı süreden daha kısa ise hangisinin geçerli olacağı tereddüt uyandırabilir. Kanımca gerek m.47'nin makul bir süreye atıf yapması, gerekse m.48'in makul olmayan bir gecikmenin doğmaması gereğini araması, "makul" olan sürenin esas alınmasını gerektirir. Buna karşılıklı *P/Huber*, m.48 f.3 uyarınca satıcının belirlediği sürenin esas alınması gerektiği kanaatinde-dir, bkz. *MünchKommBGB/P/Huber*, Art.48 CISG, N.29.

maz. Bu hallerde satıcı artık sadece f.1'deki şartların gerçekleşmiş olması kaydıyla düzeltme hakkını kullanabilir³⁷⁵.

b. Alıcının seçimlik hakları üzerindeki etkisi

aa. Alıcının dönme hakkı üzerindeki etkisi

Satıcının CISG m.48, f.1'de düzenlenmiş olan, sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının, alıcının dönme hakkı ile olan ilişkisi Antlaşmanın hayli tartışılabilir hususlarından biridir. Zira CISG m.48, f.1, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını ancak "49. madde saklı kalmak üzere" kullanabileceği ifadesine yer vermek suretiyle aslında alıcının dönme hakkının mutlak önceliğe sahip olduğu izlenimini uyandırmaktadır³⁷⁶. Bu kabul edilirse, alıcı dönme hakkını kullanmak istediği takdirde satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanması artık mümkün olmayacaktır. Antlaşmanın hazırlanması sürecinde, bu ifadeyi çıkarma ve bu şekilde satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme imkanına öncelik verme³⁷⁷ konusundaki bir teklif de reddedilmiştir³⁷⁸. Ancak buna rağmen tartışma devam etmektedir. Zira alıcının dönme hakkını kullanması, yukarıda da üzerinde durulmuş olduğu gibi, sözleşme ihlalinin sonuçlarının "esashi" olmasını gerektirir. Dolayısıyla bu sefer, tamir edilmesi veya yeni bir mal teslim edilmek suretiyle kolayca giderilmesi mümkün olan bir sözleşmeye aykırılığın esashi sayılabiliş sayılamayacağı sorusu doğmaktadır³⁷⁹.

Bu sorun ne zaman yaşanmaktadır? Eğer satıcı ifa etmemiş ve taraf-

³⁷⁵ *Lehmkuhl*, 29; *Welser*, *Verkäufer*, 105, 125; *Brunner*, Art.48 N.14.

³⁷⁶ Aynı sorun CISG m.48, f.2 bağlamında yaşanmamaktadır. Zira satıcının bu fıkra kapsamında sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanması durumunda, taraflar arasında bir irade uyumunun var olduğundan yol çakılabilmektedir. Dolayısıyla alıcının buna aykırı olarak sözleşmeden dönme hakkını kullanması imkanı yoktur. Nitelikim f.2'de bu husus açıkça ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. *Münch-KommBGB/P/Huber*, Art.49 CISG, N.21.

³⁷⁷ PICC Art.7.1.4 uyarınca, borçlunun sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı, alacaklının dönme hakkına nazaran öncelik sahibidir. Bu maddenin 2. fıkrası, ifa etmeyen tarafın ikinci ifa şansını kullanmasının, dönme beyanı ile engellenemeyeceğini öngörmüştür. Bkz. *P/Huber*, *Irrtumsanfechtung*, 172-173; *Lehmkuhl*, 82 vd. Önemli olan ikinci ifa şansının kabulü için gerekli olan ön koşulların somut olayda var olmasıdır. Bunlar Art.7.1.4, f.1'de sayılmıştır. Buna göre borçlunun en kısa sürede ikinci ifa şansını kullanmak istediğini ve bunun bangi süre içinde gerçekleşeceğini beyan etmesi gerektiği gibi, sözleşmeye aykırılığın bu şekilde giderilmesinin somut olayın koşullarına uygun olması; mağdur olan tarafın ikinci ifayı reddetmekte haklı bir menfaatinin olmaması ve ikinci ifanın hemen gerçekleştirilmesi aranır.

³⁷⁸ *Official Records*, 115. Ayrıca bkz. *Magnus*, FS *Schlechtriem*, 599, 606 vd.; *Pier-Eiling*, 164 vd.

³⁷⁹ *Fountoulakis*, IHR 2003, 160, 162; *Pier-Eiling*, 144.

lar arasında kesin vadeli bir işlemin kararlaştırıldığı kabul edilebiliyorsa, sözleşme ihlali her halde esastır. Satıcının gecikmeli olarak ifa etmek suretiyle sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı yoktur. Bu hallerde m.48, f.1'in uygulanması zaten düşünülemez. Buna karşılık kesin vadeli olmayan işlemlerde satıcı, m.48'deki hakkını kullanarak, geç de olsa ifa edebilir. Zira zaten CISG m.49, f. 1 (b) uyarınca alıcının dönmesi de ancak satıcıya bir süre tanınması koşulu ile mümkündür³⁸⁰. Dolayısıyla satıcının ve alıcının hakları arasında bir çatışma yaşanmamaktadır³⁸¹.

Buna karşılık satıcı ifa etmiş ancak mal sözleşmeye aykırı ise çatışan iki hakkın nasıl bağdaştırılacağı sorunu doğmaktadır. Satıcı, alıcının dönme hakkını kullanmasını istemeyecek, sözleşmeyi, ayıbı hemen gidermek suretiyle ayakta tutmaya çalışacak; buna karşılık alıcı sözleşmeden bir an önce kurtulmak isteyebilecektir³⁸². Öğretide bir görüşe göre, bu hallerde sözleşmeye aykırılığın CISG m.48, f.1 uyarınca giderilmesinin mümkün olması durumunda ihlalin esaslı olmadığı kabul edilmek gerekir³⁸³. Bu şekilde m.48'de anılan önkoşullar doğrudan m.49 uyarınca esaslılığın tayininde değerlendirmeye katılmakta ve alıcının ancak m.48, f.1 uyarınca satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına sahip olmadığı hallerle sınırlı olarak dönme hakkını kullanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu görüşe katılınacak olursa, m.48, f.1'de yer alan "49. madde saklı kalmak üzere" ifadesinin hiç bir anlamı olmaz. Diğer bir görüş ise, her zaman m.49'un önceliğinden yanadır. Yani CISG m.25'de tanımlanmış olan esaslı ihlal kavramının anlamlandırılmasında m.48 hiç dikkate alınmamalı, sadece ihlalin sonuçlarının ciddiyetine göre bir değerlendirme yapılmalıdır³⁸⁴. Bu görüşe katıldığında ise, satıcının düzeltme hakkının uygulanma alanı aşırı sınırlandırılmaktadır. Zira sadece esaslı olmayan ihlallerle sınırlı olarak satıcı bir düzeltme hakkına sahip olacaktır.

Bugün çoğunlukla savunulan uzlaştırıcı görüş ise ihlalin etkilerini ön plana almaktadır³⁸⁵. Eğer ihlal baştan çok ciddi değilse ve alıcının za-

³⁸⁰ Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 D II 2.

³⁸¹ Karollus, ZIP 1993, 490, 494.

³⁸² Bu menfaat çatışması hakkında bkz. *Jud.*, Schadenersatz, 55 vd.

³⁸³ Bu yönde *Honnold*, CISG, N. 296.

³⁸⁴ *Koch*, RevCISG 1998, 177, 323-325; *Welser*, Verkäufer, 105, 125; v. *Hoffmann*, 293, 299; *Holthausen*, RIW 1990, 101, 104 (Yazara göre sadece alıcının sözleşmeden dönme hakkını kötüye kullandığı hallerde bunun engellenmesi mümkündür). *Yovel* ise bu tartışmaya girmeden esaslı olmayan bütün ihlallerde, alıcının dönme hakkı olmayacağı için, satıcının düzeltme hakkının mutlak öncelik sahibi olduğunu; buna karşılık esaslı ihlallerde alıcının dönme hakkını engellenmenin mümkün olmadığını savunmaktadır (*Yovel*, Art.48, N.4.6).

³⁸⁵ *Schlechtriem*, FS Trinkner, 321, 327; *Schlechtriem/U.Huber*, Art.46 N.33-34; *P.Huber*, Irrtumsanfechtung, 106-107; *Lehmkuhl*, 27; *Petrikic*, 93; *Gutknecht*, 65 vd.; *Pier-Eiling*, 169 vd.; *Lurger*, IHR 2001, 91, 98; *Fountoulakis*, IHR 2003, 160, 168; *Schulz*, 246-247; *Audit*, N.133; *Musger*, 44-45; HG Aargau 5.11.2002, CISG-Online N. 715.

ten dönme hakkı yoksa, bu görüşe göre de bir tartışma yaşanmaz; satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanması mümkündür. Örneğin satılan makinenin çalışmasını herhangi bir şekilde etkilemeyen, dış yüzeyindeki bir çizik nedeniyle sözleşmeden dönülemeyeceği açıktır. Bu hallerde ayrıca bu çizik boyanmak suretiyle giderilmesi imkanının olup olmadığı sorusu üzerinde durulmaya gerek yoktur. Buna karşılık ihlalin sonuçları tek başına esaslılığı kabul etmeye yeterli kadar ciddi ise, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme şansını kullanmak istemesi bu ihlalin esaslı sayılmasını engellemeyecektir. Yukarıda ifade edilen kesin vadeli işlemler bunun klasik örneğidir. Veya satıcı öyle bir sözleşmeye aykırı davranışta bulunmuştur ki alıcının artık bu satıcıya güvenmesi imkanı kalmamıştır³⁸⁶. Bu hallerde satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanmak istemesinin, alıcının sözleşmeden dönmesini engelleyici bir etkisi olamaz³⁸⁷.

Ancak bu iki uç arasında kalan durumlarda esaslı bir ihlalin var olup olmadığı değerlendirirken, sözleşmeye aykırılığın giderilmesi imkanının olup olmadığı da dikkate almakta fayda vardır. Örneğin teslim edilen makinenin hiç çalışmaması sözleşme ihlalinin çok ciddi olduğuna delalet eder. Fakat makinenin çalışmama sebebinin elektrik bağlantılarındaki küçük bir arıza olması ve bunun kısa sürede giderilmesinin mümkün olması halinde, bu sözleşmeye aykırılığı esaslı olarak nitelendirmekte haklı olarak tereddüt edilecektir. Dolayısıyla bu hallerde, m.25 uyarınca yapılacak esashk değerlendirmesinde ihlalin giderilmesi imkanı da devreye girecektir³⁸⁸. Bu şekilde, alıcı ve satıcının çatışan menfaatlerini en iyi şekilde dengeleme imkanı doğmaktadır.

Kanımca satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının değerlendirilmede dikkate alınması lehine ileri sürülebilecek önemli bir gerekçe, bu şekilde Antlaşmaya hakim değer yargıları ile daha uyumlu bir sonuca varılabilecek olmasıdır. Zira ayıplı ifaya nazaran daha ciddi bir sözleşmeye aykırılık tipi olan hiç ifa etmemede (kesin vadeli bir işlem söz konusu olmamak kaydıyla) ancak CISG m.49, f.1 (b)'de öngörülen ek sürenin tanınması suretiyle sözleşmeden dönülebilmektedir. Bu durumda, ifanın bir kez gerçekleşmiş, örneğin borçlanılan makinenin teslim edilmiş olduğu hallerde, makinenin çalışmaması dışında başka ağırlaştırıcı unsurlar eklenmediği sürece, alıcıya hemen sözleşmeden dönme imkanının verilme-

³⁸⁶ *Ferrari*, IHR 2005, 1, 9. Örneğin satıcının sattığı şaraba su veya şeker karıştırmış olması; LG Trier, 12.10.1995, CISG-Online N.160; Cour de Cassation, 23.01.1996, CISG-Online N.159; satılan düdüklü tencerelerin güvenlik standartlarına aykırı olması; Court d'appel de Paris, 04.06.2004, CISG-Online N.872.

³⁸⁷ *P.Huber*, Irrtumsanfechtung, 106 vd.; *Petrikic*, 92; *Gutknecht*, 91-92; *Pier-Eiling*, 145 vd.; *Fountoulakis*, IHR 2003, 160, 168; *Karollus*, ZIP 1993, 490, 496 vd.; *Schulz*, 248; HG Aargau 5.11.2002, CISG-Online N. 715.

³⁸⁸ *Schlechtriem*, FS Trinkner, 321, 327.

si çok tutarlı gözükmemektedir³⁸⁹. Eğer sözleşmeye aykırılığın sorunsuzca giderilmesi mümkünse bu hallerde de, satıcının istemesi kaydıyla, ona bir şans verilmesinde fayda vardır. Sözleşmenin sona erdirilmesi imkanının sınırlandırılması CISG'ın temel ilkelerinden biridir³⁹⁰. Dolayısıyla bu hallerde de sözleşmeyi ayakta tutan bir çözümün tercih edilmesi tutarlı olacaktır³⁹¹.

Son olarak üzerinde durulması gereken zamansal sıralamanın nasıl olacağıdır. Yukarıda incelenmiş olduğu gibi, alıcının sözleşmeye aykırılıkları ihbar etme yükümlülüğü vardır (CISG m.39). Alıcının bu ihbarı üzerine satıcının hemen m.48 çerçevesinde sözleşmeye aykırılığı gidereceğini bildirmesi ve alıcının da bunu kabul etmesi halinde zaten bir sorun yaşanmaz. Buna karşılık alıcı bunu kabul etmeyip sözleşmeden dönme hakkını kullanırsa³⁹², ihtilaf yargı önüne geldiğinde, hakimin değerlendireceği husus, satıcının f.1 uyarınca aykırılığı giderme hakkının olup olmadığı; olduğu kabul edilebiliyorsa da, sözleşmeye aykırılığın ağırlığının başlı başına dönme hakkını gerekçelendirip gerekçelendirmeyeceğidir³⁹³.

Buna karşılık satıcının, sözleşmeye aykırılık ihbarı üzerine herhangi bir cevap vermemesi veya düzeltme teklifini makul bir sürenin geçmesinden sonra yapması durumunda, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemesi artık mümkün olmayacaktır. Zira bu hallerde zaten m.48, f.1 uyarınca aranan *makul bir gecikmeye yol açmama* kriterine aykırı davranış olacaktır. Yani ayıp ihbarı sonrasında, alıcı açışından makul bir süre dönme hakkını kullanmak konusunda bekleme gereği doğmaktadır³⁹⁴. Dolayısıyla sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı ile dönme hakkının kullanılma koşulları aslında iç içe geçmektedir. Taraflar arasında karşılıklı bir bilgilendirme ve işbirliği yükümlülüğü vardır ve bunun ne oranda gerçekleştirildiğine bakarak bu haklardan hangisinin

³⁸⁹ Aynı yönde *Petrikic*, 89; MünchKommBGB/P.Huber, Art.49 CISG, N.25; *Fountoulakis*, IHR 2003, 160, 168; *Karollus*, ZIP 1993, 490, 492.

³⁹⁰ Bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 D II.

³⁹¹ Nitekim ayrıntılı olarak HG Aargau 5.11.2002, CISG-Online N. 715.

³⁹² Alıcının doğrudan ayıp ihbarı ile birlikte dönme hakkını kullandığı ve satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme teklifinde bulunduğu durumlarda da menfaat dengesi aymdır.

³⁹³ Aynı yönde *Magnus*, FS Schlechtriem, 599, 610 vd. HG Aargau'un 5.11.2002 tarihli kararına konu olan olayda da bu süreç yaşanmıştır (CISG-Online N. 715). Araba yarışlarının yapıldığı bir alanda sezon boyu, üzerine reklam asmak için kullanılacak şişirilebilir kemerlerin ilk yarışta devrilme tehlikesi geçirmesi nedeniyle 27.05.2000'de yapılan ayıp ihbarı üzerine satıcı hemen cevap vermiş ve 29 Mayıs'ta sözleşmeye aykırılığın nasıl giderilebileceği konusunda muhtelif tekliflerde bulunmuştur. Buna rağmen alıcı 14 Haziranda sözleşmeden dönmüştür. Mahkeme, sözleşmeye aykırılığın önemine rağmen, satıcının bunu giderme konusundaki tekliflerinin ciddiyeti karşısında, satıcının m.48 uyarınca var olan hakkını mutlak önceliğe sahip olacağına kanaat getirmiştir.

³⁹⁴ *Fountoulakis*, IHR 2003, 160, 167; *Magnus*, FS Schlechtriem, 599, 610.

ağır basacağına karar vermek gerekir. PICC Art. 7.1.4'ün çözümü de bu düşünceyi desteklemektedir³⁹⁵. Zira borçlunun sözleşmeye aykırılığı düzeltme hakkının ele alındığı bu maddede, hakkın kullanılabilmesi için hemen alacaklıya bir ihbarda bulunulması gerektiği ve bu ihbarda telafinin hangi süre içinde gerçekleştirileceğinin bildirilmesi aranmaktadır. Bu şekilde değerlendirildiğinde zamansal olarak kimin önce davrandığı sorusu da önem taşımaz³⁹⁶. Hakim her halde bundan bağımsız olarak esashlık değerlendirmesini yapacaktır.

bb. Alıcının diğer hakları üzerindeki etkisi

Son olarak üzerinde durulması gereken husus, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanmasının, alıcının dönme dışındaki seçimlik haklarına başvurusu ile nasıl bağdaştırılabileceğidir. Semen tenzili hakkı ile ilgili olarak m.50 zaten açık bir düzenleme içermektedir³⁹⁷. Buna göre satıcı, yükümlülüklerinin ifasındaki bütün eksiklikleri m.48 uyarınca giderirse veya alıcı, satıcının bu maddelere uygun olarak yaptığı ifayı reddederse alıcı semeni indiremez. Demek ki satıcının m.48 uyarınca sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına sahip olması ve bunu gereği gibi kullanması halinde semenin tenzili mümkün değildir³⁹⁸. Ancak satıcı kendisine verilen ikinci şansı da değerlendiremezse bu hükmün uygulanmayacağı açıktır.

Alıcının elindeki diğer iki hak ise, aslında satıcının, aykırılığı gidermek için başvuracağı imkanlarla örtüşmektedir. Alıcı tamirat veya yenisi ile ifa isteyebileceği gibi, satıcı da bu yollardan biri ile sözleşmeye aykırılığı giderebilir. Ancak bu bağlamda karşılaşılabilecek iki sorun vardır: birincisi, alıcı ve satıcının iki farklı alternatifi tercih etmesi halinde hangisinin öncelik sahibi olacağı; ikincisi ise alıcının yenisi ile değiştirme isteyebilmesi için aranan, sözleşmenin esash ihlali şartının³⁹⁹, alıcının düzeltme hakkını kullanmak istemesi halinde nasıl değerlendirileceğidir.

Esash bir sözleşme ihlalinin kabulü, yukarıda açıklandığı gibi, sözleşmeye aykırılığın giderilme imkanının olup olmadığı değerlendirmesinin yapılmasını da gerektiriyorsa, ikame mal teslimini talep konusunda bir fasit daireye girilmesi tehlikesi vardır. Zira, esash ihlalin kabulü, satıcının, ikinci bir ifa imkanının var olmadığı hallerde hasredilirse, satıcıdan ikame mal teslim edilmesini esash bir ihlalin varlığına bağlamanın

³⁹⁵ *Koch*, IHR 2005, 65, 70.

³⁹⁶ *P.Huber*, Irrtumsanfechtung, 109.

³⁹⁷ Bu düzenleme hakkında bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 C II.

³⁹⁸ *Petrikic*, 102.

³⁹⁹ Alıcının ikame mal teslim edilmesini talebi hakkında bkz. aşağıda Bölüm 5 § 3 B IV 1.

bir anlamı kalmaz. Bu açıdan, P.Huber'in haklı olarak ifade ettiği gibi, CISG m.46, f.2'yi şu şekilde okumak icap eder: alıcının ikame mal teslim edilmesini talebi ancak, ikame mal teslim edilmemesi halinde sözleşme ihlalinin esash olacak olması halinde kabul edilir⁴⁰⁰. Yani hakim, halihazır-daki durumda, teslim edilmiş olan malın değiştirilmesi talebini reddederse alıcının durumu ne olacaktır, ona bakacaktır. Eğer bu durumda sözleşmenin esash bir ihlalinden bahsedilebiliyorsa, o zaman alıcıya malın değiştirilmesini isteme hakkı da verilecektir.

Tarafların seçimlerinden hangisinin öncelik sahibi olacağı ise yine esashlık kavramı çerçevesinde çözümlenebilmektedir. Alıcının ikame mal talebi ancak esash bir ihlal varsa dinlenir. Esashlık değerlendirmesi ise tamiratın mümkün olup olmadığı değerlendirilmesinin yapılmasını gerektirir⁴⁰¹. Dolayısıyla satıcının m.48, f.1'in ön koşullarına uygun olarak tamirat teklif etme imkanı varsa, zaten esash bir ihlal söz konusu değil demektir. Bu durumda satıcının tamir ile alıcının ikame mal talepleri çakış-tığında satıcı kazanır ve tamirat talebi esas alınır⁴⁰². Buna karşılık alıcı tamirat istemiş, ancak kendisine ikame mal sunulmuşsa, yine satıcının tercihi kazanır⁴⁰³. Zira çoğun içinde az da vardır kuralı gereği, alıcının ikame malı yeğ tutacağı kabul edilir.

VI. Malın İadesinin Mümkün Olmadığı Hallerde Alıcının Seçimlik Haklarının Sınırlandırılması

Aşağıda⁴⁰⁴ daha ayrıntılı olarak üzerinde durulacağı üzere, sözleşmeden dönme veya ikame mal talebinin kullanıldığı hallerde, alıcının, satıcıdan elde etmiş olduğu malı iade etmesi gerekecektir (CISG m.81 vd.). Ancak malın iadesinin imkansızlaşmış olması halinde, acaba alıcı buna

⁴⁰⁰ MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.32.

⁴⁰¹ Kesin vadeli işlemlerde dönme hakkının kullanılmasından farklı olarak, yenisi ile değiştirme isteniyor olması, kesin vadeli işlem niteliğinden vazgeçildiği anlamına gelir. Dolayısıyla bu hallerde de kamıca esashlık değerlendirilmesinde tamir edilebilirlik unsuru dikkate alınmak zorundadır. Alıcı bir kez ifanın gecikmeli olarak yapılabileceğini kabul etmişse bunun tamir veya ikame mal teslimi suretiyle gerçekleşmesi fark etmemelidir. Önemli olan zaman unsurudur ve ancak ikame mal teslimi suretiyle sözleşmeye aykırılığın daha çabuk giderilmesi imkanı varsa alıcının bu talebinin ağır basması söz konusu olacaktır. Bu hallerde, satıcının tamirat suretiyle sözleşmeye aykırılığını giderme istemi m.48, f.1'in şartlarını yerine getirmediği için (yani "makul olmayan gecikme" var olduğu için) kabul edilmeyecektir. Ayrıca bkz. Schulz, 249 vd.

⁴⁰² Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.48 N.20; MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.33; Karollus, 138; Neumayer/Ming, Art.46 N.4; Schulz, 249 Petri-kic, 101-102; Pier-Eiling, 177. Benzer şekilde Audit, N.133; Lehmkühl, 35 vd.; Jud, Schadenersatz, 177.

⁴⁰³ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.48 N.20; Pier-Eiling, 178.

⁴⁰⁴ Bölüm 5 § 2 D VI.

rağmen bu iki seçimlik hakkını kullanabilir mi? Yoksa artık sadece semenin indirilmesi ve tazminat mı talep edebilir? CISG m.82 bu sorunun cevabını vermektedir. Buna göre:

- (1) Alıcının, malları, teslim aldığı andaki duruma esash surette yakın bir durumda iade etmesi imkansızlaşmışsa, sözleşmeyi ortadan kaldırmayı beyan veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkı düşer.
- (2) Önceki fıkra hükmü aşağıdaki hallerde uygulanmaz:
 - (a) malların iade edilmesinin veya teslim alındığı andaki duruma esash 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 ziya'a veya hasara uğramışsa; veya
 - (c) mallar veya malların bir bölümü sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten önce ticari faaliyetin olağan seyri içinde satılmış veya olağan kullanım kapsamında alıcı tarafından tüketilmiş veya şekil değiştirilmişse.

Maddenin birinci fıkrasında kural tespit edilmiştir: eğer alıcı malı teslim aldığı andaki duruma yakın bir durumda iade edemeyecek ise ikame mal talep etme ve dönme hakkı düşer⁴⁰⁵. Maddenin temelindeki düşünce aslında BK m.204, f.2'ye paraleldir⁴⁰⁶. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle mah kabul etmek istemeyen kişinin bunu iade edebilecek durumda olması gerekir. Bu aslında sözleşmenin ifası aşamasında geçerli olan sınıllama ilişkisinin, sözleşmenin çözülmesi safhasında da aynen geçerli olduğunu göstermektedir⁴⁰⁷. İade yine karşılıklı olmak gerekir. Dolayısıyla malı gereği gibi muhafaza etmesi, örneğin çalınmaması için gerekli önemleri alması; maldaki sözleşmeye aykırılıklardan haberdar olmasına rağmen malı üçüncü kişilere satmaması⁴⁰⁸, malın değersiz olduğu düşüncesi ile imha etmemesi gerekir. Aksi takdirde, m.82 gereği dönme veya ikame mal talep etme hakkı düşer⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Oysa milletlerarası uyumlaştırma çalışmalarına bakıldığında, bu hallerde de seçimlik hakların sınırlandırılmadan kullanılması imkanı verildiği; aldıkları malı iade edemeyen taraf açısından duruma göre bir tazminat yükümlülüğü öngörüldüğü dikkati çekmektedir. Bkz. PECL 9:309; PICC Art.7.3.6; BW Art.6:272. 2002 reformu sonrasında BGB § 346, Abs.2'de de aynı çözüm benimsenmiştir. Bu düzenleme hakkında bkz. Faust, in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.10/18 vd. Bu konuda mukayeseli bilgi için bkz. Jud, Schadenersatz, 173-176.

⁴⁰⁶ Bu madde hakkın örn. bkz. Aral, 139; Yavuz, Ayrıp, 148 vd.

⁴⁰⁷ Krebs, 93.

⁴⁰⁸ OLG Düsseldorf 10.02.1994, CISG-Online N.115 (ayıplı olduğu bilinen malın başkasına satılmış olması); OLG Koblenz 27.09.1991, CISG-Online N.30 (ayıplı olduğu bilinen mermer karoların kullanılması).

⁴⁰⁹ MünchKommBGB/P.Huber, Art.82 CISG N.3.

Malın, teslim alındığı andaki durumda iade edilmesi zorunlu değildir. Madde sadece, bu duruma esash surette yakın bir durumda iadeyi öngörmüştür. Objektif bir insanın bakış açısı ile değerlendirildiğinde (CISG m.8, f.2) değişiklik önemsiz ise, alıcının yenisi ile değiştirme veya dönme hakkını kullanması engellenemeyecektir⁴¹⁰. Örneğin ufak bir tamirat nedeniyle piyasa değerinin sadece cüzi bir miktarda düşmüş olması halinde olduğu gibi.

CISG m.82, f.1 sadece dönmeyi beyan veya ikame malı talep anına⁴¹¹ kadar gerçekleşenler açısından bir düzenleme getirmektedir⁴¹². Buna karşılık malın iadesinin bu andan sonra imkansızlaşması halinde ne olacağına ilişkin bir düzenleme bu maddede yoktur. Her ne kadar doktrinde bir görüş⁴¹³ bu hallerde m.82'nin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürüyorsa da Antlaşmada konuyu düzenleyen başka bir hüküm var olduğu için bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira CISG m.86 uyarınca alıcının dönme veya ikame mal talep etme seçiclik haklarını kullanmasından sonra malı gereği gibi muhafaza yükümlülüğü vardır. Buna aykırı davranması halinde ise satıcının sadece bir tazminat talebi olabilir⁴¹⁴.

Ancak m.82'nin birinci fıkrasındaki kuralın uygulama alanı, ikinci fıkrasında düzenlenen istinalar nedeniyle ciddi şekilde daraltılmaktadır⁴¹⁵. Zira bu hallerden birisi söz konusu ise, iade edilmek istenen maldaki değişiklikler önemli olsa veya mal telef olmuş olsa bile, alıcının haklarında herhangi bir sınırlama olmayacaktır. Bu hallere bakıldığında, f.1'deki genel ilkenin sadece, alıcının sorumlu olduğu sebeplerle malın iadesinin imkansızlaşması halinde uygulandığı görülmektedir⁴¹⁶. Bunun dışında kalan hallerde, yani alıcının sorumluluk alanı dışında gerçekleşen olaylar sonucu aynen iadenin imkansızlaşması halinde, alıcının dönme veya ikame mal talebi bundan etkilenmemektedir.

CISG m.82, f.2, (a) altında anılan ilk hal, maldaki değişikliklerin veya malın telef olmasının, alıcının bir eylemine veya eylemsizliğine dayanmaması halidir. Demek ki bu fıkranın doğru uygulanabilmesi için üç ihtimali ayırmak gerekir: satıcının sorumluluk alanına dahil olan bir sebepten ötürü; alıcının sorumluluk alanına dahil bir sebepten ötürü veya

⁴¹⁰ Brunner, Art.82 N.5; Fischer, 257.

⁴¹¹ İki halde de CISG m.27 uyarınca beyanın gönderilme anı esas alınacaktır.

⁴¹² OLG Frankfurt 17.09.1991, CISG-Online N.28.

⁴¹³ Schulz, 270.

⁴¹⁴ Aynı yönde Freiburg, 259; MünchKommBGB/P.Huber, Art.82 CISG N.9; Hon-sell/Weber, Art.82 N.12; Staudinger/Magnus, Art.82 N.14; Achilles, Art.82 N.3; Piltz, § 5 N.169; BGH 25.06.1997, CISG-Online N.277; OLG Frankfurt 17.09.1991, CISG-Online N.28.

⁴¹⁵ Freiburg, 256; Staudinger/Magnus, Art.82 N.16.

⁴¹⁶ MünchKommBGB/P.Huber, Art.82 CISG N.10.

ikisinin de sorumluluk alanına dahil olmayan, nötr alanda gerçekleşen bir sebepten ötürü iadenin imkansızlaşması hali. Malın iadesinin imkansızlaşmasının sebebi, doğrudan satıcının sözleşmeye aykırı davranış ise alıcının dönmesi veya ikame mal talep etmesi imkanı bundan etkilenemeyecektir⁴¹⁷. Malın ayıbı nedeniyle telef olması veya iade edilememesi bunun klasik örneğidir⁴¹⁸. Bu hallerde zaten CISG m.70 uyarınca da aynı sonuca varılabilecektir. Diğer yandan sözleşmeye aykırı şekilde teslim edilmiş olan mal, satıcının sorumluluk alanı dışında kalan bir mücbir sebep veya kaza sonucu iade edilemez duruma gelmişse bunun rizikosu da, mal kendi etki alanında bulunmasa bile, satıcıya taşınmaktadır⁴¹⁹. Aslında alıcıya geçmiş olan hasar, gerisin geriye satıcıya aktarılmaktadır^{420,421}. Bu hallerde mal ayıplı olmasına rağmen, telef olmasının sebebi

⁴¹⁷ MünchKommBGB/P.Huber, Art.82 CISG N.14; Freiburg, 260.

⁴¹⁸ U.S. District Court 17.5.1999, CISG-Online N.387 (Mahkeme kararında tartışılmamakla beraber, İtalyan satıcının, ABD sağlık mevzuatına aykırı imal etmiş olduğu radyoloji aletlerine ABD'de el konulmuştur. Karar hakkında bkz. Schlechtriem, IPRax 1999, 388 vd.); LG Freiburg, 22.08.2002, CISG-Online N.711 (satım konusu araba çalıntı olduğu için alıcının elindeyken arabaya el konulmuştur); Hofs – Gravenhage, 23.04.2003, CISG-Online N.903 (Besin maddelerinin temel standartlarına aykırı, kansorejen bir katkı maddesi içermesi nedeniyle, teslim edilen una gümrüğe el konulmuştur).

⁴¹⁹ Schulz, 270; MünchKommBGB/P.Huber, Art.82 CISG N.14; Freiburg, 260.

⁴²⁰ Bkz. yukarıda m.70'e ilişkin açıklamalar: Bölüm 4 § 4 B IV.

⁴²¹ Bu düzenleme ashoda Roma hukukundan beri var olan "mortuus redhibetur" ilkesinin aynen benimsendiğini göstermektedir. Bu ilke uyarınca, alıcının kusuru ile malın telef olduğu haller dışında, malın iadesinin mümkün olmaması, dönme hakkının kullanılmasını engellemez. Bu ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zimmermann, Law of Obligations, 330 vd.; ayrıca Hon-sell, GS Kunkel, 53, 61. Her ne kadar BK m.204, f.1/İBK m.207, f.1 ve eski BGB § 350'de aynı yönde düzenlemeler mevcutsa da bunlar ciddi şekilde eleştirilmiştir. Nitekim 2002 reformu sonrasında BGB § 346'da ele alınan dönmenin sonuçları bahsinde, f.2 b.3 bu ilkeyi terk etmiş ve malın sözleşmeye aykırılığının hasarın intikalini engellemeyeceği ilkesi benimsenmiştir. Düzenleme hakkında bkz. Faust, in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.10/21-22. İtalyan Medeni Kanunu (CCiv m.1492) ve Fransız Medeni Kanununun (Cc m.1647) çözümü zaten hep bu yönde olmuştur. Hon-sell'in haklı olarak ifade ettiği gibi (Hon-sell, GS Kunkel, 53, 66) bu hallerde alıcının semenin tenzih hakkını kullanması mümkün olmalı ama dönme hakkını vererek, telef olma rizikosunu tamamıyla satıcıya taşıması kabul edilmemelidir. Zimmermann ise haklı olarak, ashoda rizikoyu taşımak zorunda olan alıcının, bu ilke nedeniyle, malın ayıplı olmasını bir lütf olarak algılayacağını ifade etmektedir (Law of Obligations, 332). Nitekim, satım konusu arabanın kilometre sayacı ile oynanmış ancak araba teslim edildikten sonra bir sel felaketinde telef olmuşsa, sadece bu ayıp nedeniyle alıcının dönme hakkını herhangi bir sınırlama olmadan niye kullanabileceğini anlamak mümkün değildir. Malın ayıpsız şekilde teslim edilmiş olması halinde bu rizikoyu alıcı taşıyacaktır. Olay ile hiçbir alakası olmayan bir ayıbın varlığı nedeniyle rizikoyu satıcıya taşımak ise anlamlı gözükmemektedir (Hon-sell, SJZ 1992, 345, 354; Krebs, 105 vd.). Semen tenzili hakkının kullanılmasına ile alıcının yeterli şekilde korunması imkanı vardır. Bütün bu haklı eleştirilere ve bugün yasalarda benimsenmekte olan farklı çözümlere rağmen Borçlar Kanunu Tasarısı soruna değinme ihtiyacı dahi hissetmeden BK m.204'deki düzenlemeyi aynen BKT m.233, f.1'e aktarmıştır.

bu ayıp değildir, bir mücbir sebep veya kazadır. Buna karşılık mal, alıcının bir eylemi veya eylemsizliği nedeniyle iade edilemiyorsa bu durumda artık genel kural uygulanır ve dönme ile ikame mal talep hakkı düşer. Maddenin ifadesinden anlaşılana, alıcının kusurlu olup olmamasının önem taşımadığıdır. Sadece alıcının malın iadesinin imkansızlaşmasına sebep olup olmadığı üzerinde durulacaktır⁴²². Kuşkusuz, alıcının yanı sıra, davranışları alıcıya atfedilebilecek kişilerin davranışları da dikkate alınacaktır. Ancak alıcının sorumluluk alanından kaynaklanan bir sebebin ne zaman var olduğu konusunda sınırı çizmek her zaman kolay olmayabilir. Her halde dönme hakkının varlığından haberdar olduğu andan itibaren alıcının sorumluluğunu daha sıkı tutmak gerekecektir⁴²³.

Alıcının malı teslim aldığı andaki gibi iade etmesinin mümkün olmamasının kaynağında, malın m.38 uyarınca muayene edilmesi yatıyor⁴²⁴, bu durum da alıcının dönme hakkını kullanmasını engellemez. CISG m.82, f.2 (b)'de düzenlenen bu istisnanın temelinde yatan düşünce, alıcının haklarını korumak için başvuracağı bazı tedbirlerin sonuçlarının daha sonra kendisi aleyhine kullanılmayacak olmasıdır⁴²⁵. Örn. malların sözleşmeye aykırı olma ihtimaline binaen analize tabi tutulmaları, konservelerin kapaklarının açılması, kumaşın yıkanmak zorunda kalması gibi hallerde muayenenin beraberinde getirdiği rizikoları satıcı taşıyacaktır⁴²⁶.

CISG m.82, f.1'in istisnasını oluşturan son hal ise, alıcının, malı iade etmesi gerekeceği konusunda habersiz olduğu bir dönemde malı satmış veya tüketmiş veya başka şekilde kullanmış olmasıdır⁴²⁷. Özellikle gizli ayıbı olan bir mal, ilk alıcı, üçüncü bir kişiye satmış ve malların sözleşmeye aykırılığundan ancak bu ikinci alıcının ihbarı üzerine haberdar olmuşsa bu fıkraya başvurulacaktır. Bu durumda malları iade edemeyecek olmasına rağmen dönme hakkını kullanabilir⁴²⁸. Ancak satmanın ya-

⁴²² Freiburg, 260; Brunner, Art.82 N.9.

⁴²³ Freiburg, 261.

⁴²⁴ Bu madde hakkında bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B IV 2.

⁴²⁵ Aynı yönde Krebs, 113.

⁴²⁶ MünchKommBGB/P.Huber, Art.82 CISG N.17; BGH 25.06.1997, CISG-Online N.277.

⁴²⁷ Görüldüğü gibi CISG düzenlemesi bu halde BK m.204, f.2 çözümünden tamamen ayrılmaktadır. İsviçre-Türk hukukuna göre alıcının malı başkasına temlik etmiş veya işlemiş olması halinde dönme hakkını kullanması imkanı yoktur. Bkz. Honnold, SJZ 1992, 345, 354; Vischer, Gemeinsame Bestimmungen, 173, 183.

⁴²⁸ Alıcının malı satmış olduğu ikinci alıcının sözleşmeye aykırılık nedeniyle herhangi bir hakkını kullanmaması halinde bile ilk alıcının seçimlik haklarının devam ettiği kabul edilmek gerekecektir. Zira CISG m.82, f.2 (a) bu konuda hiçbir kayıt içermemektedir. Ancak bunun ilk satıcı açısından sonuçları ilk anda düşünüldüğü kadar olumsuz olmaz. Zira birinci alıcının dönme veya ikame mal talebi, sözleşme ihlalinin esash olmasına bağlıdır. Oysa onun mal başkasına satılmış olması,

nı sıra malın olağan kullanımını içinde kısmen tüketilmesi veya işlenmesi nedeniyle şekil değiştirmesi gibi hallerde de alıcının dönme veya ikame mal talep etme hakkı engellenemeyecektir⁴²⁹. Fakat her halde alıcının davranışlarının ticari faaliyetin seyri içinde olağan olarak nitelendirilebilecek olması gerekir. Diğer yandan alıcının bu hareketleri, sözleşmeye aykırılıktan haberdar olması veya olması gerektiği ana kadar m.82, f.1'in uygulanmasını engeller. Malı iade etmesi gerekebileceğini bilmesine veya bilmesi gerekmesine rağmen malı satar veya işlerse artık dönme veya ikame mal talebi dinlenmez⁴³⁰.

CISG m.82, f.2'deki istisnalardan birinin var olmaması halinde alıcının dönme veya ikame mal talep hakkı düşer. Malın daha sonra tekrar ortaya çıkması, geriye dönük olarak bu hakların yeniden doğmasını sağlamaz. Alıcı semenin tenzili ve tamirat seçimlik haklarının yanı sıra tazminat istemek dışında bir şansa sahip değildir.

B. İfayı Talep Hakkı

I. Genel Olarak

Alıcıya tanınmış olan seçimlik haklardan ilki CISG m.46 uyarınca ifayı talep etmektir:

- (1) Alıcı, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukukî imkandan yararlanmış olsun.
- (2) Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun esash bir sözleşmeye 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 göz önüne alındığında bu, makul olmayan bir talep

birçok halde ihlalin esash olmadığı anlamına gelecektir (MünchKommHGB/Benicke, Art.82 CISG N.15). Eğer ikinci alıcı ilk alıcıya karşı dönme hakkını kullanmış, ancak malı iade etmesi mümkün değilse, bu durumda ilk alıcının da kendi satıcısına karşı dönme hakkını kullanabilmesi normaldir. Bunun satıcı açısından olumsuz sonuçlarını gidermek m.84, f.2 uyarınca mümkündür. Aşağıda (Bölüm 5 § 2 D VI 4) incelenecek olan bu düzenleme uyarınca, alıcının elinde bulunanları iade edemeyecek durumda olmasına rağmen, sözleşmeden dönme ve ikame mal talebinin var olması durumunda (yani m.82, f.2'deki olasılıkların varlığı halinde) elde etmiş olduğu yararları iade etmesi gerekir. Bu hüküm çerçevesinde alıcının, ikinci alıcının elde etmiş olduğu semeni satıcıya bırakması gerekecektir. Bu konuda bkz. Staudinger/Magnus, Art.82 N.26; Honnold, N.448.2; Vischer, Gemeinsame Bestimmungen, 173, 183 vd.

⁴²⁹ Krebs, 117; MünchKommHGB/Benicke, Art.82 CISG N.27.

⁴³⁰ Krebs, 114.

oluştursun. Onarım talebi ya 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde yöneltilmelidir.”

Antlaşmada bu maddeye yer verilmiş olması, yukarıda açıklanmaya çalışılan *common law* yaklaşımının, yani sözleşmeye aykırılık halinde alıcının sadece bir tazminat talebinin olacağı anlayışının benimsenmediğini göstermektedir⁴³¹. Alıcının özellikle satıcının elinde bulunan malı talep etmek konusunda haklı bir menfaatinin olabileceği kabul edilmiştir⁴³². Unutulmamalıdır ki, sözleşmeye aykırılık gerçekleştikten sonra alıcının hâlen aynen ifayı talep edebilmesi, sözleşme hukukunda geçerli *pacta sunt servanda* ilkesinin en önemli yansımasıdır⁴³³.

CISG m.46 ifa talebini iki farklı yönüyle düzenlemektedir. İlk fıkrada, sözleşmenin kurulması ile doğan ve ifa etmeme halinde aynen devam eden; sözleşmeyle üstlenilen yükümlülüklerin ifasına ilişkin asli talep (*primärer Erfüllungsanspruch*); ikinci ve üçüncü fıkrada ise, malın ifa edilmiş, ancak sözleşmeye aykırı olması halinde, alıcının sahip olduğu tâli ifa talebi (*Nacherfüllungsanspruch*) ele alınmıştır. Tâli ifa talebi, ya değiştirme (f.2) ya da tamirat (f.3) şeklinde kendisini gösterir ve asli ifa talebinin “kılık değiştirmiş” halini oluşturur⁴³⁴. Ayıplı bir ifanın gerçekleşmiş olması halinde asli ifa talebinin yerini tali ifa talebi alır. Yukarıda açıklanmaya çalışılan yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışının sonucu olarak CISG, ayıplı bir mal teslim edilmesi halinde, satıcının sözleşmeye uygun ifa borcunu yerine getirmediğini kabul etmektedir. Sözleşme konu-

⁴³¹ *Vahle*, ZVGIRWiss 1999, 54, 55; MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.2; Honsell/Schnyder/Straub, Art.46 N.7; Schulz, 231. CISG’ın, ifa talebine ilişkin olarak *common law* ülkelerinde var olan farklı yaklaşıma ilişkin uzlaştırıcı formülü hakkında bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B IV.

⁴³² MünchKommHGB/Benicke, Art.46 CISG, N.1; Schlechtriem/U.Huber, Art.46 N.1-2.

⁴³³ *Schauer*, FS Kramer, 627, 631; *Vahle*, ZVGIRWiss 1999, 54, 62.

⁴³⁴ Bu konuda bkz. *Schauer*, FS Kramer, 627, 631; *Slechtriem*, ZEuP 1993, 217, 226; *Vahle*, ZVGIRWiss 1999, 54, 56; *Schulz*, 228 vd.; *Ziegler*, 151-152. Reform sonrası BGB düzenlemesi için aynı yönde P.Huber, in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.13/44 vd.; *Zimmermann*, Non-Conformity, 34-35; *Schubel*, JuS 2002, 313, 316; *Canaris*, JZ 2003, 831, 836; *Jud*, JuS 2004, 841, 842; *Schürholz*, 47. Nitekim asli ifa talebi ile tâli ifa talebi arasındaki bu organik ilişki gerek PECL, gerekse PICC tarafından da benimsenmiştir. PECL Art.9:102 uyarınca, “Mağdur olan taraf, para borcu dışındaki yükümlülüklerin ifasını [da] talep edebilir. Buna, ayıplı ifanın giderilmesini talep etmek dahildir.” Diğer yandan PICC Art.7.2.3. daha da açık bir şekilde, ifa talebi bölüm başlığının altında, ayrı bir maddede şu ifadeye yer vermiştir: “İfa talebi, duruma göre, tamirat, ikame ifa veya ayıplı ifa halinde çare olabilecek diğer bir talebi de kapsar.” Dolayısıyla bu düzenlemelerin hepsinin, sözleşmeye aykırılık halinde ifa talebinin sadece içerik değiştirdiğinden yola çıktığı kabul edilmelidir. Türk hukukunda bu yönde örn. *Serozan*, Dönme, 324; *Buz*, Yenilik Doğan Haklar, 172; malın yenisi ile değiştirilmesi hakkı açısından aynı görüşte *Aral*, 152.

su malın bir parça veya çeşit borcu olması bu açıdan fark yaratmaz. Satıcı, bilfiil tarafların üzerinde anlaştıkları parçayı teslim etmiş olmasına rağmen, eğer bu parça sözleşmede belirtilen özelliklere sahip değilse, ifa gereği gibi yerine getirilmemiştir ve alıcının ifa talebi, içeriği değişmiş olarak devam eder. Alıcı duruma göre yenisi ile değiştirme veya tamirat isteyebilir⁴³⁵.

II. Asli ve Tâli İfa Talebi Arasındaki Sınır

Alıcının hangi ana kadar asli ifa talebine sahip olduğu ve bu talebinin hangi andan itibaren tâli ifa talebine dönüştüğü sorusu CISG çerçevesinde önem taşımaktadır. Zira asli ifa talebinin yöneltilmesi herhangi bir koşulun varlığına bağlanmamışken (m.46, f.1), tâli ifa taleplerinden yenisi ile değiştirme, ancak sözleşmenin esaslı ihlali halinde kabul edilmektedir (m.46, f.2)⁴³⁶. Bu açıdan satıcının ne zaman CISG anlamında ifa etmiş sayılabileceği; dolayısıyla hangi andan itibaren tali ifa talebinin devreye gireceği tespit edilmek gerekir. Son derece basit gibi gözükse de sorunun cevabı aslında hiç de kolay değildir. Zira Kara Avrupa’sı hukuklarında, satıcının “bir şey” ifa etmiş olmasına rağmen “hiç bir şey” ifa etmemiş gibi muamele edildiği bir dizi hal vardır⁴³⁷.

Alıcının ayıplı mal ifası nedeniyle seçimlik haklarını kullanabilmesi ve özellikle yenisi ile değiştirme ve tamirat hakkına (yani tali ifa talebine) başvurabilmesi, mala ilişkin hasarın alıcıya geçtiği andan itibaren mümkündür⁴³⁸. Zira malın ayıplı olup olmadığı hasarın intikali anına gö-

⁴³⁵ Bkz. P.Huber, in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.13/44-45; *Schürholz*, 47.

⁴³⁶ Bunun sebebi hakkında bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B II 1.

⁴³⁷ Bunun kaynağında, İsviçre-Türk hukuku dahil olmak üzere bir çok Avrupa ülkesinin hukukunda, yukarıda tarihsel sebepleri aktarılmaya çalışılan, genel sözleşmeye aykırılık ve ayıba karşı tekeffül hükümleri arasındaki ikilik yatmaktadır. Zira alıcının malı reddetmek suretiyle asli ifa talebini muhafaza edebileceği kabul edilecek olursa, genel sözleşmeye aykırılık hükümleri için öngörülmesi olan uzun zaman aşımı süresinin uygulanması mümkün olacaktır. Bu yüzden, yazarlar hep genel sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurmanın yollarını aramışlardır (Örneğin Türk hukukunda, ayıplı malın reddi halinde, satıcının temerrüde düşmesi ve BK m.106 vd.’daki hükümlerin uygulanmasına ilişkin tartışmalar için bkz. *Yavuz*, *Ayıp*, 54 vd.). Ancak kanımca CISG hükümlerinin, ulusal hukukların bu zafalarına göre anlamlandırılması doğru değildir. Özellikle Avrupa’da, sözleşmeye aykırılıkların tümünü bir örnek düzenleme yönündeki eğilim de dikkate alındığında, bu sonuç daha tutarlı gözükmektedir. Örneğin BGB reformu sonrasında asli ifa talebi için zaman aşımı süresi 3 yıl, tâli ifa talebi için 2 yıl olarak değiştirilmiştir. Yine PECL Art.14:201 genel olarak bütün talepler için süreyi 3 yıl olarak saptamıştır. Aynı şekilde PICC Art.10.2 de 3 yıllık genel bir süre kabul etmiştir.

⁴³⁸ Yukarıda da üzerinde durulmuş olduğu gibi, satıcının ayıplı bir mal teslim etmesi hasarın intikalini asla engellemez. Ancak hasarın intikal ettiği andan sonra malların kaza sonucu telef olması durumunda bile alıcı, ayıplı ifayı ispat edebilmesi koşuluyla, bütün haklarını kullanabilir. Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 4 B IV.

re tespit edilir (CISG m.36). Dolayısıyla gönderme borçlarında ilk bağımsız taşıyıcıya teslim, nakil halindeki mallarda bunların satışına ilişkin sözleşmenin kurulması, diğer borçlarda ise duruma göre teslim alma veya ilgili yerde malı hazır bulundurma amı hasarın intikal ettiği ve alıcının asli ifa talebinin yerini tali ifa talebinin aldığı andır⁴³⁹. Bu bağlamda üzerinde düşünülmesi gereken ilk nokta, alıcının, kendisine sunulan ayıplı malı teslim almayı reddetme hakkını kullanması durumunda⁴⁴⁰, asli ifa talebinin devam mı edeceği, yoksa artık tâli ifa talebinin mi söz konusu olacağıdır.

Alıcının malı teslim almamak suretiyle hasarın intikalini engelleyebileceği tek hal, CISG m.69, f.1 uyarınca, aranacak bir borcun söz konusu olduğu hallerdir. Bunun dışında hasar, alıcının malı teslim alması gereğinden bağımsız olarak intikal eder. Yani bu andan itibaren sadece tali ifa talebi yöneltilebilir. Kanımca aranacak borçlar açısından da bir istisna kabul etmek için sebep yoktur. *U.Huber*'in teklifine katılarak⁴⁴¹, aranacak borçlar açısından, hasarın intikal edeceği *fiktif* andan itibaren yine asli ifa talebinin sona erdiğini kabul etmek sorunu çözecektir. Bu *fiktif* an ise vade tarihidir. Nitekim sözleşmeye aykırı malın ifa amacıyla alıcıya sunulmuş olması ve bunun teslim alınmaması, satıcıyı hiç ifa etmemiş durumuna düşürmez. Dolayısıyla satıcının ifayı bir kez gerçekleştirmek istemiş olduğu hallerin tümünde artık alıcının asli ifa talebinin, tâli ifa talebine dönüştüğünü kabul etmek gerekir.

Bu çözümün tercih sebebi ise basitliğidir. Bu şekilde, borcun mahiyetine göre bir fark gözetilmeden, hasarın intikal ettiği veya normal şartlarda etmesi gerektiği andan itibaren asli ifa talebi sona ermiş olur. Alıcı ya malın ayıpsız ile değiştirilmesini ya da sözleşmeden dönme haklarına başvurabilir; bunun yanı sıra da tazminat talep edebilir. Mal teslim alınmamış olduğu için tamirat veya semenin tenzili haklarını kullanamayacağı açıktır.

Öğretide, alıcının yenisi ile değiştirme talebinin sözleşmenin esash ihlali şartına bağlı olması nedeniyle, alıcının malı ilk anda reddetmesi durumunda, asli ifa talebinin devam ettiğini kabul etmek gerektiği savunulmaktadır⁴⁴². Bu yazarlara göre, mal zaten teslim alınmamışsa, geri nakledilmesi ihtiyacı olmayacaktır, dolayısıyla esash ihlal şartını aramanın gerekçesi de ortadan kalkmaktadır⁴⁴³. Ancak bu görüş kanımca temel

⁴³⁹ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 4 B II.

⁴⁴⁰ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B V.

⁴⁴¹ Soergel¹²/*U.Huber*, § 480 BGB N.11. Aynı görüşte *P.Huber* in: *P.Huber/Faust*, *Schuldrechtsmodernisierung*, N.13/45; *Schürholz*, 49.

⁴⁴² *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.46 N.19.

⁴⁴³ Sözleşmeden dönme ve malın değiştirilmesini talep haklarının neden ancak sözleşmenin esash ihlali halinde kullanılabilceği konusunda bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B II 1.

bir noktayı gözden kaçırmaktadır. Zira alıcının malı reddetme, yani teslim almama hakkı zaten ancak, malın ayıbının esash bir sözleşme ihlali oluşturması halinde vardır. Eğer ihlalin sonuçları esash değilse alıcı malı teslim almak mecburiyetindedir⁴⁴⁴. Dolayısıyla malı reddetme hakkı olan alıcının, yenisini ifayı talep hakkı olduğu gibi, sözleşmeden dönme hakkı da zaten var olacaktır. Bu açıdan asli ifa talebinin sona erdiğini kabul etmenin herhangi bir sakıncası olmayacaktır.

Akla gelebilecek olan tartışmalı ikinci nokta *aliud* ifasıdır. *Aliud* ifa, ifa etmeme olarak kabul edilirse, alıcı asli ifa talebini yöneltebilir. Buna karşılık CISG sistemi içinde çözüm, yukarıda aktarılmaya çalışıldığı gibi, *aliud* ifa ile ayıplı ifanın aynı değerlendirilmesidir⁴⁴⁵. Dolayısıyla *aliud* ifa durumunda da satıcı ifa etmiş sayılır ve genel kabul gören anlayışa göre, alıcının tâli ifa talebine başvurması gerekir⁴⁴⁶. Tamirat bu hallerde söz konusu olmayacağı için alıcı m.46, f.2 uyarınca yenisi ile değiştirme isteyecektir.

Sorun yaratabilecek diğer bir konu eksik ifanın nasıl değerlendirilmesi gerektiğidir. Zira CISG m.35'de eksik ifa da sözleşmeye aykırı ifanın bir türü olarak ele alınmıştır⁴⁴⁷. Bu durumda acaba, m.46, f.2'nin uygulanacağı, yani ifa edilmeyen mallar için asli ifa talebinin yerini tâli ifa talebinin aldığı mı söylemek gerekir? Doktrinle çoğunluk, miktar itibarıyla bir eksik ifanın söz konusu olduğu hallerde⁴⁴⁸, eksik kalan kısım için alıcının f.1 uyarınca asli ifa talebinin devam ettiği görüşündedir⁴⁴⁹. Bunu gerekçelendirmek için de genelde CISG m.51'e dayanılmaktadır⁴⁵⁰. Bu madde, eksik ifa halinde alıcının m.46 ve devamındaki bütün imkanlardan faydalanabileceğinden bahsettiği için, alıcının m.46 f.1'e de

⁴⁴⁴ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B V.

⁴⁴⁵ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B II 1 d, özellikle dn.62. Alman hukuku için *Lorenz*'in, alıcının kendisine sunulan *aliud* ifayı kabul etmesi mecburiyetinin olmadığı ve bu hallerde ifayı reddetmek suretiyle satıcıyı ifa etmemiş konuma sokacağı görüşü (*Lorenz*, JuS 2003, 36, 38) doğru gözükmemektedir. Zira, aynı CISG sisteminde olduğu gibi, *aliud*'un ayıp ile eş tutulması ile birlikte (yeni BGB § 434, Abs.3), iki kavramın aynı yaptırımlara tabi olması doğaldır (bkz. *P.Huber* in: *P.Huber/Faust*, *Schuldrechtsmodernisierung*, N.13/45).

⁴⁴⁶ *Bianca/Bonell/Will*, Art.46 N.2.1.1.1; *Honsell/Schnyder/Straub*, Art.46 N.18; *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.46 CISG, N.7; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.46 N.20; *Schulz*, 239.

⁴⁴⁷ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B II 1 b.

⁴⁴⁸ Bu eksikliğin malın niteliğine etki edip etmediği önemli değildir. Karş. TKHK m.4.

⁴⁴⁹ *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.46 CISG, N.8; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.46 N.21; *Bianca/Bonell/Will*, Art.46 N.2.1.1.1; *Herber/Czerwenka*, Art.46 N.2; *Karollus*, 136; *Piltz*, § 5 N.145; *Staudinger/Magnus*, Art.46 N.10; *Schlechtriem/U.Huber*, Art.46 N.25; *Achilles*, Art.46 N.2; *Vahle*, ZVGIRWiss 1999, 54, 57; *Schulz*, 235.

⁴⁵⁰ CISG m.51 hakkında bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A III.

dayanabileceği sonucuna varılmaktadır⁴⁵¹. Ancak kanımca bu gerekçe çok tutarlı değildir⁴⁵². CISG m.35, f.1'in ifadesi açıktır; eksik ifa ayıplı ifadır, dolayısıyla da aynı kurallara tâbi olması gerekir. Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi⁴⁵³, sorun eksik ifanın türüne göre bir ayırım yapılmasından kaynaklanmaktadır. Eğer satıcı zaten açık bir şekilde (örn. nakil evrakında miktar gösterilmiştir) sözleşmede kararlaştırılan miktardan daha az bir miktar teslim ediyorsa bu hallerde CISG m.35, f.1 kapsamında değerlendirilecek bir durum yoktur. Zira satıcı zaten tüm borcunu ifa etme saiki ile hareket etmemektedir. Alıcının kısmi ifayı kabul etmiş olması ise, kalan kısım açısından iki alternatif olduğunu gösterir. Ya kalanın daha sonra teslim edilecek olması konusunda taraflar anlaşmıştır veya böyle bir anlaşma sağlanamadığı için alıcının ifa edilmeyen kısım açısından sözleşmeye aykırılık hükümlerine başvurması söz konusu olacaktır. Bu hallerde eksik kalan kısım açısından alıcının asli/orsinal ifa talebinin devam etmesi de normaldir.

Buna karşılık satıcının sözleşmeden doğan borcunun tamamını ifa etmek niyeti ile bir mal teslim etmesi ve bunun, sözleşmede kararlaştırılan miktara nazaran eksik olması halinde CISG m.35, f.1 anlamında sözleşmeye aykırı bir ifa söz konusudur (gizli eksik ifa/*verdeckte Mankolieferung*)⁴⁵⁴. Bu hallerde alıcı eksikliği, süresi içinde ihbar etmek durumunda olduğu gibi, ihbardan sonra da ancak tali ifa taleplerini kullanabilir. Nitekim bu çözüm, sözleşmeden dönme veya yeni mal ile değiştirme talebini, ihlalin esaslılığı şartına bağlayan anlayışın tutarlı bir sonucudur. Zira eksik ifa halinde de satıcının, ifa etmediği miktar için yeni bir nakliyat organize etmesi gerekmektedir. Yazarların özellikle eksik ifada "malın geri gönderilmesi" gibi bir sorunla karşılaşılacağı bu yüzden de f.1'in uygulanmasının adil olacağı görüşüne⁴⁵⁵ kanımca bu sebeple katılmak mümkün değildir. Gerçi teslim edilmiş olan mal geri gönderilmeyecektir, ama onun yerine, eksik kalan mal için yeni bir nakliye işlemine ihtiyaç olacaktır. Bu açıdan, bu hallerde de esaslılık fiktresinin uygulanması daha uygun gözükmektedir. Eğer eksik kalan kısmı satım konusu malın önemli bir bölümünü oluşturuyorsa zaten esaslı bir ihlalin varlığı ne-

⁴⁵¹ Örn. Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.21; Schlechtriem/U.Huber, Art.46 N.25.

⁴⁵² Aynı yönde Honsell/Schnyder /Straub, Art.46 N.19; Art.51 N.34 vd.

⁴⁵³ Bölüm 5 § 2 A III 2.

⁴⁵⁴ CISG m.35'deki gibi, eksik ve maddi ayıplı ifayı eş tutan BGB 434, Abs.3'ün de aynı şekilde anlaşılması gerektiği yönünde Bamberger/Faust, § 434 BGB, N.113; Staudinger/Matusche-Beckmann, § 434 BGB, N.122; Haas, in: Das neue Schuldrecht, Kapitel 5 N.127; Palandt/Putzo, BGB § 434 N.53; Baumbach/Hopt, § 377 HGB, N.17-18; Emmerich, BT, § 4 N.32.

⁴⁵⁵ Hirner, 139 vd.

deniyle kalanın ifa edilmesi f.2 uyarınca istenebilecektir. Yok eğer eksik kalan kısım sadece cüzi bir miktar ise, bu durumda ihlalin esaslı olması gerekçesi ile ifanın talep edilmesi engellenebilecektir. Özellikle bu açıdan da, doğrudan m.46, f.1 uygulanır demek elverişsizdir. Zira eksik kalan cüzi bir miktarın ifasını talep eden alıcının bu talebini engellemek için, fıkra 1 herhangi bir imkan sunmamaktadır. Bu yüzden de yazarlar, CISG m.7'deki dürüstlük kuralına başvurmak zorunda kalmaktadır⁴⁵⁶; oysa teklif edilen çözüm kabul edildiği takdirde buna ihtiyaç kalmayacaktır.

Üzerinde durulması gereken son tartışmalı husus ise, teslim edilen mala ilişkin üçüncü kişilerin hak ve taleplerinin olması halinde (hukuki ayıplarda) m.46 f.1'in mi yoksa 2 ve 3'ün mü devreye gireceğidir. Burada da çoğunluk f.1'in uygulanması taraftarıdır⁴⁵⁷. Yani satıcının, örneğin patent veya marka lisansı alınmamış bir mal teslim etmesi halinde, aslında ifa etmediği kabul edilecek; alıcının asli ifa talebi devam edecektir. Yukarıda açıklanmış olduğu üzere⁴⁵⁸, Antlaşmanın sistematik yorumu hakim görüşü destekler mahiyettedir. Ancak Antlaşmanın üzerine oturduğu yeknesak sözleşmeye aykırılık konsepti bağlamında bu ayırımın tutarlı olarak gerçekleştirilmesi kanımca mümkün değildir. Satıcının aliud ifası halinde asli ifa talebini sona erdiren görüş, hukuki ayıplı olan malın teslim edilmesi halinde de asli ifa talebinin sona erdiğini kabul etmek zorundadır⁴⁵⁹. Tali ifa taleplerinden yenisi ile değiştirmenin, sözleşme ihlalinin esaslılığı koşuluna bağlı tutulmuş olması kanımca bir sorun doğurmaz. Eğer mal üzerinde üçüncü kişinin sahip olduğu hak (örn. mülkiyet hakkı) malın kullanımını tamamen engelliyorsa, zaten esaslı bir ihlalin varlığı kabul edilecektir. Buna karşılık üçüncü kişinin hakkının kolayca bertaraf edilmesi imkanı varsa bu durumda da esaslı bir ihlalin varlığını kabul etmemek ve yenisi ile değiştirme hakkını bloke etmek amaca uygun olan çözümdür. Sonuç olarak hukuki ayıplı giderilmesi parça borcunda üçüncü kişinin talebini ortadan kaldıracak adımları atmamak (= tamir,

⁴⁵⁶ Nitekim böyle Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.21.

⁴⁵⁷ MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, 9; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.22; Ziegler, 141; Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.184; Brunner, Art.46 N.2; Staudinger/Magnus, Art.46 N.17; Soergel/Lüderitz/Schüßler-Langeheine, Art.46 N.13; Schulz, 236-237, 318; Achilles, Art.46 N.2; Langenecker, 268-269; Hirner, 197 ve 214; MünchKommHGB/Benicke, Art.46 CISG, N.27.

⁴⁵⁸ Bölüm 5 § 2 A I 2.

⁴⁵⁹ Aynı yönde Herber /Czerwenka, Art.46 N.6; Audit, N.128; Neumayer /Ming, Art.46 N.8; Bianca/Bonelli/Will, Art.46 N.3.1; Welser, Verkäufer, 105, 122; Heuzé, 368; Wolff, 164 vd; Vahle'ye göre (ZVglRWiss 1999, 54, 58) özellikle hukuki ayıplı ile maddi ayıplı arasındaki sınırın çizilmesindeki güçlük bu görüşün tercih edilmesini desteklemektedir. Hukuki ayıplı türüne göre ayırım yapan farklı bir çözüm için bkz. Mohs, IHR 2002, 59, 64 vd.

CISG m.46, f.3)⁴⁶⁰, çeşit borcunda ise, mümkün olduğu takdirde, yenisi ile değiştirme (CISG m.46, f.2) şeklinde ortaya çıkacaktır⁴⁶¹.

III. İfa Etmeme Halinde Alıcının Asli İfa Talebi

1. Söz Konusu Olduğu Haller

CISG m.46, f.1 uyarınca, "alıcı, satıcıdan, yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir". Demek ki satıcının ifa etmemesi halinde, alıcının, satıcının yükümlülüklerini yerine getirmesini talep etme hakkı vardır. Satıcının yükümlülükleri, taraflar arasındaki sözleşmeye, yedek olarak da CISG'a göre saptanır. Bu yükümlülükler, malın zamanında ve doğru yerde teslim edilmesi (CISG m.30, 31, 33), mala ilişkin belgelerin teslim edilmesi (m.30, 34) veya sözleşme ile üstlenilmiş diğer yükümlülüklerdir (örn. montajın yapılması, sigorta sözleşmesi akdedilmesi gibi)⁴⁶². Bu yükümlülüklerden biri veya birkaçının satıcı tarafından hiç ifa edilmediği hallerde alıcının f.1 uyarınca ifayı talep etme imkanı vardır⁴⁶³. Buna karşılık ifanın, ayrıpık da olsa, gerçekleşmiş olduğu hallerde ancak m.46, f.2 veya 3 uygulama alanı bulabilir⁴⁶⁴.

Alıcının ifa talebini yöneltmesi halinde CISG m.47'deki ek süreyi tanınması zorunluluğu ise yoktur. Eğer satıcının ifa etmemesi zaten sözleşmenin esashi ihlali anlamına geliyorsa, alıcı isterse hemen sözleşmeden dönebilir, isterse satıcıya bir ifa şansı daha verebilir. Ancak esashi bir ihlal söz konusu değilse, bu durumda alıcının satıcıdan ifayı talep ederken ona aynı zamanda m.47 anlamında ek bir süre tanınması kendisi açısından daha elverişli olacaktır, zira bu şekilde sürenin sonunda satıcı hâlâ ifa etmemişse doğrudan sözleşmeden dönme imkanı doğacaktır⁴⁶⁵.

⁴⁶⁰ Satıcının, üçüncü kişinin mal üzerindeki hakkını kullanmayacağına ilişkin bir tahhüdü bile bu anlamda alıcıyı tatmin etmek için yeterli olacaktır (bkz. *Pier-Eiling*, 132). Bu hallerde malın değiştirilmesine ihtiyaç olmadığı düşünülecek olursa, alıcının bu istemini neden "asli/orjinal" ifa talebi ile yöneltmesi gerektiğini açıklamak güçtür.

⁴⁶¹ Aynı yönde *Wolff*, 166 vd.; *Pier-Eiling*, 132.

⁴⁶² Ayrıntılı olarak *Erdem*, La Livraison, N.756-769; MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.11; *Honsell/Schnyder/Straub*, Art.46, N.17.

⁴⁶³ *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.46 N.11. ULIS m.25'de henimsenmiş olan ve satıcının temerrüdü halinde alıcının bir ikame alım yapabileceği hallerde, ifa talebinin düşeceği yaklaşım CISG'da terk edilmiştir. Alıcının ikame alım suretiyle zararın artmasını engelleme yükümlülüğünün olacağı yönünde bir düzenlemenin CISG'a eklenmesi teklifi de görüşmelerde reddedilmiştir (*Schulz*, 233). Yani ifa talebine, m.28'de var olanlar dışında hiç bir sınırlama getirilmek istenmemiştir.

⁴⁶⁴ *Ziegler*, 140; *Honsell/Schnyder/Straub*, Art.46 N.18; MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.5; *Bianca/Bonell/Will*, Art.46 N.2.1.1.1. Ancak yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi, satıcının en azından ifa denemesinde bulunmuş, fakat alıcı tarafından reddolunmuş olduğu hallerde de CISG m.46, f.2-3 uyarınca tâli bir talep söz konusu olacaktır. Bu hallerde artık asli talep düşmüştür.

⁴⁶⁵ Bu konuda bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A II 2.

2. Sınırları

a. İfa talebi ile çelişen bir hukuksal imkandan faydalanılmış olması

CISG m.46, f.1 uyarınca ifa talebi ancak, alıcının, ifa talebini dışlayan diğer bir seçimlik hakkını kullanmamış olması halinde kabul edilir⁴⁶⁶. Asli ifa talebi ancak alıcının hiç ifa etmediği hallerde kullanılabilir. Semen tenzili, tamirat ve yenisi ile değiştirme haklarının işin doğası gereği kullanılmayacağı açıktır. Demek ki dönme hakkını kullanan, aynı zamanda sözleşmenin ifasını isteyemez. Alıcının haklarını kullanmış olması ile kast edilen, satıcıya, seçimine ilişkin olarak tek taraflı bir beyan yöneltmiş olmasıdır⁴⁶⁷. Ancak alıcının bu beyanla bağlılığının söz konusu olmadığı istisnai hallerde seçimlik haklarını, bu arada ifa hakkını kullanması imkanı olabilir.

b. CISG m.28 uyarınca ifa talebinin engellenmiş olması

Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, CISG m.28 uyarınca, ulusal hukuk düzenlerine göre ifa talebinin kabul edilmediği hallerde, CISG m.46 uyarınca yöneltilecek ifa talebi de etkili olmayacaktır⁴⁶⁸.

c. İmkansızlık ve aşırı ifa güçlüğü

CISG'ın yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı nedeniyle ihlalin türüne göre bir ayırım yapılmadığı yukarıda görülmüştü. Dolayısıyla imkansızlık veya aşırı ifa güçlüğü gibi bir kategori ile CISG içinde karşılaşılması mümkün değildir. Ancak imkansızlık, alıcının ifa talebinin doğal sınırını aşır; aşırı ifa güçlüğü ise normatif olarak getirilmiş olan bir sınırdır. Bu açıdan, satıcının ifa yükümlülüğünün bu hallerde CISG'ın hangi maddesi uyarınca düştüğünü tespit etmek önem taşır.

Satıcının borcunun imkansızlaşması sorununun hangi kurallara göre çözümleneceği doktrinde çok tartışmalıdır. Zira imkansızlık durumunda alıcının aynen ifa talebini engelleyecek açık bir düzenleme CISG içinde mevcut değildir. Hatta, yukarıda da üzerinde durulmuş olduğu gibi⁴⁶⁹, satıcı açısından bir sorumsuzluk halinin söz konusu olduğu durumlarda,

⁴⁶⁶ *Erdem*, *Batider* 1992, 25, 77; *Schlechtriem*, *Einheitliches*, 66; *Honsell/Schnyder/Straub*, Art.46 N.24; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.46 N.7; *Ziegler*, 154. Her ne kadar bu sınırlama fıkra 1'de ifade edilmişse de, kuşkusuz f. 2 ve 3 açısından da aynı şekilde geçerli olacaktır. Aynı yönde *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.46 N.12.

⁴⁶⁷ Bu beyanın niteliği konusunda bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A II 2.

⁴⁶⁸ Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B IV 2.

⁴⁶⁹ Bkz. Bölüm 5 § 1 B III 3.

sadece tazminat yükümlülüğünün sona erdiği, buna karşılık alıcının diğer bütün haklarını kullanma imkanının devam ettiği (ifayı talep hakkı dahil) CISG m.79, f.5'de açıkça ifade edilmiştir. Bu fıkra, lafzı ön planda tutularak anlaşıldığında, imkansızlaşmış bir mal için bile ifa davası açılabilir. Ancak bunun anlamlı bir çözüm olmadığı açıktır.

Bir görüşe göre bu sorunun çözümü, CISG m.28 vasıtasıyla ulusal hukukları devreye sokmakta yatar. Hakim ifa davasını ancak, kendi ulusal hukukuna göre buna hükmetmesi mümkün ise kabul edecektir. İmkansızlık halinde edim borcunun sona ermesi ise, birçok ülke hukukunda açıkça düzenlenmiş olduğundan, bu şekilde ifa talebi de engellenebilecektir⁴⁷⁰. Ancak ulusal hukuklara gönderme yapan CISG m.28'in, hukuk uyumlaştırması amacıyla ters düştüğü açıktır; dolayısıyla bu maddeye mümkün olduğu ölçüde az başvurulmasında fayda vardır. Ayrıca tazminat talebi ile ifa talebini farklı kriterlere göre değerlendirmek; birinin CISG m.79, f.1'e göre, diğerinin ise ulusal hukuka göre düşeceğini kabul etmek ikna edici değildir⁴⁷¹. Nitekim bu yüzden doktrinde hakim görüş, imkansızlık durumunda da yine CISG hükümlerinden yola çıkarak bir sonuca varılmasını savunmaktadır⁴⁷². Bunlardan bir grup, sorumsuzluk hallerini düzenleyen CISG m.79, f.5'i sınırlayıcı yoruma tâbi tutma taraftarıdır⁴⁷³. Bunu gerekçelendirmek için de özellikle Antlaşmanın temelinde yatan ilkelere atıf yapan CISG m.7, f. 2'ye ve kısmen Unidroit İlkelere dayanılmaktadır. Zira PICC, ifa talebini ele aldığı m.7.2.2'de imkansızlık halinde ifa talebinin düşeceğini açıkça düzenlemiştir⁴⁷⁴. Diğer bir görüş ise CISG m.7, f.1'e dayanmakta; ifası imkansız olan bir edimin talep edilmesinin dürüstlük kurahna aykırı olacağını savunmaktadır⁴⁷⁵. Kuşkusuz, varılan sonuç, bütün bu farklı gerekçelere rağmen aynıdır: imkansızlık halinde ifa talebine yer yoktur. Dolayısıyla tartışmanın teorik yönü ağır basmaktadır.

⁴⁷⁰ Erdem, La Livraison, N.740 dn.495; Ziegler, 150; Herber / Czerwenka, Art.79 N.23; Schlechtriem, Einheitliches, 97; Neumayer / Ming, Art.46 N.2; Koch, RevCISG 1998, 177, 342; Vahle, ZVGIRWiss 1999, 54, 61; Keil, 42; Ryffel, 98; Flambouras, 13 Pace Int'l Rev. 261, 275-276.

⁴⁷¹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll / Gruber, Art.79 N.47.

⁴⁷² Schlechtriem/Schwenzer/Stoll / Gruber, Art.79 N.47-48; MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.18; Brunner, Art.46 N.6-7; Staudinger/Magnus, Art.79 N.59; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.9 vd.; Honsell/Schnyder / Straub, Art.46 N.29 vd.; MünchKommHGB/Beniche, Art.46 CISG, N.6 vd.

⁴⁷³ Brunner, Art.46 N.7; Pichonnaz, N.1804; Bianca/Bonell/Tallon, Art.79 N.2.10 vd.; Schlechtriem/U.Huber, Art.46 N.11 vd.; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.28 N.14; Fischer, 119-120; Staudinger/Magnus, Art.79 N.58-59; Soergel/Lüderitz / Schüßler-Langeheine, Art.46 N.15; Müller-Chen, 352-353; Morscher, 143; Najork, 156.

⁴⁷⁴ Bu maddenin tercümesi için bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1, dn.220. Ayrıca aynı yerde PECL'in benzer düzenlemesi Art.9:102.

⁴⁷⁵ Honsell/Schnyder / Straub, Art.46 N.30.

Ancak kavramların tam oturması amacıyla, hangi çözümün daha doğru gözüktüğü üzerinde kısaca durmakta fayda vardır. Kanımca, hem objektif hem de sübjektif imkansızlık hallerinde, yani hiç kimsenin veya sadece borçlunun, üstlenilen borcu ifa etmesinin mümkün olmadığı halde, ifa borcunun sona ermesini, m.79'a dayanmak suretiyle gerekçelendirmek mümkün değildir. Zira, satıcının sadece kusuru olmadan değil, *kusurlu* olarak imkansızlığa sebep olmuş olması halinde de ifa davası boşa döner. Borcun konusunun, kusurlu/kusursuz olarak yok olması veya bu mala ilişkin olarak getirilen ithalat veya ihracat yasağından haberdar olunması veya olunmaması imkansızlığın doğumu açısından bir fark yaratmaz. Edimi ifa borcunun sona ermesinin kusur sorunuyla ilgisi yoktur⁴⁷⁶. Bu durum, borçluya isnad edilebilir olsa bile ifada ısrar edilmesi anlamsızdır⁴⁷⁷. İmkansızlıkta isnad edilebilirlik sorunu sadece, tazminat yükümlülüğünün var olup olmadığını tespit etmek açısından önem taşır. Mahn ifası imkansızlaşmışsa tazminat talep edilebilir mi sorusuna cevap verirken, isnad edilebilirse evet cevabı verilir. Oysa ifa imkansızlaşmışsa ifa talep edilebilir mi sorusuna cevap verirken isnad edilebilirlik sorunu üzerinde durulmaz. Demek ki imkansızlık hallerinin tümünde edim yükümlülüğünü borçlu açısından sona erdirecek bir dayanak bulmak icap eder. Bu dayanağın, isnad edilebilirlik ve sorumluluk sorununu ele alan CISG m.79'dan devşirilmesi ise uygun düşmez.

Kanımca imkansız bir malın ifasının talep edilemeyeceği, Antlaşmanın temelinde yatan genel bir ilke olarak CISG m.7, f.2'ye dayanılarak kabul edilebilir⁴⁷⁸. Nitekim hasarın intikaline ilişkin CISG m.66 bu konuda ufak bir dayanak da sunmaktadır⁴⁷⁹. Zira bu madde uyarınca, "hasarın alıcıya geçmesinden sonra malların zayı olması ... alıcıya, semeni ödeme yükümlülüğünden kurtarmaz." Bu cümle tersten okunacak olursa, hasarın alıcıya geçmesinden önce malların zayı olması halinde, alıcının semeni ödeme borcundan kurtulduğu sonucuna varılır. Alıcı semeni ödeme borcundan kurtuluyorsa, kendisine de bir şey ifa edilmiyor demektir. Bu

⁴⁷⁶ Schlechtriem, FS Sonnenberger, 125, 128; Schlechtriem, ZEuP 1993, 217, 224 vd.

⁴⁷⁷ Aynı yönde Schlechtriem/U.Huber, Art.28 N.32. Alacaklının bu durumlarda ifa yerine tazminat talep etme hakkının baki olduğu unutulmamalıdır. Nitekim 2002 reformu sonrasında, BGB § 275'de, objektif/sübjektif imkansızlık hallerinde olduğu gibi, aşırı ifa güclüğü hallerinde de ifa yükümlülüğünün kusurun varlığından bağımsız olarak sona ereceği açıkça düzenlenmiştir (Örn. bkz. Sonja Meier, Neues Leistungsstörungsrecht: Nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen in der Fallbearbeitung, Jura 2002, 118, 119-120). Borçlunun bunun dışında bir tazminat talebinin olup olmayacağı ise ayrı bir sorun olarak § 280 vd. hükümlerinde incelenmiştir. Ancak BGB § 275 düzenlemesi başka noktalardan haklı olarak eleştirilmektedir. Örn. bkz. Schlechtriem, FS Sonnenberger, 125 vd.

⁴⁷⁸ Aynı görüşte MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.18.

⁴⁷⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll / Gruber, Art.79 N.48. CISG m.66 hakkında bkz. yukarıda Bölüm 4 § 4 B I.

da yine ifa talebinin kullanılmayacağı hallerden yola çıktığını gösterir. Alıcı malı alamadığı içindir ki semeni ödemek borcundan da kurtulmaktadır. Bunun yanı sıra kuşkusuz PICC'deki düzenlemenin de bu alanda yol gösterici olması mümkündür. Yukarıda da üzerinde durulmuş olduğu gibi, Antlaşmada kaynağını bulan bir ilkenin somutlaştırılması için bu kurallara başvurulmasında bir sakınca olmamak gerekir⁴⁸⁰. Son olarak, ifası imkansız olan bir edimin ifasında ısrarcı olmanın hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceği de açıktır.

İmkansızlık açısından kabul edilen bu çözüm, aşırı ifa güçlüğünün var olduğu hallerde de aynı şekilde benimsenmelidir. Her ne kadar aşırı ifa güçlüğü kavramı Antlaşmada açıkça düzenlenmemişse de aşağıda görüleceği üzere CISG içinde bu sorunun çözülmesi mümkündür⁴⁸¹. Dolayısıyla bu hallerde de alıcının ifa talebinin engellenmesi ihtiyacı doğacaktır. CISG m.79, f.5 ifa talebini ayakta tutan bir yaklaşım sergilediği için bu fıkra dayanak olamaz. Ancak yine imkansızlık hallerinde olduğu gibi, CISG m.7, f.2 uyarınca bu konuda Antlaşmanın temelinde yatan bir ilkenin varlığından yola çıkmak ve ifa talebinin düştüğünü kabul etmek uygun gözükmektedir. Özellikle, aşağıda üzerinde daha ayrıntılı olarak durulacak olan tamiratı talep hakkında ilişkin m.46, f.3 düzenlemesi kamnca bu konuda genelleştirilmeye elverişli bir düşünce içermektedir. Buna göre tamirat talebi ancak makul olması halinde kabul edilir. Makul olmamanın göstergesi ise tamiratın çok pahalı olacak olması, satıcının tamirat imkanını ancak büyük zorluklarla yaratabilecek olması, yeni mal temin etmek suretiyle sözleşmeye aykırılığın hemen giderilebilecek olması gibi hallerdir⁴⁸². Yani söz konusu olan, asli ifa talebinin değil, tali ifa talebinin aşırı ifa güçlüğü savunması ile püskürtülebilmesidir⁴⁸³. Aynı düşüncenin asli ifa talebine de yaydırılması tutarlıdır kamnca.

⁴⁸⁰ Bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 D IV.

⁴⁸¹ Bkz. Bölüm 5 § 3 II 4 b.

⁴⁸² Staudinger/Magnus, Art.46 N.61 ve bu başlı altında aşağıda IV 1 b ve 2 a.

⁴⁸³ Nitekim BGB § 439, Abs.3'de ölçüsüz derece masraflı olması halinde tamirat ve yenisi ile değiştirme taleplerini reddetme imkanı veren düzenlemede, satıcının § 275, f.2 ve 3'den doğan haklarının saklı tutulmuş olması da bunu gösterir. Zira ilgili fıkralar aşırı ifa güçlüğünü genel olarak bütün edimler açısından düzenleyen hükümlerdir.

IV. Sözleşmeye Aykırı Mal Teslim Edilmesi Halinde Alıcının Tali İfa Talebi

1. CISG m.46, f.2 uyarınca yenisi ile değiştirme talebi

a. Koşulları

aa. Sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi

Yeni mal teslim edilmesi talebinin söz konusu olabilmesi için, satıcının malı teslim etmiş, ancak bu malın, sözleşme veya CISG'nin yedek hükümleri uyarınca taşınması gereken özellikleri taşıyor olması gerekir⁴⁸⁴ (*peius*). Teslim edilen malın *peius* değil de *aliud* olması halinde de sözleşmeye aykırı bir ifa vardır. Dolayısıyla CISG m.46, f.1 uyarınca asli ifa değil, m.46, f.2 uyarınca tali ifa talebi söz konusu olacaktır. Alıcının istemi, kendisine teslim edilmiş olan mal yerine sözleşmeye uygun bir mal verilmesidir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken tartışılabilir bir husus, her türlü mal açısından yenisi ile değiştirme talebinin söz konusu olup olmayacağıdır. Hem çeşit borcu, hem de parça borcunda acaba bir ikame mal talebi düşünülebilir mi⁴⁸⁵? ULIS m.42, f.1, c'de bu konu düzenlenmiş ve sadece çeşit borcu açısından yenisi ile değiştirme talebinin var olduğu açıkça öngörülmüştü⁴⁸⁶. CISG'da ise bu türden bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna rağmen öğretide çoğunluk, parça borcu açısından yenisi ile değiştirme imkanının kural olarak var olmadığını savunmaktadır⁴⁸⁷. Sadece borçlanılmış olan nesne yerine bir başkası teslim edilmişse (*aliud*) alıcının ikame mal talep etmek imkanı olacaktır⁴⁸⁸.

Ancak bu türden katı bir yaklaşım uygun gözükmemektedir. *v.Hoffmann* tarafından verilen bir örnekle⁴⁸⁹ somutlaştırılmaya çalışılacak olursa. Alıcının, satıcının, fabrikasında imal ettiği belirli bazı makineleri incelemiş ve bunları satın almak istediğini beyan etmiş olması halinde bir parça borcunun varlığından yola çıkmak gerekecektir. Oysa bu hallerde sonradan, makinelerin ayıplı olduğunun anlaşılması halinde, alıcının, aynı türden başka makine talep etmesini engellemek için bir gerekçe bul-

⁴⁸⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.19.

⁴⁸⁵ Bu konuda Avrupa ülkelerinde var olan çözümler için bkz. *Schwartz*, *Sachmängelgewährleistung*, 158 vd.; Ayrıca bkz. yukarıda Bölüm 4 § 4 A.

⁴⁸⁶ Madde hakkında bkz. *Dolle/Stumpf*, Art.42 N.13-14.

⁴⁸⁷ MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.38; MünchKommHGB/Beniche, Art.46 CISG, N.13; *Brunner*, Art.46 N.12; *Staudinger/Magnus*, Art.46 N.33; *Slechtriem/U.Huber*, Art.46 N.22; *Soergel/Lüderitz/Schubler-Langeheine*, Art.46 N.6; *Schulz*, 238; *Achilles*, Art.46 N.4.

⁴⁸⁸ Bkz. dn.487'de anılan yazarlar.

⁴⁸⁹ *v. Hoffmann*, 293, 295.

mak güçtür⁴⁹⁰. Hele de aynı alıcının, satıcının ayağına gitmek yerine katalogdan siparişte bulunmuş olması halinde, ayıplı mal yerine ikame mal teslim edilmesini talep etme hakkı olduğu düşünülecek olursa, bu sonucun adaletsizliği daha da belirgin olarak ortaya çıkmaktadır. Ne parçanın borcunda hiçbir zaman ikame talep etme imkanı yoktur demek, ne de çeşit borcunda her zaman bu imkan vardır demek doğru gözükmemektedir⁴⁹¹. Bu konuda karar verebilmek için somut olayın özelliklerine ve bilhassa taraflar arasındaki sözleşmeye bakmak gerekecektir.

Eğer satım konusu mal, parça borcu olmasına rağmen, yerine bir başkasını koymak sorunsuz bir şekilde mümkün ise, ikame mal talebine izin verilmelidir⁴⁹². Özellikle yeni malın, eş değerde (*Gleichwertigkeit*) ve eş işleve (*Gleichartigkeit*) sahip olması halinde bunu kabul etmek uygun düşer⁴⁹³. Önemli olan, işlevsel ve ekonomik açıdan, çeşit borcuna yakın

⁴⁹⁰ Ziegler, 143; v. Hoffmann, 295.

⁴⁹¹ Nitekim Türk hukuku açısından Serozan da, parça borcu/çeşit borcu ayrımını yapmaksızın iki halde de malın ayıpsız ile değiştirilmesi hakkının alıcıya verilmesini savunmaktadır, MHAD 1969, 211, 233 vd. Alman hukukunda ise bu husus, 2002 reformu sonrasında en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Zira reform sonrası BGB'nin satım hukuku düzenlemeleri, aynı CISG'da olduğu gibi, parça borcu/çeşit borcu ayrımını terk etmiştir. BGB § 439'da genel olarak tâli ifa talebi düzenlenmiş ve alıcının, satıcıdan, ayıplı mal yerine yenisini istemesi imkanı olduğu ifade edilmiştir. Bu değişikliğe rağmen, doktrinde çok sayıda yazar, ikame mal talebinin sadece çeşit borcu açısından var olduğu görüşüne sadık kalmıştır. Bu yönde örn. Faust, ZGS 2004, 252, 255; U. Huber, Die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzung des § 275 Abs.2 BGB neuer Fassung, in: FS Schlechtriem, Tübingen 2003, 521, 523 dn.9; P. Huber, in: P. Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.13/20; Lettl, Jus 2002, 866, 869; Lorenz/Riehm, Lehrbuch zum neuen Schuldrecht, München 2002, N.505; Brüggemeier, Das neue Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, WM 2002, 1376, 1379. Buna karşılık özellikle kanunun hazırlanması sürecinde yoğun etkisi olmuş olan Canaris ve bir grup yazar parça borcunda da ikame mal teslimini talep etmenin mümkün olduğu görüşündedir. Bkz. Canaris, JZ 2003, 831, 833 vd; Haas, in: Das neue Schuldrecht, Kapitel 5 N.84; Schulz, JuS 2002, 313, 316; Heinemann/Pickartz, ZGS 2003, 149, 151; Palandt/Putzo, § 439 N.15. Nitekim parça borcu/çeşit borcu ayrımının bilinçli olarak terk edildiği ve parça borcunda ikame mal talebinin mümkün olabileceği, yasamın gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir. Bkz. RegBegr, in: Schuldrechtsmodernisierung, 806.

⁴⁹² Bu türden bir yorumun, CISG ile çok paralel bir mantık izleyen AB-Satım Yönergesi çerçevesinde de kabul ediliyor olması (Canaris, JZ 2003, 831, 834-835; Jud, Schadensersatz, 153-154) kanımca CISG m.46'nın yorumunda dikkate alınmak gerekir. Yönergenin girişindeki gerekçelerden N.16'da, kullanılmış mallar açısından, yenisi ile ifa imkanının genelde mevcut olmayacağı, dolayısıyla da kural olarak alıcının bu talebinin kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Ancak bu ifadenin de gösterdiği gibi, bazı hallerde, özellikle alıcının menfaatinin bu yönde olması halinde bu tür bir talebin kabul edilmesi söz konusu olabilecektir (Heinemann/Pickartz, ZGS 2003, 149, 152; aksi görüşte Faust, ZGS 2004, 252, 255).

⁴⁹³ Canaris, JZ 2003, 831, 834. Avusturya hukuku için aynı yönde Jud, Schadensersatz, 164-165. CISG için aynı yönde Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.18.

bir borcun var olup olmadığını⁴⁹⁴. Kuşkusuz bunun ötesinde, tarafların sözleşmeye yansımış olan iradesini de yorumlamak icap eder. Eğer onların borç konusu olarak sadece belirli, tek bir malı saptadıkları kabul edilmek gerekiyorsa, mal tek ve reproduksiyonu mümkün olmayan bir malısa, yenisi ile değiştirme talebi de doğal olarak söz konusu olmayacaktır⁴⁹⁵. Buna karşılık, yukarıdaki makine örneğinde olduğu gibi, bu tür bir irade uyumasını kabul etmek için ortada hiçbir sebep yoksa, artık alıcıya, satıcının elindeki diğer makinelerle değiştirmeyi talep olanağı verilmelidir.

Aynı şekilde çeşit borcunda da, tarafların iradelerinin yorumlanması ile bir sonuca ulaşılması söz konusudur. Eğer sözleşmede, sadece bazı somut özelliklere sahip çeşidin teslim edilmesi kararlaştırılmış ise (üzüm/Bozcaada üzümü/Aral Çiftliği, ova mevkii üzümü), bu durumda çeşit borcu açısından da yenisi ile değiştirme hakkı sınırlanmıştır (*sınırlı çeşit borcu*)⁴⁹⁶. Parça borcunda ikame mal teslimi aleyhine söylenen, alıcının bu şekilde, tarafların irade uyuması kapsamında olmayan, borçlanılmamış bir malı satıcıdan talep edebileceği görüşü, bu açıdan doğru değildir⁴⁹⁷. Zira hem çeşit hem de parça borcunda ikame edilebilirlik, tam da sözleşmede ne kararlaştırılmış olduğuna bakılarak tayin edilmektedir. Yani iradeye rağmen değil, iradeye uygun olduğu için bu çözüm savunulmaktadır.

⁴⁹⁴ Canaris, JZ 2003, 831, 835. Örneğin bu yönde OLG Braunschweig, 4.2.2003, JZ 2003, 863 ve LG Ellwangen, 13.12.2002, NJW 2003, 517. İki olayda da satım konusu olan bir otomobildir. Alıcı almak istediği otomobili belirlemiş ve özellikleri konusunda da satıcı ile anlaşmıştır. Ancak iki arabada da daha sonra ayıplar saptanmıştır. Alıcılar arabaları kesin olarak seçmiş oldukları için, satıcılar, parça borcunun söz konusu olduğunu, dolayısıyla da yenisi ile değiştirme istenemeyeceğini savunma olarak ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık iki mahkeme de, reform sonrası bu ayrımın düştüğünü, dolayısıyla da sözleşmenin niteliğine göre karar verilmesi gerektiğini ifade etmiştir. İki olayda da, davacıların, yeni otomobil teslimi talebinin kural olarak mevcut olduğu vurgulanmıştır.

⁴⁹⁵ Yukarıda da ifade edilmiş olduğu gibi (Bölüm 4 § 4 A) parça borcunda yenisi ile değiştirme imkanı kabul edildiğinde, hasarın henüz alıcıya geçmediği bir aşamada bu parçanın telef olması halinde, satıcının yeni bir mal tedarik etme yükümlülüğü olduğu da kabul edilmek gerekir (Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 3 II 1 c aa). Eğer çeşit borcunda imkansızlık yok dersek (*genus non perit*), "genişletilmiş parça borcu" kavramında da imkansızlık yok demek gerekir. Alman hukuku için bu yönde Canaris, JZ 2003, 831, 836.

⁴⁹⁶ Bkz. Serazan, Borçlar Genel, § 7 N.6a.

⁴⁹⁷ Faust, ZGS 2004, 252, 253. Nitekim Faust, bilfiil parça borcu kararlaştırmanın, yenisi ile değiştirme talebini dışlamak anlamına geleceğini söylerken, hemen devamında, istisnaen tarafların sözleşmesinin farklı yorumlanmasının da mümkün olduğunu kabul etmektedir (aynı yönde Schulz, 238). İşte sorun tam da bu istisnai durumlardır. Bugün artık parça borcunun gitikçe azaldığı gerçeği karşısında Alman yasa koyucusu, AB yasa koyucusu hep, kural olarak ikame edilebilirliği, istisnai olarak da edilemezliği kabul etmiştir. Bunun illa aksi şekilde yasadı düzenlenmesi konusunda ısrarcı olmak için bir sebep görmek güçtür.

bb. Sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesinin sözleşmenin esaslı ihlali anlamına gelmesi

CISG m.46, f.2 uyarınca alıcının, teslim edilen sözleşmeye aykırı malın yenisi ile değiştirilmesini talep edebilmesi için bu sözleşmeye aykırılığın esaslı olması gerekir. Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı gibi milletlerarası, sınıraşan ticarete, sözleşmeden dönmenin beraberinde getireceği tasfiye sorunlarının benzeri, malın yenisi ile değiştirilmesi isteminde de yaşanmaktadır⁴⁹⁸. Zira bu hallerde de satıcının, ayıplı mah alıcıdan almasını ve yeni mal teslim etmesi gerekir. Oysa tarafların farklı ülkelerde bulunması durumunda bunun uygun bir çözüm olmadığı kabul edilmek gerekecektir⁴⁹⁹. Bu nedenle CISG, yenisi ile değiştirme seçiminin kullanılmasını da sıkı şartlara bağlamıştır⁵⁰⁰. Eğer ihlalin sonuçlarının esaslı olmadığı sonucuna varılırsa, alıcı ancak tamirat, semenin tenzili ve tazminat isteyebilecektir.

Acaba sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi hangi hallerde sözleşmenin esaslı bir ihlali sayılabilir? Bunu tayin ederken, özellikle CISG m.25'de verilmiş olan, sözleşmenin esaslı ihlali tanımının sürekli göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır⁵⁰¹. Dolayısıyla ihlalin, taraflardan birini, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep olmuş olması ve böyle bir sonucu, ihlal eden tarafın öngörmüş veya öngörebilecek durumda bulunmuş olması aranacaktır⁵⁰². Sözleşmeye aykırı mal teslim edilen hallerde esaslı bir sözleşme ihlalden bahsedebilmek için genelde üç unsur üzerinde durulur. Bunlar, sözleşmeye aykırılığın ciddiyeti, sözleşmeye aykırılığın giderilmesi imkanı ve sözleşmeye aykırı malın başka türlü değerlendirilmesi olasılığının bulunup bulunmamasıdır⁵⁰³.

Aykırılığın ciddiyeti tayin edilirken özellikle malın kullanılma amacı, kalite sapsamının boyutu, sözleşmede kararlaştırılmış olan özel kullanım amacına uygunluk gibi hususlar değerlendirmede dikkate alınacaktır. Bazı hallerde sözleşmeye aykırılığın esaslı bir ihlal oluşturacak düzeye gelmeyeceği açıktır. Örneğin satım konusu mala ilişkin olarak sözleş-

⁴⁹⁸ MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.24.

⁴⁹⁹ Sekreteryaya Şerhi, Art.42 N.12.

⁵⁰⁰ Her ne kadar Antlaşmanın hazırlanması sürecinde bir dizi ülke, yenisi ile değiştirme talebini esaslılık şartı yerine, CISG m.46, fıkra 3'de malın tamiri için öngörülmüş olan "talebin makul olması" gereği ile sınırlandırmayı teklif etmişse de görüş kabul edilmemiştir. Gerek dönme gerekse ikame mal teslim edilmesi seçiminin haklarından faydalanılması halinde, malın satıcı tarafından geri nakledilecek olması, iki talebin de aynı ön koşullara bağlanması görüşünün üstün gelmesine sebep olmuştur, bkz. *Schlechtriem*, *Einheitliches*, 67.

⁵⁰¹ *Vahle*, *ZVGRWiss* 1999, 54, 65; *Schulz*, 243.

⁵⁰² Ayrıntılı olarak yukarıda Bölüm 5 § 1 B II 2 ve 3 c.

⁵⁰³ OLG Köln 14.10.2002, CISG-Online N.709.

me ile saptanmış değerlerden cüzi miktarda sapılmış olması⁵⁰⁴, bir sergi kataloğundaki küçük bir basım hatası⁵⁰⁵ nedeniyle alıcı, sözleşmeden beklemekte haklı olduğu menfaati yitirmemektedir. Buna karşılık alıcıya gösterilen örnek kompresörden daha fazla elektrik kullanan ve daha az soğutan cihazların teslim edilmiş olması esaslı bir ihlal sayılır⁵⁰⁶. Bu hallerde sözleşmeye aykırılık objektif olarak ciddidir. Ancak buna rağmen, malın başka türlü değerlendirilmesi veya aykırılığın giderilmesi⁵⁰⁷ imkanının olup olmadığı incelenmek gerekir⁵⁰⁸.

Malın başka türlü değerlendirilmesi imkanının olup olmadığı incelenirken malın ayıba rağmen kullanılmasının veya yeniden satılması ihtimalinin ne kadar yüksek olduğu; bu tür mallar için bir piyasanın var olup olmadığı gibi düşünceler büyük önem kazanır⁵⁰⁹. Örneğin ilk yıkamada % 10-15 (veya bir iki beden) çeken T-shirt teslim edilmiş ise, sözleşme ihlali ciddidir ve bu tür bir malın başka türlü değerlendirilmesi imkanı da yoktur. Buna karşılık teslim edilen et iyi kalitede ancak sözleşmede kararlaştırılmadan yüksek yağ oranı içeriyorsa bu ayıp, yeni mal talep etmeyi haklı gösterecek esaslı bir ayıp oluşturmaz⁵¹⁰. İsviçre Federal Mahkemesinin ifade ettiği gibi, bu etin de piyasada alıcısı vardır ve alıcının büyük bir zahmete katlanmadan bunu satması mümkündür. Demek ki ayıba rağmen malı değerlendirmesinin alıcıdan beklenebildiği hallerde sözleşme ihlalinin esaslı olduğu reddedilmektedir⁵¹¹. Bunun arkasında yatan mantık, alıcıya malın yenisi ile değiştirilmesi hakkının verilmesi halinde sözleşmeyi tasfiye etmenin getireceği güçlükler karşısında malın alıcı tarafından yerinde satılmasının kolaylığıdır. Zira unutulmaması gereken, satıcının bu hallerde hep tazminat veya semenin tenzili haklarını

⁵⁰⁴ OLG München 02.03.1994, CISG-Online N.108.

⁵⁰⁵ HG Zurich 21.09.1998, CISG-Online N.416.

⁵⁰⁶ US Court of Appeals (2nd Cir.) 6.12.1995, CISG Online N.140.

⁵⁰⁷ Örn. OLG Koblenz 31.01.1997, CISG-Online N.256.

⁵⁰⁸ Aksi görüşte *Freiburg*, 105.

⁵⁰⁹ *Vahle*, *ZVGRWiss* 1999, 54, 65; *Schlechtriem*, UN-Kaufrecht, N.186; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.46 N.24-25; *Piltz*, § 5 N.164; *Honsell/Schnyder/Straub*, Art.46 N.59. Alman Federal Mahkemesine göre, AB menşeli kobalt sülfat yerine Güney Afrika menşeli kobalt sülfat teslim edilmesi, sözleşmenin esaslı ihlali anlamına gelmez. Mahkemeye göre değerlendirilmede önem taşıyan, "ölçüsüz bir zorlukla karşılıksızın malın başka türlü değerlendirilmesinin veya olağan ticari pazarda fiyat kırarak satılmasının mümkün olup olmamasıdır." (BGH 03.04.1996 CISG-Online N.135).

⁵¹⁰ İsviçre Federal Mahkemesi, alıcının, sözleşmeden dönme hakkının varlığı açısından ihlalin esaslı olup olmadığı incelemesinde şu tespitle bulunmuştur: "Sözleşmeye aykırılık, malın sözleşmesel özellikleri taşıyan veya başka bir ayıba dayanıyorsa, belirleyici olan, malın olağan ticaret hayatında, fiyat kırılarak, ölçüsüz bir zahmeti gerektirmeksizin başka türlü kullanılmasının veya satılmasının alıcıdan beklenebilecek olup olmadığıdır." BG 28.10.1998, CISG-Online N.413.

⁵¹¹ *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.46 N.24; *Schulz*, 243.

kullanabileceğidir. Sadece yenisi ile değiştirme ve, yine ihlalin esaslılığı şartına bağlı olan, sözleşmeden dönme haklarını kullanması engellenmektedir.

Değerlendirmede önem kazanan son unsur ise, bu ciddi ayıbın satıcı tarafından giderilmesi imkanının olup olmadığıdır. Ayıbın objektif olarak ciddi olması, esaslı bir ihlalın varlığını kabul için ön koşuldur, ancak bu her zaman yeterli olmayabilir⁵¹². Zira bu tür bir ayıbın satıcı tarafından kısa sürede giderilmesi imkanı olan hallerde, son çare (*ultima ratio*) devreye girmesi istenen yenisi ile değiştirme talebinin kabul edilmesi doğru gözükmemektedir⁵¹³. Dolayısıyla esaslılık değerlendirmesinde, ayıbın giderilmesi imkanı olup olmadığı da dikkate alınmalıdır⁵¹⁴. Örneğin sanayi makinelerinde, arabalarda vs., mevcut ayıpların, yedek parça temini suretiyle genelde hemen giderilmesi mümkündür. Bu tür bir ayıbın, makinelerin çalışmasını tamamiyle engellemesi nedeniyle ilk anda esaslı olarak nitelendirilmesine meyledilse dahi, tamiratın çabuk ve sorunsuz yapılabileceği hallerde, alıcının yeni mal ile ifa talebini kabul etmek için bir gerekçe bulmak güçtür⁵¹⁵. Ancak dikkat edilmesi gereken, tamirata katılanmanın alıcıdan beklenebilir olmasıdır. Bunu tayin ederken, CISG m.48, f.1'deki kriterin uygulanmasında fayda vardır⁵¹⁶. Yani tamiratın, makul olmayan bir gecikmeye yol açmaması ve alıcı açısından makul olmayan bir zahmeti beraberinde getirmemesi aranacaktır. Eğer makul sürenin sonunda tamirat hâla gerçekleşmemiş ise satıcının ikinci bir sözleşmeye aykırılığı söz konusudur ve ayıbın ciddiyetine göre artık esaslı bir ihlalın varlığı kabul edilebilecektir⁵¹⁷.

Bu durumda ayıplı ifanın aşağıdaki hallerde⁵¹⁸ esaslı bir sözleşme

⁵¹² Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.26 .

⁵¹³ Bu konuda ayrıntı için bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A V 3 b aa.

⁵¹⁴ MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.33; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.26; Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.186; Piltz, § 5 N.162; Schulz, 249; Neumayer/Ming, Art.46 N.4. Ayıbın giderilmiş olduğu hallerde esaslı ihlal iddiası dinlenmez, Court d'Appel de Grenoble, 26.04.1995, CISG-Online N.154.

⁵¹⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.26.

⁵¹⁶ Schlechtriem/U.Huber, Art.46 N.44.

⁵¹⁷ Brunner, Art.46 N.13; MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.47.

⁵¹⁸ Her ne kadar doktrinde bazı yazarlar (Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.30), kesin vadeli işlemlerde sözleşmeye aykırı ifa gerçekleşmiş ise artık bunun tamir edilebilir olup olmadığına bakılmaksızın esaslı bir ihlalın varlığından yola çıkılacağını ifade etmekteyseler de, bu tespitin yenisi ile değiştirme talebi açısından ancak çok istisnaen bir anlamı olabilir. Zira kesin vadenin ihlali nedeniyle esaslı ihlal kabul ediliyorsa, zaten alıcının yenisi ile değiştirme talebine başvurmaya düşük bir ihtimaldir. Bu durumda asıl kullanmak isteyeceği hak sözleşmeden dönme olacaktır. Yani esaslılık araştırması dönme hakkı bağlamında önem kazanacaktır. Buna karşılık, kesin vadeye rağmen alıcı yenisi ile değiştirme istiyorsa, esaslı bir ihlal, sadece sürenin kaçmış olması ile gerekçelendirilemez. Bu durumda yine sözleşmeye aykırı malın tamir edilmesi olağanlığı olup olmadığı

ihlali olarak nitelendirilmesi ve yenisi ile değiştirilmenin talep edilmesi mümkündür:

- Ayıbın giderilmesi ve malın başka şekilde değerlendirilme imkanının da olmadığı hallerde, ihlalın boyutu ciddi ise⁵¹⁹ (T-shirt örneği).
- Ayıbın giderilmesi imkanı olmasına rağmen satıcının bunu yapmadığı veya yapamadığı hallerde, ihlalın boyutu ciddi ise (Makine örneği).
- İstisnaen, ayıbın giderilmesi imkanının olmasına rağmen, sözleşme ihlalinin taraflar arasındaki güven ilişkisini ciddi surette sarstığı hallerde⁵²⁰.

Bütün bu hallerde sözleşmeye aykırılığın alıcıyı, sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep olduğu ve böyle bir sonucu satıcının öngörmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir.

cc. Yenisi ile değiştirme talebinin makul süre içinde yöneltilmiş olması

Asli ifa talebinden farklı olarak, yenisi ile değiştirme talebinin kabul edilebilmesinin diğer bir önkoşulu, bu talebin belirli bir süre içinde yöneltilmiş olmasıdır. CISG m.46, f.2 uyarınca alıcı ancak "39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilir."⁵²¹ Yani alıcı, dilerse sözleşmeye aykırılık ihbarı ile birlikte, dilerse bu bildirimden itibaren makul bir süre içinde yapacağı ikinci bir bildirim ile, ikame mal talep hakkını kullandığını satıcıya açıklamak durumundadır⁵²². Makul sürenin işlemeye başlaması için sözleşmeye aykırılık ihbarının yapılmış olması ön koşuldur. Eğer bu ihbar CISG m.39 uyarınca süresi içinde yapılmamışsa, ayrıca ek bir sürenin işlemesi söz konusu olmaz; bu hallerde alıcı, ayıptan doğan haklarına dayanma imkanını büyük ölçüde yitirmiştir; dolayısıyla m.46 çerçevesinde bir süre tanımının anlamı kalmaz. Tamiratın mümkün olması nedeniyle ilk aşamada esaslı bir ihlalın kabul

üzünde durulması gerekir. İstisnaen, kesin vade öncesinde ayıplı mal teslim edilmiş olması ve bu ayıbın vadeye kadar tamir yoluyla değil de sadece yenisinin ifası yoluyla giderilmesi imkanı olduğu hallerde, kesin vade kararlaştırılmış olması, yeni mal talebi açısından da önem taşıyacaktır.

⁵¹⁹ Sadece tamiratın mümkün olmaması, ayıbın esaslı sayılması için yeterli bir gerekçe değildir: BGH 3.4.1996, CISG-Online N.135.

⁵²⁰ Schlechtriem/U.Huber, Art.46 N.34.

⁵²¹ CISG m.39 uyarınca yapılacak sözleşmeye aykırılık ihbarı hakkında bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B IV 3.

⁵²² Schulz, 258.

edilmediği hallerde ise önce bu tamirat süresinin geçmesi beklenmelidir⁵²³. Bu durumda, satıcının tamir etmeyeceğini bildirmesi veya tamiratın başarısızlıkla sonuçlanması ile esaslı ihlalin varlığı kesinleştiği andan itibaren makul süre işlemeye başlar.

Makul süreden ne anlaşılması gerektiği her olayın özelliklerine göre tayin edilmek gerekir. Öğretide kısmen, m.39'da düzenlenmiş olan sözleşmeye aykırılık ihbarı ile aynı sürenin tanınması gerektiği ifade edilmekte ve iki haftaya kadar bir sürenin makul olacağı kabul edilmektedir⁵²⁴. Buna karşılık diğer bir görüş, CISG m.39 uyarınca satıcının, sözleşmeye aykırılık hakkında bir kez bilgilendirilmiş olması nedeniyle, bu ikinci sürenin daha esnek olarak tayin edilebileceğini savunmaktadır⁵²⁵. Kanımca süreyi somut olayın özelliklerine göre saptamak daha uygundur. Bir yandan alıcının, hangi seçimlik hakkı kullanmanın kendisi açısından daha avantajlı olduğunu araştırmak için belirli bir süreye ihtiyaç duyacağı⁵²⁶; diğer yandan satıcı aleyhine spekülasyona imkan vermemek gerektiği dikkate alınmalıdır⁵²⁷.

Yapılacak olan bildirim belirli bir şekil şartına uyması gerekmektedir⁵²⁸. CISG m.27'de düzenlenmiş olduğu gibi, bildirim uygun araçlarla yapılmış ve makul süre içinde gönderilmiş olması yeterlidir. Bildirimin vaktinde gönderilmiş olmasına rağmen satıcıya geç ulaşması veya kaybolması rizikosunu satıcı taşır⁵²⁹.

Eğer alıcı yenisi ile değiştirme talebini makul bir süre içinde yöneltmezse buna dayanma hakkını kaybeder. Bu durumda elindeki imkanlar özellikle semenin tenzili ve sözleşmeden dönme olacaktır. Tamirata talep hakkını kullanabilmesi ihtimali düşüktür, zira bu talebin kabulü de aşağıda görüleceği üzere makul sürede yöneltme şartına bağlıdır. Tazminat talep etme hakkı ise kuşkusuz bakidir.

⁵²³ Schulz, 259.

⁵²⁴ Staudinger/Magnus, Art.46 N.43; MünchKommHGB/Benicke, Art.46 CISG, N.11; Vahle, ZVglRWiss 1999, 54, 68.

⁵²⁵ MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.34.

⁵²⁶ Achilles, Art.46 N.5.

⁵²⁷ CISG m.39, f.2'de düzenlenmiş olan 2 yıllık mutlak üst süre CISG m.46, f.2 açısından uygulanmaz. Alıcı, ayıbı bu iki yılın sonuna doğru tespit etmiş ve sözleşmeye aykırılığı satıcıya ihbar etmiş olmak kaydıyla makul bir süre içinde yenisi ile değiştirme talebini yöneltilebilir. Bu talebin, 2 yıllık sürenin tamamlanmasından sonra gönderilmiş olması önem taşımaz (MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.35; Honsell/Schnyder/Straub, Art.46 N.66; Schulz, 261).

⁵²⁸ Schulz, 261.

⁵²⁹ Schlechtriem/U.Huber, Art.46 N.52; Achilles, Art.46 N.5.

b. Sınırları

Yenisi ile değiştirme talebi, tâli bir ifa talebidir; dolayısıyla da asli ifa talebi açısından var olan sınırların hepsi burada da geçerlidir. Yani alıcı ancak, bu taleple çelişen başka bir seçimlik hakkını kullanmamışsa ikame mal teslimini talep edebilir (CISG m.46, f.1); bu talep de CISG m.28'de öngörülmüş olan ifa davasına ilişkin sınırlamaya tâbidir; imkansızlık veya aşırı ifa güçlüğü halinde ikame mal talebi dinlenemez⁵³⁰. Özellikle genişletilmiş parça borcu açısından da ikame mal talebinin kabul edildiği bu çalışmada, satıcının, aşırı ifa güçlüğüne düştüğünü ispat etmek suretiyle bu talebi bloke etmesi imkanı önem kazanır⁵³¹. Yani ikame malın tedarik edilmesinin satıcıdan beklenemeyecek olması halinde alıcının bu seçimlik hakkını kullanması imkanı olmayacaktır. Kanımca aşağıda, tamirat hakkı açısından CISG m.46, f.3'de kabul edilmiş olan, tamirat talebinin "makul" olması gereği burada kıyasen devreye sokulabilecek olan, genelleştirilmeye elverişli bir düşünce içermektedir⁵³². Talebin makul olmasının göstergesi ise tamiratın çok pahalı olacak olması, satıcının tamirat imkanını ancak büyük zorluklarla yaratabilecek olması, yeni mal temin etmek suretiyle sözleşmeye aykırılığın hemen giderilebilecek olması gibi hallerdir⁵³³. Tamirat talebi aşırı ifa güçlüğü savunması ile engellenebiliyorsa ikame mal talebinin de aynı gerekçe ile bloke edilebilmesi tutarlı olacaktır⁵³⁴.

⁵³⁰ Bkz. bu bölümde yukarıda başlık III 2. Ayrıca MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.37.

⁵³¹ Aynı yönde *Jud*, Schadenersatz, 159.

⁵³² Buna karşılık *Jud*, bu hallerde CISG m.79'dan faydalanılması gerektiği kanaatinde. İlgili madde aslında sadece tazminat talebine karşı satıcının getirebileceği sorumsuzluk savunmasını düzenlemekteyse de, doktrinde sık sık bu maddeye, asli veya tali ifa talebini engellemek için de başvurulabileceği ileri sürülmektedir (Örn. *Jud*, Schadenersatz, 206 ve aşağıda Bölüm 5 § 3 II 4 b). Oysa yukarıda ifa edildiği gibi, asli veya tali ifanın imkansızlaşması veya satıcıyı aşırı ifa güçlüğüne düşürmesi, satıcının bu durumdan sorumlu olduğu hallerde de söz konusu olabilir. Ama yine de onu korumak icap edebilir. Dolayısıyla tazminat borcunun düşmesi ile ifa borcunun düşmesi sorunları arasında bağlantı kurmak doğru değildir. Bu yazarların m.79 uyarınca çözüm üretmediği hallerde (satıcının kusurlu olması nedeniyle) çözümü CISG m.7'de aramaları ve kusurlu da olsa, ifa güçlüğüne düşmüş olan kişiden ikame mal istenmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağını ifade etmeleri de bunu göstermektedir. Aynı yazarın daha sonra Avusturya ve Alman hukukuna ilişkin açıklamalarında, satıcının tali ifa talebine karşı imkansızlık veya aşırı ifa güçlüğü savunmasında kusurun bir rol oynamaması gerektiğini ifade etmesi (*Jud*, Schadenersatz, 210-212) sorunun ne kadar karıştırıldığını göstermektedir.

⁵³³ Staudinger/Magnus, Art.46 N.61 ve bu başlık altında aşağıda IV 1 b ve 2 a.

⁵³⁴ Nitekim AB Satım Yönergesi, tamirat ve yenisi ile değiştirme taleplerinin kabulü açısından herhangi bir ayırım yapmaksızın, imkansızlık veya satıcıdan beklenemeyecek ölçüsüz güçlükleri beraberinde getirmesi halinde bu taleplerin dinlenmeyeceğini öngörmüştür (m.3, f.3). Bu konuda bkz. Grundmann/Bianca/Bianca, Art.3 N.29 vd. Aynı şekilde 2002 reformuyla değişen BGB § 439, Abs.3'e göre tamirat ve yenisi ile değiştirmenin ölçüsüz masrafları beraberinde getirecek olması halinde satıcının bu talepleri reddetmesi imkanı vardır.

İkame mal talebine ilişkin bu genel sınırlamaların yanı sıra dikkate alınması gereken diğer bir madde ise CISG m.82'dir. Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu için⁵³⁵ burada tekrar ele alınmayacak olan bu madde uyarınca, alıcının, teslim almış olduğu malı iade etmesi imkansızlaşmış ise ikame mal talep etme hakkı düşer.

c. Sonuçları

Yukarıda açıklanmaya çalışılan şartların gerçekleşmesi halinde, alıcının, kendisine teslim edilen malın yenisi ile değiştirilmesini isteme hakkı vardır. Bu hallerde sözleşme varlığını korumakta, alıcı, sözleşmeden doğan diğer haklarını muhafaza etmektedir. Zira ikame mal talebinin yenilik doğurucu bir etkisi yoktur⁵³⁶.

Satıcının ikame malı nerede teslim edeceği konusunda Antlaşmada bir düzenleme yapılmamıştır. Bir görüşe göre bu hallerde, malın alıcı tarafından kullanıldığı yer dikkate alınmalı ve satıcı doğrudan bu yere yeni malları teslim etmelidir⁵³⁷. Buna karşılık diğer bir görüş, hukuk güvenliği gerekçesi ile, ikame malın da, sözleşme hükümleri ve yedek olarak CISG m.31 uyarınca tespit edilecek olan ilk teslim yerinde alıcıya verilmesi gerektiğini savunmaktadır⁵³⁸. Kanımca bu konuda ilk görüşe katılmak gerekir. Zira satıcının her halde, ayıplı malı alıcıdan geri alması gerekmektedir. Bunun için de ilgili malın bulunduğu yere gitmesi kaçınılmazdır. Aynı yerde ayıplı malın teslim alınması ve ayıpsız malın teslim edilmesi ise uygun gözükmemektedir. Kuşkusuz sözleşme hükümlerinden veya somut olayın özelliklerinden farklı bir sonuca varılması da mümkündür.

Eski malın teslim alınması, yeni malın teslim edilmesi ve arada geçen sürede ayıplı malın muhafazası masrafları satıcıya aittir (CISG m.86, 87)⁵³⁹. Bunun yanı sıra, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi nedeniyle alıcının uğradığı bütün zararların da satıcı tarafından giderilmesi gerekecektir⁵⁴⁰. Alıcı ise teslim almış olduğu ayıplı malı iade yükümlülüğü al-

⁵³⁵ Bkz. Bölüm 5 § 2 A VI.

⁵³⁶ Schulz, 285.

⁵³⁷ Staudinger/Magnus, Art.46 N.50; Honsell/Schnyder/Straub, Art.46 N.71; Brunner, Art.46 N.21. Yazarlar, sözleşmeye aykırı davranmış olan satıcının, alıcıyı ek masraf ve külfete sokmadan kendisine yeni malı ulaştırması gerektiği kanaatinde.

⁵³⁸ MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.41. Yazara göre, malın teslim edildiği yerden, alıcının fiilen kullanacağı yere kadar nakledilmesinden kaynaklanan yeni masraflar da satıcı tarafından karşılanmak durumundadır.

⁵³⁹ MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.40.

⁵⁴⁰ OLG Hamm, 09.06.1995, CISG-Online N.146; Schulz, 287; ayrıca bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 E VI.

tındadır⁵⁴¹. Bunun yanı sıra maldan elde etmiş olduğu menfaatleri de satıcıya aktarması gerekir.

Eğer satıcı tarafından teslim edilen yeni mal da sözleşmeye aykırı ise alıcı bir kez daha CISG m.45'de düzenlenmiş olan hakları kullanabilecektir⁵⁴². Yani ayıbın giderilmesi ve indirim talep edebileceği gibi, ihlalin esash olması halinde yenisi ile değiştirme veya dönme haklarını kullanabilecektir. Bu hakları ile birlikte tazminat talep etmesi de mümkündür.

2. CISG m.46, f.3 uyarınca ayıbın giderilmesi talebi

a. Söz konusu olduğu haller

Aynı CISG m.46, f.2'de olduğu gibi, m.46, f.3'ün uygulanabilmesi açısından da satıcının, alıcıya sözleşmeye aykırı bir mal teslim etmiş olması aranır. Fakat alıcı bu sefer sözleşmeye aykırılığın, tamirat veya bozuk parçaların değiştirilmesi veya benzeri yöntemlerle giderilmesini istemektedir⁵⁴³. Yani malı muhafaza etmekte ve satıcı malı sözleşmeye uygun hale getirmektedir. Dolayısıyla malın yenisi ile değiştirilmesi talebinin kullanılmasında olduğu gibi nakil masrafları bu ihtimalde doğmamaktadır. Nitekim bu yüzden tamiratın talep edilmesi, yeni mal teslimi talebinden farklı olarak, sözleşme ihlalinin esash olması şartına bağlanmamıştır. Bunun yerine, satıcıdan tamirat talep etmenin, tüm koşullar gözönünde tutulduğunda *makul bir talep* oluşturması sınırlaması vardır. Yani yenisi ile ifa talebinde değerlendirme, alıcının perspektifinden yapılırken, tamiratta, satıcının perspektifi önem kazanmaktadır⁵⁴⁴. Eğer koşulların objektif surette değerlendirilmesi, tamiratın talep edilmesini haklı göstermiyorsa, satıcının bu talebe uyması gerekmez⁵⁴⁵. Bu değerlendirmede

⁵⁴¹ Her ne kadar CISG m.81, sözleşmeden dönme hallerinde tarafların iade yükümlülüğünün aynı anda ve karşılıklı ifa edilmesi gerektiği konusunda açık bir düzenleme içermekteyse de, benzer bir düzenleme yeni mal ile ayıplı malın değiş tokuş açısından yoktur. Doktrinde m.81'in kıyasen uygulanması genelde kabul edilmemektedir (örn. bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.34; Soergel/Lüderitz/Detmeier, Art.81 N.9; MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.43; MünchKommHGB/Benicke, Art.46 CISG, N.18). CISG m.81'in kıyasen uygulanması yönünde Karollus, 137 vd.; Brunner, Art.46 N.16). Yani alıcı, ikame mal talep eder etmez, teslim edilen ayıplı malı iade yükümü altına girmektedir. Yeni mal kendisine teslim edilene kadar bunu alıkoyma hakkı yoktur. Bu hak kendisine sadece, ayıplı malın muhafazası için yapmış olduğu masraflar varsa bunların tazmin edilmesi anına kadar tanınmıştır (CISG m.86).

⁵⁴² Brunner, Art.46 N.21; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.36.

⁵⁴³ Çeşit veya parça borcunun söz konusu olması, tamirat hakkının kullanılması açısından fark yaratmaz (Ziegler, 145).

⁵⁴⁴ Piltz, § 5 N.157; Schulz, 299. Dolayısıyla, tamiratın kendisinden beklenemez olduğu ispat yükü de satıcıdadır (MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.54).

⁵⁴⁵ Vahle, ZVGIRWiss 1999, 54, 70; Schulz, 299.

özellikle ekonomik bir bakış açısı önem kazanır⁵⁴⁶. Örneğin tamiratın, yenisi ile değiştirmeye nazaran istisnaen daha masraflı olması halinde, satıcının, alıcıya, yeni mal vermek suretiyle sözleşmeye aykırılığı gidermeyi teklif etmesi mümkün olmalıdır⁵⁴⁷. Aynı şekilde, ayıbın alıcı tarafından kolayca giderilmesi imkanı varsa ve bunun satıcı tarafından yapılması çok daha masraflı olacaksa, satıcının, alıcının masraflarını tazmin etmeyi teklif etmek suretiyle tamirat talebini bloke etmesi de mümkün olmalıdır⁵⁴⁸. Buna karşılık malın yenisi ile değiştirilmesi mümkün değilse ve tamir edilmesi için gerekli teknik bilgiye de sadece satıcı sahipse, çok masraflı olmasına rağmen alıcının tamiratta ısrar etmesi kabul edilebilecektir⁵⁴⁹.

Bunun yanı sıra, ayıbın giderilmesini talep hakkı da, m.46, f.1'deki sınırlamalara tabidir⁵⁵⁰. Yani alıcı, bu talebi ile çelişecek başka bir imkandan faydalanmış olması halinde (dönme, semenin tenzili) artık malın tamirini talep edemeyecektir. Aynı şekilde, CISG m.28 sınırlaması da dikkate alınmak durumundadır.

Yenisi ile değiştirme talebinde olduğu gibi, tamirat talebinde de alıcının, ya CISG m.39 uyarınca yapacağı ayıp ihbarı ile birlikte ya da bu ihbardan itibaren makul bir süre içinde tamirat isteğini satıcıya beyan etmesi gerekir⁵⁵¹.

⁵⁴⁶ MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.55; Ziegler, 146. Ancak bu değerlendirmede, satıcının ayıbı gidermek için yapacağı masraflar ile satış parasının mukayese edilmesi söz konusu değildir (Örn. bkz. Schlechtriem/U.Huber, Art.46 N.58; Honsell/Schnyder / Straub, Art.46 N.97). AB Tüketici Satımı Yönergesi m.3, f.3'de değerlendirme için esas alınması teklif edilen hususlar şunlardır: satıcının, malın tamiri veya yenisi ile değiştirilmesi için yapacağı masraflar karşısında, satım konusu tüketim malının sözleşmeye aykırılık olmaksızın sahip olduğu değer; sözleşmeye aykırılığın ciddiyeti; tercih edilecek alternatif yöntemin tüketicinin açısından olumsuz sonuçlar doğurup doğurmayacağı. Yani tarafların menfaatlerinin tartışılması ön plandadır.

⁵⁴⁷ Achilles, Art.46 N.7; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.40; Schulz, 300. Ancak bu değerlendirmeyi yaparken her zaman m.48'in de birlikte okunması gerektiği unutulmamalıdır (Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A V 1 ve 3). Zira bu maddede, satıcının, alıcıya, tamirat veya yenisi ile değiştirme suretiyle ayıbı gidermeyi teklif ettiği hallerde, bunun ancak alıcı açısından tahammül edilmez sonuçları olmadığı takdirde kabul edileceği özellikle vurgulanmaktadır. Demek ki ayıbı gidermek konusunda tercih edilecek olan formül, alıcı ve satıcının menfaatlerinin tartışılması sonucunda tespit edilecektir. Bkz. Honsell/Schnyder / Straub, Art.46 N.94; Schulz, 304.

⁵⁴⁸ Vahle, ZVGRWiss 1999, 54, 70; MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.55.

⁵⁴⁹ Achilles, Art.46 N.7; Schlechtriem/U.Huber, Art.46 N.58.

⁵⁵⁰ Schulz, 304; MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.53; Honsell/Schnyder / Straub, Art.46 N.92.

⁵⁵¹ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.43.

b. Sonuçları

Teslim edilen ayıplı malın tamir edilmesi masrafları satıcı tarafından taşınır⁵⁵². Tamiratın nerede gerçekleştirileceği konusunda Antlaşmada bir açıklık olmamakla beraber, malın halihazırda bulunduğu yerde bu tamiratın gerçekleştirilmesi uygun gözükmektedir⁵⁵³. Her halde satıcının bu tamiratı makul bir süre içinde tamamlaması gerekir. Her ne kadar m.46, f.2'de bu açıkça ifade edilmemişse de m.48, f.1'den bu sonuca varılması mümkündür. Zira bu madde, satıcının teklif edeceği tamirat açısından açıkça, makul olmayan bir gecikmeye sebep olmaması gerektiğini ifade etmiştir. Eğer tamirat makul bir sürede gerçekleştirilemez ise alıcının Antlaşmadan doğan diğer haklarını kullanması imkanı mevcuttur⁵⁵⁴. Yani, ayıbın esash olması halinde, malın yenisi ile değiştirilmesini isteyebileceği gibi, malı bu şekilde değerlendirmeye karar verip semenin indirilmesini de talep edebilir. Sözleşmeye aykırı mal teslim edilmiş olması sonrasında tamiratın da başarılı bir şekilde tamamlanamaması, sözleşmenin esash ihlali anlamına geliyorsa, alıcının sözleşmeden dönme hakkı da olacaktır⁵⁵⁵. Bütün bu hallerde, CISG m.74 vd. hükümleri uyarınca tazminat talebi kuşkusuz bakidir.

Eğer satıcı tamiratı yapmamakta direniyorsa, alıcının bu tamiratı, satıcı hesabına yaptırması imkanının var olduğu doktrinde genel kabul görmektedir^{556, 557}. Bu durumda da alıcı, CISG m.74 vd. hükümleri uyarınca uğramış olduğu zararın tazminini talep edebilecektir. Ancak bu talebinin kabul görmesi için alıcının dikkat etmesi gereken bazı noktalar vardır. Özellikle m.46, f.3 uyarınca satıcıdan tamiratın talep edilmesinin makul olmadığı hallerin bazılarında bu tamiratın alıcı tarafından yapılması da makul olmayabilir. Özellikle tamiratın çok masraflı olması ve sa-

⁵⁵² Schulz, 310.

⁵⁵³ Honsell/Schnyder / Straub, Art.46 N.104; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.45; MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.59; MünchKommHGB/ Benicke, Art.46 CISG, N.25. Tamiratın, sözleşme veya CISG m.31 uyarınca tespit edilecek olan teslim yerinde gerçekleştirilmesi görüşünde Schulz, 308.

⁵⁵⁴ Brunner, Art.46 N.21.

⁵⁵⁵ Brunner, Art.46 N.21; Neumayer / Ming, Art.46 N.5. Gözden kaçırılmaması gereken husus, esash sayılmayan bir ayıbın, sadece tamir edilmemesi nedeniyle kendiliğinden esash hale gelmeyeceğidir. Örn. bkz. Schulz, 306.

⁵⁵⁶ Honsell/Schnyder / Straub, Art.46 N.109; Schulz, 311; MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.64; Brunner, Art.46 N.22. Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.46.

⁵⁵⁷ CISG hükümleri, bu noktada BK m.98'den farklılaşmaktadır. Zira BK m.98, alıcının kendi başına ayıbı giderebilmesi için hakimin iznini almasını aramaktadır. Ancak bu tür bir düzenleme CISG hükümlerinin uygulandığı hallerde devreye girmez. CISG m.28 de bu açıdan farklı bir sonucu hakkı kılmaz. Aynı görüşte bkz. Brunner, Art.46 N.22.

ticının ikame mal teslim etmek suretiyle ayıbı gidermeyi tercih edeceği durumlarda, alıcının satıcıya danışmadan tamirâtı kendisinin yaptırmaması halinde tazminatın hesaplanmasında bu dikkate alınır⁵⁵⁸. Zira aşağıda görüleceği üzere⁵⁵⁹, CISG m.77 uyarınca alıcının, ayıplı ifa nedeniyle doğacak olan zararını azaltmak için gerekli makul önlemleri almak yükümlülüğü vardır.

C. Semeninin Tenzili Hakkı

I. Genel Olarak

Semeninin tenzili hakkının Antlaşmada düzenlenmiş olması her ne kadar Kara Avrupa'sı hukuk sistemlerinde yetişmiş hukukçular açısından normal gözükse de⁵⁶⁰ bu sefer *common law* ülkelerinin kavram olarak yabancı oldukları bir hak söz konusudur. Bu hukuk çevresinde, teslim edilen malın sözleşmeye aykırılığı nedeniyle değerinin düşük olması bir zarar sorunu olarak görülmekte ve alıcıya sadece tazminat hakkı verilmektedir⁵⁶¹. Oysa CISG m.50'de semeninin indirilmesi imkanı, tazminat talep etme hakkından bağımsız olarak tanınmıştır. Buna göre:

"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."

Semeninin tenzil edilmesi hakkı, sözleşmeye aykırı bir mal teslim edilmiş olması nedeniyle edimler arasında bozulan dengenin yeniden kurulabilmesi için tanınmış olan bir haktır. Sanki taraflar zaten başlangıçtan itibaren bu ayıplı malı satım konusu yapmışlar gibi semen de buna göre düzeltilmektedir. Bu hak ne tazminata ne de kısmi dönmeye tekabül etmez. *Müller-Chen*'in haklı olarak ifade ettiği gibi, yapılan aşında sözleşmenin uyarlanmasıdır⁵⁶². Dolayısıyla alıcının bu imkandan faydalanabil-

⁵⁵⁸ MünchKommBGB/P.Huber, Art.46 CISG, N.64.

⁵⁵⁹ Bkz. Bölüm 5 § 2 E IV.

⁵⁶⁰ Bu hakkın kökleri de Roma Hukukuna kadar gitmektedir. Bu konuda ayrıntı için bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 A dn.22. Ayrıca bkz. *Zimmermann*, Law of Obligations, 318. Bugün semeninin tenzili yaptırımına örneğin BGB § 441; Cc Art.1644; BK m.202; AB Tüketici Satımı Yönergesi Art.3 (V); PECL Art.9:401'de rastlamak mümkündür. Buna karşılık PICC semeninin tenzili hakkına yer vermemiştir.

⁵⁶¹ Mukayese için özellikle bkz. *Piliounis*, 12 Pace Int'l L. Rev. (2000), 1, 37 vd. Ayrıca bkz. *Honnold*, N.313; *Sekreteryâ Şerhi*, Art.46 N.3.

⁵⁶² *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.50 N.1; aynı yönde *Schlechtriem*, UN-Kaufrecht, N.203. Buna karşılık semeninin tenzili hakkının, sözleşmeye aykırılık nedeniyle tanınmış olan tazminat hakkına yakın olması gerektiği görüşünde *Venturi*, N.1099 vd.; 1134; 1314.

mesi için, tazminat hakkının ön koşulu olan, sözleşmeye aykırılığın satıcıya isnat edilebilmesi şartı aranmadığı gibi⁵⁶³; dönme hakkının ön koşulu olan sözleşmenin esash surette ihlal edilmiş olması şartı da aranmamaktadır⁵⁶⁴.

II. Semeninin Tenzili Hakkının Kullanılmasının Ön Koşulları

Semeninin tenzili hakkının kullanılabilmesinin ön koşulu, satıcının malı teslim etmiş olmasıdır. Satıcı ifa etmediği sürece bu hakkın kullanılmayacağı açıktır. Satıcının malı geç teslim etmiş olması halinde bile semeninin tenzili yoluna gidilmesi mümkün değildir⁵⁶⁵. Alıcıya sunulan bu hukuki imkanın gerekçesi, yukarıda da ifade edildiği gibi, edimler arasında bozulan dengeyi yeniden kurmaktır. Bir tazminat olarak düşünülmemiştir tenzil imkanı.

Diğer yandan teslim edilmiş olan bu malın bir sözleşmeye aykırılık arz etmesi gerekir⁵⁶⁶. Alıcının seçimlik haklarına ilişkin genel açıklamalarda üzerinde durulmuş olduğu gibi, Antlaşmanın yeknesak sözleşmeye aykırılık anlayışı gereği, teslim edilen malın her türlü sözleşmeye aykırılığında semeninin tenzili talep edilebilmelidir. Bu ayıp bir aliud ifa olabilir, hukuki bir ayıp olabilir, miktar itibarıyla bir ayıp olabilir veya en klasik haliyle bir maddi ayıp olabilir. Hukuki ayıpları ve eksik ifayı ayrı değerlendirip bunlar açısından semeninin tenzili hakkının olmadığı yönünde doktrinde ileri sürülen görüşlere, yukarıda aktarılan gerekçelerle katılmıyorum⁵⁶⁷. Dolayısıyla bu bölümde verilen açıklamalar, bütün ayıplı ifa hallerini kapsamak üzere düşünülmüştür.

Kendisine ayıplı bir mal ifa edilmiş olması nedeniyle seçimlik haklarını kullanmak isteyen alıcının, vaktinde bir sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmuş olması gerekir⁵⁶⁸. Yoksa kural olarak, semeninin tenzili hakkı dahil olmak üzere bütün seçimlik haklarını yitirir. Ancak bu nok-

⁵⁶³ Her ne kadar CISG'da tazminat talebi açısından bir garanti sorumluluğu kabul edilmiş olması nedeniyle tenzil imkanının önemi çok büyük değilse de, CISG m.79 uyarınca satıcının sorumluluğunun ortadan kalktığı hallerde yine de bu seçimlik hak değer kazanmaktadır (*Schlechtriem*, Verkäuferpflichten, 103, 108; *Gabriel*, 161.). Zira sorumsuzluk hallerinde bile alıcı semeninin tenzili hakkını kullanmaya devam edebilmektedir. Diğer yandan alıcının uğradığı zararı ispatlaması konusunda güçlük çektiği hallerde de semeninin tenzili hakkını kullanmayı tercih etmesi mümkündür, bkz. *Piliounis*, 12 Pace Int'l L. Rev. (2000), 1, 33-34. Ayrıca bkz. aşağıda Bölüm 5 § 3 F II.

⁵⁶⁴ MünchKommBGB/P.Huber, Art.50 CISG, N.5.

⁵⁶⁵ Antlaşmanın hazırlık safhasında bu konudaki tartışmalar hakkında bkz. *Honnold*, Art.50 N.313.1.

⁵⁶⁶ *Piliounis*, 12 Pace Int'l L. Rev. (2000), 1, 31. Sözleşmeye aykırılığın saptanma anının hasarın intikali anı olduğu konusunda bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B III.

⁵⁶⁷ Hukuki ayıpları için bkz. Bölüm 5 § 2 A I 2 ve eksik ifa için Bölüm 5 § 2 A III 2.

⁵⁶⁸ LG Darmstadt, 29.05.2001, CISG-Online N. 686; LG Stendal, 12.10.2000, CISG-Online N.592; HG Zürich, 10.02.1999, CISG-Online N.488. Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B IV 3 b/c ve C IV 1.

tada CISG m.44'de getirilmiş olan istisna önem taşımaktadır⁵⁶⁹. Bu madde uyarınca, alıcının ayıp ihbarını vaktinde yapamamış olmasına ilişkin olarak makul bir özür sunması mümkünse, semenî indirim hakkını yine de kullanabilecektir⁵⁷⁰. "Makul bir özür" ile kast edilen, mücbir sebep tarzındaki engeller değildir. Zira bunlar zaten doğrudan ihbar süresinin uzunluğu tespit edilirken dikkate alınır. CISG m.44 özellikle hastalık, hukuki durumdan haberdar olmama gibi subjektif sebeplerle ihbar süresinin kaçırılması halinde alıcıya son bir imkan tammaktadır. Ancak bu maddeye başvurulurken hep bir istisna düzenleme olduğu akıldaki tutulmalıdır⁵⁷¹. Amaç, "biraz" gecikmiş ihbarları bu madde aracılığıyla kırtarmak değildir⁵⁷².

CISG m.50 uyarınca alıcının semenî tenzil hakkının son bir ön koşulu ise, satıcının, kendisine CISG m.37 ve 48'de verilmiş olan⁵⁷³ ayıbu giderme hakkını kullanmamış olmasıdır. Yukarıda da üzerinde durulmuş olduğu gibi⁵⁷⁴, Antlaşma satıcıya ikinci bir ifa şansı tanımakta ve duruma göre bunu kullanmak suretiyle alıcının seçimlik haklarına başvurmasını engellemesine izin vermektedir. Nitekim m.50 açıkça satıcının bu hakkının önceliğe sahip olduğunu ifade etmektedir. Demek ki alıcı kendisine ayıplı mal teslim edildikten hemen sonra, örn. ayıp ihbarı ile birlikte semenî tenzili hakkını kullanmış olsa bile, satıcı malın tamirini veya yenisi ile değiştirilmesini teklif etmek suretiyle bu hakkın kullanılmasını engelleyebilmektedir⁵⁷⁵. Eğer ayıp gereği gibi giderilirse alıcı diğer seçimlik hakları gibi semenî tenzili hakkını da yitirir. Ancak gecikme veya başka sebeplerle uğramış olduğu zararı tazmin ettirme imkanı kuşkusuz devam eder⁵⁷⁶.

⁵⁶⁹ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B IV 3 e bb ve C IV 2.

⁵⁷⁰ Bu madde iki noktada aydınlatıcıdır. Bir yandan semenî tenzili imkanının ne ölçüde sinallagma düşüncesinin bir yansıması olduğunu çok bariz bir şekilde görmek mümkündür. Ayıp ihbarının yapılmamasına rağmen, alıcının mal için değerinden fazla bir meblağ ödemesi mümkün olduğu ölçüde engellenmek istenmiştir. Diğer yandan bu maddenin alıcıya, semenî tenzili hakkı yerine "yoksun kalınan kâr dışındaki zararının tazmini" imkanını veriyor olması *common law* sistemindeki farklı eğilimin de dikkate alındığını göstermektedir. Alıcı bu ülkelerde semenî tenzili hakkını kullanmak yerine alışık olduğu üzere tazminat talep ediyor olması halinde mağdur edilmeyecek ve bu talep kabul edilecektir. Ancak yine semenî tenzili hakkı ile aynı kapsamda bu hak kabul edilir. Yani yoksun kalınan kâr istenemez.

⁵⁷¹ Janssen, 200.

⁵⁷² Staudinger/Magnus, Art.44 N.11.

⁵⁷³ Ashında m.34, c.2'nin de burada anılmış olması gerekirdi. Zira satıcının vadeden önce borcunu ifa ettiği ancak belgelerde bir sözleşmeye aykırılık olan hallerde de m.34, c.2 uyarınca bunu giderme hakkı vardır. Sözleşme öncesinde ayıplı ifada ayıbu giderme hakkını düzenleyen m.37'nin muadili bir madde söz konusudur. Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A V 2.

⁵⁷⁴ Bkz. Bölüm 5 § 2 A V ve özellikle V 3 b bb.

⁵⁷⁵ MünckKommBGB/P.Huber, Art.50 N.13.

⁵⁷⁶ Staudinger/Magnus, Art.50 N.27.

III. Semenî Tenzili Beyanı

Semenî tenzili hakkını alıcı tek taraflı bir beyanla kullanabilir. Bu beyan herhangi bir şekle tabi değildir⁵⁷⁷. Ancak alıcının semenî indirme yönündeki iradesinin tartışmaya yer vermeyecek şekilde anlaşılır olması gerekir⁵⁷⁸. Örneğin alıcının sadece semenî belirlir bir bölümünü ödemesi bu yönde bir beyan olarak yorumlanamayacağı gibi, semenî ödenmesi de tenzil hakkından vazgeçildiği şeklinde yorumlanamaz⁵⁷⁹. Zira maddenin açık ifadesi gereği semenî ödenmiş olsa da alıcının bu hakkı saklıdır. Beyanın hüküm ifade etmesi için alıcının hangi miktarda semenî tenzil etmek istediğini açıklaması beklenmez⁵⁸⁰.

Semenî tenzili hakkının kullanılması halinde alıcı bu tercihiyle bağlıdır. Ancak yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, bu beyan ulusal hukuklardan alışık olunan şekilde "yenilik doğuran bir beyan" olarak nitelendirilmek kanımca doğru değildir⁵⁸¹. Satıcının haklı menfaatlerini zedelediği sürece alıcının bu beyanını geri almasında bir sakınca olmamak gerekir. Örneğin alıcının beyanının satıcıya hiç ulaşmamış olması veya satıcının semenî tenziline itiraz ettiği hallerde alıcının bu hakkı yerine başka bir seçimlik hakkını da kullanabilmesi gerekir⁵⁸².

Bu hakkın kullanılması konusunda Antlaşma herhangi bir süre sınırlaması getirmemiştir⁵⁸³. Yani alıcının vaktinde sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmuş olması kaydıyla, sadece ulusal hukuklarda var olan zamanlaşımı süreleri bir üst sınır teşkil edebilir⁵⁸⁴. Dolayısıyla tali ifa talebi ve dönme hakkı açısından var olan, bu taleplerin "makul süre" içinde yöneltilmiş olması sınırlamasının benzeri ile semenî tenzili hakkında karşılaşılmamaktadır.

IV. Tenzil Edilecek Miktarın Hesaplanması

İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak CISG m.50, semenî tenzil

⁵⁷⁷ Hirner, 294; Staudinger/Magnus, Art.50 N.15.

⁵⁷⁸ OLG München 02.03.1994, CISG-Online N.108.

⁵⁷⁹ BGH 02.03.2005, CISG-Online N.999.

⁵⁸⁰ Achilles, Art.50 N.5; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.50 N.4; MünckKommBGB/P.Huber, Art.50 N.14. Ziegler'in hakkı olarak ifade ettiği gibi, alıcının hiç bir beyanda bulunmaması halinde, CISG m.50'deki formül uyarınca indirim yapılır. Eğer alıcı daha yüksek bir miktarda indirim talep etmişse hakim ancak m.50 uyarınca hesaplanacak oranda bir indirim yapabilir. Buna karşılık alıcı daha düşük bir miktarda indirim talep etmişse hakim bu talep ile bağ olmak gerekir, bkz. Ziegler, 253.

⁵⁸¹ Bkz. Bölüm 5 § 2 A I 3.

⁵⁸² MünckKommBGB/Benicke, Art. 50 CISG, N.14.

⁵⁸³ Venturi, N.886.

⁵⁸⁴ Brunner, Art.50 N.6.

edilmesinde uygulanacak olan formülü saptamıştır. Buna göre, sözleşmeye aykırı malın teslim edildiği andaki fiil değeri ile, sözleşmeye uygun olsaydı o anda sahip olacağı fiktif değer oranlanacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan semen de bu oranda indirilecektir. Bir formülle ifade edilecek olursa:

$$\frac{\text{Teslim Edilen Malın Fiili Değeri} \times \text{Semen}}{\text{Sözleşmeye Uygun Malın Fiktif Değeri}} = \text{İndirilmiş Semen}$$

CISG m.50'nin tercihi, İsviçre-Türk hukukunda yaygın kabul gören⁵⁸⁵ nispi hesaplama yönteminden yana olmuştur⁵⁸⁶. Bu yöntemin en büyük avantajı, tarafların pazarlık sonucu saptamış olduğu edim/karşı edim dengesine müdahale etmemesi; sözleşmenin akdi anı ile ifası aşamasına kadar gerçekleşen fiyat değişikliklerinin rizikosunu da iki tarafa eşit olarak dağıtmasıdır⁵⁸⁷.

Bu oranlamamın, hangi andaki değerler esas alınarak yapılacağı sorusu da m.50'de cevaplanmıştır. Buna göre malların *fiilen teslim edildiği an* belirleyicidir⁵⁸⁸. Teslim edilen sözleşmeye aykırı malların teslim andındaki değeri ile, aynı malların sözleşmeye aykırılık olmasaydı bu anda sahip olacağı değer birbirine oranlanacaktır⁵⁸⁹. Her ne kadar teslim anı öncelikle sözleşmeye, burada bir düzenleme yoksa CISG hükümlerine göre belirlenmekteyse de madde, *fiilen* teslim edilme anını esas aldığı için bu anın her somut ihtilaf açısından tespit edilmesi gerekecektir⁵⁹⁰.

Aranacak ve götürülecek borçlarda olduğu gibi teslim ve tesellümün aynı anda gerçekleşmesi durumunda, malın fiilen teslim edildiği andaki değerinin hesaplamada esas alınması sorun yaratmaz⁵⁹¹. Buna karşılık

⁵⁸⁵ Örn. bkz. *Tandoğan*, *Borçlar Özel*, 197; *Serozan*, 141; *Aral*, 148; *BernerKommentar/Giger*, Art.205 N.21 vd.; *Keller/Siehr*, 92 vd. Eleştirel bir bakış açısı için bkz. *BaslerKommentar/Honsell*, Art.205 N.8; *Venturi*, N.1097 vd. Semen indirilmesi miktarının başka hangi formüllerle hesaplanabileceği konusunda bkz. *Tandoğan*, *Borçlar Özel*, 196 vd.; *Venturi*, N.965 vd. ve N.1019 vd.

⁵⁸⁶ *Venturi*, N.1327 vd. Tarafların aksine bir düzenlemesi olmadıkça mahkeme tarafından bu hesaplama yöntemi yerine bir başka yöntemin kullanılması mümkün değildir: HG Zürich, 10.02.1999, CISG-Online N.488. Ancak hiçbir şekilde piyasa değeri saptanamayan mallar açısından mahkeme ister istemez tenzil edilecek miktarı tahmini olarak tespit edecektir. Aynı yönde *Staudinger/Magnus*, Art.50 N.20; LG München, 27.02.2002, CISG-Online N.654; *Sekretarya Şerhi*, Art.46 N.9.

⁵⁸⁷ *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.50 CISG, N.16.

⁵⁸⁸ Buna karşılık ULIS m.46 sözleşmenin kurulması anına göre bu değerlerin saptanmasını öngörmekteydi.

⁵⁸⁹ Oysa İsviçre-Türk hukukunda esas alınan an hasarın intikali anıdır. Bkz. yukarıda dn.585'de anılan yazarlar.

⁵⁹⁰ *Brunner*, Art.50 N.8; *Honsell/Schnyder /Straub*, Art.50 N.38.

⁵⁹¹ *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.50 N.9.

gönderme borçlarında ve nakil halindeki malların satımında olduğu gibi teslim ile tesellümün ayrı anlarda gerçekleştiği hallerde malın teslim edildiği anın esas alınması doktrinde bir grup yazar tarafından eleştirilmektedir⁵⁹². Bu görüş uyarınca, malın teslimi andındaki değerine göre oranlama yapılması tesadüfi sonuçlar doğurur. Onun yerine, hesaplamanın yapılması anına en yakın an olarak tesellüm anının esas alınması ekonomik gerçekleri daha iyi yansıtır⁵⁹³. Buna karşılık çoğunluk, Antlaşmanın teslim anını esas almış olması tercihine sadık kalmaktadır⁵⁹⁴. Bunun gerekçesi, bu anda hasarın intikal edecek olması ve hasarın intikali anından sonra malın fiyatına ilişkin piyasa değerlerindeki oynamaların artık alıcı tarafından taşınması gerektiğidir⁵⁹⁵. Ancak bu yazarlar da, teslim yerine ilişkin olarak CISG m.50'de açık bir düzenleme olmaması itibarıyla gönderme borçlarında ve nakil halindeki malların satımında varmadığı değerler için esas alınmasını teklif etmektedir⁵⁹⁶. Özetle, teslim etme anında, varma yerinde, ayıplı malın sahip olduğu değer ile, bu malın ayıpsızının sahip olacağı değer birbirine oranlanacaktır.

Son olarak üzerinde durulması gereken nokta, semenin sifıra indirilmesinin gerektiği hallerde semenin tenzili hakkının kullanılması imkanının olup olmadığıdır⁵⁹⁷. Bu konuda biri Alman diğeri de Avusturya Yüksek Mahkemesi tarafından 2005 yılında verilmiş iki kararda da soruya olumlu cevap verilmiştir⁵⁹⁸. İki davada da satım konusu malın başka türlü değerlendirilmesi imkanı olmadığı gibi, tamir edilmesi de mümkün değildi. İki davada da sözleşmeden dönme hakkının kullanılması,

⁵⁹² Özellikle bkz. *Hirner*, 364 vd.

⁵⁹³ Bu yönde *Hirner*, 397; *Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.50 N.11-12; *Piltz*, § 5 N.309. Kuşkusuz bu çözüm, semenin tenzili ile tazminatı birbirine yakınlaştıran bir çözümdür. Zira bu şekilde hesaplama anları birbirine yaklaşmaktadır. Nitekim UCC § 2-714, (2) uyarınca ayıplı ifa hallerinde tazminata esas teşkil edecek zarar, ayıplı malın kabul edildiği anda ve yerde bu malların sahip olduğu değer ile malın ayıpsız olması halinde aynı anda ve yerde sahip olacağı değer arasındaki farktır. Tazminat ile semenin indirilmesinin ilişkisi konusunda bkz. *Basedow*, *Reform*, 73.

⁵⁹⁴ *Staudinger/Magnus*, Art.50 N.21; *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.50 CISG, N.22; *Achilles*, Art.50 N.7; *Gabriel*, 161 dn.741; OLG Graz, 09.11.1995, CISG-Online N.308. Semen indirilmesinin talebinin tazminat talebine yakınlaştırılması taraftarı olan *Venturi*, sözleşmenin kurulması andındaki değerleri esas almak yerine teslim anının esas alınmasını, daha geç bir andaki piyasa değerlerine göre hesaplamanın yapılmasını imkanı tanıması itibarıyla daha gerçekçi olarak değerlendirmektedir (*Venturi*, N.1308 vd.). Ancak yazar, daha da geç bir an olarak tesellüm anının esas alınması ihtimali üzerinde hiç durmamaktadır.

⁵⁹⁵ *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.50 CISG, N.22.

⁵⁹⁶ *Brunner*, Art.50 N.8; *Venturi*, N.1318; *Karollus*, 157; *Loewe*, 73; *Achilles*, Art.50 N.7; *Staudinger/Magnus*, Art.50 N.22.

⁵⁹⁷ BK m.202, § 3 uyarınca bu hallerde sadece sözleşmeden dönme hakkının kullanılması mümkündür. Örn. bkz. *Aral*, 140.

⁵⁹⁸ BGH 02.03.2005, CISG-Online N.999; OGH, 23.05.2005, CISG-Online N.1041.

m.49'da öngörölmüş olan sürelerin geçirilmiş olması nedeniyle artık mümkün değildi. Alıcı da bunun üzerine semenin sifıra indirilmesini istemiştir. Doktrinde azınlıkta kalan görüş, semenin sifıra indirilmesinin tam da dava konusu olaylarda olduğu gibi dönme hakkının kullanılmasının ön koşullarını dolanmak sonucunu beraberinde getireceği gerekçesi ile buna karşı çıkmaktadır⁵⁹⁹. Ancak çoğunluk semenin sifıra indirilmesine olanak tanımaktadır⁶⁰⁰. Mahkemelerin ikisi de dönme ve semenin tenzili haklarının birbirinin yanı sıra tanınmış haklar olduğu dolayısıyla birinin diğerinin önkoşullarına bağlı olmasının söz konusu olmayacağını ifade etmiştir.

V. Semen Tenzili Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Semenin tenzili hakkının ön koşullarının var olması ve alıcının da bu hakkını kullanması halinde satıcının semeni talep hakkı bu oranda düşer. Eğer alıcı henüz semeni ödememişse, bu oranı düşerek ödemeyi yapabilir. Eğer ödemeyi yapmışsa, fazla ödediği miktarı geri talep etmesi gerekir. Bu talebin dayanağının CISG hükümleri olacağı; ulusal hukuklardaki sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamayacağı konusunda tereddüt yoktur⁶⁰¹. Ancak talebin dayanağı olarak doğrudan CISG m.50'yi teklif edenler olduğu gibi⁶⁰², CISG m.81, f.2'nin⁶⁰³ kıyasen uygulanması da savunulmaktadır⁶⁰⁴. Varılan sonuç açısından bu tartışmanın herhangi bir değeri yoktur. Her halde ödenmiş olan fazla semenin iadesi istenebilecektir. Hatta alıcının bununla birlikte kendisine faiz ödenmesini talep hakkı da vardır⁶⁰⁵. Bu talebin, alıcının, malın ayıplı olmasına rağmen satıcıya bu fazla ödemeyi yaptığı andan itibaren var olduğu kabul edilmek gerekir⁶⁰⁶.

⁵⁹⁹ Honsell/Schnyde / Straub, Art.50 N.46.

⁶⁰⁰ Staudinger/Magnus, Art.50 N.23; MünchKommBGB/P.Huber, Art.50 CISG, N.24; Achilles, Art.50 N.7; Bamberger/Roth/Saenger, Art.50 CISG N.4; Brunner, Art.50 N.11; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.50 N.13; Venturi, N.730 vd. Yazanın hakk olarak ifade ettiği gibi, alıcının bu hallerde dürüstlük kuralı gereği, değeri sıfır olan malı satıcıya geri vermesi gerekir (CISG m.7, f.1).

⁶⁰¹ MünchKommBGB/P.Huber, Art.50 CISG, N.26; Hirner, 409; Herber/Czerwenka, Art.50 N.8.

⁶⁰² Staudinger/Magnus, Art.50 N.25; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.50 N.16; Hirner, 412.

⁶⁰³ Bu fıkra dönme hakkının kullanılması halinde, daha önce ifa edilmiş olan edimlerin iadesini düzenlemektedir. Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 D VI 3.

⁶⁰⁴ Herber / Czerwenka, Art.50 N.8; Karollus, 157.

⁶⁰⁵ MünchKommBGB/P.Huber, Art.50 CISG, N.28.

⁶⁰⁶ Aynı yönde Brunner, Art.50 N.11; Karollus, 157; Piltz, § 5 N.313; Staudinger/Magnus, Art.50 N.26; Hirner, 415.

VI. Alıcının Diğer Hakları İle Olan İlişkisi

Alıcının semenin tenzili hakkını seçmiş olması halinde, diğer seçimlik haklarından tali ifayı talep, yani yenisi ile değiştirme veya tamiratı talep hakkı gibi dönme hakkı da düşer. Artık bunları kullanması imkanı kalmaz. Buna karşılık semenin tenzilinini yanı sıra tazminat talep etmesine bir engel yoktur⁶⁰⁷. Bu hallerde alıcının isteyebileceği tazminatın, malın değerindeki düşüklüğe ilişkin olamayacağı açıktır⁶⁰⁸. Aksi takdirde aynı zararın iki kez tazmin edilmesi söz konusu olacaktır. Ama teslim edilen sözleşmeye aykırı malın örneğin alıcının malvarlığının zarara uğramasına sebep olduğu hallerde bunun ayrıca CISG m.74 uyarınca talep edilmesinde kuşkusuz bir sakınca yoktur.

D. Sözleşmeden Dönme Hakkı⁶⁰⁹

I. Sözleşmeden Dönme Hakkı ve Sınırlandırılması İhtiyacı

Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal ettiği hallerde, diğer tarafın sözleşme ilişkisinden sıyrılmaya imkanı sahip olmasının genel bir ilke olarak kabul görmesi, sözleşme hukukuna ilişkin nispeten geç bir gelişmenin ürünüdür⁶¹⁰. Tarafların özerk iradeleri ile yarattıkları "lex contractus"u yine ancak anlaşmak suretiyle ortadan kaldıracabilecekleri; tek tarafın iradesi ile böyle bir sonucun elde edilemeyeceği düşüncesi yüzyıllar boyu hakim kalmış ve sadece bazı sınırlı hallerde sözleşme bağundan tek tarafı kurtulma imkanı verilmiştir. Her ne kadar 19. yüzyıl kodifikasyonlarının hepsinde bu konuda bir anlayış farklılığı dikkati çekmekte ve sözleşmeden dönme imkanı artık genel bir ilke olarak kabul görmekteyse de, yine de çeşitli yöntemlerle kullanılmasının sınırlandırılmasına çalışılmıştır. Nitekim bu eğilim bugüne kadar devam etmiştir. Bunun sebeplerini ana hatları ile üç başlık altında toplamak mümkündür: Halen sözleşme hukukunun en temel kurallarından biri olan *pacta sunt servanda* ilkesi kuşkusuz öncelikli sebeptir⁶¹¹. Tarafların serbest iradeleri ile

⁶⁰⁷ OG Zug 24.03.1998, CISG-Online N.897.

⁶⁰⁸ Gabriel, 161; Staudinger/Magnus, Art.50 N.30.

⁶⁰⁹ Antlaşmada tarafların sözleşmeyi "ortadan kaldırma" hakkından bahsedilmektedir: "die Aufhebung erklären", "déclarer résolu", "declare avoided". Ancak buna rağmen çalışmada "dönme" kavramının kullanılması uygun görülmüştür. Zira Antlaşmanın bu tür nötr ve renksiz bir kavramı tercih etmiş olmasının sebebi, sözleşmesel bağ çözme imkanının onlarca ülkede farklı şekillerde adlandırılmıyor olmasıdır. Hedef, belli bir sisteme yakın gözüküyormuş intibayı uyandırmamaktır. Ancak kast edilen Türk hukukundaki dönme kurumuna tekabül eder.

⁶¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Dönme, 7 vd.; Flessner, ZEuP 1997, 255, 260 vd.; Treitel, Remedies, 318 vd.; İngiliz ve Fransız hukukundaki gelişmeler için bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B II 1.

⁶¹¹ Bu ilke hakkında bkz. örn. L.Schmidt, 139 vd.

verdikleri sözleşme bağlı tutulması ve bu bağlılığın mümkün olduğu ölçüde devam ettirilerek istenmesi günümüz ekonomilerinin de üzerine kurulu olduğu bir düşüncedir. Diğer yandan sözleşmeden dönmenin, sözleşme ilişkisinin tasfiyesini gerektirmesi bu tür bir tasfiyenin ciddi ek maliyetler yaratabilecek olması sınırlama sebeplerinden bir diğeridir⁶¹². Bu hallerde tazminat ödenmesi suretiyle sözleşmeye aykırı ifanın sonuçlarının giderilmesi tercih edilmekte; bu şekilde örn. satım sözleşmesinin malların geri nakledilmesi engellenmek istenmektedir. Son olarak tarafların menfaatlerinin tartışılması da dönme yaptırımının kullanılmasının uygun olmadığı sonucuna götürebilmektedir. Özellikle satım sözleşmelerinde sözleşmeye aykırılığın giderilmesinin mümkün olması (tamirat) veya sözleşmeye aykırılığa rağmen, malların alıcı tarafından başka şekilde değerlendirilebildiği hallerde semenin tenzili suretiyle alıcı yeterli şekilde korunmaktadır; bu hallerde alıcının sözleşmeden dönme hakkında ısrarcı olmasında bir menfaati yoktur⁶¹³.

Sözleşme hukuku alanındaki hukuk uyumlaştırması projelerine ve yeni tarihli yasa değişikliklerine bakıldığında, sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırılması ihtiyacına genelde üç⁶¹⁴ farklı yöntem ile cevap üretilmeye çalışıldığı dikkati çekmektedir⁶¹⁵. Bunlardan ilki, borçluya, sözleşmeye aykırılığın gidermeyi teklif etme imkanının verilmesi suretiyle dönme hakkının engellenmesidir. CISG m.48 satıcıya bu tür bir "ikinci servis şansı" tanıdığı gibi⁶¹⁶, PECL Art. 8:104 ve PICC Art. 7.1.4 de genel olarak borçluya bu imkanı vermektedir. İkinci yöntem, inisiyatifin alacaklıya bırakılması ve onun borçluya bir süre tanımasının şart koşulmasıdır. Bu süre içinde sözleşmeye aykırılık giderilmezse dönme hakkı kullanılabilir⁶¹⁷. Reform sonrasında Alman Medeni Kanunu, hem ifa et-

⁶¹² Ticari satım sözleşmelerinde dönmenin ekonomik sonuçları hakkında özellikle bkz. *L.Schmidt*, 163 vd. Ayrıca bkz. *Benicke*, IPRax 1997, 326, 329; *Fischer*, 39; *Anders*, 77; *Magnus*, JuS 1995, 870, 871; *Koch*, RevCISG 1998, 177, 333.

⁶¹³ *P.Huber*, Irrtumsanfechtung, 249; *Flessner*, ZEuP 1997, 255, 264; *Treitel*, Remedies, 322.

⁶¹⁴ *P.Huber*, Irrtumsanfechtung, 248.

⁶¹⁵ Alman, Fransız, İngiliz hukukları ile CISG, PICC, PECL ve AB-Satım Hukuku Yönergesinde dönme hakkının hangi hallerde doğduğunu analiz eden ve bu mukayeseli verilerden, Avrupa borçlar hukuku için çıkarılabilecek sonuçları tespit eden ayrıntılı bir çalışma için bkz. *L.Schmidt*, passim ve özellikle 211 vd.

⁶¹⁶ Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A V 3 a.

⁶¹⁷ AB tüketici satımı yönergesi de bu çözüme meylenmektedir (ATRG 7.7.1999, L 171/15). Yönerge doğrudan iki basamaklı bir yaptırımlar sistemi kurmuştur. Buna göre alıcı kural olarak öncelikle malın tamiri veya yenisi ile değiştirilmesi imkanlarını kullanmak zorundadır (Yönerge m.3, f.3). Ancak bunlardan bir sonuç alınmaması veya alınmayacağından baştan belli olduğu hallerde istisnaen doğrudan sözleşmeden dönme veya semenin tenzili imkanlarını kullanabilir (Yönerge m.3, f.5). Bilgi için bkz. *Grundmann/Bianca/Bianca*, Art.3 N.22 vd.; *Erlüle*, Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, 419, 427 vd.

meme hem de sözleşmeye aykırı ifa etme hallerinde alacaklının bu tür bir süre tanımak suretiyle sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceğini öngörmüştür (BGB § 323). Buna karşılık CISG m.49, f.1 (b), PECL Art. 9:301/8:106 (3) ve PICC Art. 7.3.1 (3)/7.1.5 süre tanımak suretiyle sözleşmeden dönme olanağını sadece ifa etmemiş olan borçluya karşı tanımışlardır. Sonuçta dönme ise, dönme hakkının kullanılmasının, sözleşme ihlalidir. Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi CISG da sözleşme ihlalinin sonuçlarının "esaslı" olmasını aramakta (m.49, f.1, a); esaslı olmayan sözleşme ihlallerinde dönme hakkını tanımamaktadır. Aynı çözüm PECL Art.9:301 ve PICC Art.7.3.1'de genel ilke olarak benimsenmiştir.

Görüldüğü üzere CISG, üç sistemi kombine etmiştir⁶¹⁸. Bazı hallerde dönme hakkı sözleşmenin esaslı ihlaline, bazı hallerde ise süre tanımına bağlanmıştır. Bunun yanı sıra satıcının sözleşmeye aykırılığın gidermek suretiyle alıcının seçimlik haklarını kullanmasını engellemesi de mümkündür.

⁶¹⁸ İsviçre-Türk hukukunda dönme hakkını sınırlandırmak için geliştirilmiş olan çözümlere bakıldığında, BK m.106'da, temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönmek için kural olarak mehil tayini gereğinin aranması suretiyle, bu sistemlerden ikincisinin benimsenmiş olduğu görülmektedir (Ayrıntı için bkz. *Buz*, Dönme, 106 vd.). Buna karşılık BK m.360'da iş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi ve BK m.249'da kiracının, ifa sürecine girmemiş kira sözleşmesinden dönmesi sözleşme ihlalinin "ehemmiyetli" olması koşuluna bağlanmak suretiyle üçüncü sistem benimsenmiştir. BK m.250 ise, ifa sürecindeki kira sözleşmesinde ehemmiyetli bir sözleşmeye aykırılığın ortaya çıkması durumunda önce kiraya verene aybı gidermesi için bir süre tanıması şartını aramak suretiyle iki ve üçüncü sistemi kombine etmiştir (Ayrıntı için bkz. *Serozan*, Dönme, 324 vd.). Buna karşılık satım sözleşmesinde dönme hakkını sınırlandırmak için getirilmiş olan düzenlemeye bakıldığında (BK m.202) garip bir karma ile karşılaşılmaktadır. Bir yandan sözleşmeden dönme herhangi bir önkoşula (süre, esaslılık gibi) bağlanmazken, diğer yandan hakime bu hakkın kullanılmasında bir takdir hakkı verilmiştir. Buna göre hakim "hal icabı satımın feshini muhik göstermiyorsa" dönme yerine semenin tenziline hükmedebilir. *Buz* haklı olarak bu hükümlün Borçlar Kanunundan çıkarılmasını ve doğrudan dönme hakkının kullanılmasının, sözleşme ihlalinin esaslı olması şartına bağlanmasını teklif etmektedir (*Bucher/Buz*, 145, 175). Ancak ne yazık ki Türk Borçlar Kanunu Tasarısında bu konuda bir değişiklik yapılmaması ihtiyacı hissedilmemiş; hakime bu takdir hakkı yine tamnmış, üstüne üstelik semenin indirilmesi yerine tamirata hükmetmesine de imkan tanıtmıştır (malın aynaparı ile değiştirilmesi olasılığı ise anılmamıştır; yani anlaşıldığı kadarıyla hakim buna hükmedemeyecektir). Oysa sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkesi ile bunu bağdaştırmak kanımca mümkün değildir. Doğrudan dönme hakkının kullanılmasını bir önkoşula bağlamak ve bunun var olmaması halinde dönme hakkının kullanılmasına hükmetmek doğrudur; dönme hakkını sınırlandırmak açısından gereklidir. Ancak bu hakkın kullanılmadığı hallerde en azından diğer seçimlik haklarından hangilerini kullanacağına alıcı yine tek başına karar verebilmelidir. Bu konuda neden seçim hakkının birden hakime geçtiğini ve anlaşılmayan bir şekilde, yenisi ile değiştirmeye ilişkin hakkın tamamen düştüğünü anlamak mümkün değildir.

II. CISG Sisteminde Sözleşmeden Dönme Sebepleri

CISG m.49 uyarınca:

- (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.

Demek ki CISG sisteminde sözleşmeden dönme imkanı alıcıya iki olasılıkta tanınmaktadır. Ya sözleşme esaslı surette ihlal edilmiş ya da malları teslim etmeyen satıcı kendisine verilen ek süre içinde ifayı gerçekleştirmemiş olacaktır. Bunun yanı sıra satıcının kusurlu olması ise aranmaz⁶¹⁹.

1. Sözleşmenin Esaslı İhlali

Alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği ilk alternatif sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş olmasıdır. CISG m.25 uyarınca esaslı bir ihlalden bahsedebilmek için, bir yükümlülüğe aykırı davranılmış olması (sözleşme ihlali); bu aykırı davranışın bir olumsuzluğa sebep olmuş olması; bu olumsuzluğun karşı tarafı sözleşmeden beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakıyor olması ve bu sonuçun makul bir kişi tarafından öngörülebilir olması gerekir⁶²⁰.

Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu için⁶²¹ burada sadece esaslı ihlalin varlığının kabul edildiği haller kısaca anılacaktır:

- **Vaktinde ifa etmeme:** Başlı başına vadenin kaçırılmış olması sözleşmenin esaslı ihlali anlamına gelmez⁶²². Aksi takdirde, aşağıda başlık (2) altında ele alınacak olan, süre tamamak suretiyle sözleşmeden dönme olasılığının tanınmış olmasının bir anlamı kalmaz.

⁶¹⁹ Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B III. Kusurun dönme hakkının bir önkoşulu olup olmaması gerektiği hakkında mukayeseli veriler için bkz. *Rolland*, FS Schlechtriem, 629, 634.

⁶²⁰ Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B II 2.

⁶²¹ Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B II 3.

⁶²² *Lurger*, IHR 2001, 91, 94; *Ferrari*, IHR 2005, 1, 7. OLG Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-Online N.385; OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N.261. Mahkeme kararlarında sık sık bu husus üzerinde yeterince durulmadığı ve vadenin geçirilmesinin hemen bir esaslı ihlal olarak nitelendirildiği konusunda bkz. *Lubbe*, *RabelsZ* 2004, 444, 454 vd.

dır⁶²³. Dolayısıyla satıcının vadeyi kaçırmış olmasının, alıcıyı ayrıca sözleşmeden beklediği menfaatten önemli surette yoksun bırakıyor olması gerekir. Aynı zamanda bu sonucun satıcı tarafından sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir olması da aranacaktır⁶²⁴. Sadece taraflar arasındaki sözleşmenin kesin vadeli bir işlem olduğu sonucuna varılabildiği hallerde vadenin kaçırılması esaslı bir ihlal teşkil eder⁶²⁵. Örneğin sezon mallarının satımında bunların ifa tarihinin geçirilmemesinin gerektiği işlemin niteliği gereği kabul edilmektedir⁶²⁶. Ancak mahkemeler, kesin vadenin geçirilmiş olmasına rağmen alıcı açısından bunun ciddi sonuçlar doğurmadığı hallerde yine de esaslı bir ihlalin varlığını kabul etmemişlerdir⁶²⁷.

Taraflar arasında kesin vadeli bir işlem kararlaştırılmamış olduğu hallerde, vadenin kaçırılmış olmasından sonra uzun bir süre geçmesine rağmen satıcı ifayı gerçekleştirmediği takdirde başta esaslı olmayan sözleşme ihlalinin esaslı bir ihlale dönüştüğü de mahkeme uygulamasında kabul görmektedir⁶²⁸.

- **Kahcı Olarak İfa Etmeme:** Eğer satıcı kesin olarak ifa etmeyeceğini bildirmişse sözleşmenin ihlalinin esaslı olarak değerlendirilme-

⁶²³ MünchKommBGB/P.Huber, Art.49 CISG N.34; *Musger*, 23.

⁶²⁴ *L. Schmidt*, 91.

⁶²⁵ ULIS m.28, alıcının satın aldığı malın ilgili piyasada veya borsada belirlenmiş sabit bir fiyatının olması halinde vade gününde ifanın gerçekleşmemesi durumunda her şartta bir esaslı ihlalin varlığını öngörmekteydi. Yani bu tür işlemlerin her zaman kesin vadeli olduğu farz edilmişti. Düzenlemenin amacı, tarafların birbirleri aleyhine spekülasyonda bulunmasını engellemektir (*Dölle/U.Huber*, Art.28 N.5-6). Ancak benzer bir hüküm CISG içine alınmamış olduğundan bu tür işlemlerde de taraflar arasında saptanmış olan vadenin kesin olup olmadığının, dolayısıyla ihlalin sonuçlarının esaslı olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Aynı yönde *Freiburg*, 77-78.

⁶²⁶ Corte de Appello di Milano 20.3.1998, CISG-Online N.348 (Noel öncesi satılacak örgü malzemesi, ifa tarihi olarak 3.12.1990 tespit edilmiştir); OLG Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-Online N.385. Aynı yönde *Slechtriem/Schwenzer/Müller-Chen*, Art.49 N.5; *L. Schmidt*, 91; *Freiburg*, 76; *Ferrari*, IHR 2005, 1, 7; *Musger*, 30 vd.

⁶²⁷ Örneğin AG Ludwigsburg, 21.12.1990, CISG-Online N.17 (olayda taraflar arasındaki sözleşme "Livraison: 1-15/07/89 FIXE" kaydını içermesine rağmen gecikmenin esaslı olduğu kabul edilmemiştir); LG Oldenburg 27.03.1996, CISG-Online N.188 (kesin vadeli işlemde bir gün geç ifa etmek esaslı ihlal sayılmaz).

⁶²⁸ BG 15.09.2000, CISG-Online N.770 (İfanın ciddi şekilde gecikmiş olması halinde alıcının ayrıca bir mehil tayin etmesine gerek yoktur, ihlal esaslıdır); aynı yönde OLG Düsseldorf 21.4.2004, CISG-Online N.915; Pretura di Parma-Fidenza 24.11.1989, CISG-Online N.316 (Alıcı malın 10-15 gün içinde teslim edilmesini istiyor, satıcı bir hafta içinde göndermeyi vaat ediyor. Teslim tarihinin geçmesinin üzerinden 2 ay sonra hâla malın üçte biri teslim edilmişse ihlal esaslıdır, mehil tayinine gerek yoktur). Aynı görüşte *L. Schmidt*, 92; *Freiburg*, 78. Bu hallerde de ek süre tanınması gerektiği yönünde MünchKommBGB/P.Huber, Art. 49 CISG N.34.

si gerekir⁶²⁹. Aynı şekilde edimin ifasının artık mümkün olmaması halinde de sözleşme ihlali esash olarak nitelendirilecektir, zira belirli bir süre beklenmesinin bir anlamı yoktur⁶³⁰.

- **Sözleşmeye Aykırı Mal Teslim Etme:** Satıcı vaktinde ifa etmiş ancak ifa etmiş olduğu mal sözleşmeye aykırı ise, alıcının dönme hakkını kullanabilmesi, bu aykırılığın sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden kendisini önemli ölçüde yoksun bırakacak nitelikte olmasına bağlıdır. Mahkeme uygulamasına bakıldığında genelde üç unsurun değerlendirilmede esas alındığı görülmektedir⁶³¹: sözleşmeye aykırılığın ciddiyeti, sözleşmeye aykırılığın giderilmesi imkanı ve sözleşmeye aykırı malın başka türlü değerlendirilmesi olasılığının bulunup bulunmaması⁶³². Bazı hallerde sözleşmeye aykırılığın hiçbir zaman esash bir ihlal oluşturacak düzeye gelmeyeceği açıktır. Örneğin satım konusu mala ilişkin olarak sözleşme ile saptanmış değerlerden cüzi miktarda sapılmış olması⁶³³, bir sergi kataloğundaki küçük bir basım hatası⁶³⁴ esash bir ihlalin varlığını kabule yetmez. Bunların tamir yoluyla giderilmesi imkanı da yoksa alıcı sadece semenin tanzili seçimlik hakkını kullanabilecektir. Buna karşılık alıcıya gösterilen örnek kompresörden daha fazla elektrik kullanan ve daha az soğutan cihazların teslim edilmiş olması esash bir ihlal sayılır⁶³⁵. Bu hallerde sözleşmeye aykırılık objektif olarak ciddidir. Ancak buna rağmen önce, aykırılığın giderilmesi⁶³⁶ veya malın başka türlü değerlendirilmesi imkanının olup olmaması incelenmek gerekir⁶³⁷. Eğer tamirat mümkünse, ihlalin ciddiyetine rağmen esashlık kabul edilmez. Sadece alıcının sözleşmeden hemen dönmekte haklı bir menfaati olan hallerde (örneğin işlemin kesin vadeli bir işlem olması veya satıcıya karşı güveninin ciddi şekilde sarsılmış olması halinde) aybın giderilmesi imkanı değerlendirmede dikkate alınmayacaktır. Ciddi bir sözleşmeye aykırılık söz konusu olmasına ve bu-

⁶²⁹ Freiburg, 80; Lurger, IHR 2001, 91, 95; OLG Celle 24.05.1995, CISG-Online N.152 (Satıcı, sözleşmede açıkça belirlenmiş olan makinelerin üçüncü bir kişiye satılmış olduğunu alıcıya bildirmiştir); ICC-Hakem Kararı N.8786/1997, CISG-Online N.749 (Öne alınmış sözleşme ihlali - satıcı, sezon mallarını vaktinde ifa edemeyeceğini kesin vadeden önce bildiriyor).

⁶³⁰ Trommler, 106-108; Ferrari, IHR 2005, 1, 6.

⁶³¹ Ayrıca bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 B IV 1 a bb.

⁶³² OLG Köln 14.10.2002, CISG-Online N.709.

⁶³³ OLG München 02.03.1994, CISG-Online N.108.

⁶³⁴ HG Zürich 21.09.1998, CISG-Online N.416.

⁶³⁵ US Court of Appeals (2nd Cir.) 06.12.1995, CISG Online N.140.

⁶³⁶ Örn. OLG Koblenz 31.01.1997, CISG-Online N.256. Bu konuda ayrıntı için bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A V 3 b aa.

⁶³⁷ Aksi görüşte Freiburg, 105.

nun giderilmesinin mümkün olmamasına rağmen, teslim edilen malın başka bir şekilde alıcı tarafından değerlendirilmesi olanağı mevcutsa, sözleşme ihlalinin yine esash olmadığı sonucuna varılmaktadır⁶³⁸. Özellikle ticaret hayatında defolu veya daha düşük kaliteli malların da bir piyasasının olabileceği düşünüldüğünde alıcıdan beklenen, elinde bu imkanın olması halinde bunu kullanması ve uğradığı zararını tazminat yoluyla satıcıdan tahsil etmesidir⁶³⁹. Kuşkusuz satıcının CISG m.41 veya 42'ye aykırı olarak, üçüncü kişilerin üzerinde hak iddiasında bulunduğu malların satması da sözleşmenin esash ihlali anlamına gelebilir. Örneğin üçüncü kişinin hakkı nedeniyle alıcının malı ona devretmesi gereken hallerde ihlal esashdır. Buna karşılık mal üzerinde bir rehin hakkının söz konusu olduğu durumlarda bunun temelindeki borcun ödenmesi ile malın alıcı tarafından sorunsuz kullanılması sağlanabiliyorsa ihlal esash sayılmaz⁶⁴⁰.

- **Belgelerle İlgili Sözleşmeye Aykırılıklar:** Satıcının teslim etmesi gereken belgelerin niteliğine göre, alıcının sözleşmeden dönmek için dayanacağı düzenleme de farklı olacaktır. Zira satıcı, malı temsil eden belgeleri hiç teslim etmemiş ve bu yüzden alıcı malları edinmemişse, işlemin kesin vadeli olması durumunda, sözleşme ihlali esashdır ve alıcı m.49, f.1 (a) bendi uyarınca sözleşmeden dönebilir. Buna karşılık kesin vadeli bir işlem söz konusu değilse, aşağıda görüleceği üzere ancak m.49, f.1 (b) bendi uyarınca süre tanınak suretiyle dönmek mümkündür. Belgeler teslim edilmiş fakat belgelerin içeriği ile ilgili bir sorun varsa, aynı ayıptan mal tesliminde var olan durum söz konusu olacaktır⁶⁴¹. Belgedeki yanlışlığın/eksikliğin vs. esash olması durumunda alıcı hemen dönebilir. Buna karşılık esash değilse, dönme hakkı yoktur.

⁶³⁸ Özellikle bkz. BG 28.10.1998, CISG-Online N.413. Ayrıca OLG Köln 14.10.2002, CISG-Online N.709; BGH 03.04.1996, CISG-Online N.135 (Mahkeme, alıcının malı başkasına satmak suretiyle değerlendirmek imkanı olduğu sürece, taraflar arasındaki güven ilişkisinin zedelenmiş olmasını bile sözleşmeden dönme sebebi olarak kabul etmemiştir); KG Zug 30.11.1995, CISG-Online N.856. Ayrıca Benicke, IPRax 1991, 326, 329.

⁶³⁹ MünchKommBGB/P.Huber, Art. 49 CISG N.39. Ancak yazarın haklı olarak vurguladığı gibi, alıcının sadece belirli kalitede mal satın alan bir müşteri kitlesinin olduğu hallerde onu düşük kalitede mal satmaya mahkum etmek de mümkün olmalıdır.

⁶⁴⁰ Freiburg, 119 vd.

⁶⁴¹ Schlechtriem/U.Huber, Art.49 N.26 a.

2. Ek Süre İçinde İfa Etmeme

Eğer satıcı, teslim borcunu hiç yerine getirmemişse ve alıcının m.47 uyarınca tayin etmiş olduğu makul uzunlukta ek süre⁶⁴² de kaçırmışsa, alıcı artık sözleşmenin esash surette ihlal edildiğini ispat etmek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir⁶⁴³. Satıcının henüz ek süre geçmemiş olmasına rağmen, kesin ve ciddi şekilde ifa etmeyeceğini açıklaması halinde sürenin geçmiş olmasını beklemek de gerekemeyecektir. Kural olarak, m.49, f.1 (b) bendi uyarınca süre tanımak suretiyle sözleşmeden dönme sadece ifa etmeme hallerinde söz konusudur⁶⁴⁴. Buna karşılık mal teslim edilmiş, fakat sözleşmeye aykırı ise, bazı istisnalar dışında, ancak esash ihlalin varlığı halinde dönme imkanı vardır. Ne aliud ifa, ne de kısmi ifa, ifa etmeme anlamına gelmez ve ancak sözleşmenin esash ihlali söz konusu ise alıcı sözleşmeden dönebilir⁶⁴⁵. Buna karşılık alıcının satım konusu mal üzerinde tasarruf edebilmesi için bunları temsil eden belgelere ihtiyacı olması halinde satıcının bunları vaktinde teslim etmemesi de ifa etmeme olarak değerlendirilecektir⁶⁴⁶.

III. Sözleşmeden Dönme Beyanı

Alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullandığını satıcıya bildirmesi gerekir. CISG m.26 uyarınca,

“Sözleşmenin ortadan kaldırılması beyanı, ancak diğer tarafa bildirimle yapılması halinde hüküm ifade eder.”

Sözleşme ihlali esash olsa da (örneğin imkansızlık nedeniyle) hiçbir zaman yasa gereği, kendiliğinden (*ipso facto*) sözleşmenin sona ermesini beraberinde getirmez⁶⁴⁷. Aynı şekilde satıcıya bir süre tanınmış ve bu sürenin de geçmiş olması sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmez. Alıcı dilerse yeni bir ek süre verme hakkına sahiptir. Aksi takdirde muhakkak dönme konusundaki niyetini satıcıya beyan etmesi gerekir.

Dönme beyanı belirli bir şekilde bağlanmamıştır; sözlü olarak gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi, yeterli kesinlikle iradeyi açığa vurması şar-

⁶⁴² Ek süre hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A II 2.

⁶⁴³ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.49 N.15.

⁶⁴⁴ Schlechtriem, FS Trinkner, 321, 323.

⁶⁴⁵ Aliud ifa için bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B II 1 c, kısmi ifa için Bölüm 4 § 3 B II 1 b.

⁶⁴⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.49 N.18; Honsell/Karollus, Art.34 N.12; Staudinger/Magnus, Art.49 N.17; Karollus, 146; Freiburg, 157; Neumayer/Ming, Art. 34 N.5; Petrikic, 117.

⁶⁴⁷ Freiburg, 304; Karollus, 151; Trommler, 36; OGH 06.02.1996, CISG-Online N.224. Sözleşmenin ortadan kaldırılması mekanizmasına (beyanla/kendiliğinden/mahkeme kararıyla) ilişkin olarak farklı hukuk sistemlerinin henimsemiş olduğu çözümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Müller-Chen, 290 vd.

tıyla, zımnen dönme iradesinin açıklanması da mümkün olabilir⁶⁴⁸. Alıcının kullandığı ifade de önemli değildir⁶⁴⁹. Ancak alıcının iradesinin ne yönde olduğu konusunda herhangi bir tereddüte yer olmaması gerekir⁶⁵⁰. Örneğin teslim edilen malların alıcı tarafından tekrar geri yollanmasının olayın özelliklerine göre sözleşmeden dönme iradesini içerdiğini kabul etmek gerekir⁶⁵¹.

Alıcının dönme beyanı da CISG'nin III. Kısımında düzenlenmiş bir beyan olmak itibarıyla m.27'nin uygulama alanı içinde değerlendirilir. Dolayısıyla alıcının uygun araçlarla bu açıklamasını yapmış olması koşulu ile bu açıklamanın varması rizikosunu satıcı taşır. Beyanın yolda kaybolması kadar geç varması da beyanın etki doğurmasını engellemez⁶⁵². Beyanın vaktinde yapılıp yapılmadığını tayin etmek açısından beyanın yollandığı an esas alınır. Ancak dönme beyanının hangi anda hüküm ifade edeceği noktası tartışmalıdır. Çoğunluk, CISG m.27'den, common law sisteminde hakim olan, gönderme kuramına (*Absendetheorie / dispatch theorie*) üstünlük verilmek istendiği sonucunu çıkarmaktadır⁶⁵³. Eğer beyanın kaybolması veya gecikmesi veya eksik ulaşması rizikosunu, beyan muhatabı taşıyorsa, beyan da yöneltmek suretiyle hüküm ifade ediyor demektir. Buna karşılık diğer bir görüş uyarınca, her ne kadar beyanın vaktinde yapılıp yapılmadığını tayinde gönderme anı esas alınacaksa da dönmenin hükümlerini doğurması açısından bu anın esas alınması satıcıyı fazlasıyla mağdur eder. Dolayısıyla dönme, beyanın satıcıya varması ile hüküm ifade etmelidir. Eğer beyan yolda kaybolmuşsa, bu durumda beyan normal şartlarda ne zaman ulaşacak idiyse o anda hüküm doğuracaktır. Yani varsayımsal bir an esas alınacaktır⁶⁵⁴. Kanımca milletlerara-

⁶⁴⁸ Tartışma için bkz. Freiburg, 308 vd. Zımni bir açıklamanın da yeterli olduğu görüşünde Staudinger/Magnus, Art.26 N.6; Lurger, IHR 2001, 91, 93; Münch-KommHGB/Benicke, Art.26 CISG N.5; Heuzé, N.429; Soergel/Lüderitz/Budzikiewicz, Art.26 N.3; Neumayer/Ming, Art.26 N.1; Krebs, 26.

⁶⁴⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.49 N.24.

⁶⁵⁰ Trommler, 38. OGH 06.02.1996, CISG-Online N.224 (alıcının kendi müşterilerinden gelen ifadaki gecikmeye ilişkin bildirimlerin satıcıya aktarılması, dönme beyanının açıklanmış sayılması açısından yeterli değildir.); OLG Köln, 14.10.2002, CISG-Online N.709 (alıcının, satıcıya yolladığı faksta, teslim edilen ayrıllı malların tümünü satıcının tasarrufuna hazır bulundurduğunu; yapmış olduğu ödemelerin hemen iadesini istediğini ve henüz teslim edilmemiş olan malları teslim almayacağını beyan etmiş olması, dönme iradesini göstermek açısından yeterlidir.)

⁶⁵¹ Brunner, Art.26 N.2. Bu yönde BG 15.09.2000, CISG-Online N.770.

⁶⁵² Krebs, 26.

⁶⁵³ Herber/Czerwenka, Art.26 N.3; Brunner, Art.26 N.3; Bianca/Bonell/Will, Art.27 N.2.1; Honnold, N.189; Staudinger/Magnus, Art.26 N.10; Erdem, La Livraison, N.892; Hutter, 142; Soergel/Lüderitz/Budzikiewicz, Art.27 N.11; Schlechtriem/Schwenzer/Slechtriem, Art.27 N.13.

⁶⁵⁴ Honsell/Karollus, Art.27 N.18; Neumayer/Ming, Art.27 N.2; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art.26 N.12; Krebs, 26-27; Heilmann, 506; Leser, 225, 237; Trommler, 39.

sı sözleşmelerde ağır basan basitlik ve kesinlik ihtiyacı gönderme kuramına öncelik verilmesini gerektirir. Bu anın kolayca tespit edilmesi mümkün olduğu gibi, buna ilişkin ispat yükünü alıcıya yüklemek de normaldir.

IV. Sözleşmeden Dönme Beyanının Tabii Olduğu Süre

1. Hiç İfa Etmeme Halinde

Alıcı, ifanın vadesinde gerçekleşmemesi nedeniyle dönme hakkının doğduğu andan itibaren⁶⁵⁵ bu hakkını herhangi bir süre sınırlamasına tabii olmadan kullanabilir⁶⁵⁶. Bu andan itibaren alıcı ifanın gerçekleşmemesi kaydıyla dönme hakkını kullanmakta serbesttir. Yani ne BK m.106'da ne de m.187'de öngörülmesi olduğu gibi, ifa etmeme halinde alıcının seçimlik haklarından birine ilişkin olarak tercihte bulunduğu varsayımları CISG bağlamında söz konusu değildir. Ne ifa ve gecikme nedeniyle tazminat (BK m.106) ne de ifa yerine tazminat (BK m.187) istemini tercih ettiği; bunlar yerine dönme hakkını kullanmak istemesi halinde, bunu derhal beyan etmesi gerektiği kabul edilmez⁶⁵⁷. Alıcı, iç hukuklardaki zamanasını sürelerinin sınırlaması dışında bir sınırlamaya tabii değildir. Ancak satıcının, CISG m.48, f.2 uyarınca alıcıdan, ifayı hıala kabul edip etmeyeceği konusunda açıklamada bulunmasını isteyerek bu belirsizliğe son vermesi mümkündür⁶⁵⁸. Diğer yandan iç hukuklardaki zamanasını sürelerinin ve hakkın kötüye kullanılması yasağının dönme hakkının kullanılmasını konusunda bir sınır teşkil edeceği açıktır.

2. Geç İfa Etmeme Halinde

Eğer satıcı ifayı, gecikmeli olmakla beraber gerçekleştirmişse artık alıcının dönme beyanını süre sınırlaması olmadan ileri sürmesi mümkün değildir. CISG m.49, f.2 (a) bendi uyarınca alıcının, "gecikmiş teslim halinde, teslimin yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde

⁶⁵⁵ Ya kesin vadeli bir işlem var olduğu için, ya da satıcının, kendisine tanınmış ek süre içinde de ifayı gerçekleştirmediği olması nedeniyle alıcının dönme hakkı doğmuştur.

⁶⁵⁶ Karollus, 146; MünchKommBGB/P.Huber, Art.49 CISG N.58; Staudinger/Magnus, Art.49 N.30; Keller/Siehr, 199; Krebs, 31.

⁶⁵⁷ BaalerKommentar/Koller, Art.190 N.23; BK m.106, alacaklının ifada ısrarcı olduğu varsayımını esas aldığı için, ifa gerçekleşmezse, alacaklının yeni bir süre tanımak suretiyle yeniden dönme hakkını kazanması mümkündür (bkz. Oğuzman/Öz, 408). Buna karşılık ticari satımlarda BK m.187, alıcının ifa yerine tazminat talep ettiği varsayımını kabul etmesi açısından, alıcının derhal dönmeyi beyan etmemesi halinde süre verilmesi suretiyle dönme hakkının yeniden kazanılmasına elverişli değildir. BK m.187'nin uygulandığı hallerde dönme hakkının var olup olmadığı tartışması hakkında örn. bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, 134-135.

⁶⁵⁸ Petrić, 120 vd.; Leser, 225, 235.

sözleşmenin ortadan kalktığını beyan..." etmesi gerekir. Bu hallerde vade, kesin bir vade olmasına rağmen satıcı bu tarihten sonra⁶⁵⁹ veya kesin vade olmayan hallerde kendisine tanınmış olan ek süreyi geçirdikten sonra malı teslim etmiştir⁶⁶⁰. Yani alıcının (esaslı ihlal nedeniyle) dönme hakkı doğmuş olmasına rağmen teslim gerçekleşmiştir. Dolayısıyla satıcının, alıcının dönme hakkını kullanıp kullanmayacağını en kısa sürede öğrenmek konusunda haklı bir menfaati vardır⁶⁶¹. Bu yüzden alıcının dönme hakkını muhafaza edebilmesi için teslimin gerçekleştiğini fiilen öğrendiği⁶⁶² andan itibaren makul bir süre içinde, teslimine rağmen dönme hakkını kullanması gerekir. CISG m.27 uyarınca beyanın yollanmış olması süreye uyulmuş olması açısından yeterli sayılacaktır. Eğer alıcı süreyi kaçırırsa, gecikmiş ifayı kabul ettiği varsayılacak, dönme hakkını yitirecektir. Ancak alıcı bu gecikme nedeniyle uğramış olduğu zarar için tazminat talep etme hakkını kaybetmez.

3. Diğer Sözleşmeye Aykırılıklarda

Satıcının vadesinde ifa etmemesi hali dışında diğer bütün sözleşmeye aykırılıklarda dönme beyanının süresine ilişkin düzenleme m.49, f.2 (b) bendidir⁶⁶³. Buna göre alıcının:

- (...) gecikmiş teslimden farklı bir sözleşmeye aykırılık halinde,
- bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde,
 - 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 makul bir süre içinde, veya
 - satıcı tarafından 48. maddenin 2. fıkrası uyarınca belirlenmiş sürenin tamamlanmasından sonra veya alıcının ifayı kabul etmeyeceğini açıklamasından sonra makul bir süre içinde ...

⁶⁵⁹ Bkz. AG Ludwigsburg, 21.12.1990, CISG-Online N.17 (kesin vadeli bir işlem söz konusu olsa da gecikmeli ifayı kabul etmeyen alıcının bunu en kısa sürede satıcıya bildirmesi gerekir).

⁶⁶⁰ Freiburg, 312.

⁶⁶¹ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.49 N.29.

⁶⁶² Alıcının durumdan haberdar olmasının gerekmesi ise yeterli değildir. Antlaşmanın hazırlanması sürecinde fıkranın bu şekilde değiştirilmesi yönündeki teklif reddedilmiştir. Bkz. Official Records, 357, N.9-14.

⁶⁶³ İsviçre-Türk hukukunda, satım sözleşmesinden doğan dönme hakkını beyan etmesi konusunda alıcı için herhangi bir süre sınırlaması yoktur. Yani zamanasını süresi içinde kalmak kaydıyla bu beyanını istediği anda yöneltebilir. Aral, satıcı aleyhine spekülasyonu önlemek açısından bu noktada bir kanun boşluğunun varlığının kabul edilmesini ve doldurulması gerektiğini haklı olarak ifade etmektedir. Bu hallerde satıcıya, alıcıya bir süre tanıyarak, dönme hakkını kullanıp kullanmayacağı konusunda bir beyanda bulunmaya zorlaması imkanı tanınmalıdır (Aral, 141). Yazarın teklif ettiği çözüm, CISG sistemine çok uymaktadır. Zira CISG m.48, f.2 uyarınca satıcıya tam da bu imkan verilmiştir.

dönmeyi beyan etmiş olması gerekir. Bu bendin uygulandığı haller sözleşmeye aykırı mal veya evrak teslim edilmiş olması, mülkiyetin nakli ile ilgili sorunlar çıkması veya tek satıcılık anlaşmasının ihlali gibi diğer sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlalidir. Hem malın teslim edilmiş olması hem de sözleşme ihlalinin esash olması aranmaktadır⁶⁶⁴. Zira teslim edilmemişse (a) bendi uygulanır; esash değilse de zaten sözleşmeden dönme hakkı yoktur.

Makul olan süre somut olayın özelliklerine göre tayin edilecektir. Doktrinde bu sürenin, m.39'da öngörülmüş olan ayıp ihbarına ilişkin makul süreden daha uzun olduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁵. Zira alıcının tespit etmiş olduğu bir ayıbı ihbar etmek konusunda çok düşünmesi gerekmez, buna karşılık bu ayıp nedeniyle seçimlik haklarından hangisini kullanacağına karar vermek için daha uzun bir muhakeme yürütmesi ve duruma göre hukuki bir görüş alması gerekebilir⁶⁶⁶. Dolayısıyla sözleşmenin esash ihlali anlamına gelecek derecede ayıplı bir ifa gerçekleşmişse alıcı öncelikle bunu satıcıya m.39/43 uyarınca tayin edilecek makul bir süre içinde ihbar edecektir⁶⁶⁷. Bundan sonra da dönme hakkını kullanıp kullanmayacağına karar vereceği makul süre hesap edilmeye başlanacaktır. Ancak malın kolay bozulabilir veya fiyatının çok değişken olması gibi hallerde muayene ve ihbar süresi kısa tutulduğu gibi, dönme beyanına ilişkin süre de kısa tutulacaktır⁶⁶⁸.

Makul sürenin işlemeye başlama anı farklı olasılıklara göre değişebilir. Kural olarak m.49, f.2, (b), (i) uyarınca alıcının sözleşmeye aykırılığı öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren makul süre hesap edilir. Özellikle satıcının sözleşmeyi ihlal ettiği yönünde ciddi emareler olmasına rağmen alıcının bunun üzerinde durmaması halinde durumu

⁶⁶⁴ Schlechtriem/Schwenzler/Müller-Chen, Art.49 N.30.

⁶⁶⁵ Staudinger/Magnus, Art.49 N.38; Achilles, Art.49 N.11; Honsell/Schnyder/Straub, Art.49 N.77; Freiburg, 314; MünchKommBGB/P.Huber, Art.49 CISG N.64; Schlechtriem/Schwenzler/Müller-Chen, Art.49 N.32.

⁶⁶⁶ OLG München 02.03.1994, CISG-Online N.108 (Kok kömürünün sahip olduğu değerlerin sözleşmede kararlaştırıldan farklı olması halinde sözleşmeden dönmeyle ilişkin beyanın teslimden 4 ay sonra yapılmış olması halinde beyan gecikmiştir); LG München 20.03.1995, CISG-Online N.164 (Donmuş et satımına ilişkin sözleşmede ayıp ihbarının vaktinde yapılmış olmasına rağmen dönme beyanının bundan 4 ay sonra gerçekleşmesi durumunda beyan gecikmiştir); OLG Koblenz, 31.01.1997, CISG-Online N.256 (Tek satıcılık sözleşmesine aykırı davranışın öğrenilmesinden itibaren 2 ay sonra gerçekleşen beyan gecikmiştir); OLG Hamburg 26.11.1999, CISG-Online N.515 (Teslim edilen çok sayıda kotun sözleşmeye uygunluğunun denetlenmesi için geçen 4 aylık süreden sonra, dönme beyanının 3 hafta içinde yöneltilmesi yeterlidir).

⁶⁶⁷ CISG m.40 ve 43 uyarınca ihbarın gereksiz olduğu haller için bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B IV 3 e bb (1) ve C IV 2.

⁶⁶⁸ Brunner, Art.49 N.11.

bilmesi gerektiği kabul edilebilecektir⁶⁶⁹. Ancak burada yine m.38 ve 39'daki süreler dikkate alınmalıdır. Zira alıcının bir muayene ve ihbar yükümlülüğü vardır ve bunları vaktinde yerine getirmemişse sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını zaten tümden yitirir. Dolayısıyla sözleşmeden dönmesi de mümkün olmaz. Bu açıdan m.49, f.2 (b), (i)'de ifade edilen sürenin başlangıç anının, m.39 uyarınca sözleşmeye aykırılığı ihbar yükümlülüğünün başlangıç anı ile aynı olduğu kabul edilmek gerekir⁶⁷⁰.

Ancak satıcının dönme hakkını kullanması sadece sözleşme ihlalinin haberdar olmasına değil, bu ihlalin esash olmasına da bağlıdır. Bu durum acaba sürenin işleme anını değiştirir mi, yoksa sürenin uzunluğu ona göre mi hesap edilir? Eğer sözleşme ihlali zaten baştan ciddi değilse, bu durumda esash bir ihlal yoktur, dönme hakkı yoktur, süre sorunu yaşanmaz. Eğer sözleşme ihlah baştan son derece ciddi ve dolayısıyla esash ise, örneğin alıcının satıcıya karşı güveni temelden sarsılmışsa⁶⁷¹, süre, sözleşmeye aykırılıktan haberdar olunduğu ve olunması gerektiği anda işlemeye başlar. Buna karşılık ihlal ciddi olmakla beraber tamirat imkanının varlığı nedeniyle esash olarak nitelendirilemiyorsa ve alıcı tamirat hakkını kullanıyorsa, bu durumda sürenin ne zaman başlayacağı tereddüt uyandırabilir. Tamirat başarısız olup ihlal esash bir ihlale dönüşümce mi, yoksa ihlalin ilk tespit edildiği andan mı süre işletilmelidir? Doktrinde iki görüş de savunulmakla beraber⁶⁷², varılan sonuçlar açısından bir fark yoktur. Zira süre, hangi görüşe katıldığınıza göre daha kısa veya uzun tutulmaktadır. Dolayısıyla alıcının her halde, dönme hakkının kullanılmasına ilişkin sürenin geçtiği itirazı ile karşılaşmadan bu hakkını kullanması mümkün olacaktır.

CISG m.49, f.2, (b), (ii), alıcının satıcıya m.47 uyarınca bir ek süre tanımış ve ondan sözleşmeye aykırılığın giderilmesini istemiş olduğu hallerde makul sürenin işlemeye başlama anını saptamıştır⁶⁷³. Bu hallerde

⁶⁶⁹ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B IV 3 b.

⁶⁷⁰ Aynı yönde Soergel/Lüderitz/Schuffler-Langeheine, Art.49 N.16; Antlaşmada, m.39'da "feststellen/constater/discover" kavramı, m.49, f.2, (b), i'de ise "kennen/avoir connaissance/know" kavramı kullanılmakla beraber, ikisinin de aslında aynı am ifade ettiklerini kabul etmek uygun düşer. Ancak alıcıdan öncelikle ihbarda bulunması, bunun sonrasına eklenecek makul bir süre içinde de dönmeyle beyan etmesi beklenmektedir.

⁶⁷¹ Örneğin satıcının sattığı şaraba su veya şeker karıştırmış olması; LG Trier, 12.10.1995, CISG-Online N.160; Cour de Cassation, 23.01.1996, CISG-Online N.159; satılan düdüklü tencerelerin güvenlik standartlarına aykırı olması; Cour d'appel de Paris, 04.06.2004, CISG-Online N.872.

⁶⁷² Ayrıntı için bkz. MünchKommBGB/P.Huber, Art.49 CISG N.69-70.

⁶⁷³ Yukarıda CISG m.47 incelendiğinde ifade edildiği üzere (Bölüm 5 § 2 A II 2 c), alıcının satıcıya ek süre tanımış olduğu hallerde bu sürenin geçmesine veya satıcının ifayı gerçekleştirmeyeceğini kesin olarak beyan etmesine kadar alıcının herhangi bir seçimlik hakkını kullanması mümkün değildir.

ya ek süre geçtikten ya da satıcının bu süre içinde sözleşmeye aykırılığı gidermeyeceğini açıklamasından itibaren makul bir süre içinde alıcının dönme beyanında bulunması gerekir. Dikkat edilmesi gereken husus, bu bentte, esash olmayan bir sözleşme ihlalinin ek süre verilmek suretiyle esash hale getirilmesi ve daha sonra dönme hakkının kullanılmasının düzenlenmediğidir. Esash olmayan ihlalde alıcının dönme hakkı zaten yoktur. Dolayısıyla bu bendin uygulandığı haller, alıcının, sözleşme ihlalinin esash olmasına rağmen satıcıya bir ek süre tanımak suretiyle son bir şans verdiği hallerdir. Ancak alıcının satıcıya süre vermesi nedeniyle mağdur duruma düşmesi; arada m.49, f.2, (b), (i)'deki makul sürenin geçmesi nedeniyle dönme hakkının kaybedilmesi bu bent sayesinde engellenmiş olmaktadır⁶⁷⁴.

Alıcının (i) bendindeki makul süreyi kaçırdıktan sonra da, yani dönme hakkı bu bent uyarınca düştükten sonra da, satıcıya, sözleşmeye aykırılığı gidermesi için m.47 uyarınca bir ek süre vermesinin ve bu şekilde (ii) bendi uyarınca yeni bir dönme hakkı kazanmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır⁶⁷⁵. Bir görüşe göre alıcı, (i) bendindeki zamansal sınırlama nedeniyle dönme hakkını kaybetmiş olmasına rağmen, satıcının kendisine tanınan yeni süre içinde ifade bulunmaması nedeniyle yeni bir dönme hakkı kazanır. Zira satıcı sözleşmeye aykırılığı gidermemek suretiyle sözleşmeye esash surette ihlal etmeye devam etmektedir. Dolayısıyla (ii)'de öngörülen süre sınırlaması içinde bu yeni dönme hakkını kullanabilir⁶⁷⁶. Piltz, alıcının tâli ifayı talep etme hakkı olduğu sürece satıcıya m.47 uyarınca süre tanıma imkanını da muhafaza ettiğini vurgulamaktadır⁶⁷⁷. Bu konudaki tek süre sınırlaması ise, iç hukuklara göre tayin edilecek olan zamanaşımı süreleri⁶⁷⁸ ve istisnaen hakkın kötüye kullanılması yasağı olacaktır.

Buna karşılık diğer bir görüş⁶⁷⁹, m.49, f.2'deki sürelerin kesin olarak değerlendirilmesi taraftardır. Yani alıcı, sözleşmeye aykırı ifadan haberdar olduğu andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmeden dönme beyanını açıklamamışsa veya satıcıya m.47 uyarınca bir süre tanımamışsa

⁶⁷⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.49 N.36.

⁶⁷⁵ Tartışma hakkında ayrıntı için bkz. P.Huber, Irrtumsanfechtung, 117 vd. Gözden kaçırılmaması gereken bu hallerde esash bir sözleşme ihlalinin varlığı konusunda tartışma olmadığıdır. İhlal esashdır, ancak alıcı buna rağmen dönme hakkını makul bir süre içinde kullanmamıştır.

⁶⁷⁶ Bu yönde MünchKommBGB/P.Huber, Art.49 CISG N.76-77; Bamberger/Roth/Saenger, Art.49 CISG N.19; Piltz, § 5 N.280.

⁶⁷⁷ Piltz, § 5 N.280.

⁶⁷⁸ CISG çerçevesinde zamanaşımı sorununun düzenlenmediği hakkında bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 C II 5.

⁶⁷⁹ Staudinger/Magnus, Art.49 N.42; Achilles, Art.49 N.15; Herber/Czerwenka, Art.49 N.13; Petrić, 126; MünchKommHGB/Beniche, Art. 49 CISG N.27; Honsell/Schnyder/Straub, Art.49 N.85;

dönme hakkını kaybedecektir. Bu hallerde alıcının elinde genelde, sözleşmeye aykırılık nedeniyle semeni indirmek ve duruma göre tazminat istemek hakları kalacaktır. Zira yeni mal veya tamiratın talep edilmesi de ancak makul bir süre içinde istenebileceği için (m.46, f.2 ve 3⁶⁸⁰), dönme hakkını kullanmaya ilişkin "makul" sürenin geçmesi halinde bunlara ilişkin süre de genelde geçmiş olacaktır. Kanımca bu ikinci görüşe katılmakta fayda vardır. Zira satıcının, teslim etmiş olduğu malın sözleşmeye aykırı olmasına rağmen, alıcının bunu kabul edip etmeyeceği, yani sözleşmeden dönme hakkını kullanıp kullanmayacağı konusunda bir an önce bilgi sahibi olmakta korunmaya layık bir menfaati vardır⁶⁸¹. Özellikle malın değeri değişken ise, satıcı aleyhine spekülasyon yapılması da bu şekilde engellenebilecektir. Nitekim CISG m.49, f.2'nin, alıcının sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkını "yitirmesi"nden (*verlieren/déchoir/lose*) bahsetmesi de bu görüşü desteklemektedir. Her ne kadar P.Huber⁶⁸², m.47 uyarınca verilen yeni bir ek süreye uyulmamasının yeni bir sözleşme ihlali anlamına geleceği, dolayısıyla m.49, f.2 (b) (ii) uyarınca yeni bir sürenin doğacağını ileri sürmekteyse de kanımca bu görüş de kabul edilemez. Zira tartışma konusu hallerde alıcının m.47 uyarınca ek süre tanımak suretiyle isteyebileceği iki şey vardır: tamirat veya ikame mal. Ancak m.46, bu iki talebin de ancak m.39 uyarınca yapılacak sözleşmeye aykırılık ihbarından itibaren makul bir süre içinde ileri sürülmesine imkan tanımaktadır. Dolayısıyla zaten alıcının bu seçimlik haklarını kullanması imkanı da kalmamış olacaktır. Yani m.47 uyarınca süre tanımının ön koşulları ortadan kalkmış olacaktır⁶⁸³.

Son olarak, aynı fıkranın (iii) bendi uyarınca, satıcının alıcıya sözleşmeye aykırılığı gidermeyi teklif ve alıcının da bunu kabul etmiş olması halinde⁶⁸⁴ dönme hakkına ilişkin makul süre, bu ek sürenin sonuç alınmadan geçmesinden sonra işlemeye başlayacaktır. Eğer alıcı zaten kendisine yapılan bu teklifi kabul etmemişse, dönme hakkını kullanıp kullanmayacağını bu andan itibaren makul bir süre içinde beyan etmesi gerekir⁶⁸⁵.

CISG m.49, f.2'de dönme beyanının yöneltilmesine ilişkin olarak öngörülen bu süreler bir örnekle somutlaştırılmaya çalışılacak olursa⁶⁸⁶: Satıcının sezon malını vadeyi geçirdikten sonra teslim etmesi halinde

⁶⁸⁰ Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 B IV 1 a cc ve IV 2 a.

⁶⁸¹ Aynı yönde Krebs, 30 vd.;

⁶⁸² P.Huber, Irrtumsanfechtung, 118-119.

⁶⁸³ Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.47 N.1 dn.2; Honsell/Schnyder/Straub, Art.46 N.12; Staudinger/Magnus, Art.47 N.9.

⁶⁸⁴ Bu konuda bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A V 3 a bb.

⁶⁸⁵ MünchKommBGB/P.Huber, Art.49 CISG N.80.

⁶⁸⁶ Örnek Krebs, 30'dan alınmıştır.

(esash sözleşme ihlali) f.2 (a) uyarınca alıcının bunu öğrendikten itibaren makul bir süre içinde dönme beyanını yöneltmesi gerekir. Aksi takdirde geç ifa nedeniyle dönme hakkı düşer. Ancak geç teslim edilen bu malların bir de ayrıştığı ortaya çıkacak olursa, bu durumda alıcının bu sebepten ötürü yeni bir dönme hakkı doğar. Bu hallerde beyanını f.2 (b) (i) uyarınca aykırılığı öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde yöneltmelidir. Eğer alıcı satıcıya yine de bir son şans vermek istiyor ve ona sözleşmeye aykırılığı gidermek için m.47 uyarınca bir ek süre tanırıyorsa bu durumda ek sürenin geçmesinden veya satıcının ayıbı gidermeyi reddetmesi anından itibaren makul bir süre içinde son kez dönme hakkını kullanabilecektir. Bu süre içinde de dönme hakkını kullanmadığı takdirde artık mah o haliyle kabul etmiş sayılır.

V. Özel Bazı Durumlarda Sözleşmeden Dönme

1. Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Halinde Dönme

CISG m.72, f.1 uyarınca: "Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir"⁶⁸⁷. Maddenin amacı, sözleşmenin vadede zaten ifa edilmeyeceği konusunda tereddüt olmayan hallerde taraflara⁶⁸⁸, sözleşmesel bağlılıklarından sıyrılma ve akıt konusu değerler üzerinde başka türlü tasarrufta bulunma özgürlüğünü vermektir (*Dispositionsfreiheit*)⁶⁸⁹. Alıcının bu hakkını kullanabilmesi için, hem satıcının sözleşmeyi esaslı surette ihlal edecek olması hem de bunun aşikar (*clear/manifeste*) olması aranır. Esash surette ihlal edecek olma kriteri yukarıdaki açıklamalar ışığında değerlendirilmelidir⁶⁹⁰. Aynı ihlalin, vade tarihinde gerçekleşmesi durumunda sözleşmeden dönme imka-

⁶⁸⁷ Borçlunun sözleşmeyi esaslı surette ihlal edeceğinin vadeden önce belli olması halinde PECL Art.9:304, PICC Art.7.3.3 ve reform sonrası BGB § 323 Abs.4 de dönme hakkını tanımlar. Türk hukukunda bu konuda genel bir düzenleme olmamakla beraber eser sözleşmeleri açısından BK m.358, müteahhidin işi vadeye yetiştiremeyeceğinin açık olduğu hallerde iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı vermiştir. Kanımca bu madde, ilke kıyası yoluyla bütün sözleşmelere uygulanabilecek bir kural yaratmaya elverişlidir. Nitekim doktrinde farklı gerekçelerle alacaklıya bu hallerde vade gelmeden sözleşmeden sıyrılma imkanı verilmektedir. Ayrıntı için bkz. *Serozan, Dönme*, 338 vd.; *Serozan, Borçlar Genel*, § 18 N.8; *Oğuzman/Öz*, 325 vd.; *Arslanlı, Ticari Bey*, 555 vd.

⁶⁸⁸ CISG m.72 "Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine İlişkin Ortak Hükümler" bahsi altında yer aldığı için iki sözleşme tarafı açısından da uygulama alanı bulur. Ancak bu çalışmada satıcının yükümlülüklerine aykırılık incelendiği için soruna alıcının dönme hakkı açısından yaklaşılacaktır.

⁶⁸⁹ Sözleşmeden dönme hakkının bu özgürlüğü sağlamadaki rolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *L. Schmidt*, 147 vd.

⁶⁹⁰ Bkz. Bölüm 5 § 1 B II ve bu bölümde II 1.

ni vereceği kabul edilebiliyorsa, vadeden önce de sözleşmeden dönmek imkanı olacaktır⁶⁹¹. Örneğin kesin vadeli bir işlemde satım konusu malların vadesinde teslim edilmemesi, sözleşmenin esaslı ihlali anlamına gelir. Dolayısıyla vade öncesinde zaten bu tarihte ifanın gerçekleşmeyeceği belli olmuşsa, vadeye kadar beklemenin bir anlamı kalmaz⁶⁹². Aynı şekilde, imal edilmesi borçlanılmış olan markalı mallara ilişkin lisansın kaybedildiği veya tek satıcılık sözleşmesinin feshi nedeniyle ilgili malları satma hakkının kaybedildiği hallerde de, satıcının vade tarihinde ifa etmesi olasılığının son derece düşük olması nedeniyle alıcının dönme hakkının var olduğu kabul edilmektedir⁶⁹³. Bunun yanı sıra satım konusu malın başkasına satılmış olması, imalathanenin yanıp kül olmuş olması, ihracat yasakları da vade tarihinde ifanın mümkün olup olmayacağını araştırırken dikkate alınacaktır⁶⁹⁴. Her halde esaslı ihlal olasılığının çok yüksek olması gerekir⁶⁹⁵. *Magnus*'un haklı olarak ifade ettiği gibi, bu konuda çıtanın yüksek tutulması gerekir, zira aksi taktide, satıcının CISG m.34 ve 37 uyarınca sahip olduğu⁶⁹⁶, vadeden önce sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı boşa döner⁶⁹⁷. Değerlendirmede kuşkusuz, alıcının anlayışından değil, mantıklı makul bir alacaklının somut olayda ne bekleyebileceğinden hareket edilir⁶⁹⁸.

Aynı CISG m.49'da olduğu gibi, m.72 uyarınca sözleşmeden dönmek isteyen alacaklı, bunu beyan etmek durumundadır. Beyan, m.49, f.2'deki gibi bir süreye tabi tutulmamıştır, zira süre sınırlaması zaten olayın niteliği icabı doğmaktadır: ancak vadeye kadar alıcı m.72'den doğan dönme hakkını kullanabilir. Vade geldikten sonra artık m.45 vd. hükümlerine

⁶⁹¹ *Lubbe, RabelsZ* 2004, 444, 466.

⁶⁹² Örneğin bir ICC Hakem kararına konu olayda, satıcı, giyim eşyalarına ilişkin modelleri alıcıya zaten geç göndermiştir. Bu tarihten sonra satıcının ilgili giyim eşyalarını, tespit edilmiş olan kesin vadede teslim etmesi imkanı kalmamıştır. Satıcı da bu durumu alıcıya bildirmiştir. Dolayısıyla m.72 anlamında öne alınmış bir sözleşme ihlali söz konusudur, ICC-Hakem Kararı N.8786/1997, CISG-Online N.749.

⁶⁹³ *Staudinger/Magnus, Art.72 N.6*.

⁶⁹⁴ *MünchKommHGB/Mankowski, Art.72 CISG N.8*. US Dist.Ct. N.D. of Illinois, E.D. 07.12.1999, CISG-Online N.439 (Satıcının, akreditif şartları arasında yer alan konişmento şartının çıkarılmaması halinde sözleşmeyi ifa etmeyeceği yönündeki beyanı öncelenmiş bir sözleşme ihlalidir. Bu karar hakkında bkz. *Lubbe, RabelsZ* 2004, 444, 465 vd.).

⁶⁹⁵ OLG Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-Online N.385. Borçlunun (satıcı/alıcı) iflas etme olasılığının bulunması halinde alıcının m.72 uyarınca bir dönme hakkı kullanıp kullanamayacağı sorusunun cevabı da dikkatle tartışmayı gerektirir. Bu konuda bkz. *Mossler, Rücktritt vor Fälligkeit bei solvenzbedingten Zweifeln an der Leistungsfähigkeit des Schuldners*, ZIP 2002, 1831 vd.

⁶⁹⁶ Bu maddeler hakkında bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A V 2.

⁶⁹⁷ *Staudinger/Magnus, Art.72 N.9*. Aynı yönde *MünchKommHGB/Mankowski, Art.72 CISG N.5*.

⁶⁹⁸ *Schott*, 80.

başvurması gerekir. Fakat maddenin 2. fıkrası, dönme hakkının kullanılacak istendiği konusunda satıcının uyarılmasını aramaktadır. Antlaşmanın İngilizce ve Fransızca metinlerine bakıldığında bu uyarının, "sürenin el vermesi halinde" yapılması gerektiği görülmektedir. Buna karşılık Almanca metin, hem sürenin el vermesi hem de koşulların bunu gerektirmesi halinde bir uyarıyı aramaktadır. Alman yazarların⁶⁹⁹ bile metni, İngilizce ve Fransızca versiyonunda olduğu gibi yorumluyor olmaları nedeniyle bu metnin esas alınmasında fayda vardır. Dolayısıyla süre el verdiği takdirde alıcının, satıcıya, öne alınmış sözleşme ihlali nedeniyle dönmek istediğini bildirmesi ve ona, yükümlülüklerinin ifasına ilişkin yeterli teminat gösterme imkanı vermesi gerekir. Modern iletişim teknikleri düşünüldüğünde böyle bir bildirim için sürenin yeterli olmadığı ihtimaller az olacaktır ama, fıkra 3'de açıkça ifade edilmiş olduğu üzere, karşı tarafın zaten ifa etmeyeceğini beyan etmiş olduğu hallerde, artık bir bildirim ihtiyacı olmayacaktır. Bu durumda alıcının daha fazla beklemesine gerek olmadan sözleşmeden dönmesi imkanı vardır. Alıcıya bildirimde bulunulmasının amacının, satıcının düşünüp, duruma göre teminat göstermesi olduğuna göre, satıcının cevabı içinde makul bir sürenin hesaba katılması gerekir⁷⁰⁰.

Dönme bir kez beyan edildikten sonra karşılıklı edimler sona erecek ve sözleşme, aşağıda görüleceği üzere, bir tasfiye ilişkisi içine girecektir. Dolayısıyla, satıcının durumunda bir değişme olması ve tekrar ifa edilecek konuma gelmesi bu sonucu etkilemeyecektir. Alıcının diğer seçimlik haklarını kullanması imkanı yoktur⁷⁰¹.

2. Art Arda Teslimli Sözleşmelerde Dönme

CISG m.73, art arda teslimli sözleşmelerde dönme hakkının kullanılmasına ilişkin özel bir düzenleme getirmektedir. Bu madde kapsamında değerlendirilecek hallerde, satıcının, teslim borcunu belirli tek bir vadede değil, zamana yayılmış olarak ifa etmesi söz konusudur⁷⁰². Yani sa-

⁶⁹⁹ MünchKommBGB/P.Huber, Art.72 CISG N.13; MünchKommHGB/Mankowski, Art.72 CISG N.15; Brunner, Art.72 N.9; Staudinger/Magnus, Art.72 N.21. İngilizce metne ilişkin olarak bkz. Honnold, N.398; Gabriel, 197.

⁷⁰⁰ Schott, 81.

⁷⁰¹ Alıcının CISG m.72 uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kazanmış olmasına rağmen bu hakkını kullanmaması ve vadeye kadar beklemesi halinde, CISG m.77 uyarınca var olan, zararını asgaride tutma yükümlüğüne aykırı davranmış kabul edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Schott, 85-87. CISG m.77 hakkında bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 E.

⁷⁰² Brunner, Art.73 N.2; MünchKommBGB/P.Huber, Art.73 CISG N.2. Sadece semenin zamana yayılmış olarak ödendiği haller (taksitle satım) CISG m.73 kapsamında değerlendirilmez. Art arda teslimli satış sözleşmeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuntalp, Art Arda Teslimli Satış Akdi, Ankara 1968, 14 vd.

tım konusu mallar için birbirini takip eden en azından iki farklı teslim tarihi söz konusu olmak gerekir. Art arda teslimli bir sözleşmeden bahsedebilmek için teslim edilecek malların türünün, miktar veya adedinin, vadelerin aralığının aynı olması gerekmez. Önemli olan sadece, teslim ilişkisi borçların hepsinin aynı sözleşmeden doğuyor olmasıdır.

Eğer art arda teslimli bir sözleşmede teslimatlardan birine ilişkin olarak sorun yaşanır, sözleşmeden dönme hakkının hangi kapsamda kullanılabilceği tereddüt doğurmaya elverişli bir konudur⁷⁰³. Bu yüzden CISG m.73 bütün olasılıklara göre bir cevap üretmiştir. İlk ihtimal, alıcının sadece ilgili teslimata ilişkin olarak seçimlik haklarını kullanması, buna karşılık sözleşmenin geçmişe ve geleceğe yönelik olarak ayakta kalmasıdır (f.1). İkinci ihtimal, bir teslimatla ilgili sözleşmeye aykırılık nedeniyle sözleşmenin ileriye etkili olarak (*ex nunc*) ortadan kaldırılabilsidir (f.2). Son ihtimal ise, bu sözleşmeye aykırılığın hem ileriye hem de geriye etkili olarak sözleşmeyi tümüyle ortadan kaldırmak için gerekçe oluşturabilmesidir (f.3).

Alıcının sadece tek bir teslimata ilişkin olarak sözleşmeden dönmeyi tercih etmesi halinde, sözleşmenin diğer kısımları aynen ayakta kalmaktadır⁷⁰⁴. Bu hallerde alıcı, sadece ilgili teslimatın yapılmasını istemediğini beyan etmektedir. Ancak bunun için de her halde ilgili bölüme ilişkin sözleşmeye aykırılığın esaslı olması gerekecektir. Yani ya bütün teslimatlar ya da özellikle bu teslimata ilişkin olarak bir kesin vade kararlaştırılmıştır ve vadede teslim etmemek suretiyle satıcı, sözleşmenin bu kısmını esaslı surette ihlal etmiştir. Ya da teslimat gerçekleşmiş ancak sözleşmeye aykırı olarak gerçekleşmiş ve bu aykırılık esaslıdır. Bu hallerde alıcı sözleşmenin (kısmen) esaslı ihlali nedeniyle ilgili kısma ilişkin olarak dönme hakkını kullanabilir. Eğer satıcının vadede ilgili teslimata yapmaması, sözleşmenin esaslı ihlali anlamına gelmiyorsa bu durumda alıcının m.49, f.1 (b) uyarınca süre tanımak suretiyle de o teslimatla ilgili olarak dönme hakkını kazanabilmesi gerekir⁷⁰⁵.

Alıcının sadece sorunlu teslimata ilişkin olarak değil de ileriye dönük olarak sözleşmeyi sona erdirmek istemesi halinde, aslında m.72'ye benzer bir durum doğmaktadır. Zira henüz ifa edilmesi gereken, gelecek-

⁷⁰³ Buna karşılık tali ifa talebinin yöneltilmesi veya semenin tanzilinin istenmesi hallerinde, art arda teslimli sözleşmeler bir özellik göstermediği için ayrı bir düzenlemeye ihtiyacı duyulmamıştır.

⁷⁰⁴ Burada aslında kısmi sözleşmeye aykırı ifa veya kısmi ifa etmeme hallerinde benimsenmiş olan çözüm devam ettirilme ve sözleşmenin sadece sözleşmeye aykırı olan bölümünden dönülmesi istenmektedir. Amaç, kalam itibarıyla sözleşmeyi mümkün olduğu ölçüde ayakta tutmaktır. Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A III.

⁷⁰⁵ Bu görüşte MünchKommBGB/P.Huber, Art.73 CISG N.7.

teki teslimatlar açısından alıcının satıcıya güveni kalmamıştır⁷⁰⁶; dolayısıyla da sözleşmeyi artık ayakta tutmak istememektedir. İşte CISG m.73, f.2 uyarınca, satıcının münferit bir teslimata ilişkin sözleşmeye aykırılığı, gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak sözleşmeyi esaslı surette ihlal edeceğine dair ciddi bir gerekçe (*triftiger Grund/sérieuse raison/good grounds*) teşkil ediyorsa, alıcının sözleşmeden dönmesi imkanı vardır⁷⁰⁷. Satıcının ileride esaslı bir sözleşme ihlali gerçekleştirecek olmasına ilişkin beklentinin haklı olması; bir kez gerçekleştirilen ihlalin, ileride bunun tekrarlanacağı konusunda ciddi bir veri oluşturması gerekir⁷⁰⁸. Diğer yandan, ihlalin esaslı olup olmadığı araştırması yapılırken münferit teslimata ilişkin sözleşmeye aykırılık dikkate alınmayacaktır. Fıkra 1'deki ihtimalden farklı olarak f.2'nin uygulanacağı hallerde gelecekte gerçekleşmesi beklenen ihlalin esaslı olması önemlidir⁷⁰⁹.

Alıcı CISG m.73, f.2 uyarınca sözleşmeyi *ex nunc* sona erdirmeyi düşündüğü takdirde bunu makul bir süre içinde karşı tarafa bildirmek zorundadır. Bu sürenin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı madde düzenlenmemişse de, kanımca münferit teslimata ilişkin sözleşmeye

⁷⁰⁶ CISG m.72 ve m.73, f.2'nin korudukları menfaat aynı olmakla beraber, kanımca iki düzenlemenin uygulama alanı farklıdır. Biri henüz satıcının hiç ifa etmediği dönemde uygulanmakta, diğeri ise ancak art arda teslimli sözleşmelerde teslimine başlandıktan sonra devreye girmektedir. Dolayısıyla *Hornung*'un, her zaman m.73, f.2'nin önceliği olacağı şeklindeki görüşüne katılmıyorum (*Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art.73 N.28*). Aynı yönde *Staudinger/Magnus, Art.73 N.28*.

⁷⁰⁷ CISG m.72'de geleceğe dönük ihlalin "aşikar" olması aranmakta iken, m.73, f.2'de, satıcının ihlalinin geleceğe dönük yeni ihlaller için ciddi bir gerekçe oluşturmasından bahsedilmektedir. Yani m.72 daha sıkı bir araştırmayı gerektirmektedir. Bunun nedeni aslında anlaşılabilir. Zira m.72'nin uygulandığı hallerde satıcı daha sözleşmeyi hiç ihlal etmemiştir. Buna karşılık m.73, f.2'de zaten bir kez ihlal etmiştir. Dolayısıyla bu hallerde, gelecekte yeni bir ihlalin doğması ihtimali baştan daha yüksektir. Bkz. *Schott, 88; Trommler, 51*.

⁷⁰⁸ HG Zürich, 05.02.1997, CISG-Online N.327 (İlk teslimat süresi içinde yapılmış, tamnan ek süre içinde de ikmal edilmemiştir. Bu davranış geleceğe dönük olarak teslimatların vaktinde yapılacağı konusunda ciddi şüphe uyandırmaktadır); Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte Wien, 10.12.1997, CISG-Online N.351 (Yapılan teslimatlarda mallar sözleşmeye aykırı çıkmış ve satıcı ilerideki teslimatların sözleşmeye uygun olacağını ikna edici şekilde ortaya koyamamıştır); Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage, 29.12.1998, CISG-Online N.638 (satıcı vadesi gelmiş teslimatı reddetmekle kalmıyor, ileriye dönük olarak da artık teslimat yapmayacağını beyan ediyor); Cour d'appel de Grenoble, 22.02.1995, CISG-Online N.151 (Fransız satıcı ile Amerikalı alıcı arasında yapılan sözleşmede, satım konusu kotların sadece Güney Amerika ve Afrika'da pazarlanacağı konusunda uzlaşmıştır. İlk teslimatlar gerçekleşikten sonra satıcı, alıcının bu anlaşmalarına uymadığı konusunda şüphelendiği için kendisinden, malların teslim edildiği ülkelere ilişkin belgeler istemiştir. Ancak alıcı bunları sunmamakta direnmiştir. Mahkeme, alıcının bu şekilde sözleşmeyi esaslı surette ihlal ettiği ve geleceğe yönelik olarak satıcının sözleşmeden dönme isteminin haklı olduğunu kabul etmiştir).

⁷⁰⁹ *Schott, 87*.

aykırılıktan haberdar olunur olunmaz ve en geç satıcıya bu konuda ihbar yapıldığı andan itibaren işlemeye başlaması gerekir⁷¹⁰. Özellikle bir sonraki teslimat tarihinin yakın olması halinde, satıcının çabuk hareket etmesi beklenir⁷¹¹.

CISG m.73'de düzenlenen son hal ise, satıcının, bir teslimata ilişkin sözleşmeye aykırılık nedeniyle bütün sözleşmeyi, geriye ve ileriye dönük olarak sona erdirebilmesidir. Bu hallerde sözleşmeye aykırı ifa edilen kısım için f.1 uyarınca sözleşmeden dönülmesi şartları zaten mevcuttur, ancak bunun ötesinde, teslimatlar arasındaki bağlantı nedeniyle, birinin ifa edilmemesi sözleşmenin tamamının amaçsızlaşmasına sebep olmaktadır. Özellikle bir bütünün parçalarının parti parti teslim ediliyor olduğu hallerde böyle bir durumla karşılaşılır. Eğer alıcının ilgili parçayı başka bir yerden tedarik etme imkanı yoksa dönme dışında bir alternatif kalmamaktadır. Dikkat edilmesi gereken, bu fıkranın uygulandığı hallerde, geleceğe yönelik olarak satıcının ifa edip etmeyeceği konusunda tereddüt yaşanmasının aranmadığıdır. Satıcı ifa etmek istese bile; ifa edilecek olan alıcı için anlamını yitirmiş olması nedeniyle sözleşmenin tümünden dönülmektedir⁷¹².

VI. Sözleşmeden Dönme Sonrası Oluşan Tasfiye İlişkisi

1. CISG'da Öngörülen Tasfiye Rejiminin İlkeleri

Bilindiği gibi, dönme beyanının sözleşme üzerindeki etkileri ve dönme beyanı sonrasında tarafların, yerine getirilmiş edimleri iade yükümlülüğünün nasıl bir istem oluşturduğu, borçlar hukukunun hayli tartışmalı konularından biridir. Bu etkiyi açıklamak üzere İsviçre-Türk hukukunda ileri sürülen dört teori⁷¹³ de ("klasik dönme teorisi", "kanuni borç ilişkisi teorisi", "aynı etkili dönme teorisi" ve "dönüşüm teorisi") doktrininde taraftar toplamış olmakla beraber, dönüşüm teorisinin, mukayeseli hukuk verileri ışığında, bugün üzerinde konsensüs sağlanmaya başlanan

⁷¹⁰ CISG m.73, f.2 uyarınca sözleşmeden dönmek açısından, münferit teslimata ilişkin sözleşmeye aykırılık ihbarı süresinin kaçırılması önem taşımaz. Bu durumda f.1 uyarınca sadece ilgili teslimata ilişkin olarak dönmek mümkün olmaz, ancak ileriye yönelik olarak ifanın gerçekleşmeyeceği konusundaki tereddüt haklı olduğu sürece alıcının f.2 uyarınca dönme inkarı olmalıdır. Bu yönde *Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte Wien, 10.12.1997, CISG-Online N.351*.

⁷¹¹ *MünchKommBGB/P.Huber, Art.73 CISG N.16*.

⁷¹² Karş. BK m.206, f.2.

⁷¹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Buz, Dönme, 118 vd.; Serozan, Dönme, 63 vd.; BernerKommentar/Weber, Art.109 N.40 vd.*

teori olduğu anlaşılmaktadır⁷¹⁴. Özellikle PECL Art.9:305⁷¹⁵ ve PICC Art.7.3.5'in⁷¹⁶ de dönmenin geriye etkisini kabul etmemesi bu görüşe önemli ivme kazandırmıştır⁷¹⁷. Diğer yandan sözleşmeden dönme üzerine sözleşmeyi ihlal etmiş olan tarafın ödeyeceği tazminatın kapsamı da (menfi zarar/müspet zarar), dönmenin etkileri kadar tartışılmalı olan diğer bir konudur⁷¹⁸.

Her ne kadar CISG, son derece açık şekilde dönmenin satım sözleşmesi üzerindeki etkilerini, dönmenin beraberinde getirdiği tasfiye ilişkisini ve bunun tazminat rejimi ile bağlantısını saptamışsa da bazı hususlar yine de cevapsız kalmış ve aşağıda görüleceği üzere tartışma tam anlamıyla ortadan kaldırılamamıştır. CISG m.81 uyarınca:

- (1) Sözleşmenin ortadan kaldırılması, tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla her iki tarafı da sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtarır. Sözleşmenin ortadan kaldırılması, uyumsuzlukların 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.

⁷¹⁴ Türkiye'de bu yönde: *Serozan*, Dönme, 63-64; *Eren*, 1078; *Seliçi*, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, 210; *Aral*, 142; *Havutçu*, 66; ifa edilmiş edimler açısından bu yönde *Yavuz*, Borçlar Genel, 133. İsviçre'de bu yönde: *Gauch/Schluep/Rey*, N.3116 vd.; *Schwenzer*, Allgemeiner Teil, N.66.33; *Glättli*, 164 vd.; *Lüchinger*, N.250 vd.; *Berner Kommentar/Weber*, Art.109 N.46 vd.; *BaslerKommentar/Wiegand*, Art.109 N.4 vd. ve orada anılan diğer yazarlar. Ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi de uzun bir tereddüt safhasından sonra bu teoriye katılmıştır: bkz. BGE 114 II 152 vd. Bu soruna ilişkin mukayeseli veriler için bkz. *Treitel*, Remedies, 382-385.

⁷¹⁵ "(1) Sözleşmenin ortadan kaldırılması, iki tarafı da geleceğe dönük olarak edimlerini ifa etme ve bunları kabul etme yükümlülüğünden kurtarır; ancak [...] ortadan kaldırma amına kadar doğmuş olan hak ve yükümlülükleri etkilemez. (2) Ortadan kaldırma, ihtilafların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerini ve sözleşmenin ortadan kaldırılmasından sonra da geçerli olması gereken diğer hiçbir hükümünü etkilemez."

⁷¹⁶ "(1) Sözleşmenin ortadan kaldırılması tarafları, gelecekteki bir edimi ifa ve kabul etme yükümlülüğünden kurtarır. (2) Ortadan kaldırma, ifa etmeme nedeniyle tazminat taleplerini engellemez. (3) Ortadan kaldırma, ihtilafların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerini veya ortadan kaldırmadan sonra da geçerli olması gereken diğer hiçbir sözleşme hükümünü etkilemez."

⁷¹⁷ Nitekim Alman hukukunda zaten doktrinde hakim. *Serozan*, IÜHFM 2000 reformu sonrasında yasal düzenlemelere de yansımıştır bkz. *Serozan*, Dönme, 630 vd.; *Buz*, 238 vd.; *P.Huber*, in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.5/8 vd.

⁷¹⁸ Bu tartışma için Türk hukukunda örneğin bkz. *Serozan*, Dönme, 630 vd.; *Buz*, Dönme, 258 vd.; İsviçre hukukunda *Glättli*, 141 vd.; Alman hukukunda ise bu tartışma da 2002 reformu ile sona ermiştir. Örn. bkz. *P.Huber*, in: P.Huber/Faust, Schuldrechtsmodernisierung, N.5/49.

Maddenin ifadesinden anlaşılan ilk husus, sözleşmenin geriye etkili olarak, tüm hükümleriyle ortadan kaldırılmak istenmediğidir. Bir dizi sözleşme hükmü, dönmeye rağmen uygulanmaya devam etmekte; tarafların eski yükümlülüklerinin yerini, ifa edilmiş olan edimler iade etmek yükümlülüğü almaktadır. Bu iki doneden hareketle ilk anda hemen, "dönüşüm teorisinin" kabul edildiği, yani dönmenin, sözleşmeyi sadece bir çözümlü ilişkisine dönüştürdüğü, yoksa hiç kurulmamış hale getirmediği söylenebilir⁷¹⁹. Ancak CISG gibi, çok sayıda ülke hukukunun kaynaştırıldığı milletlerarası antlaşmalar açısından bu yaklaşımın benimsenmemesi gerektiği yukarıda da vurgulanmıştı. Dolayısıyla m.81 vd. düzenlemelerini sadece Antlaşmanın mantığı içinde kavramaya çalışmak daha uygun gözükmektedir⁷²⁰.

Her halükarda madde, iade talebinin niteliğine ilişkin bir açıklık ihtiva etmemektedir. Sadece tarafların bir iade talebinin varlığını kabul etmektedir. Oysa tarafların CISG m.81, f.2'den kaynaklanan bir iade talebi vardır demek yeterli olmayacak, bu taleplere belirli zamanaşımı süreleri uygulamak gerekecektir. Hakim ihtilafı çözerken, ister istemez bu süreleri tespit etmek amacıyla, *lex forin*in DÖH kurallar gereği hukuktaki çözüme bakmak zorunda kalacaktır. Eğer hakim romanist hukuk çevresine dahil bir ülkenin (Fransa, İspanya, İtalya) hukukunu uyguluyorsa, borçlandırıcı işlem/tasarruf işlemi ayırımı yapılmaması ve dönmenin de geriye etkili olması nedeniyle, satıcının, malların iadesine ilişkin talebi aynı bir talep olacak ve bir zamanaşımı süresi ile kayıtlanamayacaktır. Buna karşılık Alman hukuk çevresine dahil bir ülkenin hukuku ise uygulanan, menkul mülkiyetinin intikali, tasarruf işlemi ile gerçekleştiğinden ve bu da borçlandırıcı işlemde soyut olduğu için, dönmenin bir etkisi olmayacak, mülkiyet alıcıda kalacak ve satıcının talebi, kabul edilen görüşe göre sözleşmesel veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan bir talep olacaktır⁷²¹. Her ne kadar bir dizi yazar, mülkiyetin intikali ve "geri intikali" konusunun CISG dışında bırakıldığı, dolayısıyla CISG bağlamında bu tartışmaların yeri olmadığını ifade ediyorsa

⁷¹⁹ Örn. bu yönde OGH 29.06.1999, CISG-Online N.483; *Rolland*, FS Schlechtriem, 629, 651.

⁷²⁰ Aynı yönde *Krebs*, 53; Schlechtriem/Schwenzer/*Hornung*, Art.81 N.9d; *Coen*, 216. *Krebs*'in, Almanya, Fransa ve İsviçre doktrinlerinden verdiği örneklerle, yazarların her birinin Antlaşmayı nasıl farklı anladıklarını göstermesi ve bunun arkasında yatan ulusal hukukun etkisini tespit etmesi ibret vericidir. Bkz. *Krebs*, 51-52. Bu sonuç, bir kez daha, otonom yorum yönteminin milletlerarası antlaşmalar açısından taşıdığı önemi göstermektedir.

⁷²¹ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Serozan*, Dönme, 63 vd. Bu konuda mevcut diğer görüşler hakkında bkz. *Buz*, Dönme, 118 vd.

da⁷²², kanımca en azından Antlaşmada bırakılmamasında büyük fayda olan bir boşluğun varlığını vurgulamak gerekmektedir.

Nitekim *Schlechtriem*, farklı hukuk düzenlerine göre oluşacak farklı uygulamaları dışlamak için, dönmenin geriye etkili olup olmadığının CISG'a göre tespiti edilmesi gerektiğini savunmaktadır⁷²³. Yazara göre CISG'da açık bir hüküm olmaması nedeniyle bu boşluğun m.81'e kıyasen, CISG m.7 uyarınca doldurulması gerekir. Yani sözleşmenin dönme sonucu geriye etkili olarak ortadan kalkmadığı, mülkiyet intikalinin "sebep"sizleşmediği, dolayısıyla da ulusal hukuklarda mülkiyete dayanan istihkak davalarının veya sebepsiz zenginleşme davalarının söz konusu olamayacağı kabul edilmelidir.

Bu teklif CISG'ın uygulanmasını ciddi şekilde kolaylaştıracak olması itibarıyla kanımca desteklenmelidir. Ancak uygulamada kabul görmesi çok da kolay gözükmemektedir. Nitekim New York Taslağında, CISG m.81'in karşılığını oluşturan m.66'ya ilişkin şerhte, CISG'dan doğan iade talebinin, bazı hallerde ulusal hukuklardaki aynı hakka dayanan talep niteliğinde olabileceği açıkça ifade edilmiştir⁷²⁴. Uygulamada, Antlaşmayı hazırlayanların, dönme halinde sözleşme ilişkisinin ne şekilde çözüldüğü konusunda açık bir hüküm koymak istemediklerinin, dolayısıyla da bu sorunun ulusal hukuklara bırakılmış olduğunun kabul edilmesi ihtimali yüksektir.

Buna karşılık tasfiye ile tazminatın birbiri ile ilişkisi konusunda ulusal hukuklarda yaşanan tartışmalar CISG bağlamında çözümlenmiştir. Zira dönme sonrasında sözleşmenin tasfiyesi (*Restitution*) ile sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğmuş olan zararın tazmini (*Reparation*) iki ayrı başlıkta ve birbirinden tamamen bağımsız olarak düzenlenmiştir⁷²⁵.

⁷²² *Krebs*, 53; *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art.81 N.9c. Satıcı tarafından teslim edilmiş olan mallar üzerinde üçüncü kişilerin kazandıkları hakların dönme sonrası akıbeti her hâlükârda CISG kapsamı dışında kalan bir konudur (*Bianca/Bonell/Tullon*, Art.81 N.2.2.). Ancak burada da dikkat edilmesi gereken, alıcının, bu üçüncü kişilere karşı olan taleplerinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurmaya gerek olmaksızın, aşağıda ele alınacak olan, CISG m.84, f.2 (b) çerçevesinde dönme sonrasında satıcıya nakledilmesi gerekeceğidir. CISG'ın düzenlemiş olduğu konularda ulusal hukuklardaki sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamaz (bkz. yukarıda Bölüm 3 § 4 D). Özellikle dönme sonrası tasfiye rejiminde bunun mümkün olmadığı konusunda çok açık bir ifade için bkz. ICC Hakem Kararı, N.9978/1999, CISG-Online N.708.

⁷²³ *Schlechtriem*, UN-Kaufrecht N.330.

⁷²⁴ *Sekreteryâ Şerhi*, Art.66 N.10.

⁷²⁵ Bu kurumların nasıl karıştırıldığını gösteren güzel bir örnek Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin bir kararındaki şu ifadedir: "Sözleşmeden dönen taraf ancak menfi zararını isteyebilir. Satış bedeli dışındaki istemler müspet zarar olup, bunları isteyemez." (Y13HD, 09.10.2003, 8441/11576, karar için bkz. *Yavuz*, Özsunay'a Armağan, 117, 123.). Ödenmiş olan satış bedelinin geri istenmesi bir iade sorunudur;

Bu şekilde, karşılıklı ifa edilmiş edimlerin iadesi sorunu gibi "nötr" bir sorun ile, zararın tazmini gibi, kural olarak isnad edilebilirliğin varlığına bağlı olan daha "sübjektif" bir sorun birbirine karıştırılmamıştır⁷²⁶. İade sadece, tarafların malvarlıklarında karşılıklı kaymaları veya amaçlı güderken, tazminat bu malvarlıklarındaki azalmaları veya gerçekleşmeyen artışları telafi etmek amacını güder. İade sadece, karşı tarafa ne verilmişse bunun geri alınmasını amaçlarken, tazminat, ayrıca bu sözleşme ile neler kazanılabilirli ona bakmaktadır. İki kurumun hukuk politikası açısından amaçları farklıdır. Nitekim CISG bu ayırımı yapmak suretiyle bir dizi hukuk düzeninde sorun yaratan, iade ile tazminatın nasıl bir arada olabileceği sorununun da tutarlı bir şekilde çözümlenmesini ayrı amaçlar güden kurumlar olması itibarıyla bunların bir arada bulunmasıyla ilgili olarak da bir sorun yaşanmamaktadır. CISG m.81, f.1 uyarınca tazminat hakkı saklı tutulmuştur. Aşağıda tazminat bahsinde görüleceği üzere CISG'da, dönmenin yanı sıra müspet zarar istenemeyeceği yaklaşımı da aşılmaktadır⁷²⁷.

2. Sözleşmeden Dönmenin Satım Sözleşmesinden Doğan Yükümlülükler Üzerindeki Etkisi

CISG m.81, f.1 uyarınca dönme beyanı ile taraflar, sözleşmede üstlendikleri yükümlülükleri ifa etme borcundan kurtulur. Dolayısıyla mal teslim etmek ve semeni ödemek gibi asli yükümlülüklerin yanı sıra, sözleşmede kararlaştırılmış olan bir dizi yan yükümlülük de sona erecektir⁷²⁸. Ancak cümlelerin devamı okunduğunda bunun tüm yükümlülükler açısından söz konusu olmadığı anlaşılmaktadır. Öyle bazı yükümlülükler vardır ki, başta tali edim yükümlülüğü olarak tazminat yükümlülüğü gibi, bunlar dönmeden etkilenmez⁷²⁹. CISG m.81, f.1'de sayılan diğer haller, uyumsuzluğun çözümüne hizmet eden sözleşme hükümleri ile, sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrasında tarafların haklarını ve borçlarını düzenleyen diğer hükümlerdir. Bunlar özellikle tahkim⁷³⁰, yetkili mahkeme ve ihtilafa uygulanacak hukuk konusundaki kayıtlar; sorumsuzluk kayıtları, cezai şart, veya cayma tazminatına ilişkin hükümler olacaktır.

zarar sorunu ile alakası yoktur; bu bir menfi zarar kalemi değildir. Bunun yanı sıra, dönmede müspet zararın istenebilmesine olanak tanıyan (tart.) BK m.205, f.3'ün değerlendirilmede tamamen gözden kaçmış olması da ayrı bir hatadır. BK m.205, f.3'ün hangi zararları kapsadığı konusundaki tartışma için bkz. *Keller/Siehr*, 91; *BernerKommentar/Giger*, Art.195 N.35 vd.; *Yavuz*, Ayrıp, 176-177.

⁷²⁶ *Krebs*, 45 vd.

⁷²⁷ *Leser*, 225, 228. Bölüm 5 § 2 E 2 a.

⁷²⁸ *Staudinger/Magnus*, Art.81 N.5-6; *MünchKommBGB/P/Huber*, Art.81 CISG N.3.

⁷²⁹ Edim yükümlülüklerine ilişkin ayırım için bkz. örn. *Kocayusufpaşaoğlu*, Borçlar Hukuku, § 2 N.7 vd.

⁷³⁰ Örn. bkz. US Dist. Ct. SDNY 14.04.1992, CISG-Online N.45.

Genel kabul gördüğü üzere f.1'deki sayım tahdidi değildir⁷³¹. Örneğin dönme sonrasında malın muhafaza edilmesi, geri yollanması gibi konulara ilişkin hükümler, teminat hükümleri, sorumsuzluk kayıtları vs. hep geçerliliğini koruyacaktır. Bu anlamda dönme beyanının, sözleşmeyi geriye etkili olarak tamamıyla yok ettiği yaklaşımına itibar edilmediği açıktır.

3. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi

CISG m.81, f.1, ifa edilmemiş edim yükümlülüklerinin akbetini düzenlerken, f.2, ifa edilmiş olan edimleri ele almaktadır. Sözleşmenin dönme sonucu çözülmesiyle taraflar karşılıklı iade yükümlülüğü altına girmektedir⁷³². Kast edilen sadece asli edimler değil, onun yanı sıra tarafların birbirlerine vermiş olduğu her şeydir. Bunların aynen (*in natura*) iadesi beklenmektedir⁷³³. Ancak bu bağlamda yaşanan bir tartışma, CISG m.28'in bunlar açısından da uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Yükarıda üzerinde durulmuş olan⁷³⁴ bu madde uyarınca, bir mahkemenin aynen ifa talebini kabul etmesi sadece, aynı olayda kendi hukukuna göre de aynen ifaya hükmedecek olması halinde mümkündür. Anglo-Amerikan hukukunda, usul hukukuna ilişkin özellikler nedeniyle aynen ifa isteminin istisna teşkil etmesi bu düzenlemenin CISG'a alınmasının temelinde yatmaktadır. Asli ifa talebi açısından bu maddenin dikkate alınması gerekeceği açıktır. Ancak bir kez ifanın gerçekleşmiş olması halinde, teslim edilenlerin aynen iadesi konusundaki isteme de m.28'in uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddüt edilebilir. Doktrinde bu konuda aksine ileri sürülen görüşlere⁷³⁵ rağmen, kamımca m.28'in koruma amacı bu halde de uygulanmayı gerektirir⁷³⁶. Öncelikle m.28 lafzı gereği her türlü yükümlülüğün ifa edilmesine ilişkin talebe uygulanır; bu talebin muhakkak

⁷³¹ Sekreteryası Şerhi, Art.66 N.6; Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art.81 N.10; Krebs, 52; Leser, 225, 238; MünchKommBGB/P.Huber, Art.81 CISG N.5. Aksi görüş için bkz. Bianca/Bonell/Tallon, Art.81 N.2.4.

⁷³² Düzenleme, BK m.205'in karşılığını oluşturmaktadır. Türk hukukunda dönme sonrasında edimlerin iadesi sorunu hakkında bkz. Serozan, Dönme, 552 vd.

⁷³³ Aynen iadenin mümkün olmaması halinde kural olarak dönme ve ikame mal talep etme hakkının kullanılmayacağı konusunda bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A VI.

⁷³⁴ Bölüm 5 § 1 B IV 2.

⁷³⁵ CISG m.28'in bu hallerde uygulanmaması gerektiği yönünde Schlechtriem/U.Huber, Art.28 N.12; Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.28 N.6; Honsell/Karollus, Art.28 N.7; Honsell/Weber, Art.81 N.16; Heilmann, 514 vd.; Ziegler, 151-152 ve 195 vd.; MünchKommBGB/P.Huber, Art.81 CISG N.8; Piltz, § 5 N.286; Neumayer/Ming, Art.81 N.3; Freiburg, 347.

⁷³⁶ Aynı yönde Krebs, 55 vd.; Coen, 217 vd.; Hornung, 109 vd., 275; Staudinger/Magnus, Art.81 N.11; Herber/Czerwenka, Art.81 N.8; MünchKommHGB/Benicke, Art.81 CISG N.4; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art.81 N.7; Heuzé, N.441 dn.290.

asli edim yükümlülüğüne ilişkin olması gerekmez⁷³⁷. Diğer yandan ratio legis de bunu gerektirir. Zira Krebs'in hakkı olarak belirttiği gibi, bir ülke hukukunun sadece para alacaklarının tahsiline elveren bir icra mekanizmasına sahip olması ve asli edim yükümlülüklerinin aynen ifası taleplerinin kural olarak kabul edilmediği halinde, tasfiye ilişkisinden doğan iade yükümlülükleri açısından özel bir icra mekanizması oluşturulması beklenemez^{738,739}.

Tarafların iade yükümlülüğünün karşılıklı ve aynı anda ifa edilmesi gerekir⁷⁴⁰. Taraflardan birinin buna uymaması halinde diğerinin duruma göre mal veya semen açısından alı koyma hakkı olacaktır⁷⁴¹. İfade yükümlülüğünün nerede ifa edileceği konusu ise Antlaşmada açık bırakılmıştır. Bu alanda Antlaşmadan bir sonuca varılamayacağını savunanlar olmasına rağmen, çoğunluk, bu boşluğun CISG m.7, f.2 uyarınca doldurulması gerektiğini kabul etmektedir⁷⁴². Bu görüş içinde ağır basan yaklaşımlar ise iade yükümlülüğünün ifa yerinin, edim yükümlülüğünün ifa yerini düzenleyen CISG m.31 uyarınca tespit edileceğini kabul etmektedir. Bu kuralın sadece tersine çevrilerek uygulanması gerektiğine göre, gönderme borcunda alıcının ilk taşıyıcıya teslim etmesi gerekir; aranacak borçlarda alıcı satıcının iş yerinde vs. teslim aldığına göre, bu sefer satıcının alıcının iş yerinde malı teslim alması gerekir. Ancak tarafların söz-

⁷³⁷ Krebs, 55; Coen, 217 dn.540.

⁷³⁸ Krebs, 55-56.

⁷³⁹ Ancak dikkat edilmesi gereken, tarafların karşılıklı iade talebinin var olup olmadığının CISG uyarınca saptanacağıdır. Her ne kadar Anglo-Amerikan hukuk sisteminde satım sözleşmesinden dönme hakkı farklı gelişmiş olduğu için, bir dizi olasılıkta zaten dönmeyle rağmen malların iadesi talebi olmayacaksa da CISG'a tabi sözleşmelerde bu talep vardır. Sadece bir *common law* ülkesinde, mahkemenin CISG m.28 uyarınca buna hükmetmesi gerekmez. Aynı yönde Krebs, 57. Anglo-Sakson hukuk çevresinde ifa engelleri nedeniyle sona erdirilen sözleşme ilişkilerinde iade yükümlülüğünün nasıl düzenlendiği konusunda bkz. Schlechtriem, Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Band 1, Tübingen 2000, 505 vd.

⁷⁴⁰ OLG Köln, 14.10.2002, CISG-Online N.709.

⁷⁴¹ Schlechtriem/Schwenzer/Hornung, Art.81 N.14.

⁷⁴² OGH 29.06.1999, CISG-Online N.483; LG Gießen, 17.12.2002, CISG-Online N.766; OLG Karlsruhe, 19.12.2002, CISG-Online N.817; Staudinger/Magnus, Art.81 N.19; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art.81 N.10; Piltz, § 5 N.292; Leser, 225, 242 ve 252; Neumayer/Ming, Art.81 N.4; Herber/Czerwenka, Art.81 N.12; MünchKommHGB/Benicke, Art.81 CISG N.8.

⁷⁴³ OGH 29.06.1999, CISG-Online N.483; LG Gießen, 17.12.2002, CISG-Online N.766; OLG Karlsruhe, 19.12.2002, CISG-Online N.817; MünchKommBGB/P.Huber, Art.81 CISG N.15; Staudinger/Magnus, Art.81 N.19; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art.81 N.10; Piltz, 85 vd. Sözleşmeyi ihlal eden tarafın her zaman diğer tarafın "ayağına" gitmesi gerektiği yönünde MünchKommHGB/Benicke, Art.81 CISG N.8; Heuzé, N.444.

leşmede tespit etmiş oldukları hususların öncelik sahibi olduğu unutulmamalıdır.

İade ile ilgili olarak doğacak masraflar sözleşmeyi ihlal etmiş olan âkit tarafından taşınacaktır. Karşı tarafın bununla bağlantılı olarak yapacağı masrafları tazminat hükümleri çerçevesinde talep etmesi mümkündür⁷⁴⁴.

4. Elde Edilen Yararların İadesi

CISG m.84 uyarınca tarafların birbirlerinden aldıkları şeyi iade etme borcunun yanı sıra bunlardan elde ettikleri yararları da iade etmeleri yükümlülükleri vardır. Nitekim BK m.205'de de aynı düşünce benimsenmiş, tarafların sadece mal ve semeni değil, maldan elde edilen menfaatleri ve faizi de iade etmeleri öngörülmüştür.

CISG m.84, f.1 uyarınca satıcı, semeni iade etmek borcu altında ise, bu mblağın kendisine ödendiği tarihten itibaren faizini de ödemesi gerekir. Bunun ödenmesi gereği, sözleşme ihlalinin kimden kaynaklanıyor olduğu sorunundan bağımsızdır. Satıcı bu konuda kusursuz olsa da, semeni belirli bir süre elinde bulundurmuş olmaktan dolayı bir faiz ödemesi gerekir⁷⁴⁵. Bu açıdan tazminat ile karıştırılmaması gereken bir kalem söz konusudur⁷⁴⁶. Ancak faizin nasıl hesaplanacağı konusunda Antlaşma bir düzenleme içermemektedir. Bunun sebebi, aynı semenin ödenmemesi halinde hesaplanacak olan faize ilişkin m.78 düzenlemesinde olduğu gibi, faizin öngörülmediği ülke hukuklarının temsilcilerinin bu konudaki engellemesi olmuştur⁷⁴⁷. Dolayısıyla m.78 bağlamında yaşanan tartışmalar⁷⁴⁸ burada da yaşanmakta, faiz oranının hesaplanması konusunda muhtelif görüşler ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki, Antlaşmada bir boşluk olduğu ve bunu dolduracak bir genel ilkenin de Antlaşmadan türetilmemesi nedeniyle, CISG m.7, f.2 uyarınca hakimin, devletler özel hukuku kurallarına göre tespit edeceği ulusal hukukun faiz hükümlerini uygulayacağını savunmaktadır⁷⁴⁹. Yani CISG değil *lex contractus* çözümü

⁷⁴⁴ Bu konuda bkz. aşağıda Bölüm 5 § 2 E.

⁷⁴⁵ *Piltz*, § 5 N.287; *Staudinger/Magnus*, Art.84 N.11; ICC Hakem Kararı, N.9978/1999, CISG-Online N.708.

⁷⁴⁶ *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art.84 N.11.

⁷⁴⁷ Bkz. *Krebs*, 63 vd.; *Will*, Tahkim, 15 vd./36 vd.

⁷⁴⁸ Bu konuda bkz. *Rossmeyer*, RIW 2000, 407, 412 vd.

⁷⁴⁹ Bu yönde *Staudinger/Magnus*, Art.84 N.9; *Achilles*, Art.84 N.2; *Bianca/Bonell/Talton*, Art.84 N.2.1; *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.84 CISG N.6; *Herber/Czerwenka*, Art.84 N.3; *U.Huber*, *RabelsZ* 1979, 494; *Karollus*, 153; *Leser*, 225, 249; *Soergel/Lüderitz/Dettmeier*, 84 N.2; *Frigge*, 79-80; *Gabriel*, 228.

belirleyecektir⁷⁵⁰. Nitekim bir dizi mahkeme kararında da bu görüş benimsenmiştir⁷⁵¹.

Buna karşılık diğer bir görüşe göre, boşluğun yine Antlaşma hükümlerinden örnekseme ve genel ilkelere göre doldurulması gerekir. Sorun, tasfiye ilişkisi bağlamında ortaya çıktığı için ve amaç, tarafların, kendilerine verilen değerlerden elde ettikleri yararların iadesi olduğuna göre, semeni iade etmek borcu altında olan satıcının iş yerinin bulunduğu yerdeki faiz oranının dikkate alınması gerekir⁷⁵². Sorun bir tazminat sorunu değildir, dolayısıyla alıcının iş yerindeki faiz oranının, onun elde edemediği değer olarak esas alınması doğru olmaz. Kanımca bu ikinci görüşe katılmak, Antlaşma boşluklarının mümkün olduğu kadar Antlaşmanın kuralları ve ilkelerine göre doldurulması gerektiği yaklaşımının bir sonucudur. Her ne kadar âkit devletlerin, Antlaşmanın hazırlanması sürecinde faiz sorununa ilişkin olarak bir uzlaşma sağlamış oldukları, dolayısıyla da Antlaşmanın bu konuda herhangi bir hüküm içerdiğini söylemenin doğru olmadığı eleştirisinde haklılık payı varsa da bu sadece kısımdır. Zira semenin ödenmesinde temerrüde düşen alıcının CISG m.78 uyarınca ödeyeceği faizin oranı açısından yaşanan tartışma m.84 bağlamında yaşanmamıştır⁷⁵³. Aslında yaşanmamış olması da normaldir. Zira m.84'ün amacı sadece yararların iadesidir. Semeni değerlendirmesi beklenen satıcının ise kendi iş yerinin bulunduğu yerde bunu yapması doğaldır. Dolayısıyla satıcının, bu yerde yasal faiz oranı çerçevesinde elde edeceğinden fazlasını alıcıya vermesi gerektiğini savunmak için bir gerekçe bulmak kanımca güçtür.

Diğer yandan alıcının da, malları iade etmenin yanı sıra, bundan elde ettiği bütün yararların karşılığını ödemesi gerekmektedir. Antlaşma, yararların aynen değil, bunların maddi karşılığının iade edilmesini ön-

⁷⁵⁰ AB üyesi devletler tarafından imzalanmış olan "Sözleşmesel Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında 1980 tarihli Roma Antlaşması" m.4 uyarınca (Konsohde şekli için bkz. ATRG 26.1.1998, C 27/34) sözleşme, en yakın irtibath olduğu hukuk düzenine tâbidir. Ancak bu yer Türk hukukunda olduğu gibi (MÖHUK m.24), sözleşmenin karakteristik ediminin ifa edilecek olduğu yer değil, karakteristik edimi ifa edecek olan kişinin mutat meskeninin olduğu yerdir. Bu kişi de satım sözleşmelerinde satıcı olacağı için AB ülkeleri içinde hakim zaten hep, satıcının hukukunun uygulanması sonucuna varacaktır.

⁷⁵¹ ICC Hakem Kararı, N.9978/1999, CISG-Online N.708; *Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage*, IHR 2001, 35, 38 (ve daha kısa bir şekilde CISG-Online N.638); *BzG der Saane* 20.02.1997, CISG-Online N.426; *OLG Celle*, 24.05.1995, CISG-Online N.152; *BG* 28.10.1998 CISG-Online N.413.

⁷⁵² Bu görüşte *Sekreteryaya Şerhi*, Art.69 N.2; *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art.84 N.13; *Hornung*, 330; *Audit*, N.194; *Bamberger/Rohl/Saenger*, Art.84 CISG N.3; *Piltz*, § 5 N.288; *Weber*, *Vertragsverletzungsfolgen*, 165, 187 vd.; *Krebs*, 67; *MünchKommHGB/Benicke*, Art.84 CISG N.4-5; *Brunner*, Art.84 N.3; *HG Zürich* 5.2.1997, CISG-Online N.327; *OLG München*, 08.02.1995, CISG-Online N.143.

⁷⁵³ Ayrıntılı olarak *Krebs*, 65 vd.

görmüştür⁷⁵⁴. Özellikle m.84, f.2'nin ifadesi bunu göstermektedir (*Gegenwert / l'équivalent*)⁷⁵⁵. Para karşılığı ödenmesi gereken yararlar öncelikle medeni veya tabii semerelerdir. Yani satım konusu canlıların yavruları, yünü, sütü gibi değerlerin karşılığı ile; satım konusunun kiralınması, çoğaltılması, lisansının devredilmesi gibi yöntemlerle elde edilmiş olan maddi kazançtır. Bunun yanı sıra bilfiil alıcının malı kullanmasının karşılığı da ödenmek zorundadır. Ancak maldan herhangi bir yarar elde edilmeyen hallerde bir karşılık ödenmesi gerekmediği gibi⁷⁵⁶, maldan semerelde edilmesi ihmal edilmiş olması halinde de m.84 çerçevesinde bir sorumluluk söz konusu olmayacaktır⁷⁵⁷.

Her ne kadar Antlaşmada açık bir düzenleme bulunmasa da, alıcının, yapmış olduğu harcamaların⁷⁵⁸ değerini, iade etmesi gereken yararların değerinden düşmesi imkanı kabul edilmelidir (*Nettovorteil*)⁷⁵⁹. *Hornung* bu konuda CISG m.85 ve 86'dan kıyas yoluyla faydalanılabileceği kanaatinde⁷⁶⁰. Malın muhafazasına ilişkin düzenlemeler içeren bu maddelerde, alıcının malı vadesinde teslim almaması halinde, satıcının; sözleşmeye aykırı malı teslim almış olması halinde, alıcının, bu malı muhafaza ettiği süre içinde yapmış olduğu harcamaları talep etmesi imkanı verilmiştir.

Yukarıda, alıcının seçimlik haklarını kullanmasına ilişkin sınırlar altında görüldüğü gibi, alıcının, kendisine teslim edilenleri iade etmesi mümkün değilse veya ancak teslim edildiği durumdan esashi surette farklılaşmış şekilde iade etmesi imkanı varsa, m.82, f.1 uyarınca dönme hakkını kullanması imkanı yoktur⁷⁶¹. Ancak yine aynı maddenin 2. fıkrasında buna ilişkin bir dizi istisna kabul edilmek suretiyle aştında kural adeta tersine çevrilmiştir. Yani, bu istisnalardan birinin varlığı halinde alıcı

⁷⁵⁴ *Hornung*, 330 vd.; *Staudinger/Magnus*, Art.84 N.14; *Brunner*, Art.84 N.5.

⁷⁵⁵ Bu alanda da bir aynen iade talebi olabileceği görüşü için bkz. *Krebs*, 69 vd.

⁷⁵⁶ OLG Oldenburg, 01.02.1995, CISG-Online N.253 (Olayda teslim edilmiş olan kol-tuk takımında imalat hataları olduğu için alıcı sözleşmeden dönmüştür. Mahkeme alıcının kullanmasından kaynaklanan bir menfaatinin bulunmadığına hükmetmiştir).

⁷⁵⁷ *Krebs*, 73; *Petrikic*, 138; *Staudinger/Magnus*, Art.84 N.19. Olayın özelliklerine göre tazminata ilişkin hükümler çerçevesinde bir çözüm üretilebileceği yönünde *Hornung*, 330. Buna karşılık semeni iade edecek olan alıcının her halde faiz ödeme borcu vardır. Türk hukukunda yararların iadesini kusur sorunuyla ilişkilendiren bir yaklaşım için bkz. *Serozan*, Dönme 595 vd.

⁷⁵⁸ Bu harcamaların gerekli, faydalı ve lüks olmasına göre ayrıntılı olarak ayrıntılı şekilde *Krebs*, 77 vd.; *Hornung*, 350 vd.

⁷⁵⁹ Aynı yönde *Achilles*, Art.84 N.3; *Bamberger/Roth/Saenger*, Art.84 CISG N.4; *Honnold*, N.451.3; *Brunner*, Art.84 N.6; *Staudinger/Magnus*, Art.84 N.17.

⁷⁶⁰ *Schlechtriem/Schwenzer/Hornung*, Art.84 N.20 a. Aynı yönde *Vischer*, *Gemeinsame Bestimmungen*, 173, 182.

⁷⁶¹ Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 A VI.

malı aynen veya buna yakın durumda iade edemeyecek olmasına rağmen dönme hakkını kullanabilecektir. Bu hallerde önem kazanan bir nokta, alıcının, örn. telef olan bu mal yerine elde etmiş olduğu bir ikame değer varsa bunun ne olacağıdır. İşte m.84, f.2'nin (b) bendi bu sorun üzerinde durmaktadır. Buna göre alıcının, malın yerini alan bütün değerleri, yani tazminat veya sigorta ödemelerini (*commodum ex re*) satıcıya vermesi veya buna ilişkin taleplerini ona temlik etmesi gerekir⁷⁶². Kuşkusuz alıcı bu hallerde de kendi yapmış olduğu harcamaları, örneğin sigorta primlerini mahsup edebilecektir. Eğer alıcının malı iade edememesinin sebebi, CISG m.82, f.2 (c)'de ele alınmış olan hallerden biri ise, yani malların veya bir bölümünün sözleşmeye aykırılığının tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten önce ticari faaliyetin olağan seyri içinde satılmış olması ise, bu durumda ilgili satıştan alıcının elde etmiş olduğu bedelin (*commodum ex negotiatione*) iade edilmesi gerekecektir⁷⁶³. Bu hallerde de ilk alıcının, sözleşmeye aykırılık nedeniyle muhatap kaldığı ikinci alıcının talepleri (semenin tenzili, tazminat vs.) sonucu yapmak zorunda kaldığı harcamalarını mahsup etme imkanı olacaktır⁷⁶⁴.

E. Tazminat Talep Etme Hakkı

1. CISG'in Tazminata İlişkin Düzenlemelerinin Temel İlkeleri

CISG sisteminde tazminatın işlevi denkleştirmektir (*Ausgleichsfunktion*)⁷⁶⁵. Yani alıcının, borçlunun sözleşmeye uygun hareket etmiş olsaydı içinde bulunacağı malvarlığı durumuna sokulması amaçlanmaktadır⁷⁶⁶. Buna karşılık özellikle ABD hukuk sisteminde karşılaşılan, tazminatın cezai bir işlev sahibi olması ve gelecekte tekrar zarar verilme-

⁷⁶² *Staudinger/Magnus*, Art.84 N.23; *Brunner*, Art.84 N.8.

⁷⁶³ Eğer satım, ticari faaliyetin olağan seyrine değil de, CISG m.88'deki hakkın kullanılmasına dayanıyorsa, satımdan elde edilen meblağın iadesi yükümlülüğü m.88, f.3'e dayanır. Bu maddeye göre "(1)... 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. (3) Malları satan tarafın, malların muhafazası ve satımı için yapılan makul masraflara eşit bir miktarı satıştan elde edilen gelirden alıkoyma hakkı vardır. Bakiyeyi diğer tarafa borçludur." Bu konuda örn. bkz. OLG 26.11.1999, CISG-Online N.515.

⁷⁶⁴ *Honsell/Weber*, Art.84 N.24; *Honnold*, N.451.3; *Herber/Czerwenka*, Art.84 N.6; *Bianca/Bonell/Tallon*, Art.84 N.2.2.

⁷⁶⁵ *Magnus*, FG Herber, 27, 28; *Ryffel*, 46; *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.74 CISG, N.16; OGH 14.01.2002, CISG-Online N.643.

⁷⁶⁶ Nitekim Sekreteryası Şerhinin ifadesi de aynen bu yöndedir: "... that the basic philosophy of the action for damages is to place the injured party in the same economic position he would have been in if the contract had been performed." *Sekreteryası Şerhi*, Art.70 N.3.

sinin önlenmesi düşüncesi (*Präventionsfunktion*) CISG'a yansımamıştır⁷⁶⁷. *Punitive damages* gibi, hakimin sözleşmeyi ihlal eden borçluyu cezalandırmak için, alacaklının zararını aşan bir tazminata hükmedebileceği bir kurum ile bu sistemde karşılaşılmaz⁷⁶⁸. Diğer yandan, sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu ihlal nedeniyle elde etmiş olduğu kazancı alacaklıya aktarma imkanı da yoktur. İngiliz hukukunda kabul edilen *restitutionary damages* türünde bir tazminat kalemi de CISG'a alınmamıştır⁷⁶⁹. CISG m.74 uyarınca:

"Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlali halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir. 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."

CISG sisteminde amaç, alacaklının uğramış olduğu zararı tamamı ile tazmin etmektir ("... tazminat ... zararın toplamına eşittir"), yani tam tazmin (*Totalreparation/full compensation/réparation integrale*) ilkesi geçerlidir⁷⁷⁰. CISG m.74 uyarınca bu hem fiili zararı hem de yoksun kalınan kârı kapsar. Yoksun kalınan kâr kaleminin özellikle vurgulanmış olması önemlidir, zira bir dizi hukuk düzeninde bunun tazmin edilip edilemeyeceği belirsizdir⁷⁷¹. Dikkat edilmesi gereken bir husus, BK m.43/44 benzeri, hakime, tazminatın miktarının saptanmasında bir takdir hakkı veren hükümlerin CISG'da bulunmadığı ve ulusal hukuktaki bu kuralların uygulama alanı bulamayacağıdır⁷⁷². CISG'ın tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması konusunda uygulanabilecek hükümleri dışında ulusal hukukun bu tür hükümlerine başvurulamaz.

Tam tazmin ilkesi gereği, alacaklının ifa menfaatinin (*Erfüllungsinteresse/expectation interest*) yanı sıra kısmen bütünlük menfaatinin (*In-*

⁷⁶⁷ *Thüsing*, 316; *Neumayer/Ming*, Art.74 N.7; *Bianca/Bonell/Knapp*, Art.74 N.3.7; *Honsell*, SJZ 1992, 361; *Weber*, Vertragsverletzungsfolgen, 165, 197. Tarafların sözleşmede bir cezai şart kararlaştırmalarına ise kuşkusuz engel yoktur.

⁷⁶⁸ Dolayısıyla ihtilafın ABD'de dava konusu olması halinde hakim, CISG'ı uygulaması gerektiği takdirde, ulusal hukukuna göre bu tazminat kalemine hükmedemez. Bu kavram hakkında örn. bkz. *Mörsdorf-Schulte*, Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages, Tübingen 1999; *Müller*, Punitive damages und deutsches Schadensersatzrecht, Berlin 2000. Ayrıca bkz. *C. Schmid*, Normenkonkurrenz, 56 vd.

⁷⁶⁹ *Brunner*, Art.74 N.18; *Zeller*, 71; *Honsell*, SJZ 1992, 361; *Weber*, Vertragsverletzungsfolgen, 165, 197. Ayrıca bkz. restitutionary damages hakkında v.*Bar/Zimmermann*, PECL Art.9:501, N.1'de verilen mukayeseli bilgiler.

⁷⁷⁰ *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.74 N.1; *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.74 CISG, N.17; *Thüsing*, 316; *Heilmann*, 556; *Karollus*, 213.

⁷⁷¹ *Sekreteryä Şerhi*, Art.70 N.3.

⁷⁷² *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.74 N.2; *Magnus*, FG Herber, 27.

tegritätsinteresse/indemnity interest) korunması da söz konusudur⁷⁷³. Alacaklının halihazırdaki malvarlığı değerlerinin sözleşmeye aykırılık nedeniyle zarara uğraması durumunda bunun da aynı kurallar uyarınca tazmin edilmesi istenebilecektir⁷⁷⁴. Yani BK m.205, f.2-3'den alışıktığımızuz, doğrudan zarar için kusursuz sorumluluk/dolaylı zarar için kusur bağılı sorumluluk tarzında bir ayırım CISG'da yapılmamıştır⁷⁷⁵. Ancak unutulmamalıdır ki m.5 uyarınca, ölüm ve yaralanma nedeniyle doğabilecek olan zararlar CISG kapsamında değerlendirilmez⁷⁷⁶. Bütünlük menfaatinin bu bölümü ulusal hukuk kurallarına göre tazmin edilecektir. Sadece malvarlığı değerlerine gelen zararlar CISG'a tabidir.

Son olarak CISG, zararın para ile tazminini öngörmüştür ("a sum equal to the loss"). Aynen tazmin ilkesine CISG sisteminde yer verilmiştir⁷⁷⁷.

II. Alıcının Tazminat Talebinin Ön Koşulları⁷⁷⁸

1. Satıcının Sözleşmesel Bir Yükümlülüğünü İhlal Etmiş Olması

Alıcının⁷⁷⁹ CISG m.74 vd. hükümleri uyarınca bir tazminat talebinin

⁷⁷³ *Honsell/Schönle*, Art.74 N.14; *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.74 N.2; *Karollus*, 214

⁷⁷⁴ *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.74 CISG, N.18. OGH 14.01.2002, CISG-Online N.643.

⁷⁷⁵ *Ryffel*, 65. BK m.205'deki bu ayırımın kaynağı, beraberinde getirdiği uygulama sorunları ve bunların nasıl aşılabileceği konusunda bkz. *Fischer*, Der unmittelbare Schaden im Kaufrecht, Eine dogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte sowie der Funktion der Gewährleistungsinstitute, Zurich 1985.

⁷⁷⁶ Bu konuda bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 C II 4 ve § 4 C.

⁷⁷⁷ *Karollus*, 213; *Heilmann*, 556; *Ryffel*, 52. Buna karşılık BK m.43 uyarınca tazminatın şeklini hakim saptar. Bunun aynen veya para ile tazmin olması mümkündür. Örn. bkz. *Schwenzer*, 15.01 vd. Aynen tazmin ilkesinin eleştirisi için bkz. *Schlechtriem*, ZEuP 1997, 232, 239 ve 243 vd.

⁷⁷⁸ Her ne kadar tazminata ilişkin hükümler alıcı ve satıcı açısından bir ayırım yapmadan uygulanabilmekteyse de, bu çalışmada sadece satıcının borca aykırılıklarının sonuçlarına yer verilmiş olduğu için tazminat talebi de sadece alıcının bakış açısı ile takdim edilecektir.

⁷⁷⁹ CISG m.74 uyarınca, sözleşme ihlalden ötürü ancak "diğer tarafın" uğradığı zararların tazmin edilmesi imkanı vardır. Demek ki CISG m.74 vd. hükümleri uyarınca sadece taraflar tazminat talep edebilir. Buna karşılık üçüncü kişilerin bir satım sözleşmesine dayandırmak istedikleri taleplerini, CISG hükümleri uyarınca ileri sürmeleri mümkün değildir. Bu konuda ancak ulusal hukuklarda kabul görmekte olan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, üçüncü kişinin zararını tazmin gibi kurumların uygulanması mümkündür (aynı yönde *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.74 N.26; *Soergel/Lüderitz/Dettmeier*, Vor. Art.74 N.8; *Staudinger/Magnus*, Art.74 N.14; aksi görüşte *Brunner*, Art.74 N.4). Bu kurumlar hakkında bilgi için bkz. *Atamer*, Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, YD 1996, c.22, 99 vd.

var olduğunun kabul edilebilmesi için, satıcının sözleşmeyi ihlal etmiş olması gerekir. Yani kaynağını sözleşmede veya CISG'in yedek hükümlerinde bulan bir yükümlülüğünü hiç veya gereği gibi ifa etmemiş olmalıdır. İfanın hiç gerçekleşmemesi, gecikmesi, ayıplı gerçekleşmesi veya asli edimin ifası dışında bazı yükümlülüklerin ihlal edilmiş olması – hepsi alıcının tazminat talep etmesine imkan verir⁷⁸⁰. Satıcının önce ihtarla temerrüde düşürülmesi gereği CISG sisteminde yoktur. Vadede ifa etmeme halinde satıcının tazminat yükümlülüğü doğar. Sözleşme ihlalinin sonuçlarının esaslı olması da aranmaz⁷⁸¹. Esaslılık, ikame mal talebinin ve dönmenin ön koşuludur. Buna karşılık tazminat en ufak ihlalde dahi istenebilir.

2. Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlali Nedeniyle Bir Zararın Doğmuş Olması

a. Genel Olarak

CISG m.74'ün açık ifadesi gereği alıcının hem uğradığı maddi zararı hem de yoksun kaldığı kârı talep etmek imkanı vardır. Bu zararın tazmin edildiği hallerde amaç, alıcının, sözleşmeye uygun ifa gerçekleşmiş olsaydı ekonomik açıdan içinde bulunacağı duruma sokulmasıdır. Dolayısıyla mukayese edilecek olan alıcının halihazırdaki malvarlığı ile sözleşme ihlali olmasaydı sahip olacağı varsayımsal malvarlığıdır⁷⁸². Yani ifa menfaatinin esas alınması suretiyle “müspet” zararın tazmini amaçlanmaktadır.

CISG'da müspet zarar kavramı kullanılmadığı gibi menfi zarar kavramına da rastlanmamaktadır. Nitekim alıcı, sözleşmeden dönmüş olsa bile müspet zararının tazminini isteyebileceği için⁷⁸³, bu farklı zarar kategorisine Antlaşmada ihtiyaç da duyulmamıştır. Ancak alıcının sözleşmeden döndüğü hallerde menfi zararını tazmin ettirmeyi tercih edebileceği genelde kabul görmektedir⁷⁸⁴. Bu hallerde alıcı, sözleşmenin gereği

⁷⁸⁰ Erdem, La Livraison, N.1078. Kaynağını sözleşme veya CISG'da bulmayan davranış yükümlülüklerine aykırılık nedeniyle diğer tarafın uğradığı zararlar açısından ulusal hukuktaki haksız fiil hükümlerine başvurmak gerekeceği konusunda MünchKommBGB/P.Huber, Art.74 CISG, N.5; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.74 N.7; Staudinger/Magnus, Art.74 N.9. Bu konuda bkz. yukarıda Bölüm 3 § 4 C.

⁷⁸¹ Ziegler, 204; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.74 N.7; Erdem, Batider 1992, 25, 92.

⁷⁸² Brunner, Art.74 N.5. Ayrıca bkz. Thüsing, 316.

⁷⁸³ Bkz. aşağıda bu başlık altında VI.

⁷⁸⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.74 N.2 ve 5; Karollus, 216; Brunner, Art.74 N.6; HG St. Gallen, 03.12.2002, CISG-Online N.727; Honsell/Schönle, Art.74 N.15; Neumayer/Ming, Art.74 N.1; Erdem, La Livraison, N.1086; Staudin-

gibi ifa edileceğine güvenmiş olmasından doğan zararı isteyecektir (*Vertrauensinteresse / reliance interest*⁷⁸⁵). Yani bu sefer mukayese, sözleşmenin hiç kurulmamış olması halinde alıcının malvarlığının içinde bulunacağı fiktif durum ile, halihazırda içinde bulunduğu durum arasında olacaktır. Kuşkusuz menfi zarar ile müspet zararın bir arada istenmesi imkanı yoktur⁷⁸⁶.

Maddi olmayan değerlerin ihlalinin ne ölçüde bir zarar olarak nitelendirilebileceği CISG'da açık bırakılmıştır. Ancak bu değerlerin ticaret hayatında ekonomik bir karşılığının olduğu kabul edilebilen hallerde bir zarardan bahsedilebileceği öğretide benimsenmektedir⁷⁸⁷. Örneğin satıcının geç veya ayıplı ifası nedeniyle alıcının kendi müşterilerine karşı bir itibar kaybına uğraması halinde bunun tazmin edilebilmesi gerekir⁷⁸⁸. Zira bu hallerde yine bir malvarlığı zararından bahsetmek mümkündür. Buna karşılık sadece kişi varlığı zararları için bir menevi tazminat talebi CISG bağlamında ileri sürülemeyecektir.

Sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle alıcının uğramış olduğu zararın, baş vurmuş olduğu diğer hukuki imkanlar nedeniyle (semenin indirilmesi gibi) ortadan kalkmış veya azalmış olması halinde satıcının tazminat borcu da ya ortadan kalkacak ya da o oranda azalacaktır⁷⁸⁹. Eğer öne alınmış bir sözleşme ihlali söz konusu ise, alıcının tazminat talebi, sözleşmeden dönmüş olmasına bağlıdır⁷⁹⁰. Sözleşmeden dönülmediği sürece bir zararın doğduğu kabul edilemeyecektir. Bu durumda vadeye kadar beklemek gerekir. Eğer vadede sözleşme ihlali hâla devam ediyorsa bu anda zarar oluşur.

ger/Magnus, Art.74 N.21; Honsell, SJZ 1992, 361, 362; Zeller, 132; Ziegler, 207; Rossmeier, RIW 2000, 407, 408. Bu konuda tereddüt eder yönde Weber, Vertragsverletzungsfolgen, 165, 192; Ryffel, 48.

⁷⁸⁵ Common law sisteminde zarar kalemleri için bkz. Treitel, Remedies, 82 vd.

⁷⁸⁶ Brunner, Art.74 N.6; Ziegler, 207. İsviçre-Türk hukuku için bkz. Lüchinger, N.215-216; Glättli, 24.

⁷⁸⁷ Rossmeier, RIW 2000, 407, 409; DraftDigest/Winship, Art.74 N.18; Ryffel, 50; Brunner, Art.74 N.20. Reddeder yönde Kranz, 179 vd. ve 216.

⁷⁸⁸ MünchKommHGB/Mankowski, Art.74 CISG, N.41 vd.; Zeller, 121; Staudinger/Magnus, Art.74 N.50; İsviçre Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda ifade ettiği gibi, alıcının hassas bir pazarda ara satıcı olduğu durumlarda, satıcının geç veya ayıplı ifası halinde başka bir yerden mal tedarik edip kendi alıcılarını tatmin etmesi imkanı da yoksa, doğabilecek olan *goodwill* zararından satıcının sorumlu tutulması mümkündür. Bkz. BG 28.10.1998, CISG-Online N.413. Cour d'appel de Grenoble, 21.10.1999, CISG-Online N.574 (maddi bir zararın varlığı ispat edilemediği sürece ticari imajın zedelenmesi nedeniyle m.74 uyarınca tazminat talep edilemez); Audiencia Provincial de Barcelona, 20.06.1997, CISG-Online N.338 (müşteri kaybı veya bu ticari sektörde itibar kaybı ispat edilemediği sürece m.74 uyarınca tazminat talep edilemez).

⁷⁸⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.74 N.5; BG 28.10.1998 CISG-Online N.413. Ayrıca bkz. bu bölümde, bu başlık altında VI.

⁷⁹⁰ Ziegler, 205.

b. Tazmin Edilebilecek Zarar Kalemleri

aa. Fiili Zarar

CISG m.74'ün tazmin edilmesini öngördüğü ilk zarar kalemi fiili zararlar, yani alıcının aktifinde meydana gelen azalma veya pasifindeki artıştır (*damnum emergens*). Örneğin ayıplı mal teslim edilmesi halinde bunun değerindeki düşüklük⁷⁹¹; bu malın alıcı tarafından tamir edilmesi halinde bunun için yapılan masraflar; tamiratın satıcı tarafından gerçekleştirilmesi halinde gecikmeden doğan zararlar; malın ayıbını tespit için yapılmış olan olağanın dışındaki muayene masrafları⁷⁹²; ayıplı malın yeniden satılması halinde ilk alıcının, kendi alıcılarına ödemek zorunda kaldığı tazminat⁷⁹³; ayıplı malın geri gönderilmesi masrafları; geç ifa halinde, alıcının ödemek zorunda kaldığı ek depo masrafları; ifa etmeme halinde, imalatının durmaması için malı başka bir yerden tedarik etmek amacıyla ödemek zorunda kaldığı fazla meblağ⁷⁹⁴ bu tür masraf kalemleridir. Alıcının hakkını elde etmek için yapacağı masraflar konusunda ise genelde bir ayırım yapılmaktadır. Avukat tutulması gibi mahkeme dışı masraflar için CISG m.74 uyarınca tazminat talep edilmesi kabul edilirken⁷⁹⁵, mahkeme masraflarının dağılımı konusunda hakim hukukunun (*lex fori*) uygulanması gerektiği savunulmaktadır⁷⁹⁶.

Yine alıcının malvarlığını azaltan bir diğer zarar kalemi ise Kara Avrupası hukuk sistemlerinde dolaylı zarar/ayıbın devam eden zararları (*Mittelbare Schäden / Folgeschäden / Mangelfolgeschäden*⁷⁹⁷), common law sistemlerinde ise *consequential damages*⁷⁹⁸ olarak anılan zararlardır.

⁷⁹¹ Bu hallerde semenin tenzili hakkının da kullanılabilmesi konusunda bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 C. Tazminat ve semenin tenzili arasındaki ilişki için bkz. Bölüm 5 § 2 C VI ve aşağıda başlık VI.

⁷⁹² Alıcının yapmış olduğu masrafların sözleşmeye aykırı ifa olmasaydı dahi zaten yapılacak olması halinde bunların bir tazminat kalemi oluşturup oluşturmayacağı olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Bu konuda bir dizi örnek için bkz. *Brunner*, Art.74 N.27 vd. ve özellikle OLG Hamburg, 26.11.1999, CISG-Online N.515.

⁷⁹³ OGH 06.02.1996, CISG-Online N.224; OLG Köln 21.05.1996, CISG-Online N.254; BGH 25.11.1998, CISG-Online N.353.

⁷⁹⁴ ICC Hakem Kararı 20.12.1999, IHR 2004, 21 vd.; HG St.Gallen 03.12.2002, CISG-Online N.727.

⁷⁹⁵ AG Viechtach, 11.04.2002, CISG-Online N.755; OLG Düsseldorf, 11.07.1996, CISG-Online N.201; AG Berlin-Tiergarten, 13.03.1997, CISG-Online N.412; Soergel/Lüderitz / Dettmeier, Art.74 N.6.

⁷⁹⁶ US Ct. App. 7th Cir. 19.11.2002, CISG Online N.684; Staudinger/Magnus, Art.74 N.52; *Brunner*, Art.74 N.31; MünchKommBGB/P.Huber, Art.74 CISG, N.43. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Zeller*, 143 vd.

⁷⁹⁷ Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Jud.*, Schadenersatz, 227 vd.; *Schwartz*, Sachmängelgewährleistung, 248 vd.

⁷⁹⁸ Örn. bkz. UCC § 2-715: "Consequential damages resulting from the seller's breach include ... (b) injury to person or property proximately resulting from any breach of warranty". Kavram hakkında ayrıca bkz. *Treitl*, Remedies, 87 vd.; *Zeller*, 124 vd.; *Cerutti*, N.748 vd.

Kast edilen, teslim edilmiş olan ayıplı mal nedeniyle alıcının diğer malvarlığı değerlerinin uğradığı zarardır. Örneğin hastalıklı bir hayvanın teslim edilmesi halinde bunun ölümü sözleşmeye aykırılığın doğrudan bir sonucudur; buna karşılık bu hayvanın bütün sürüye hastalık bulaştırması halinde, alıcının diğer malvarlığı değerleri zarar görmektedir. Sorun, bu malvarlığı zararlarının da CISG m.74'e tâbi olup olmayacağıdır. Yukarıda da ifade edilmiş olduğu üzere, CISG doğrudan/dolaylı zarar tarzında bir ayırım yapmamakta ve sorumluluğu sınırlandıran bir halin var olması durumunda bu zararın da aynı esaslara göre tazminine de izin vermektedir⁷⁹⁹.

bb. Yoksun Kalınan Kâr

CISG m.74'de anılan ikinci önemli zarar kalemi ise yoksun kalınan kârdır. Ticaret amaçlı satım sözleşmelerinde sık sık alıcının bu malları nihai kullanıcı olarak değil de yeniden satmak üzere tedarik etmesi söz konusu olacak; duruma göre satıcının bunu bildiği veya bilmesi gerektiği de varsayılabilir⁸⁰⁰. Dolayısıyla alıcının bu zararını ikna edici şekilde ortaya koyması halinde⁸⁰¹ satıcının bu zararları da tazmin etmesi gerekir⁸⁰². Yine yoksun kalınan kâr kategorisi altında değerlendirilmesi gereken diğer bir zarar türü, ayıplı mal nedeniyle alıcının örn. fabrikasının bir süre faaliyet gösterememesidir. Bu hallerde de, aşağıda üzerinde durulacak olan sorumluluğu sınırlandırıcı bir sebebin var olmaması kaydıyla, satıcının tazminat yükümlülüğü kabul edilmek gerekir⁸⁰³.

3. Sözleşmeye Aykırı Davranış İle Zarar Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Satıcının sadece, sözleşmeye aykırı davranışlarıyla nedensellik bağı içinde bulunan zararlardan sorumlu olması sorumluluk hukukunun en temel ilkelerinden biri olarak CISG'da da kabul görmüştür. Kast edilen şart kuramı uyarınca nedensellik⁸⁰⁴. Yani sözleşmeye aykırılığın eksikliği halinde somut zararın aynı yerde, aynı anda ve aynı şekilde doğmayacağı hallerde bu aykırılık zararın bir şartıdır (*condicio sine qua non*).

⁷⁹⁹ *C. Schmid*, Normenkonkurrenz, 57. OLG Thüringen 26.05.1998, CISG-Online N.513 (Satım konusu alabalıkların hastalıklı olduğu ve bu yüzden alıcının çiftliğindeki bütün alabalıkların öldüğü gerekçesi ile açılan dava, ihbar sürelerinin kamçırlmış olması ve ulusal haksız fiil hükümlerinin CISG'ın yanı sıra uygulanmayacağı gerekçesi ile reddedilmiştir).

⁸⁰⁰ OGH 06.02.1996, CISG-Online N.224; OGH 28.04.2000, CISG-Online N.581.

⁸⁰¹ Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, Art.74 N.22.

⁸⁰² Staudinger/Magnus, Art.74 N.40; DraftDigest/Winslip, Art.74 N.27.

⁸⁰³ MünchKommBGB/P.Huber, Art.74 CISG, N.40.

⁸⁰⁴ MünchKommBGB/Mankowski, Art.74 CISG, N.18; *Rossmeyer*, RIW 2000, 407, 410. Bu kavram hakkında bkz. *Atamer*, Haksız Fiil, 39 vd.

Bunun ötesinde “uygun” nedensellik bağının varlığı ise aranmamaktadır⁸⁰⁶. CISG içinde sorumluluğun sınırlandırılması yöntemi olarak bu türden kuramlara başvurulması mümkün değildir⁸⁰⁶.

4. Sorumsuzluk Sebeplerinden Birinin Var Olmaması

Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, CISG’in sorumluluk rejimi kusurun varlığını gerektirmez⁸⁰⁷. Kural, garanti sorumluluğudur⁸⁰⁸. Her ne kadar ilk anda İsviçre-Türk *satum* hukukunda aynı ilkenin geçerli olması itibarıyla⁸⁰⁹ bir farklılık olmadığı düşünülebilirse de unutulmaması gereken CISG’daki bu sistemin geç veya hiç ifa etmeme hallerinde de uygulandığıdır. Oysa bu tür sözleşmeye aykırılıklar açısından uygulama alanı bulacak olan BK m.96 vd. hükümleri kural olarak kusur sorumluluğu esasını benimsemiştir⁸¹⁰. Diğer yandan BK m.205, f.3 dönme halinde dolaylı zararın tazminini de satıcının kusurunun varlığına bağlamıştır. Bu açıdan İsviçre-Türk hukukuna nazaran ciddi bir farklılık söz konusudur. CISG sisteminde sadece daha aşağıda incelenecek olan sorumsuzluk hallerinden birinin ispat edilmesi suretiyle satıcının tazminat talebinden sıyrılması imkanı vardır⁸¹¹.

III. Zararın Hesaplanması

1. Genel Olarak

Zararın tayinine ilişkin genel kuralı CISG m.74 oluşturur. Aşağıda ele alınacak olan m.75 ve 76 ise *sadece* sözleşmeden dönme halinde ve *sadece* fiili zararın bir kalemini hesaplamakta başvurulacak olan yöntemleri belirler. Bu zarar kalemi, alıcının malları başkasından tedarik etmek zorunda kaldığında (ikame alım) ödediği fazla semer; veya cari fiyatı olan mallar için bu tür bir ikame alım yapmamış olsa bile fiktif olarak, fazla ödemek zorunda kalacağı varsayılan semerdir. Bunun dışında diğer za-

⁸⁰⁵ Weber, Vertragsverletzungsfolgen, 165, 197; Ziegler, 206. Erdem’in “uygun illiyet bağı” teorisinin uygulanmasına benzer bir durum yaratıldığı yaklaşımına katılmak mümkün değildir (karş. Erdem, Batıder 1992, 25, 93). Zira Antlaşma, sorumluluğu, aşağıda ele alınacak olan öngörülebilirlik kriteri ile sınırlandırmıştır. Uygun nedensellik bağı öğretisinin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun sınırlandırmasında neden elverişli olmadığı konusunda bkz. Druey, 20 vd. Uygun nedensellik bağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, Haksız Fiil, 42 vd.

⁸⁰⁶ Faust, Vorhersehbarkeit, 8-9; Staudinger/Magnus, Art.74 N.29.

⁸⁰⁷ Fischer, 48 Brunner, Art.74 N.3; Müller-Chen, 343; Faust, Vorhersehbarkeit, 26-27. Bu konuda bkz. Bölüm 5 § 1 B III.

⁸⁰⁸ U.Huber, Haftung des Verkäufers, 5, 15.

⁸⁰⁹ Örn. bkz. Serozan, Borçlar Özel, 121 vd.; Honsell, Besonderer Teil, 68.

⁸¹⁰ Oğuzman/Öz, 355 vd.

⁸¹¹ Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 3.

rarların hesaplanması için yine m.74’e başvurulacaktır. Sözleşmeden dönme hali dışındaki seçimlik hakların kullanılmasında da zarar hep m.74 uyarınca belirlenir⁸¹².

CISG m.74’ün ifadesi tazminatın hesaplanması konusunda kural olarak somut yöntemin uygulanacağını göstermektedir⁸¹³. Yani alıcının gerçekten uğradığı zararının ne olduğunu ortaya koyması ve ispatlaması gerekir. Bu ilke, yoksun kalınan kâr açısından da geçerlidir. CISG m.76’da kabul edilmiş olan soyut hesaplama yöntemi sadece aşağıda incelenecek olan özel koşulların varlığı halinde mümkündür. Ancak goodwill gibi öyle bazı zarar kalemleri vardır ki bunların hesaplanmasında hakim ister istemez tahmini bir değer tespit etmek zorunda kalacaktır⁸¹⁴.

Toplam zararın kesin miktarının tespit edileceği an, davada bu konunun son kez görüşüldüğü an, yani sözlü duruşma yapılıyorsa son duruşma anı olacaktır⁸¹⁵. Ancak özellikle ikame alımın söz konusu olabileceği hallerde zararın hangi ana göre saptanacağı hususunun, *common law* ülkeleri ile *civil law* ülkeleri arasında ifa talebinin kabulüne ilişkin farklılık nedeniyle, sorun doğurmaya elverişli olduğu kaygısı doktrinde ifade edilmektedir⁸¹⁶. Sorun bu ülkelerde aynen ifa talebinin ancak istisnaen söz konusu olması nedeniyle kural olarak talebin tazminat dönüşme anının sözleşmenin ihlali anı olmasıdır⁸¹⁷. Kural olarak bu anda ilk hesaplama yapılmakta, bu anda alıcının bir ikame alım yapması gerektiği kabul edilmekte ve zarar da bu ana göre tayin edilmektedir⁸¹⁸. Buna

⁸¹² Erdem, La Livraison, N.1072 vd. Ayrıca bkz. aşağıda başk. VI.

⁸¹³ Jud, Schadenersatz, 232; MünchKommHGB/Mankowski, Art.74 CISG, N.16; Staudinger/Magnus, Art.74 N.25; Zeller, 120 vd.; Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg 21.03.1996, CISG-Online N.187; OLG Celle, 02.09.1998, CISG-Online N.506; OLG Hamburg 26.11.1999, CISG-Online N.515; KG Appenzell Ausserrhodeu, 10.03.2003, CISG-Online N.852 (Mahkeme, CISG’in uygulandığı hallerde, hakime zararın tayininde geniş bir takdir hakkı tanıyan BK m.42, f.1’in uygulanmayacağını özellikle vurgulamıştır).

⁸¹⁴ Ziegler, 209; Zeller, 121.

⁸¹⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.74 N.33; MünchKommHGB/Mankowski, Art.74 CISG, N.20; Staudinger/Magnus, Art.74 N.55; Zeller, 84. Hakimin “uygun an” tespit etmesi gerektiği yönünde Bianca/Bonell/Knapp, Art.74 N.3.16.

⁸¹⁶ Örn. bkz. Schlechtriem/U.Huber, Art.28 N.6-7; Schlechtriem, Verkäuferspflichten, 103, 105.

⁸¹⁷ Ayrıntı için bkz. Treitel, Contract, 959 vd.; ve mukayeseli bilgiler için aynı yazar, Remedies, 116 vd.

⁸¹⁸ Nitekim ULIS m.25, bu sistemin etkisinde, şu düzenlemeye yer vermektedir: “Bir ikame alımın yapılması teamüllere uygunsa ve makul surette icrası mümkünse, alıcı satıcıdan sözleşmenin ifasını talep edemez. Bu hallerde sözleşme, ikame alımın yapılabileceği anda yasa gereği ortadan kaldırılmış sayılır.” Görüldüğü gibi bu hallerde sözleşme ipso iure sona ermekte, alıcının dönme beyanında bulunması bile aranmamaktaydı. Dolayısıyla ifa talebinin de bu anda tazminat talebine dönüştüğü ve hesaplamının buna göre yapılması söz konusuydu. Bkz. Dölle/U.Huber, Art.25 N.32 vd.

karşılık Kara Avrupa'sı ülkelerinde ilke, alıcının ifa talebinin vadeden sonra da aslen devam etmesi ve onun bu alternatiften vaz geçeceği ana kadar da tazminatın hesaplanmasının ertelenmesidir. Nitekim CISG da bu sisteme katılmıştır. Dolayısıyla common law ülkelerinin yargıçları açısından da hesaplamanın başka türlü yapılması imkanı olmayacaktır⁸¹⁹.

İspat yüküne ve özellikle zararı kimin ispat etmesi gerektiğine ilişkin bir düzenleme CISG'da yoktur. Ancak buna rağmen CISG içindeki genel ilkelerden bu konuda bir sonuca varılabileceği ve ulusal hukuklara başvurulmasına gerek olmadığı genel kabul görmektedir⁸²⁰. Kural olarak alıcının, tazminat talebinin ön koşullarını ve bu bağlamda zararın varlığını ve kapsamını ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁸²¹.

2. İkame Mal Alımı Halinde Zararın Hesaplanması

CISG m.75 sözleşmeden dönüp ikame alım yapılması hallerinde zararın nasıl hesap edileceğini özel olarak düzenlemiştir. Buna göre:

"Sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde, ortadan kaldırmadan itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde alıcının ikame mallar satın alması [...] ⁸²² durumunda, tazminat talep eden taraf, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir."

Görüldüğü gibi m.75'e göre hesaplamanın yapılabilmesi için önkoşul, alıcının sözleşmeden dönmüş olmasıdır. CISG ancak alıcının, satıcının sunduğu malı istememesi halinde ikame alımın bir anlamı olabileceğinden; bu hallerde de sözleşmeden dönüleceğinden hareket etmiştir⁸²³. Dönmenin kural olarak beyan edilmiş olması gerekir. Zira satıcının, alıcının sözleşmeden döneceğini bilmediği süre içerisinde, kendisini tamirata veya yeni mal teslim etmeye hazırlaması mümkündür⁸²⁴. Nitekim bu

⁸¹⁹ Bu konuda ayrıca bkz. aşağıda dn.854.

⁸²⁰ Jung, 74; Antweiler, 40. Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 3 B VI.

⁸²¹ KG Appenzell Ausserrhoden, 10.03.2003, CISG-Online N.852; BG 13.11.2003, CISG-Online N.840; Tribunale de Vigevano, 12.07.2000, CISG-Online N.493 (Almanca tercüme için bkz. IHR 2001, 72 vd.); Zeller, 82; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.74 N.51; Honsell/Schönle, Art.74 N.33; Staudinger/Magnus, Art.74 N.62; Jung, 237; Erdem, La Livraison, N.1100 vd.

⁸²² CISG m.75 aynı zamanda satıcının ikame satım yapması hallerini de düzenlemektedir. Bu hallerde alıcının malı sözleşmeye aykırı olarak teslim almaması söz konusudur. CISG, BK m.92 ve TTK m.25, b.2'den farklı olarak, alacaklı temerrütünde malın satılabilmesi için bir mahkeme kararı aramamaktadır.

⁸²³ MünchKommBGB/P.Huber, Art.74 CISG, N.2. Sözleşmeden dönmeksizin müspet zararın tazminini talep hakkına ilişkin olarak bkz. bu başlık altında aşağıda VI. Ayrıca karşı. BK m.188, f.2 ve Tandoğan, Borçlar Özel, 140 vd.

⁸²⁴ Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, BK m.106 veya m.187'de öngörüldüğü üzere, temerrüt halinde alacaklının ifa ve tazminat veya ifa yerine tazminat ta-

konuda en kısa sürede haberdar olma menfaatinin korunması için yukarıda üzerinde durulmuş olan dönme beyanının yöneltilmesine ilişkin süre sınırlamaları mevcuttur. Dolayısıyla alıcı ancak dönme beyanını yöneltip yapacağı ikame alım nedeniyle uğradığı zararı tazmin ettirebilir. Ancak gerek doktrinde gerekse uygulamada, satıcının ifa etmeyeceğini açıkça beyan etmiş olduğu hallerle sınırlı olarak, alıcının dönme beyanını yöneltmeden önce alım yapması durumunda da m.75'in uygulanması kabul edilmektedir⁸²⁵. Bu sonuç genelde, CISG m.7'de öngörülmüş olan dürüstlük kuralına dayandırılmaktadır. Satıcının ifa etmeme konusunda direnmesi, korunmakta haklı bir menfaatinin olmadığı anlamına gelecektir.

CISG m.75 uyarınca tazminatın hesaplanabilmesi için alıcının sadece sözleşmeden dönmüş olması değil, ayrıca bir de ikame alım yapmış olması gerekir. İkame alımı yapan kişinin alıcı olması gerekir. Eğer onun malı satmış olduğu üçüncü kişi, malın ayıplı olması nedeniyle bir ikame alım yapmakta zorunda kalmış ve alıcı bu zararı kendi satıcısına tazmin ettirmek istiyorsa, başvurulacak olan hüküm m.74'dür. Alıcının yapacağı ikame alımın sözleşmeden dönme beyanı üzerine makul bir süre içinde gerçekleştirilmesi gerekir. Bu düzenlemenin amacı kuşkusuz, satıcı aleyhine spekülasyonu engellemektir⁸²⁶. Makul bir süreden anlaşılması gereken, alıcının hemen ikame alımı gerçekleştirmek zorunda olduğu değildir. Zira alımın aynı zamanda makul şartlarla (*angemessene Weise/d'une manière raisonnable/reasonable manner*) yapılması gerekir. Yani alıcının yerinde bulunacak mantıklı, makul bir kişinin de bu ikame alımı yapacak olması gerekir⁸²⁷. Kuşkusuz işlemin öncelikle fiyatı itibarıyla makul olup olmadığına bakılacaktır. Ancak beklenen, alıcının uzun boylu araştırmalar sonucu en makul fiyatta bir alım yapması değildir. Özellikle kendi alıcılarına karşı kısa süre içinde ifa yükümlülüğü altında olan bir alıcının ikame alımı nispeten çabuk ve çok araştırmadan yapacağı açıktır. İkame alıma ilişkin sözleşmenin miktar ve malın niteliği açısından, ihlal edilen sözleşmenin şartlarıyla birebir örtüşmesi beklenmez. Sadece

lepi etmeyi tercih etmiş sayılacağı yönünde varsayımlar CISG içinde yoktur (Bkz. Bölüm 5 § 2 D IV 1). Diğer yandan ikame alım yapılması sadece temerrüt halleriyle de sınırlanmamıştır. Alıcı kendisine ayıplı bir mal teslim edilmiş olan hallerde de bir ikame alım yapabilir. Sadece bu durumda sözleşmeden döndüğü için elinde kalan malları m.81, f.2 uyarınca iade etmesi gerekecektir.

⁸²⁵ OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N.261; OLG Bamberg 13.01.1999, CISG-Online N.516; Weber; Vertragsverletzungsfolgen, 165, 201; Staudinger/Magnus, Art.75 N.8; MünchKommBGB/P.Huber, Art.75 CISG, N.4-5; Achilles, Art.75 N.2.

⁸²⁶ Weber; Vertragsverletzungsfolgen, 165, 202. OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N.261; OLG Düsseldorf, 14.01.1994, CISG-Online N.119.

⁸²⁷ OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N.261; ICC Hakem Kararı N.8128/1995, CISG-Online N.526.

bu ahmın ilgili sözleşmenin ihlali nedeniyle yapıldığı anlaşılabilir olmalıdır⁸²⁸. Eğer alıcının yapmış olduğu ikame alm, süre veya şekil itibarıyla makul değilse, zararın hesaplanmasında artık m.75'in uygulanmasının mümkün olmadığı, bunun yerine m.74 ve m.76 çerçevesinde zararın miktarının tespit edileceği genelde kabul edilmektedir⁸²⁹.

Buna karşılık ikame satım sözleşmesi makul kabul edilebiliyorsa, alıcının, ilk satıcısıyla kararlaştırmış olduğu semen ile ikame alımda ödemek zorunda kaldığı semen arasındaki farkı ilk satıcıdan tazminat olarak talep etmesi imkanı vardır⁸³⁰. Eğer alıcı, ikinci işlemi daha elverişli bir fiyat üzerinden gerçekleştirmişse, satıcıdan bu kalem altında herhangi bir tazminat talep edemeyeceği açıktır⁸³¹. Ancak alıcının her halde - m.75 uyarınca fark zararının tazminini isteyebilsin isteyemesin - CISG m.74 uyarınca kalan zararını da tazmin ettirmesi imkanı vardır⁸³². Bunlar örn. ayıplı bir malın teslim edilmiş olduğu hallerde bu malların muhafazası, geri gönderilmesi masrafları veya ikame alm nedeniyle ortaya çıkan komisyoncu masrafları gibi masraf kalemleridir.

Alıcının, m.75 uyarınca hesaplanacak fark zararının yanı sıra m.74 uyarınca bir de yoksun kalman kâr talep edip edemeyeceği ise tartışmalıdır. Aslında ikame alımın amacı, alıcının elinde mal olmaması nedeniyle, kendi alıcılarına bu malı kârli şekilde satma imkanını kaybetmesini engellemektir. Bu açıdan, ikame alm yapan alıcının, bir kârdan yoksun kalması artık mümkün olmamak gerekir⁸³³. Zira almış olduğu malı satmak suretiyle bu kârı elde etmek imkanı fiilen kazanmıştır.

⁸²⁸ MünchKommBGB/P.Huber, Art.75 CISG N.14.

⁸²⁹ Sekreteryaya Şerhi, Art.71 N.6 ve Art.72 N.3; Bianca/Bonell/Knapp, Art.75 N.2.6; Herber/Czerwenka, Art.75 N.6; Staudinger/Magnus, Art.75 N.20; MünchKommBGB/P.Huber, Art.75 CISG N.15.

⁸³⁰ Alıcının yapmak zorunda kaldığı ikame alm hangi para birimi üzerinden yapılmışsa mahkemenin yine o birim üzerinden tazminata hükmetmesi gerektiği yönünde OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N.261.

⁸³¹ MünchKommBGB/P.Huber, Art.75 CISG N.17.

⁸³² Jud., Schadenersatz, 239; Erdem, La Livraison, N.1129.

⁸³³ Nitekim bu tartışma daha çok, satıcının ikame satım yaptığı hallerde doğmaktadır. Örneğin satıcının kaynaklarının her alıcıyı tatmin edecek kadar çok olması halinde ("lost volume seller"), bir satım sözleşmesinden dönülmesi nedeniyle elde edeceği 20 birim geliri elde edememiş ancak daha sonra başka bir satımdan 10 birim kazanmış olması halinde yoksun kalman kârın ne olduğunu tespit etmek güç olabilir. Bu hallerde ikinci satım birincisi yerine yapılan bir ikame satım dersek, aradaki 10 farkı m.75 uyarınca talep etmesi imkanı olacaktır. Ancak ayrıca m.74 uyarınca kalan 10 birimi de talep etmesi mümkün olacak mıdır? Kanımca bu noktada Stoll/Gruber'in yaklaşımına katılıp aslında yapılan ikinci satım sözleşmesini hirincisinin yerine geçen bir ikame satım olmadığını kabul etmek gerekir. Bu hallerde satıcı zaten doğrudan ilk satım sözleşmesinin yapılmaması nedeniyle ortaya çıkan 20 birim zararını CISG m.74 uyarınca talep etmelidir. Yani m.75'e başvurmayı gerektirecek bir durum zaten olmayacaktır. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.75 N.11. Bu tartışma hakkında bkz. MünchKommBGB/P.Huber, Art.75 CISG N. 20.

3. Soyut Yöntemle Zararın Hesaplanması

Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, CISG sisteminde zararın somut olarak hesaplanması kuraldır. Bunun CISG'da düzenlenmiş olan tek istisnası m.76'dır. Buna göre:

"Sözleşmenin ortadan kaldırıldığı ve mallar için cari bir fiyatın var olduğu hallerde, tazminat talep eden taraf, 75. madde uyarınca ikame alım [...] 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. [...]"

Demek ki m.76'nın uygulandığı hallerde zararın somut olarak doğmuş olması aranmamaktadır. Alıcı, bir ikame alm yapmamış olsa bile bu zarara uğrayacağı kabul edilmiş ve bunun tazmini öngörülmüştür⁸³⁴. Yani semen ile cari fiyat arasında fark olan hallerde, bu farkın alıcının uğrayacağı asgari zarar olacağı varsayımından yola çıkılmıştır⁸³⁵. Bunu iki şekilde açıklamak mümkündür. Öncelikle bu tür bir zararın doğumunu satıcının öngörmesi mümkündür⁸³⁶, dolayısıyla sorumlu olması doğaldır. Diğer yandan alıcının bir ikame alm yapmamak suretiyle bir dizi masrafın doğumunu engellemesi söz konusudur. Bu şekilde satıcının ödemesi gereken tazminat miktarı azda tutulmakta, dolayısıyla bir de ifa etmeme zararını tazminden de kurtulması doğru gözükmemektedir⁸³⁷.

Hesaplamanın m.76'ya göre yapılması kural olarak ikame alımın hiç yapılmamış olduğu hallerde söz konusu olacaktır⁸³⁸. Ancak bir ikame alm yapılmış fakat m.75'in şartlarına uygun yapılmamışsa (örn. makul olmayan bir fiyat üzerinden) hesaplamanın m.74 ve m.76 uyarınca gerçekleşmesi mümkündür. Bu hallerde satıcı, ikame alımda somut olarak ödenen semeni değil, sadece, makul olduğu kabul edilen, cari fiyatı ödeyecektir. Ayrıca sürekli aynı türden alım satım sözleşmeleri yapan bir alıcının yaptığı hangi alımın "ikame alm" olduğu tespit edilemeyen hallerde de yine hesaplama m.76 uyarınca soyut olarak yapılabilir⁸³⁹.

Aynı CISG m.75'de olduğu gibi, m.76'nın uygulanmasının da ön koşulu alıcının sözleşmeden dönmüş olmasıdır. Sözleşmeden dönmediği sürece ya hâla alıcıdan ifayı istediği ya da teslim edilen ayıplı malları muhafaza edeceği ve örn. semenin tenzili imkanını kullanmayı tercih ettiği

⁸³⁴ Aynı yönde PECL Art. 9:507; PICC Art.7.4.6; UCC § 2-708 (bkz. Cerutti, N.790 vd.); BK m.188, f.3 (bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, 141 vd.)

⁸³⁵ OGH 28.04.2000, CISG-Online N.581.

⁸³⁶ Zararın öngörülmesinin tazminatın hesaplanmasındaki önemi hakkında bkz. bu bölümde aşağıda başlık V.

⁸³⁷ MünchKommBGB/P.Huber, Art.76 CISG N.1.

⁸³⁸ Jud., Schadenersatz, 239-240; Ryffel, 76.

⁸³⁹ Bkz. Sekreteryaya Şerhi, Art.72 N.3; OGH 28.04.2000, CISG-Online N.581.

sonucuna varılacaktır. Diğer ön koşul ise malın bir cari fiyatının bulunmasıdır. Kast edilen, satım sözleşmesine konu mallar için, belirli bir yerde, belirli bir zamanda, belirli tür işlemler açısından geçerli bir fiyatın oluşmuş olmasıdır. Bu fiyat kural olarak toptan alımlar için geçerli olan fiyat olacaktır, perakende alım fiyatı değerlendirmede esas alınmaz⁸⁴⁰. Malın borsada kayıtlı bir mal olması şartı değildir; ancak kayıtlı olması halinde buradaki fiyat esas alınır⁸⁴¹.

CISG m.76 hangi andaki ve hangi yerdeki fiyatın esas alınacağı konusunu özellikle düzenlemiştir. Kural olarak alıcının sözleşmeden döndüğü andaki cari fiyat esas alınır⁸⁴². Alıcı, öne alınmış bir sözleşme ihlali nedeniyle, m.72 uyarınca vade gelmeden sözleşmeden döniyorsa yine dönme anı esas alınacaktır. Ancak m.76, f.1, c.2 bu düzenlemeye bir istisna getirmiştir:

"[...] Bununla birlikte, tazminat talep eden taraf, malları devraldıktan sonra sözleşmeyi ortadan kaldırırsa, ortadan kaldırıma anında cari fiyat yerine devralma anındaki cari fiyat uygulanır."

Demek ki mallar alıcı tarafından teslim alınmışsa ve, örneğin malların ayıplı olması nedeniyle sözleşmeden dönmek istiyorsa bu durumda malların devralınması anındaki cari fiyatın esas alınması gerekir. Malların teslim edilmesi anı değil, zilyetliğin kazanıldığı an, yani alıcı veya onu temsil eden bir kişi tarafından malların devralındığı an esastır. Bu düzenleme de yine alıcının, satıcı aleyhine spekülasyon yapmasını önleme amacı güder⁸⁴³. Dolayısıyla mallar devraldıktan sonra, dönme anına kadar cari fiyattaki oynamalar hesaplamaya yansımayacaktır.

Soyut yöntem açısından önem taşıyan diğer bir soru ise hangi yerdeki cari fiyatın esas alınacağıdır. CISG m.76, f.2 uyarınca ilke, malların teslim edileceği yerin belirleyici olmasıdır. Bu yer, ya sözleşme hükümleri ya da yedek olarak m.31 uyarınca tespit edilecektir. Ancak teslim yerinde cari bir fiyat oluşmamışsa, Antlaşma alternatif bir yer aranmasını öngörmektedir. Bu hallerde hakim teslim yeri yerine geçebilecek makul bir ikame yer bulmak durumundadır. Makul olan yer, aynı malın, aynı piyasada şartlarında satıldığı yerdir. Hesaplamada, o yerdeki cari fiyat ile, dönmüş olan sözleşmedeki fiyat arasındaki fark esas alınacak; bu değere, malların alıcı tarafından o yere taşınması için yapılacak olan fiktif masraflar da eklenecektir. Zira varsayılan, alıcının hemen teslim yerinde bir ikame alım yapması; bunu orada bir cari fiyat olmadığı için yapmadığı

⁸⁴⁰ Honsell/Schönle, Art.74 N.7.

⁸⁴¹ Sekreteryaya Şerhi, Art.72 N.6; MünchKommBGB/P.Huber, Art.76 CISG N.4.

⁸⁴² Yukarıda üzerinde durulmuş olduğu gibi, dönme beyanının hüküm ifade ettiği anın gönderme anı olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu andaki cari fiyat esas alınacaktır. Bu konuda bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 D III.

⁸⁴³ MünchKommBGB/P.Huber, Art.76 CISG N.6.

hallerde ise en yakın diğer pazarın bulunduğu yere giderek burada alım yapmasıdır.

Aynı CISG m.75'de olduğu gibi, zararın m.76 uyarınca hesaplandığı hallerde de alıcının ayrıca m.74 uyarınca bir tazminat talep etmesine engel yoktur. Birbirini dışlayan iki hüküm m.75 ve m.76'dır. Bunlardan sadece birisine göre fark zararının hesaplanması imkanı vardır. Ancak bunun dışında kalan bütün zararlar açısından m.74 çerçevesinde tazminat istenebilecektir.

4. Denkleştirme

Tam tazmin ilkesinin doğal sonucu olarak alıcının, sözleşmeye aykırılık nedeniyle elde etmiş olduğu menfaatlerin veya yapmaktan kurtulduğu harcamaların da hesaplamada dikkate alınması gerekir⁸⁴⁴. Amaç alıcıyı, zarar verici olay olmasaydı içinde bulunacağı duruma nazaran daha iyi bir duruma sokmak değildir. Her ne kadar CISG'da buna ilişkin bir düzenleme mevcut değilse de, doktrinde çoğunluk görüşü tazminatın hesaplanmasında denkleştirmenin yapılması gerektiği yönündedir⁸⁴⁵. Bunu gerekçelendirmek için genelde, CISG m.84, f.2'de düzenlenmiş olan⁸⁴⁶, sözleşmeden döndüğü veya ikame mal talep edildiği hallerde, maldan o ana kadar elde edilmiş olan yararların iade edilmesi gerektiği düşüncesi-ne başvurulmaktadır. Bu kuralın, CISG m.7, f.2 anlamında genel bir ilke katına çıkarılması durumunda, zararın hesaplanmasında denkleştirme de mümkün olacaktır⁸⁴⁷.

IV. Alıcının Zararı Azaltma Külfeti

CISG m.77 uyarınca alıcının, yoksun kalınan kâr dahil olmak üzere sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul gözükken bütün önlemleri alması külfeti vardır⁸⁴⁸.

⁸⁴⁴ Sorun hakkında örn. bkz. Oğuzman/Öz, 352-353; Eren, 1025-1026; Gauch/Schlupe, N.2742.

⁸⁴⁵ MünchKommHGB/Mankowski, Art.74 CISG, N.12; Achilles, Art.74 N.8; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Vor. Art.74 N.10; Staudinger/Magnus, Art.74 N.22; Honsell/Schönle, Art.74 N.11; Neumayer/Ming, Art.74 N.2; Honsell, SJZ 1992, 361; Weber, Vertragsverletzungsfolgen, 165, 197. Bu konuda daha tereddütlü bir yaklaşım için bkz. Thüsing, 318 ff.

⁸⁴⁶ Bu madde hakkında bkz. yukarıda Bölüm 5 § 2 D VI 4.

⁸⁴⁷ Honsell/Schönle, Art.74 N.11; Weber, Vertragsverletzungsfolgen, 165, 197.

⁸⁴⁸ Soz konusu olan bir külfettir (Obiegenheit), yoksa bir yükümlülük (Pflicht) değildir. Ryffel, 80. Yani satıcının bu sebeple bir dava hakkı doğmaz, sadece alıcı zararın tamamını talep etme hakkını yitirir. Kavram hakkında bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Genel, § 2 N.48; Oğuzman/Öz, 15. Türk hukukunda aynı düşünce BK m.44'de ifade edilmiş ve haktıme duruma göre tazminatın indirilmesi imkanı verilmiştir. Bu madde hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, 733 vd.

Aksi takdirde, zararın azaltılması imkanı olduğu ölçüde tazminattan indirim yapılması gerekir⁸⁴⁹. Her ne kadar doktrinde alıcının semenin indirilmesi talebi açısından da m.77'nin uygulanabileceği ileri sürülmekteyse de⁸⁵⁰ kanımca bu görüşe katılmak mümkün değildir⁸⁵¹. Zira semenin ne ölçüde tenzil edileceği hesap edilirken, teslim edilen ayıplı malın teslim anındaki değeri ile aynı anda sözleşmeye uygun mal teslim edilmiş olsaydı, bunun değeri oranlanmaktadır. Oranlamanın yapıldığı anın teslim anı olması itibarıyla zaten alıcının zararı azaltma külfetinin devreye girmediği bir aşama söz konusudur.

Koşullar dikkate alındığında makul göztüken önlemler ne olabilir? Makul olan, öncelikle tarafların anlaşması, aralarındaki alışkanlıklar ve geleneklere göre saptanacaktır, tali olarak da, alıcının durumunda bulunan mantıklı makul birinin zararı önlemek veya artmasını engellemek için ne yapacağına bakılacaktır⁸⁵². Kuşkusuz bu konuda genel geçer bir kriter vermek mümkün değildir. Hakimin her somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirmede bulunması gerekir⁸⁵³. Özellikle alıcının bir ikame alım yapmasının gerekip gerekmeyeceği ve bunun ne zaman olması gerektiği tartışmalı olan noktalardan biridir⁸⁵⁴. Örneğin alıcının, işletme-

⁸⁴⁹ Söz konusu olan satıcı tarafından ileri sürülmesi gereken bir defa değildir. Hakimin zarar miktarını hesaplarken resen dikkate alması gereken bir itiraz söz konusudur. Bkz. Ziegler, 214; Schlechtriem, JZ 1999, 794, 797.

⁸⁵⁰ MünchKommBGB/P.Huber, Art.77 CISG N.3; Brunner, Art.77 N.6.

⁸⁵¹ Aynı yönde Rypfel, 82. Türk hukuku açısından da semenin tenzili hallerinde zararın azaltılması yükümlülüğünün olmadığı yönünde bkz. Tandoğan, Borçlar Özel, 197.

⁸⁵² OGH 06.02.1996, CISG-Online N.224; Erdem, La Livraison, N.1109; Karollus, 225. Alıcının, zararı azda tutmak için mali tamir etmesi hali için bkz. Jud, Schadenersatz, 258.

⁸⁵³ St.Gallen Ticaret Mahkemesi tarafından verilen bir kararda, davacı alıcı, davalı satıcıyla, özel imal edilecek olan bir tekstil makinesinin satınına ilişkin olarak anlaşmış; ancak daha sonra çıkan uyumsuzluklar nedeniyle ödemede bulunmamış, makine de kendisine teslim edilmemiştir. Sorun, satıcının bu makineyi, zararı azaltmak üzere nasıl değerlendirmesi gerektiğidir. Makinenin özel imalat olması nedeniyle satıcı parçalara ayırmak ve bu şekilde satmayı tercih etmişken, alıcı, makinenin bir bütün olarak satılmasının zararı daha azda tutmuş olacağını iddia etmektedir. Mahkeme konuyu bilirkişiye götürmüş, raporda teknik ve ticari açıdan en hızlı ve sorunsuz yöntemin makineyi parçalarına ayırıp satmak olduğu ifade edilmiştir. Mahkeme bu görüşe katılmıştır. HG St.Gallen 03.12.2002, CISG-Online N.727. Ayrıca bkz. BGH 24.03.1999, CISG-Online N.396 (Malın zarar verici niteliklerinin bilinmesine rağmen kullanılmaya devam edilmesi halinde tazminattan indirim yapılır).

⁸⁵⁴ Bkz. Rossmeyer, RIW 2000, 407, 412. Bu tartışma yukarıda (dn.819'e ilişkin metin) *common law* sisteminin bahsedilen özellikleri çerçevesinde önem kazanmaktadır. Zira bu hukuk çevresinde ilke, alıcının tazminat talebini kullanması olduğu için, aynen ifa talebi kural olarak sözleşmeye aykırılık ile düşmekte ve bu anda ikame alımın yapılması beklenmektedir. Oysa CISG'da böyle bir mecburiyet yoktur. Alıcı aynen ifada ısrarcı olabilir. İşte bu hallerde duruma göre m.77'ye aykırı davranmış olmaktan dolayı tazminat talebinin indirilebilecek olması iki sistemi

sinin durmaması için bu tür bir alım yapması halinde zararın daha düşük bir düzeyde kalacağı aşıkardır. Ancak bu konuda da genel geçer bir kural koymak yerine somut olayın özelliklerin bakmak gerektiği kabul edilmelidir⁸⁵⁵.

V. Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması

1. Öngörülebilirlik İlkesi

Kusursuz sorumluluğun esas olduğu bir sistemde sorumluluğun sınırlandırılmasının büyük önem taşıyacağı açıktır⁸⁵⁶. Nitekim CISG m.74 bu konuda hangi kriterin uygulanacağını açıkça saptamıştır. Buna göre satıcının tazminat yükümlülüğü

“... ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlalinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşmaz.”

Demek ki sorumluluk, öngörülebilir zararlarla sınırlı bir sorumluluktur. Bu kural (*contemplation-rule*) ahlında kusursuz sorumluluk ilkesinin tamamlayıcısıdır. Madem borçlu prensipte her sözleşme ihlalden sorumlu tutulmaktadır⁸⁵⁷, bu durumda sadece sözleşmeyi akdederken öngörebileceği ve hesaba katabileceği zararlar için sorumlu olması mantıklıdır⁸⁵⁸. Öngörülebilirlik araştırması, satıcının sözleşme ihlalden sorumlu tutulduğu tespit edildikten sonra yapılır. Yani söz konusu olan sorumluluğun kurulması aşamasına ilişkin değil; sorumluluğun sınırlandırılması aşamasına ilişkin bir kriterdir. CISG sisteminde borçlu/satıcı sadece, aşağıda ele alınacak olan, m.79'un koşullarının gerçekleşmesi halinde sorumluluktan kurtulur; yani hiç tazminat ödememez. Buna karşılık böyle bir kurtuluş kanıtı getiremediği için tazminat ödemesi gerekiyorsa, en

uzlaştırmaktadır. Zira alıcı bir ikame alım yapmaya zorlanmamakta, ancak yapmaması zararın artmasına sebep oluyorsa bu husus tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmaktadır. Bkz. Ziegler, 215; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.77 N.9.

⁸⁵⁵ Aynı yönde MünchKommBGB/P.Huber, Art.77 CISG N.7; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.77 N.9; Staudinger/Magnus, Art.77 N.11; Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft in Österreich, 15.06.1994, CISG-Online N.691; OLG Celle, 02.09.1998, CISG-Online N.506 (teslim edilen ayıplı elektrikli süpürgeler yerine yapılacak ikame alım için, Almanya genelinde, duruma göre hatta yurt dışında alternatif aranması gerekir).

⁸⁵⁶ Schlechtriem, Kolloquium, 149, 165.

⁸⁵⁷ Borçlunun sadece istisnaen, aşağıda ele alınacak olan sorumsuzluk halinin varlığı durumunda m.79 uyarınca sözleşme ihlalinin sonuçlarından kurtulması imkanı vardır. Bkz. aşağıda Bölüm 5 § 3.

⁸⁵⁸ Staudinger/Magnus, Art.74 N.31.

azından m.74 sayesinde tazminat miktarının sınırlandırılması imkanı olmaktadır. "Tazminat ödeme borcu var mı?" sorusuna CISG m.79 uyarınca "evet" cevabı verildikten sonra, "ne kadar tazminat ödemesi gerekiyor?" sorusuna CISG m.74 uyarınca cevap aranacaktır.

Dolayısıyla bu değerlendirmede satıcının kusuru hiçbir önem taşımaz. Onun, sözleşme ihlalini kasten veya ihmali olarak gerçekleştirmiş olması sonucu değiştirmeyecektir. Öngörülebilirlik, sözleşme ihlaline ilişkin değil, bunun sonuçlarına ilişkin olarak aranmaktadır⁸⁵⁹. Sözleşme ihlalinin engellenebilir olup olmadığı sorusu; hatta satıcının bilinçli olarak sözleşmeyi ihlal etmiş olup olmadığı araştırılmaz⁸⁶⁰. Kasti bir sözleşme ihlali olsa dahi, sorumluluk yine de öngörülebilirlik kuralı uyarınca sınırlandırılacaktır⁸⁶¹. Nitekim öngörülebilirlik, sözleşmenin akdi anı esas alınarak tayin edilir. Oysa satıcının kusurlu olup olmadığı değerlendirilmeden özen yükümlülüğünün ihlal edildiği ana göre saptanır.

Bu kriterin temelinde yatan mantık, tarafların, sözleşme akdederken belirli rizikoları göze aldıkları ve bunları hesaba katarak sözleşmedeki edim/karşı edim dengesini oluşturduklarıdır. Taraflar sözleşmeyi ihlal etmeleri halinde kendilerini ne beklediklerini bilerek akdi ilişkiye girerler⁸⁶². Buna karşılık bazı ihlallerin karşı âkidin bilemeyeceği ciddi so-

⁸⁵⁹ *Faust*, Vorhersehbarkeit, 136; *Ziegler*, 210 (Yazar şu örneği vermektedir: satım konusu makinenin gizli bir ayıbı vardır. Bu ayıp makinenin 50 saat işletilmesinden sonra ortaya çıkmış ve makineyi kullanılmaz hale getirmiştir. Bu durumda alıcının, imalatının sekteye uğraması nedeniyle, bir kazanç kaybının olacağı her mal insan tarafından öngörülebilir. Buna karşılık ayıbın kendisinin; bunun 50 kullanın saati sonra ortaya çıkmasının; bunun önlenmesi yöntemlerinin öngörülebilirlik sorunu ile hiç bir ilgisi yoktur).

⁸⁶⁰ *Stoll*, 257, 260; *Faust*, Vorhersehbarkeit, 123 vd 324; *Thüsing*, 317; *Staudinger/Magnus*, Art.74 N.32; *Herber/Czerwenka*, Art.74 N.11; *Karollus*, 217; *Zeller*, 88; *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.74 CISG N.27; *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.74 N.36. Avusturya Yüksek Mahkemesinin verdiği bir kararda ifade ettiği gibi "Sözleşme ihlalinin öngörülebilirliği veya ihlale ilişkin bir kusurun var olup olmadığı önem taşımaz. CISG m.74'deki öngörülebilirlik sadece, yükümlülük ihlalinin sonucu olarak, sözleşmenin kurulması anında tahmin edilebilecek zarara ilişkindir." OGH 14.01.2002, CISG-Online N.643. Bir Alman mahkemesinin henüz ULIS döneminde verdiği bir kararında bu konuda nasıl hataya düşüldüğü görülmektedir. Olayda satıcının teslim etmiş olduğu elmaların birkaç gün depolanmasından sonra kabuklarının karardığı anlaşılmıştır. Bir ayıp teşkil eden bu durum nedeniyle alıcı tazminat istemiştir. Mahkeme bu ayıbın gizli olması nedeniyle satıcı tarafından öngörülemezliğine hükmetmiştir (LG Duisburg, 16.7.1976, RIW 1977, 424). Oysa soruna çok farklı bir noktadan yaklaşılması gerekirdi. Satıcının teslim ettiği mal tartışmasız ayıptır. Bu ayıbın malda bir değer düşüklüğüne sebep olacağı ve bu açıdan alıcının da bir tazminat talebinin doğacağı tamamıyla öngörülebilir bir sonuçtur. Hakim in değerlendirmesinin kusura ilişkin olmadığı hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir.

⁸⁶¹ *Thüsing*, 317; *Druey*, 45. Öngörülebilirlik ile kusur arasındaki ilişki hakkında ayrıntılı mukayeseli bilgi için bkz. *Faust*, Vorhersehbarkeit, 117-123; *Druey*, 88 vd.

⁸⁶² *Keil*, 2; *Schlechtriem*, Kolloquium, 149, 167; *Jung*, 244; *Ryffel*, 60; *Druey*, 63; *Stoll*, 257, 263-264.

nuçlar doğurması ihtimali varsa, bu bilgiyi ona aktarmak sorumluluğu bu olasılıktan haberdar olana aittir. Eğer bunu yapmamışsa, sözleşmeyi ihlal eden tarafı bu zararlardan sorumlu tutması da mümkün olmamalıdır⁸⁶³. Zira bu ek rizikoları öğrenen karşı akit, belki sözleşmeyi yapmakta vaz geçecek, belki sözleşmeye bir sorumsuzluk kaydı ekleyecek veya bir sigorta sözleşmesi akdedecektir. Eğer haberdar edilmemiş ve öngörülmesi de mümkün değilse bu rizikolar hiç sözleşmenin düzenleme alanına girmemiş kabul edilir⁸⁶⁴.

Tarafların, risklerin aralarında paylaşılması konusundaki niyetleri sözleşme hükümlerinde ifadesini bulur. Dolayısıyla hangi zararların tazmin edileceği konusunda karar verirken hakim in sözleşmeye bakması gerekir⁸⁶⁵. İhlal edilen sözleşme yükümlülüğünün korumak istediği menfaat hangisi ise sorumluluk da sadece bu menfaatin zedelenmesi halinde söz konusu olacaktır⁸⁶⁶.

2. Öngörülebilirlik İlkesinin Mukayeseli Hukuk Tarihindeki Yeri

Antlaşmanın hazırlanması sürecine bakıldığında, tazminat yükümlülüğünün sınırlandırılması konusunda öngörülebilirlik kriterinin kabul edilmesine ilişkin herhangi bir tartışma yaşanmadığı dikkati çekmektedir. Bunun sebebi, bu kriterin henüz Roma Hukukunda gelişmeye başlamış ve müşteri hukukun bir parçası olarak bir dizi hukuk düzenine zaten aktarılmış olmasıdır⁸⁶⁷. Özellikle hem *common law* ülkelerinde, hem de *civil law* ülkelerinin önemli bir temsilcisi olan Fransız hukuk çevresinde bu kuralın kabul görmüş olması uzlaşmayı kolaylaştırmıştır.

Roma hukukunda tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması konusunda geçerli kurallar⁸⁶⁸ Fransız hukukçusu *Dumoulin*'in 1546 yılında yayınladığı bir çalışmasında incelenmiş; öngörülebilirlik kriterinin ayrıntıları geliştirilmiştir⁸⁶⁹. Uzun yıllar dikkate alınmayan bu metnin, Fran-

⁸⁶³ *Druey*, 51.

⁸⁶⁴ Öngörülebilirlik ilkesi aynı zamanda taraflar arasındaki bilgi akışını teşvik eden ve olası risklerin sonuçlarının taraflar arasında en doğru şekilde paylaşılmasına yarayan bir düzenlemedir. Bu ilkenin hukukun ekonomik analizi metodu uyarınca ayrıntılı analizi için bkz. *Faust*, Vorhersehbarkeit, 205 vd.; *Eric A. Posner*, Contract Remedies: Foreseeability, Precaution, Causation and Mitigation, in: *Encyclopedia of Law and Economics*, 1999, N.4620 (<http://encyclo.findlaw.com>).

⁸⁶⁵ Sorunun büyük ölçüde bir yorum sorunu olduğu konusunda bkz. *Druey*, 67.

⁸⁶⁶ *Schlechtriem*, ZEuP 1997, 232, 248.

⁸⁶⁷ *Zeller*, 89 vd. Ayrıca *Krütel*, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, ZEuP 1994, 244, 273. Bu ilke hakkında mukayeseli veriler için bkz. *Treitl*, *Remedies*, 150 vd.

⁸⁶⁸ *Codex Iustinianus*, 7, 47, 1. *Lex Sancimus* hakkında bilgi için bkz. *Zimmermann*, *Law of Obligations*, 828 vd.

⁸⁶⁹ *Carolus Molinaeus*, *Tractatus de eo quod interest*, 1546 (aktaran *König*, 75, 76).

sız özel hukukunun gelişiminde büyük etkisi olan *Pothier* tarafından yeniden gündeme getirilmesi ve özellikle bu kriterin savunulması sonucu⁸⁷⁰ 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu aynı düşünceyi yasalastırmıştır. Cc Art.1150 uyarınca, borçlu ancak sözleşmenin akdi anında öngördüğü veya öngörebileceği zararlardan sorumlu tutulabilir⁸⁷¹. Ancak *Pothier*'nin etkisi Fransız Medeni Kanunu ile sınırlı kalmamıştır. Borçlar hukuku alanındaki kitaplarının 19. yüzyılın ilk yarısında İngilizce'ye çevrilmesi ile birlikte yazar, hem İngiltere'de hem de ABD'de ciddi bir okuyucu kitlesine kavuşmuştur⁸⁷². Bu yüzyılın başında özellikle Amerikan hakimlerinin mukayeseli hukuka verdikleri ağırlık, civil law'un bir dizi kurumunun mahkeme kararlarına yansımaları sağlamıştır. İşte bu ilkelerden biri de zararın sınırlandırılmasında öngörülebilirlik ilkesi olmuştur⁸⁷³.

Fransa üzerinden ABD hukukuna giriş yapan öngörülebilirlik ilkesi, İngiltere'de ise ilk defa 1854 tarihli *Hadley v. Baxendale* kararında ayrıntılı olarak incelenmiş ve tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması alanında temel ilke olarak benimsenmiştir⁸⁷⁴. Karar bugün bile ilke kararı olarak önemini aynen muhafaza etmektedir. Hatta ABD yargıçları bile 19. yy'nin ikinci yarısından itibaren artık bu karara atıf yaparak öngörülebilirlik prensibini gerekçelendirmeye başlamıştır⁸⁷⁵. Karara konu olayda, bir değirmen sahibi, kırılmış olan milini, onarılmak üzere imalatçısına götürmesi için bir taşıma şirketiyle anlaşmış ancak şirket nakliye-yi 5 gün gecikmeli olarak gerçekleştirmiştir. Değirmen sahibi bu süre

⁸⁷⁰ *Pothier*, *Traité des obligations* (éd. Siffrein Paris 1821) Nr. 159 vd.: "... le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qu'on a pu prévoir, lors du contrat ..." (aktaran König, 75, 77).

⁸⁷¹ Ayrıntı için bkz. *Druey*, 27; *König*, 75, 76 vd.; *Ryffel*, 56 vd. Fakat borçlunun kasten ifa etmediği hallerde sorumluluğa ilişkin bu sınırlandırma uygulanmaz, yerine Art.1151 devreye girer.

⁸⁷² Mukayeseli hukuk tarihi açısından ilginç bir gelişme ise ABD'nin Louisiana eyaletinde yaşanmıştır. Kuzey Amerika'da uzun yıllar Fransız kolonisi olarak kalmış olan bu eyalet her ne kadar 1803 yılında ABD'ye satılmışsa da 1808 yılında, büyük ölçüde Fransız Medeni Kanununun etkisinde hazırlanmış olan ilk Medeni Kanun yürürlüğe girmiştir (Bu konuda ayrıntı için bkz. *Zweigert/Kötz*, 114 vd.; *Oğuz*, *Karşılaştırmalı*, 179). Öngörülebilirlik ilkesi de nitekim aynı Code civil'de olduğu gibi Louisiana Civil Code'a da alınmış (Art.1928) ve yasadaki yapılan muhtelif değişikliklere rağmen bugüne kadar geçerliliğini korumuştur (Bugün Art.1996/1997).

⁸⁷³ Bkz. *König*, 75, 80 vd.; *Faust*, *Vorhersehbarkeit*, 86 vd.

⁸⁷⁴ 9 Ex. 341 = 156 E.R.1404. Karara ilişkin görüşmelerde özellikle ABD'deki içtihatlar ve yayınlardan faydalandığı dikkat çekmektedir. Bu yayınlardan biri ise, 1847 yılında *Theodore Sedgwick* tarafından yazılmış olan "A Treatise on the Measurement of Damages" kitabıdır. Tazminatın miktarının hesaplanmasına ilişkin bu kitapta, Code civil Art.1149-1151'in tercümesinin yer alması ise şartıcı olmamak gerekir. Nitekim İngiliz hakimlerden biri görüşmeler sırasında özellikle Fransızların öngörülebilirlik ilkesinin tazminatın sınırlandırılmasında örnek alınacak bir ilke olduğundan bahsetmesi de Fransız etkisini göstermektedir. Bkz. 9 Ex. 341, 345 vd. Ayrıca bkz. *Zimmermann*, *Law of Obligations*, 830.

⁸⁷⁵ Bkz. *Faust*, *Vorhersehbarkeit*, 86.

içindeki kazanç kaybının tazminini istemektedir. Mahkeme, sözleşmenin akdi anında taşıyıcının, bu milin eksikliği nedeniyle değirmenin imalatını tümden durdurmak zorunda kalacağını bilmediğini ve bilmesinin de mümkün olmadığını, dolayısıyla da sorumlu tutulamayacağını saptamıştır. Tarafların ancak, bir sözleşme ihlalinin, hayatın normal akışına göre sebep olacağı zararlardan sorumlu olacağı, bunu aşan zararları ise sadece sözleşmenin akdi anında, sözleşme ihlalinin olası sonucu olarak hesaba katmaları veya katabilecek olmaları halinde tazmin edeceklerini kabul etmiştir⁸⁷⁶. Hayatın normal akışı, mahkemeye göre, bir değirmenin yedek milinin olmasıdır. Olmadığı hallerde ise durumun aciliyeti konusunda karşı tarafı uyarması beklenir⁸⁷⁷.

Hatta 1881 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Borçlar Kanunu bile, ifa etmemenin sonuçları bahsinde tazmin edilecek olan zararın miktarını Art.116'da şu şekilde tanımlamıştır: "Tazmin yükümlüsü borçlu, sözleşmenin akdedilmesi sırasında ifa etmemenin veya gereği gibi ifa etmemenin doğrudan sonuçları olarak öngörebileceği zararlardan sorumludur."⁸⁷⁸ Ancak 1911 yılında yürürlüğe giren gözden geçirilmiş Borçlar Kanununda bu düzenlemeye yer verilmemiş, onun yerine sadece, hakime tazminatın miktarını tayin hakkı veren m.43 muhafaza edilmiştir (bkz. BK m.98, f.2)⁸⁷⁹. Nitekim Türk Borçlar Kanununda da sorumluluk aynı ilkelere göre sınırlanmaktadır.

⁸⁷⁶ "Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e. according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. Now, if the special circumstances under which the contract was actually made were communicated by the plaintiffs to the defendants, and thus known to both parties the damages resulting from the breach of such a contract, which they would reasonably contemplate, would be the amount of injury which would ordinarily follow from a breach of contract under these special circumstances so known and communicated. But, on the other hand, if these special circumstances were wholly unknown to the party breaking the contract, he, at the most, could only be supposed to have had in his contemplation the amount of injury which would arise generally, and in the great multitude of cases not affected by any special circumstances, from such a breach of contract." *Hadley v. Baxendale*, 9 Ex. 341, 354 vd. Karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Faust*, *Vorhersehbarkeit*, 76 vd.; aynı yazar, *Hadley v. Baxendale - an Understandable Miscarriage of Justice*, *Journal of Legal History* 15 (1994), 41-72; *König*, 75, 84 vd.; *Treitel*, *Contract*, 965 vd.; *Druey*, 34 vd.

⁸⁷⁷ İngiliz hukukunda bu kararı geliştiren diğer iki ilke kararı için bkz. *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.*; *Coulson Ltd.* [1949] 2 K.B. (C.A.) 528 ve *C. Czarnikow Ltd. v. Koufos (The Heron II)* [1969] 1 A.C. 350, H.L. Bu kararlar hakkında bkz. *McGregor on Damages*, 17th ed. London 2003, N.6-146 vd.

⁸⁷⁸ Bu düzenleme hakkında bilgi için bkz. *Druey*, 8 vd.

⁸⁷⁹ *Druey*'in aktardığına göre bu değişiklik yapılırken aslında öngörülebilirlik kriterinin m.43 bağlamında yine de hakim tarafından değerlendirilmede dikkate alınabileceğinden yola çıkılmıştır. Ancak yazar bugüne kadar sorumluluğun sınırlanmasında bir tek kez bu kriterin kullanılmadığını tespit etmektedir, *Druey*, 11.

Her ne kadar Alman Medeni Kanununa da bu ilke alınmamış ve özellikle 19. yy. doktrininde eleştiri konusu olmuşsa da⁸⁸⁰ en azından BGB § 254, Abs.2'de öngörülebilirlik sınırlamasının bir nüvesini bulmak mümkündür. Bu düzenleme uyarınca, zarar görenin, hukuka veya sözleşmeye aykırı davranışın sebep olacağı zararın çok yüksek olması ihtimali hakkında, bunu bilmeyen ve bilmesi de gerekemeyen zarar vereni uyarlamış olması halinde tazminat miktarı bu oranda indirilir. Ancak görüldüğü gibi sorun daha çok bir kusur sorunu olarak algılanmıştır⁸⁸¹.

Günümüz hukuk uyumlaştırma projelerine bakıldığında, CISG'in yanı sıra PECL ve PICC'nin de öngörülebilirlik kriteri ile çalıştığı görülmektedir. PICC Art.7.4.2'de tam tazminat ilkesi kabul edildikten sonra Art.7.4.4'de, borcunu ifa etmeyen tarafın ancak sözleşmenin kurulması anında ifa etmemesinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya makul surette öngörebileceği zararlardan sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir. PECL Art.9:503 de aynı ilkeyi benimsemiştir⁸⁸².

3. Öngörülebilirliğin Tayini

a. Öngörü neye ilişkin olmalıdır?

Satıcının sorumluluğu, sözleşme ihlalinin "muhtemel sonucu" (*mögliche Folge / conséquences possible / possible consequences*) olarak öngördüğü veya öngörebileceği zararla sınırlıdır. Bu ifadeden neyin anlaşılması gerektiği bir yorum sorunudur. Kast edilen, zararın miktarının, zararın türünün ya da ikisinin de muhtemel sonuç olarak öngörülebilirliği olabilir. Kuşkusuz ortaya çıkan zararın bütün ayrıntıları ile öngörülmesini aramak düşünülemez. Aksi takdirde satıcının neredeyse hiçbir zaman so-

⁸⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. *König*, 75, 89-99. Bu eleştirinin, ilkenin yanlış anlaşılmasından kaynaklandığı konusunda bkz. *Schlechtriem*, ZEuP 1997, 232, 246.

⁸⁸¹ 1936 yılında satım hukukuna ilişkin iki ciltlik ayrıntılı bir mukayeseli hukuk çalışması yayınlayan *Ernst Rabel*, Alman hukukuna da bu düşüncenin giriş yapmasını sağlamıştır. Yazar, sorumluluğun sınırlandırılması konusunda sözleşmenin koruma amacının esas alınması gerektiğini; ancak tarafların, sözleşmenin akdi anında öngördükleri ve görüşmelerine temel teşkil eden olgularla sınırlandırılmış bir sorumluluğunun adil sonuçlara götürebileceğini savunmuştur (Wareukauf I, 495 vd.). *Rabel*'in özellikle Anglo-Amerikan hukuk çevresini esas alarak geliştirdiği bu görüşler gerek sözleşme hukuku gerekse haksız fiil hukuku alanında sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin Almanya'da yaşanan doktriner tartışmaların değişmez başlıklarından biri olmuştur. Haksız fiil alanında bu kuram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer*, Haksız Fiil, 70 vd.

⁸⁸² Ancak PECL Art. 9:503 de Fransız hukukunda kabul edilmiş olan bir sınırlamayı devralmış ve borçlunun kasten veya ağır ihmalle sözleşmeyi ihlal ettiği hallerde bu sorumluluk sınırlandırılmasının geçerli olmayacağını benimsemiştir. Oysa yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi CISG, kasıt halinde dahi, öngörülebilirlik ilkesini sorumluluğun sınırlandırılmasında kullanmaktadır.

rumlu tutulması mümkün olmaz. Zarar miktarının da kesin olarak öngörülmesi aranamaz⁸⁸³. Diğer yandan sözleşmeye aykırılık halinde sadece "bir" zararın doğması olasılığının öngörülmüş olması da yeterli sayılmaz. Zira bu durumda da satıcının nedensellik bağı içinde olan her zarardan sorumlu tutulması gerekir⁸⁸⁴. Dolayısıyla bugün genel gördüğü üzere, sözleşmeye aykırı davranışın somut olayda meydana getirmiş olduğu türden bir zarar, o kapsamda meydana getirmeye elverişli olup olmadığına bakmak gerekecektir⁸⁸⁵. Üzerinde durulması gereken risk faktörüdür. Eğer gerçekleşen risk, sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir olan risk ise sorumluluk söz konusu olur⁸⁸⁶. Hem zararın oluşum tarzı hem de boyutu bu değerlendirmede dikkate alınacaktır. *Zeller*'in verdiği⁸⁸⁷ bir örnek aktarılacak olursa: taraflar arasındaki sözleşmede, alıcının satım konusu malı başkalarına satacağı öngörülmüş olmasına rağmen satıcı malı vaktinde teslim etmemiştir. Buna bağlı olarak kazanç kaybı nedeniyle bir zarar ortaya çıkacağı satıcı açısından öngörülebilir. Ancak alıcının bulunduğu ülkedeki bir sel felaketi nedeniyle bu mala talep bir anda çok artmış ve malın teslim edilmemesi nedeniyle alıcı beklenenden çok daha yüksek bir kazanç kaybına uğramışsa ne olacaktır? Her ne kadar ifa etmeme sonucunda alıcının bir kazanç kaybına uğrayacağını satıcının öngörmesi mümkünse de kazanç kaybının bu kadar yüksek olacağını (sel felaketi nedeniyle) öngörmesi mümkün değildir. Dolayısıyla ödeyeceği tazminatın miktarı da sadece öngörebileceği düzeyde olacaktır. Bu zararı meydana getiren nedensellik zincirinin ise öngörülmesi gerekmez⁸⁸⁸.

b. Kim öngörmelidir?

CISG m.74, sözleşme ihlalinin sonuçlarını öngörmesi gereken kişinin bilfiil sözleşmeyi ihlal eden kişi olduğunu açıkça ifade etmektedir⁸⁸⁹. Her ne kadar bundan, zarara uğrayan alıcının, zararın doğumu olasılığı-

⁸⁸³ MünchKommHGB/*Mankowski*, Art.74 CISG, N.23; *Kranz*, 213; *Honsell/Schönle*, Art.74 N.22; HG St.Gallen 03.12.2002, CISG-Online N.727.

⁸⁸⁴ *Ziegler*, 211.

⁸⁸⁵ Bu yönde *Zeller*, 97; *Druey*, 45; MünchKommHGB/*Mankowski*, Art.74 CISG, N.23; *Staudinger/Magnus*, Art.74 N.34; *Bianca/Bonell/Knapp*, Art.74 N.2.9; *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.74 N.39; *Jung*, 238-239; *Herber/Czerwenka*, Art.74 N.10; *Soergel/Lüderitz/Dettmeier*, Art.74 N.12; OGH 14.01.2002, CISG-Online N.643; HG St.Gallen 03.12.2002, CISG-Online N.727. Buna karşılık *Faust*, sadece zarar miktarının öngörülebilirliğini esas almaktadır, *Faust*, Vorhersehbarkeit, 242. Aynı yönde *Steinmetzler*, 268 vd. ve 276.

⁸⁸⁶ HG St.Gallen, 03.12.2002, CISG-Online N.727; *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.74 N.38.

⁸⁸⁷ *Zeller*, 97.

⁸⁸⁸ *Faust*, Vorhersehbarkeit, 242.

⁸⁸⁹ Bu konuda mukayeseli bilgi için bkz. *Faust*, Vorhersehbarkeit, 113 vd.

nı öngörmemesi halinde dahi sözleşmeyi ihlal eden satıcının sorumlu tutulacağı sonucuna varılabilir de; sık sık, alıcının öngöremeyeceği bir zararın satıcının da zaten öngöremeyeceği kabul edilmek gerekecektir.⁸⁹⁰ İstisnaen satıcının bilgisinin alıcının bilgisini aşması durumunda sonuç değişebilir. Satıcının, bir zararın öngörülemeyiz olduğunu iddia etmesi halinde bunu ispat etmesi gerekir.⁸⁹¹ Eğer bunu başarır ise bu durumda ispat yükü alıcıya geçecek ve bu sefer alıcı, satıcının bilgilendirilmiş olması veya özel bilgisi nedeniyle ortaya çıkan zararları öngörmemesinin mümkün olduğunu ispat etmesi gerekecektir.

c. Öngörünün ölçütü nedir?

Öngörünün ölçütü objektiftir. Yani satıcı sözleşme ihlalinin sonuçlarını öngörmemiş olsa da onun yerinde bulunan makul bir kişi öngörebilecek idiye yine de zararın tümünden sorumlu tutulacaktır.⁸⁹² Öngörülebilirlik ölçütü bu açıdan normatif bir nitelik arz etmektedir. Zira somut olayın şartlarına göre hangi riziko dağılımının adil olacağı saptanmaktadır.⁸⁹³ Ticari hayatın akışı içinde normal gözükten rizikolar söz konusu ise bunları satıcı taşıyacak; olağanüstü bir riziko söz konusu olduğunda ise bunun sonuçları alıcı üstünde kalacaktır; zira satıcının veya yerinde bulunan makul birinin bunları öngörmesi beklenemeyecektir. Bu hallerde ancak alıcının satıcıyı riziko hakkında uyarılmış olması halinde bir sorumluluk söz konusu olacaktır.⁸⁹⁴ Zira ancak durumdan haberdar olması halinde satıcının önlemlerini alması, örneğin kendisini bu zararlar karşısında sigortalaması mümkün olabilecektir.

⁸⁹⁰ Bkz. *Druey*, 112.

⁸⁹¹ *Staudinger/Magnus*, Art.74 N.62; *Herber/Czerwenka*, Art.74 N.13; *Münch-KommHGB/Mankowski*, Art.74 CISG, N.46; *Achilles*, Art.74 N.12; *Heuzé*, N.450. Buna karşılık zararın öngörülebilir olduğunun her halde alıcı tarafından ispat edilmesi gerektiği yönünde OLG Bamberg 13.01.1999, CISG-Online N.516; HG Zürich 26.04.1995, CISG-Online N.248; *Ryffel*, 60; *Jung*, 242 vd. (Yazar, doğrudan zararların tümü açısından, bunların öngörülebilir olduğu yönünde bir karine kabul etmekte ve bu alanda ispat yükünü tersine çevirmektedir. Sadece dolaylı zararlar açısından, bunların öngörülebilir olduğunu ispatlamak alıcıya düşecektir. Ancak CISG'da doğrudan/dolaylı zarar ayırımı yapılmadığı için bu görüş dayanaksız kalmaktadır).

⁸⁹² *Staudinger/Magnus*, Art.74 N.35; *MünchKommHGB/Mankowski*, Art.74 CISG, N.24; *Ryffel*, 62.

⁸⁹³ *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.74 N.38.

⁸⁹⁴ OLG Bamberg'in bir kararına konu olan olayda Türkiye'den Almanya'ya yapılan bir satımda, satıcının geç ifasının malın işlenmesi konusunda önemli ek masrafları beraberinde getireceğinin Türk satıcı açısından anlaşılır olmadığı sonucuna varılmıştır. Mahkemeye göre, alıcının özel durumundan kaynaklanan ve onun bazı tasarruflarına dayanan zararların tazmin edilmesi sadece bunların alıcı tarafından biliniyor olması halinde mümkündür. OLG Bamberg, 13.01.1999, CISG-Online N.516.

Dikkat edilmesi gereken, öngörülebilirliğin saptanmasında yapılan değerlendirmenin, salt bir olasılık hesaplaması olmadığıdır. Zararın doğumu olasılığı değerlendirmenin ilk aşamasını oluşturmakla beraber, hakim in yapacağı iş bununla sınırlı değildir. Hüküm, hangi zararın kimin tarafından taşınmasının doğru olacağı konusunda bir değer yargısı da içermektedir.⁸⁹⁵

d. Hangi anda öngörmek gerekir?

Öngörme anı en geç sözleşmenin kurulması am olabilir.⁸⁹⁶ Zira satıcının ancak bu andan önce öngördüğü riskleri değerlendirmesine dahil etmesi ve ona göre sözleşme içeriğini şekillendirmesi mümkün olabilir. Sonradan edineceği bilgi ise durumu değiştirmeyecektir.⁸⁹⁷

e. Öngörülebilir olduğu kabul edilen tipik zararlar

Öngörülebilirlik kriteri hakime, diğer bütün sorumluluğu sınırlandırıcı kriterlerde olduğu gibi, karar vermesi açısından kesin bir formül sunmamaktadır. Dolayısıyla alıcının karşılaşabileceği tipik zararlar üzerinde kısaca bu kriteri sınamakta fayda vardır. Sözleşmeye aykırılık sonucu alıcının uğrayacağı en klasik zarar türü ifa etmeme zararlarıdır (*Nichterfüllungsschaden*).⁸⁹⁸ Malın ayıplı olması nedeniyle değerindeki düşüklük bunun bir örneğidir. Bu tür bir zararın öngörülebilir olduğu konusunda şüphe yoktur.⁸⁹⁹ Malın ifa edilmemesi halinde yapılması gereken ikame alım nedeniyle ödenen fazla meblağ da bir ifa etmeme zararlarıdır ve bunun öngörülebileceği açıktır. Ancak m.75 ve 76'da zaten öngörülebilirlik sınırlandırmasına yer verilmediği için bu zararın her halde ödenmesi gerekir.⁹⁰⁰

İkinci zarar türü, ifa etmeme zararına refakat eden zararlarıdır (*Begleiterschäden*). Kast edilen, malın geç teslim edilmesi nedeniyle alıcının boşuna kiraladığı depo için yaptığı harcamalar; ayıplı malın geri yollanması için yapılan masraflar; sözleşmeye aykırı ifa nedeniyle hukuki

⁸⁹⁵ *Staudinger/Magnus*, Art.74 N.37; *Karollus*, 217; *Schlechtriem*, Kolloquium, 149, 169 dn.46.

⁸⁹⁶ *Faust*, Vorhersehbarkeit, 26-27; *Erdem*, La Livraison, N.1090.

⁸⁹⁷ OLG Bamberg, 13.01.1999, CISG-Online N.516; *Erdem*, La Livraison, N.1090; *Ryffel*, 59.

⁸⁹⁸ *Kranz*, 214. Yukarıda kullanılmış olan ve CISG m.74'de esas alınan fiili zarar/yoksun kalınan kâr ayırımı yerine burada, tasnife daha elverişli olduğuna inanılan, üçlü bir ayırım yapılması tercih edilmiştir.

⁸⁹⁹ *Rossmeyer*, RIW 2000, 407, 411.

⁹⁰⁰ *Faust*, Vorhersehbarkeit, 26; *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.75 CISG, N.16 ve Art.76 N.11; *Weber*, Vertragsverletzungsfolgen, 165, 202; *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.75 N.6.

danışmanlık hizmetinden faydalanılmış olması gibi masraf kalemleridir. Kural olarak bunların da hepsinin mantıklı, makul bir satıcı tarafından öngörülmesi mümkündür⁹⁰¹.

Son zarar tipi ise devam eden zararlardır (*Folgeschäden*). Nitekim öngörülebilirlik sınırlamasına en fazla bu zarar kalemlerinin sınırlandırılmasında ihtiyaç duyulmaktadır⁹⁰². Yoksun kalanın kâr bu zararlardan ilkidir. Her ne kadar CISG m.74 bunun tazminini açıkça düzenlemekteyse de ancak satıcı açısından öngörülebilir olan bir kâr yoksunluğu tazminat talebine konu olabilir. Avusturya Yüksek Mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda⁹⁰³ kullandığı ifade bir konuda yol göstericidir: “*Satıcının yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmiş olsaydı alıcının malları başkalarına satmak suretiyle elde edeceği kazancın tazmin edilmesi ancak, bu satım olasılığını satıcının hesaba katması gerektiği hallerde mümkündür. Ticaret konusu olacağı her zaman hesaba katılmak gerekir.*” Diğer bir devam eden zarar türü, alıcının satın almış olduğu ayıplı malı başkasına sattığı hallerde bu kişiye karşı sorumlu tutulması durumunda doğmaktadır. Yine uygulamadan örnek verilecek olursa: “*Davalı [satıcı], alıcının arabayı kendi kullanımı için satın almadığını ve fakat kendisinin de tacir olması itibarıyla yeniden satmak için aldığını bilmektedir. Dolayısıyla ayıplı bir malın üçüncü kişiye satılması nedeniyle alıcının sorumlu tutulacağına hesaba katması mümkündür. Bu zararın öngörülebilirliği sadece, olağan dışı bir kapsamda olması ve bu nedenle satıcı tarafından hesaba katılmayacak olması durumunda reddedilir.*”⁹⁰⁴ Yine devam eden zarar kategorisinde değerlendirilecek bir husus itibar kaybından kaynaklanan zararlar (*goodwill* zararı). Bu hallerde öngörülebilirlik mahkemelerce bazen kabul edilmekte, bazen ret olunmaktadır – genel geçer bir kural koymak mümkün gözükmemektedir⁹⁰⁵. Sorunlu diğer bir zarar türü ise ayıp nedeniyle alıcının diğer malvarlığı değerlerine bir zarar gelmiş olması halidir⁹⁰⁶. Kural olarak bunların da bir sınırlama olmadan tazmini gerekecektir. Zira zarar verme rizikosunu olan bir malın gerçekten zarar vermesi halinde satıcının sorumlu olması normaldir. Bu durumda sadece malın alıcı tarafından kullanım amacına uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığı ölçüde başvurulabilecektir.⁹⁰⁷ Ancak onun ötesinde öngörüle-

⁹⁰¹ Karş. Schlechtriem/Schwenzer/Stoll / Gruber, Art.74 N.18-20.

⁹⁰² Schlechtriem/Schwenzer/Stoll / Gruber, Art.74 N.43.

⁹⁰³ OGH 06.02.1996, CISG-Online N.224.

⁹⁰⁴ OLG Köln, 21.05.1996, CISG-Online N.254. Aynı yönde BGH 25.11.1998, CISG-Online N.353.

⁹⁰⁵ Bkz. yukarıda dn.788 ve Rossmeyer, RIW 2000, 407, 411.

⁹⁰⁶ Bu konuda bkz. bu bölümde yukarıda başlık I.

⁹⁰⁷ Fischer, 51; Kranz, 217-218; Karollus, 218; Neumayer/Ming, Art.74 N.5; Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.306'da şu örneği vermektedir: Almanya'da yerle-

bilirlik kriteri bu zararları sınırlandırmak için hakime pek yol göstermemektedir.

VI. Alıcının Seçimlik Hakları ve Tazminat Talebi Arasındaki İlişki

CISG m.45 uyarınca alıcının diğer hukuki imkanlarından faydalanmış olması onun tazminat talep etme hakkını etkilemez. Seçimlik haklarından her birinin yanı sıra ayrıca tazminat talep etme hakkı bakidir⁹⁰⁸. Ancak talep edilebileceği tazminatın kapsamı seçmiş olduğu hukuki imkana göre değişecektir⁹⁰⁹. Alıcının, sözleşmeden dönme üzerine isteyeceği tazminat ile, semenin tenzilinini yanı sıra isteyeceği tazminatın aynı olmayacağı açıktır.

- *Gecikmiş ifa ve tazminat*: Alıcı CISG m.46, f.1 uyarınca aynen ifa konusunda ısrar etmişse, gecikmeden doğan zararlarının tazminini m.74 uyarınca talep edebilecektir.
- *Yenisi ile değiştirme ve tazminat*: Alıcı CISG m.46, f.2 uyarınca sözleşmenin esaslı ihlali hallerinde, malın yenisi ile değiştirilmesini ve bu bağlamda doğan bütün zararlarının tazminini m.74 uyarınca isteyebilir. Özellikle malların muhafaza ve geri yollanması masrafları, gecikmeli ifadan doğan masrafları, alıcının arada uğradığı kazanç kaybı gibi kalemler söz konusu olacaktır.
- *Tamirat ve tazminat*: Alıcı CISG m.46, f.3 uyarınca tamirat talep etmişse, yine CISG m.74 uyarınca tazminat talep edebilir. Bu hallerde de alıcının sözleşmeye uygun ifaya geç kavuşması nedeniyle uğradığı bir zarar olabilecektir. Hatta duruma göre malı kendisinin tamir etmiş olması halinde de tazminat talep etmesi mümkündür.
- *Semenin tenzili ve tazminat*: Alıcının semenin tenzili hakkını seçmiş olması halinde bunun yanı sıra tazminat isteyebileceği tartışmasızdır. Fakat bu tazminat hesabına, teslim edilen malın sözleşmeye aykırı olması nedeniyle değerinin düşük olması dahil edil-

şik satıcı, Fransız alıcısına, inşaat sektöründe kullanılan plakaların yapıştırılması için bir yapıştırıcı satmıştır. Bu tür bir yapıştırıcıdan, ciddi ağırlıklara dayanmasının ve etkin olmasının beklenmesi normaldir. Eğer alıcı, kullanım amacına uygun olarak bu yapıştırıcıyı bir çatıya yapıştırılan plakalar için kullanmış ancak bunlar kısa süre için yerinden oynamış ve üzerine düştükleri başka mallara zarar vermişse, satıcının sorumlu tutulması normaldir. Zira satım konusu mal kullanım amacına uygun şekilde değerlendirilmiştir.

⁹⁰⁸ Brunner, Art.74 N.2; MünchKommHGB/Mankowski, Art.74 CISG, N.4.

⁹⁰⁹ Bkz. Zeller, 71; MünchKommBGB/P.Huber, Art.74 N.7; Ziegler, 204; Fischer, 51 vd.

mez⁹¹⁰. Zira bu değer düşüklüğünü telafi etmek için zaten semen uyarlanmıştır. Ancak alıcının bunun yanı sıra uğramış olduğu refakat eden veya devam eden zararları m.74 uyarınca tazmin etmesine bir engel yoktur.

- *Dönme ve tazminat*: Yukarıda çeşitli vesileler ile üzerinde durulmuş olduğu gibi, CISG, dönme hakkının kullanılması halinde sadece menfi zararın tazmin ettirilebileceği gibi bir mantık yürütmemektedir. Aksine, kural, dönme halinde de müspet zararın tazmin ettirilmesidir. Nitekim CISG m.75 ve 76'da ikame alıma ilişkin düzenlemelerin de ancak sözleşmeden dönülmesi halinde uygulanabilecek olması, aynı düşünceyi yansıtır. Antlaşma bu halde sözleşmenin ayakta tutulacağını değil, sözleşmeden dönüleceğini varsaymıştır⁹¹¹. Kuşkusuz bu tespit bir kez daha, yıllardır tartışılan ve İsviçre-Türk borçlar hukukunun en klasik ayırımlarından biri kabul edilen (dönme+menfi zarar) ve (ifa yerine müspet zarar) ikilisinin ne kadar göreceli olduğunu göstermektedir. CISG'ı kaleme alanlar ifa yerine müspet zarar opsiyonunu kafalarında canlandıramamıştır. Her ne kadar menfi zararın tazmini olasılığından Antlaşmada hiç bahsedilmemekteyse de (zaten bu ayırımlarla hiç karşılaşılmaz CISG'da) doktrinde alıcıya bu konuda bir seçim hakkı tanınmaktadır. Dilerse müspet zararını dilerse menfi zararını tazmin edebilmelidir.
- *İfa yerine tazminat*: CISG açısından açık kalan noktalardan biri, alıcının ifadan vazgeçip, onun yerine tazminat talep edip edemeyeceğidir. Yani BK m.106'da borçlu temerrüdünde⁹¹² alacaklıya tanınmış olan⁹¹³ (dönme + tazminat) veya (ifa + gecikme tazminatı) opsiyonlarının yanı sıra (ifa yerine tazminat) opsiyonunun varlığı konusunda CISG'da bir düzenleme bulmak mümkün değildir. Bu konuda CISG'ın mantığı içinde bir çözüm üretmek gerekir. CISG, sözleşmeden dönmenin yanı sıra müspet zararın tazminine zaten imkan tanımaktadır. Ancak sözleşmeden dönme ağır bir koşula

⁹¹⁰ Gabriel, 161; Staudinger/Magnus, Art.50 N.30.

⁹¹¹ Yani BK m. 187, f.1'de ticari satımlar için benimsenmiş olan, temerrüt halinde alıcı ifa yerine müspet zarar opsiyonunu seçer düşüncesi CISG'da yoktur. Aksine, satıcı ifa etmezse mantıklı olan alıcı sözleşmeden döner düşüncesi hakimdir bu sistemde.

⁹¹² Unutulmaması gereken, CISG'da sorunun sadece borçlunun temerrüt çerçevesinde değil, ifanın gerçekleşmiş ancak ayıplı olması hali için de tartışıldığıdır. Sözleşmeye aykırılık türleri açısından CISG bir ayırım yapmaz. Ayıplı ifa edilmiş olan mallar açısından da alıcının ifa yerine tazminat talebinin var olup olmadığı üzerinde düşünülmesi gerekir.

⁹¹³ Bu seçimlik haklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, Borçlar Genel, § 17 N.12 vd.

bağlanmış; sözleşme ihlali esaslı olmadığı sürece dönme hakkı verilmemiştir⁹¹⁴. Oysa alıcıya, sözleşmeden dönmeksizin, satıcının ediminden vazgeçip müspet zararının tazminini talep imkanı verilirse, bu esaslilik koşulu dolanılmış olacaktır. İşte bu yüzden sorununa değinen yazarlar hep, ifa yerine tazminat talebinin de ancak sözleşmeden dönme talebine ilişkin koşulların var olması halinde ileri sürülebileceğini kabul etmektedir⁹¹⁵.

⁹¹⁴ Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B II 1.

⁹¹⁵ MünchKommBGB/P.Huber, Art.74 CISG N.9; Jud, Schadenersatz, 294 vd.; Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.309; Stoll, 257, 265. Nitekim 2002 reformu sonrasında Alman hukukunda da bu yönde bir değişiklik yapılmıştır. Dönme ile birlikte müspet zararın tazmini mümkün olduğu gibi, dönme yerine müspet zarar istenmesi hallerinde de dönmenin koşullarının var olması aranmaktadır. Bunlardan en önemlisi ise sözleşmeye aykırılığın belirli bir ağırlığının olmasıdır. Eğer sadece ciddi olmayan bir sözleşmeye aykırılık söz konusu ise, alacaklının ne dönme ne de ifa yerine tazminat isteme hakkı vardır. Bkz. BGB § 281 Abs.1 Satz 3 ve § 323 Abs.5 Satz 2. Bkz. BT-Drucks 14/7052, 185; Jud, Schadenersatz, 294; Münch-KommBGB/P.Huber, Art.74 CISG N.9 dn.21.

§ 3. Satıcının Sorumluluktan Kurtulma Olanığı

A. Genel Olarak

CISG'nin ifa engelleri sisteminin temel önermeleri açıklanırken üzerinde durulmuş olduğu gibi⁹¹⁶, bu sistemde kural kusursuz sorumluluktur; tarafların bir garanti sorumluluğu vardır⁹¹⁷. Fakat bunun taraflar açısından katlanılamaz sonuçlar doğurmaması için bir ölçüde sınırlandırılması gerektiği açıktır. Sınırlama yöntemlerinden ilki, yukarıda görülmüş olduğu gibi, sorumluluğun kapsamına ilişkindir. Satıcı sadece sözleşmenin akdi anlamda öngörülebilir zararlar açısından sorumlu tutulabilmektedir (CISG m. 74)⁹¹⁸. CISG m. 79 ise sorumluluğun kurulması aşamasına ilişkin bir sınırlama getirmektedir⁹¹⁹. Buna göre, borçlunun kontrolü dışında gerçekleşen olayların sözleşmenin ihlaline sebep olması halinde tazminat sorumluluğu hiç doğmamaktadır. Ashında bu sorumsuzluk halinin temelindeki düşünce, haksız fiil hukukunda kusursuz risk sorumluluğunun kabul edildiği hallerde borçluya tanınan mücbir sebep savmasına benzer⁹²⁰. Zira sorumsuzluğun söz konusu olabilmesi için sözleşme ihlalinin öyle bir sebebe dayanması gerekir ki, ne borçluya objektif olarak atfedilebilmesi mümkün olsun, ne de onun taşınması gereken bir riziko olsun. Madde 79 uyarınca⁹²¹:

⁹¹⁶ Bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B III.

⁹¹⁷ *Keil*, 18; *Müller-Chen*, 343 vd.; *MünchKommHGB/Mankowski*, Art.79 CISG, N.1.

⁹¹⁸ *Fischer*, 48.

⁹¹⁹ Sorumluluğun kurulması/sorumluluğun kapsamının belirlenmesi ayrımı için bkz. *Atamer*, Haksız Fiil, 5.

⁹²⁰ *Common law*'da "sözleşmesel sorumluluk sebep sorumluluğudur" (*contract liability is strict liability*) ifadesinin kullanılması, haksız fiillerdeki sebep sorumluluğu ile mukayeseyi haklı kılmaktadır. *Common law*'daki bu ilke hakkında ayrıntı için bkz. *Treitel*, 1-003; *Krüger*, 24; *Nicholas*, Fault, 337 vd. Nitekim CISG m.79 ile ifadesi neredeyse kelimesi kelimesine örtüşen PICC Art.7.1.7'nin başlığının "mücbir sebep" olması da aynı şeyi göstermektedir. Yine *common law* kökenli yazarların CISG m.79'u açıklarken hep bir mücbir sebebin varlığını arıyor olması da bu sorumluluğun haksız fiil anlamındaki sebep sorumluluğuna yakınlığını göstermektedir. Örn. bkz. *Zeller*, 169 vd. Ayrıca bkz. *Serozan*, Borçlar Genel, § 15 N.4: "Garanti sorumluluğundan kural olarak ancak mücbir sebep kayıtsız, koşulsuz kurtarabilir."

⁹²¹ Bu maddenin kaleme alınışına ilişkin olarak bilgi için bkz. *Winship*, *RabelsZ* 2004, 495, 497 vd. Yazar ayrıca 2003 yılına kadar m.79'un uygulandığı 67 kararı incelemektedir.

"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 bekenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmeden dolayı sorumlu tutulmaz."

Maddenin ifadesinden anlaşılan, satıcının kusursuz olduğunu ispat etmek suretiyle sorumluluktan sıyrılması imkanının olmadığıdır. Klasik kusur dogmasına nazaran, borçluya isnat edilen ifa engellerinin çevresi daha geniştir. Örneğin ifa etmemesinin sebebinin hiçbir şekilde bekenmeyen ciddi bir hastalık veya bütün güvenlik önlemlerine rağmen gerçekleşen bir hırsızlık olması satıcıyı sorumluluktan kurtarmaz⁹²². Oysa İsviçre- Türk hukukunda böyle bir ifa engelinin tarafsız etki alanında olduğu, dolayısıyla borçlunun sorumlu tutulamayacağı kabul edilir⁹²³. Diğer yandan kusur dogması, farklı kusur derecelerine göre değişen bir tazminat hesabına imkan vermektedir ki bu da CISG çerçevesinde mümkün değildir. BK m.43'le mukayese edilebilecek bir hüküm yoktur CISG'da. Son olarak temyiz kudretinden yoksunluk nedeniyle kusur ehliyeti olmayan kişiler açısından da CISG bir ayırım yapmaz. Bu hallerde de ehliyet-siz duruma düşme rizikosunu borçludadır⁹²⁴.

Dikkat edilmesi gereken, sorumsuzluk hallerinin önem taşıdığı dönemin, edim hasarının henüz alıcıya intikal etmediği dönem olduğudur. Zira edim hasarının alıcıya geçmesi ile birlikte zaten bu tür bekenmeyen olayların rizikosunu alıcı taşımaya başlar. Dolayısıyla gönderme borçlarında taşıyıcıya, götürme borçlarında alıcıya teslim etme ve aranacak borçlarda malı, alıcının tasarrufuna hazır bulundurma anından önce gerçekleşen bir olay söz konusu olmalıdır⁹²⁵. Sadece bunlar açısından m.79 bir önem ifade eder.

CISG m.79'un, satıcının hangi yükümlülüklerini ifa etmemesi halinde onu sorumluluktan kurtarabileceği tartışmalıdır⁹²⁶. Özellikle *common law* hukuk çevresinin temsilcileri, sadece satıcının hiç ifa etmemesi halinde m.79 uyarınca kurtulmasının mümkün olduğunu; buna karşılık ayıplı mal ifa etmesi halinde sorumsuzluğun söz konusu olamayacağını

⁹²² *Medicus*, Voraussetzungen, 179, 188.

⁹²³ Örn. bkz. *Serozan*, Borçlar Genel, § 15 N.4 "BK m.117 kuralının öngörüp düzenlediği borçlunun sorumluluğunu gerektirmez sonraki imkansızlıktan söz edince, akla ilk ağızda, borçlunun elinde olmayan ve tarafsız (nötr) etki alanında oluşan hastalık, hırsızlık, kaza, doğa felaketi ve kamusal yasaklama gibi aksilikler gelir."

⁹²⁴ *Medicus*, Voraussetzungen, 179, 188.

⁹²⁵ CISG sisteminde hasarın intikali hakkında bkz. yukarıda Bölüm 4 § 4.

⁹²⁶ Maddenin hazırlık sürecinden bu tartışmaya ilişkin olarak kesin bir veri elde edilemeyeceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Krüger*, 84 vd.

savunmaktadır⁹²⁷. Yazarların ileri sürdüğü gerekçe ise “engel” (*impediment*) kavramının ancak ifayı bloke eden bir olgu için kullanılabilmesi, buna karşılık engelin ayıplı bir ifaya sebep olamayacağıdır⁹²⁸. Ancak çoğunluk tarafından kabul edildiği üzere, CISG m.79’un açık ifadesi (“*failure to perform any of his obligations*”) aksinin kabulünü gerektirir⁹²⁹. Ayrıca yukarıda da üzerinde durulmuş olduğu gibi, CISG, ifa etmeme ile ayıplı ifa etme arasında bir ayırım yapmamıştır. Özel bir tekeffül yükümlülüğü yoktur. Dolayısıyla ayıplı ifayı ayrı ele almak için bir gerekçe de yoktur⁹³⁰. Saticının yükümlülüklerinden herhangi birisini m.79 anlamında bir engel nedeniyle gereği gibi ifa edememesi halinde sorumluluktan kurtulması mümkün olacaktır⁹³¹.

CISG m.79’un, tarafların sözleşme ile kararlaştırmış oldukları sorumluluk rejimini değiştirmedikçe dikkat etmek gerekir; öncelik her zaman sözleşmesel riziko dağılımındadır⁹³². Dolayısıyla satıcının özel bazı garanti taahhütlerinin olması durumunda riziko alanının genişlemesi mümkündür⁹³³. Ancak gerçekleşen rizikonun kimin tarafından taşınacağı konusunda sözleşmede bir hüküm olmadığı hallerde m.79 devreye girer. Dolayısıyla sorumlu tutulan tarafın, önce, sözleşmede bu rizikonun kendisine yüklenmediğini, sonra da, kümülatif olarak bir arada bulunması gereken şu üç hususu ispatlaması gerekir⁹³⁴:

- i. İfa etmemesinin sebebinin etki alanı dışında kalan bir engel olduğunu; örn. genel grev;
- ii. Etki alanı dışında kalan bu engelin sözleşmenin kurulması anında hesaba katılmasının mümkün olmadığını; örn. grevin gerçek-

⁹²⁷ Honnold, CISG, N.427; Nicholas, Impossibility, § 5-10 vd.; aynı yazar, Fault, 337, 353 vd. Ayrıca bkz. Fischer, 315 ve dn.32’de anılan yazarlar. Nitekim UCC Art.2-615 uyarınca satıcının ancak ifa etmeme veya geç ifa etme halinde bu tür bir sorumsuzluk sebebine dayanma imkanı vardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Cerutti, N.489 vd.

⁹²⁸ Honnold, CISG, N.427.

⁹²⁹ Pichonnaz, N.1670; Herber/Czerwenka, Art.79 N.8; Heuzé, N.468; U.Huber, RabelsZ 1979, 413, 465 vd.; 496 vd.; Kranz, 194 vd.; Krüger, 97 vd. ve 166 vd.; Neumayer/Ming, Art.79 N.2; Schlechtriem, JZ 1999, 794 vd.; Staudinger/Magnus, Art.79 N.12; MünchKommHGB/Mankowski, Art.79 CISG, N.19; Lurger, JBI 2002, 750, 764; Flambouras, 13 Pace Int’l Rev. 261, 276. Aynı yönde Winship, RabelsZ 2004, 495, 506.

⁹³⁰ Bkz. Keil, 34; Fischer, 58 ve özellikle 316.

⁹³¹ Ancak hangi engellerin satıcının ayıplı ifa sorumluluğunu ortadan kaldırabileceği üzerinde aşağıda daha ayrıntılı olarak durulacaktır. Bkz bu başlık altında aşağıda II 4 c.

⁹³² MünchKommHGB/Mankowski, Art.79 CISG, N.21; Fischer, 54; Pichonnaz, N.1675.

⁹³³ Brunner, Art.79 N.6.

⁹³⁴ Müller-Chen, 344; Brunner, Art.79 N.4; Staudinger/Magnus, Art.79 N.15.

leşeceğini öngörebilecek durumda idiyse ve buna ilişkin olarak sözleşmede bir düzenleme yapılmıyorsa sorumluluktan kurtulamaz;

- iii. Bu engelin sözleşmenin kurulması anında öngörülmesinin mümkün olmamasına rağmen, engel ortaya çıktıktan sonra bunun dolanılmasının veya sonuçlarının aşılmasının mümkün olmadığını; örn. greve rağmen başka alternatif yolları kullanarak sözleşmeyi ifa etme imkanı varsa yine sorumluluktan kurtulamaz.

B. Sorumluluktan Kurtulabilmenin Koşulları

I. Saticının etki alanı dışında kalan bir engelin varlığı

Saticının sorumluluktan kurtulabilmesi için kontrolü altında olan alanın dışında gerçekleşen bir engel söz konusu olmalıdır. Bu sınırlamanın temelinde yatan düşünce, tarafların ikisinin de düzenli denetimlerle ve alacakları makul önlemlerle kendi sorumluluk alanlarına sahip çıkabilecekleri; bu alanda doğabilecek ifa engellerine hakim olmaları gerektiğidir⁹³⁵. Sadece bu alanın tamamen dışında kalan, harici sebepleri borçlunun kontrol etmesi mümkün olamaz; dolayısıyla sadece bunlar açısından sorumsuzluk söz konusu olur.

1. Engel: nasıl ve ne zaman?

Öncelikle tespit edilmesi gereken, CISG m.79 anlamında “engel”in (*Hinderungsgrund / impediment / empêchement*) ne ifade ettiğidir. Kuşkusuz klasik mücbir sebep halleri bu kapsamda ilk akla gelecek örneklerdir⁹³⁶. Bunlar deprem, yangın, sel, salgın hastalık, savaş, terör, sabotaj gibi doğa ve insan kaynaklı felaketler olabilir⁹³⁷. Ancak bunların yanı sıra satıcının sorumluluk alanına dahil olmayan üçüncü kişilerin davranışları da m.79 çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Örneğin ambargo, döviz düzenlemeleri, ithalat-ihracat kısıtlamaları gibi devlet tasarrufları da aynı etkiye sahip olabilecektir⁹³⁸. Engelin objektif olarak herkesi etkilemesi gerekmez de, etkisinin, satıcının teslim etmesi gereken malı başka bir yerden tedarik etmesini de imkansız kılacak ölçüde olması aranır. Yani engelin etki alanının belirli bir yaygınlığa erişmesi şarttır.

⁹³⁵ Ryffel, 90; Staudinger/Magnus, Art.79 N.16; Karollus, 207 vd.; Weber, Vertragsverletzungsfolgen, 165, 171.

⁹³⁶ Bu kavram hakkında bkz. Serozan, Borçlar Genel, § 15 N.4.

⁹³⁷ Mücbir sebep niteliğindeki olaylara ilişkin ayrıntılı bir liste için örn. bkz. ICC Force Majeure Clause 2003, Developed by the ICC Commission on Commercial Law and Practice, Paris 2003, m.3 (a)-(g); Brunner, Art.79 N.17.

⁹³⁸ Staudinger/Magnus, Art.79 N.28; Flambouras, 13 Pace Int’l Rev. 261, 267.

CISG, başlangıçtaki ve sonraki ifa engeli gibi zamansal bir ayırım yapmamıştır. Nitekim yukarıda da üzerinde durulmuş olduğu gibi, sözleşme, konusu baştan imkansız olsa dahi geçerli olarak kurulur⁹³⁹. Örneğin satıcının, sözleşmenin kurulmasında kısa süre önce bir fırtına nedeniyle batmış olan gemideki malları satmış olması, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez⁹⁴⁰. Dolayısıyla cevaplanması gereken bir soru, ifa engelini sözleşmenin kurulmasından önce doğmuş olması halinde dahi m.79 uyarınca sorumsuzluğun ileri sürülebilip sürülemediğidir. Bu husus tartışmalıdır. Yine özellikle *common law* hukuk çevresinde kabul edilen yaklaşım, başlangıçtaki imkansızlık hallerinde m.79'da düzenlenmek istenen türde bir engelin varlığını reddetmektedir⁹⁴¹. Aslında sorun *common law* hukuk çevresinde başlangıçtaki imkansızlık hallerinin farklı şekilde ele alınıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Sonradan ortaya çıkan ifa engelleri nedeniyle sözleşmenin ifasının mümkün olmaması *frustration* kavramı altında incelenip (aynı m.79'da olduğu gibi) duruma göre sözleşmeye altın (*discharge*) imkanı tanınırken, konusu imkansız sözleşmeler açısından hata nedeniyle iptal yaptırımı (*void for mistake*) öngörülmüştür⁹⁴². Fakat CISG'in ulusal hukuklardaki etkilerden uzak anlamlandırılması gerektiği üzerinde yeterince durulmuştur. Burada da farklı hareket etmemek gerekir.

Yukarıda, hata gibi, ulusal hukuklarda iptal kabiliyetini gerektiren hallerin bu Antlaşma çerçevesinde düzenlenmediği açıklanmıştır⁹⁴³. Dolayısıyla başlangıçtaki imkansızlık halinde sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olduğunu kabul eden CISG'in değer yargısını dolanarak *common law* ülkelerinde hata nedeniyle iptal imkanı vermek doğru olamaz. Nitekim aynı gerekçe ile Kara Avrupası ülkelerinde, başlangıçtaki imkansızlığın butlan sebebi sayılması da CISG çerçevesinde dikkate alınmamaktadır. Sözleşme kurulmuştur, geçerlidir, iptali de mümkün değil-

⁹³⁹ Bkz. Bölüm 3 § 3 C IV 1.

⁹⁴⁰ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 4 B II 2. Bu noktada dikkate edilmesi gereken, CISG m.68 uyarınca, nakil halindeki mallara ilişkin satım sözleşmelerinde hasarın geriye etkili olarak, yani henüz sözleşmenin kurulmadığı bir aşamaya etkili olarak alıcıya geçmesi ihtimalinin bulunduğudır. Bu hallerde, mücbir sebebin gerçekleştiği an, hasarın alıcının taşıdığı bir döneme denk düştüğü için, satıcının m.79 uyarınca sorumsuzluğunu ispat etmesi gereği kalmamaktadır.

⁹⁴¹ Honnold, CISG, N.427; Nicholas, Impossibility, § 5-14.

⁹⁴² Ayrıntılı olarak Treitel, Frustration, N.1-006 vd. *Common law* hukuk çevresindeki bu yaklaşım PECL ve PICC'de de benimsenmiştir. PECL Art.8:108 ve PICC Art.7.1.7'nin aslında tamamen CISG m.79, f.1'in lafzına sadık kalınarak kaleme alınmış olmasına rağmen, başlangıçtaki imkansızlık hallerine bu maddenin uygulanmayacağı ve fakat çözümün hata hükümleri çerçevesinde geliştirilmesi gerektiği açıkça ortaya konmuştur. Bkz. v.Bar/Zimmermann, Art.8:108, Kommentar B, 459 ve Unidroit Principles 2004, Art.3.5, 100. PICC Art.3.5 hakkında ayrıntılı bilgi ve CISG m.79 ile mukayesesi hakkında için bkz. Fischer, 263 vd.

⁹⁴³ Bkz. Bölüm 3 § 3 C IV 2.

dir. Satıcının, ifa edemeden dolayı kural olarak bir garanti sorumluluğu vardır. Nitekim birçok halde satıcının, sözleşmenin akdi öncesinde kendi sorumluluk alanında gerçekleşen olaylardan haberdar olması gerektiği sonucuna varılabileceği için buna rağmen sözleşmeyi akdetmiş olması nedeniyle sorumlu tutulması da adil kabul edilecektir⁹⁴⁴.

Ancak tamamıyla satıcının sorumluluk alanı dışında kalan gelişmeler nedeniyle ve onun bilgisi dışında yaşanan olaylardan ötürü ifanın sözleşmeye uygun gerçekleşmesinin baştan mümkün olmadığı hallerde, satıcıyı bir türlü korumak ihtiyacı olduğu da yadsınamaz. Nitekim bu yüzden doktrinde çoğunluk görüşü, başlangıçtaki imkansızlık halinde de m.79, f.1'e başvurulabileceğini kabul eder⁹⁴⁵. 1978 Taslağına ilişkin Sekreteryaya Şerhinde bu imkanın açıkça kabul etmiş olması bu görüşü desteklemektedir⁹⁴⁶. "Engel" kavramının ancak sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen olaylara ilişkin olabileceğini savunan bazı yazarların, sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşmiş olaylara m.79'un en azından kıyasen uygulanmasına sıcak bakıyor olması⁹⁴⁷, satıcının korunmasına ilişkin kaygının paylaşıldığını göstermektedir. Kanımca da başlangıçtaki sözleşmeye aykırılıktan satıcının haberdar olmadığı ve bu yüzden m.79 uyarınca sorumlu tutulamayacağı haller, hakimiyet alanının çok geniş tutulması nedeniyle zaten çok nadir söz konusu olacaktır⁹⁴⁸. Ama bu istisnai, öngörülemez, önlenemez hallerden birinin var olması halinde yine de satıcıyı sorumlu tutmak için bir sebep bulmak gerekir⁹⁴⁹. Dolayısıyla m.79'un bu hallerde de devreye girmesini kabul etmek en uygun çözümdür.

2. Engelin denetim dışı olması

Bir engelin denetim dışı olmasından bahsedildiğinde kast edilen,

⁹⁴⁴ U.Huber, Haftung des Verkäufers, 16. Ayrıca bkz. bu başlık altında aşağıda II 2.

⁹⁴⁵ Pichonnaz, N.1663; Staudinger/Magnus, Art.79 N.17; MünchKommHGB/Mankowski, Art.79 CISG, N.18; Piltz, § 4 N.224; Brunner, Art.79 N.28; U.Huber, RabelsZ 1979, 413, 496.; aynı yazar, Haftung des Verkäufers, 16; MünchKommBGB/P.Huber, Art.79 CISG, N.7; Karollus, 207; Keil, 119; Ziegler, 219.

⁹⁴⁶ Sekreteryaya Şerhi, Art.65 N.4.

⁹⁴⁷ Ayrıntılı olarak Fischer, 255 vd.

⁹⁴⁸ Örneğin LG Freiburg'a göre, satım konusu arabanın çalınmış olduğunu anlaşılması, ancak satıcının, kendisine gösterilen belgelerden bunu anlamasının mümkün olmadığı hallerde bile m.79 uygulanmaz. Zira mahkemeye göre satıcının etki alanı dışında kalan bir engel söz konusu değildir, LG Freiburg, 22.08.2002, CISG-Online N.711.

⁹⁴⁹ 2002 reformu sonrasında Alman Medeni Kanunu, konusu imkansız sözleşmelerin de geçerli olarak kurulacağı kabul etmiş (BGB § 311a, Abs.2), ancak kusur dogmasında burada da sadık kalarak, borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi halinde imkansızlıktan ötürü sorumlu tutulamayacağı çözümünü benimsenmiştir.

borçlu ve alacaklının risk alanlarının sınırlarının çizilmesidir⁹⁵⁰. Borçlunun etki sahibi olduğu, denetleyebildiği, organize edebildiği alanda gerçekleşen bir ifa engeli onun sorumluluğunu gerektirir⁹⁵¹. Zira sözleşmeyi akdederken, etki alanı içinde bir ifa engelinin doğmayacağını garanti ettiği kabul edilir. Eğer bunu garanti etmek istemiyorsa yapması gereken, sözleşmeye buna ilişkin bir sorumsuzluk kaydı koymaktır⁹⁵². Buna karşılık denetlenebileceği alanın dışında gerçekleşen, harici (*exogen / extern*) riskoların sonuçları artık alıcının katlanması gerekir. Söz konusu olan bir talihsizliktir⁹⁵³ ve bu talihsizliğin sonuçlarını (bir sigorta koruması da yoksa) alıcının kimseye aktarması mümkün değildir.

Satıcının sorumluluk alanı içinde bulunan, dolayısıyla da denetim imkanının olduğu kabul edilen yerler özellikle işyeri, işletmesi, fabrikası gibi yerlerdir. Bu yerlerde üretimin veya iş akışının sorumsuz yürütmesi için gerekli olan bütün önlemleri almak ve sözleşmenin gereği gibi ifası için gerekli olan iş gücü ve teknik teçhizatı temin etmek, bunları düzenli olarak denetlemek ve çıkabilecek olası sorunlara karşı önceden alternatifler geliştirmek satıcının sorumluluğu kapsamındadır⁹⁵⁴. Dolayısıyla özellikle iş gücünün ölüm, hastalık gibi sebeplerle kaybı; makinelerden çarışmaması, icra yoluyla makinelere el konulması gibi sebeplerden hiçbir sorumluluğu ortadan kaldıramaz⁹⁵⁵. Zira işletmesini, borçlarını gereği gibi ifa edecek şekilde organize etmek satıcıya düşer⁹⁵⁶. Dolayısıyla satıcının sorumluluğu sadece kendi davranışları için değil, ifa yardımcıları için de tamdır. İfa yardımcısının kusurlu bir davranışının olması ise gerekmez⁹⁵⁷. Satıcı ancak, aşağıda ayrı olarak üzerinde durulacak olan istisnai hallerde ifa yardımcılarının davranışlarından sorumsuz olduğu savunmasını getirebilir.

Diğer yandan borcunu yetine getirebilecek bir mali güce ve likiditeye sahip olmak da kural olarak satıcının sorumluluğu kapsamındadır⁹⁵⁸. Ödemelerin vaktinde yapılması, bunun için kullanılan araçların beklenen şekilde hareket etmesi hep denetlenebilecek hususlardan sayılır⁹⁵⁹.

⁹⁵⁰ MünchKommHGB/Mankowski, Art.79 CISG, N.24; Fischer, 63.

⁹⁵¹ Staudinger/Magnus, Art.79 N.16; Erdem, Batider 1992, 25, 98.

⁹⁵² Fischer, 63.

⁹⁵³ Bkz. aşağıda (dn.1002) aktarılan *Ashington Piggeries v Christopher Hill*, [1971] 1 All.E.R. 847, 879 kararında Lord Diplock'un ifadesi.

⁹⁵⁴ *Flambouras*, 13 Pace Int'l Rev. 261, 267 vd.; MünchKommBGB/P.Huber, Art.79 CISG, N.12; Erdem, Batider 1992, 25, 98.

⁹⁵⁵ Fischer, 64.

⁹⁵⁶ Organizasyon sorumluluğu kavramı hakkında ayrıntılı mukayeseli bilgi için bkz. *Waespi*, Organisations-haftung, Risiko und Unorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung, Bern 2005, 15 vd.

⁹⁵⁷ Staudinger/Magnus, Art.79 N.20.

⁹⁵⁸ MünchKommBGB/P.Huber, Art.79 CISG, N.16; Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, CISG-Online N.187.

⁹⁵⁹ Brunner, Art.79 N.10.

II. Sözleşmenin akdi anında bu engelin öngörülemez olması

Sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesine sebep olan engelin, satıcının hakimiyet alanının dışında olması onu kurtarmaya yetmez. Ayrıca bu engelin satıcı tarafından öngörülmesinin⁹⁶⁰ de mümkün olmaması aranır. Ticaret hayatında faal, mantıklı, makul birisinin böylesi bir engeli algılayabileceği ve sorumluluktan buna göre akdedebileceği kabul edilebilir veya satıcının sorumluluktan sıyrılması mümkün olmaz⁹⁶¹. Örneğin yerel felaketi mücbir sebep teşkil eder; ancak günümüzde meteoroloji biliminin gelişmiş olanakları karşısında bu felaketler artık bir sürpriz olmaktan çıkmıştır. Satıcının, sözleşmenin akdi anında öngerebileceği türden bir engel söz konusu ise, kendisinden beklenen, buna göre önlemlerini alması ve dilerse bir sorumsuzluk kaydı koymak suretiyle kendisini güvenceye almasıdır. Aksi takdirde, engel bir mücbir sebep teşkil etse bile sorumluluktan sıyrılması mümkün olmayacaktır⁹⁶².

Nitekim ifa konusunun başlangıçta imkansız olduğu hallerin de bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir. Zira birçok halde satıcının imkansızlığı zaten sözleşme kurulurken öngörmesi gerektiği ve bu nedenle sorumlu olduğu kabul edilecektir⁹⁶³.

III. Bu engelin aşılmasının veya dolanılmasının satıcıdan beklenemez olması

Engelin, satıcının hakimiyet alanı dışında gerçekleşmesine ve sözleşmenin kurulması sırasında öngörülmesinin de mümkün olmamasına rağmen bunun sonuçlarının dolanılması imkanı olduğu sürece yine m.79'a başvurulamaz. Yani satıcının sözleşmeyi akdettikten sonra geliş-

⁹⁶⁰ Her ne kadar CISG m.25 ve m.74'de kullanılmış olan öngörmek kavramı (*voir / prévoir / foresee*) yerine m.79'da hesaba katmak (*in Betracht ziehen / prener en considération / take into account*) kavramı tercih edilmişse de metinde yine de engelin öngörülemezliğinden bahsedilecektir. Nitekim CISG m.79'a ilişkin bütün yayınlarda da böyle yapıldığı dikkati çekmektedir. Bunun sebebi kanımca "hesaba katmak" ile "öngörmek" arasında aslında herhangi bir fark olmamasıdır. Zira ancak öngörülebilir olguların hesaba katılması mümkündür.

⁹⁶¹ Bu değerlendirmenin satıcının bakış açısı ile değil de objektif olarak gerçekleşmesi gerektiği konusunda bkz. *Brunner*, Art.79 N.32; Fischer, 68.

⁹⁶² *Pichonnaz*, N.1721. Arbitration Court attached to the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry, 24.04.1996, CISG-Online N.435 (Ukrayna Devletinin kömür ihracatına getirdiği yasaklar her ne kadar satıcının denetimi dışında bir engel teşkil etse de sözleşmenin kurulması anında bu yasaklar zaten mevcuttu ve dolayısıyla öngörülebilirdi.); ICC Hakem Kararı N.7197/1992, CISG-Online N.36 (Bulgar alıcının, sözleşmede kararlaştırılmış olan akreditifi açmamasını, Bulgar hükümetinin yabancı para borçlarının ödenmesini erteleme kararı ile açıklamak mümkün değildir. Zira erteleme kararı, sözleşmenin kurulması anında zaten mevcut olan bir karardır ve alıcı tarafından hesaba katılmış olması gerekir).

⁹⁶³ Bkz. bu başlık altında yukarıda II 1 a.

melere seyirci kalmakla yetinmesi mümkün değildir. Ortaya çıkan engelleme rağmen sözleşmeyi gereği gibi ifa etmek için en üst düzeyde çabayı göstermesi gerekir⁹⁶⁴. Örneğin belirli bir nakil yolunun kapatılması halinde yeni bir yol tespit etmesi; yurt dışına para transferinin yasaklanması halinde, yurtdışında bulunan hesaplardan ödeme yapmak için çaba sarf etmesi gibi⁹⁶⁵. Başvurmak zorunda kalacağı bu yöntemlerin daha masraflı olması onu sorumluluktan kurtarmaz. Hatta bazen, ifa edilemeyen edim yerine, ticaret hayatında ona tekabül ettiği kabul edilebilecek bir ikame mal (*a commercially reasonable substitute*) teslim etmesi de engelin dolandırılması açısından makul kabul edilebilecektir⁹⁶⁶. Ancak bu yöntemler dışından da, aşağıda üzerinde durulacak olan aşırı ifa güçlüğü sınırını dikate almak gerekir⁹⁶⁷. Eğer satıcının elindeki alternatifler onun mahvına sebep olarsa artık m.79 uyarınca kurtulabilmesi gerekir.

IV. Özel bazı haller

1. Çeşit ve genişletilmiş parça borcunda sorumsuzluk?

Doktrinde ve uygulamada genel kabul gördüğü üzere, satıcının, etki alanı dışında kalan bir engel nedeniyle çeşit borcunu ifa edemediği savunması dinlenmez. Zira çeşit borcunda satıcının bir tedarik yükümlülüğü vardır⁹⁶⁸; yani edim hasarı kendisinde olduğu sürece⁹⁶⁹ malın yanma-

⁹⁶⁴ Staudinger/Magnus, Art.79 N.34.

⁹⁶⁵ Ryffel, 93; Fischer, 70. ICC Hakem kararına konu olan bir olayda bir ABD şirketi, Libya devletine ait bir petrol şirketi ile akdettiği sözleşmede bir petrol çıkarma programının icrasını yükümlenmiş ancak personeline ABD'nin vize vermeyi reddetmesi ve gerekli teknolojik aksamın ihraç edilmesini de engellemesi nedeniyle, sözleşmedeki mücbir sebep klozuna dayanarak sözleşmeyi ortadan kaldırmak istemiştir. Hakem heyeti, ABD şirketinin dünyanın çok çeşitli ülkesinde yavru ortaklıklarının olduğu, dolayısıyla buralardan da personel ve teknoloji transferinin mümkün olacağı gerekçesi ile mücbir sebebin varlığını reddetmiştir. Bkz. ICC Hakem Kararı, N.4462/1985 ve 1987, Yb.Com.Arb. 1991, 54, 64 ve 68 (CISG'nin uyguladığı bir ihtilaf değildir).

⁹⁶⁶ OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N.261; Audit, N.182; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.79 N.23; Staudinger/Magnus, Art.79 N.34; Karollus, 209. Ayrıntı için bkz UCC § 2-614.

⁹⁶⁷ MünchKommBGB/P.Huber, Art.79 CISG, N.9.

⁹⁶⁸ Ryffel, 104; Herber/Czerwenka, Art.79 N.8; Soergel/Lüderitz/Dettmeier, Art.79 N.16; Achilles, Art.79 N.5; Kranz, 198 vd.; Piltz, § 4 N.230; Brunner, Art.79 N.11; OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N.261 (Satıcıya, kendi satıcısının mal teslim etmesi, genel tedarik rizikosu içinde değerlendirilir ve belirli bir imalat veya stokla sınırlı bir çeşit borcu söz konusu olmadığı sürece bu riziko satıcı tarafından taşınır). Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg 21.03.1996, CISG-Online N.187 (Satıcıya mal tedarik eden Çin'li imalatçının maddi güçlük yaşamaması nedeniyle malları göndermemesi satıcıyı sorumluluktan kurtarmaz); ICC Hakem Kararı, N.9378/1999, CISG-Online N.708 (*More important, non-delivery by a supplier does not fall under the concept of exemption from liability laid down in Art.79 CISG or the force majeure clause contained in the contract. The contract clearly in-*

si, naklolunduğu geminin batması, kendisine malı tedarik eden fabrikanın depremde yıkılması gibi sebeplerle borcundan kurtulması imkanı yoktur. Bu hallerde satıcının asli ifa borcu devam ettiği için, ifa etmeme halinde tazminat borcu da aynen bakidir.

Satıcının tedarik yükümlülüğünün kapsamı, öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye göre belirlenir. Eğer satıcı sadece sınırlı bir çeşit borcu altına girmişse, örn. sadece kendi fabrikasının imalatı olan kumaş teslim yükümlülüğü altında ise, fabrikasının yanması ifa borcunu sona erdirir. Diğer yandan, kendisine mal tedarik eden imalatçının vaktinde ve gereği gibi ifa etmesi şartına (*"delivery-against-supply clause"*) bağlı olarak bir sorumluluk üstlenilmişse ve bu imalatçı geç ifa etmişse, satıcının yine malı başka yerden tedarik etmesi gerekmeyecektir. Fakat sözleşmede bu tür bir düzenlemenin olmadığı hallerde satıcının kurtulması ancak çok istisnai olarak, ilgili mücbir sebep nedeniyle çeşidin piyasada artık bulunmaması veya son derece zor şartlarda edinilebilir olması halinde kabul edilebilecektir^{969a}. Yoksa malın sadece pahalılaşması, temininin güçleşmesi, satıcıya malı tedarik edenin geç ifa etmesi onu sorumluluktan kurtarmaz⁹⁷⁰.

Yukarıda çeşitli vesilelerle üzerinde durulmuş olduğu gibi, bu çalışmada genişletilmiş parça borcunun, çeşit borcu ile aynı değerlendirilmesi tercih edilmiş ve bu tercihin CISG'nin da tercihi olduğu kabul edilmiştir⁹⁷¹. Kast edilen haller, taraflar arasındaki sözleşme ile belirli bir malın edim konusu olarak belirlenmiş olmasına rağmen (fabrikada seçilen üç adet makine, araba pazarlamacısında beğenilen bir adet araba), bu malın ifasına ilişkin bir engel çıkması durumunda (sadece o makine/araba yıldırım düşmesi sonucu yanmıştır) başka bir mal ile ifanın pekâlâ müm-

dicates that the good s sold were not a specific lot, but generic goods. In this case, the risk of non-delivery by its supplier ("procurement risk") is clearly on the seller). Mukayeseli hukuk açısından bkz. Jones/Schlechtriem, N.207 vd.; Türk hukuku açısından bkz. Serozan, Borçlar Genel, § 7 N.6; Dural, 141 vd.

⁹⁶⁹ Bu konuda bkz. yukarıda Bölüm 4 § 4 A.

^{969a} Tedarik borcunun sınırı olarak aşırı ifa güçlüğü kavramı için bkz. bundan sonraki başlık.

⁹⁷⁰ OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N.261 (Tedarik edilmesi gereken demir molibdenin fiyatının piyasada üç katına çıkması satıcıyı sorumluluktan kurtarmaz). Nitekim PICC Art.6.2.1 bunu çok açık şekilde ifade etmiştir: "Bir sözleşmenin ifasının taraflardan biri için daha külfetli hale gelmiş olmasına rağmen ilgili tarafın yükümlülüklerini ifa borcu, aşırı ifa güçlüğüne ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, devam eder." Aynı şekilde PECL Art.6:111 uyarınca: "İfanın masraflarının artması veya karşı edimin değerinin düşmesi nedeniyle ifanın daha külfetli bir hal almış olmasına rağmen sözleşmesel yükümlülüklerin ifası gerekir". Aynı şekilde ICC Hardship Clause 2003, Developed by the ICC Commission on Commercial Law and Practice, Paris 2003, m.1.

⁹⁷¹ Bkz. yukarıda Bölüm 4 § 4 A ve Bölüm 5 § 2 B IV a aa.

kün olduğu hallerdir. Taraflar arasındaki sözleşmenin yorumundan, o somut "parça" olmasa bile bir başkası ile ifanın mümkün olduğu konusunda zimnen anlaşlıklarının kabul edilebileceği hallerdir. Malın, eş değerde (*Gleichwertigkeit*) ve eş işleve (*Gleichartigkeit*) sahip bir başkasının var olması halinde bunu kabul etmek uygun düşer⁹⁷². Önemli olan, işlevsel ve ekonomik açıdan, çeşit borcuna yakın bir borcun var olup olmadığıdır⁹⁷³. Bunun kabul edilebildiği hallerde, aynı çeşit borcunda olduğu gibi, parça borcunda da tedarik yükümlülüğü satıcıda olacaktır. Dolayısıyla ifanın gereği gibi gerçekleşmediği hallerde alıcı ifada ısrar edebileceği gibi tazminat borcu da m.79 uyarınca düşmeyecektir.

2. Aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sorumsuzluk?

CISG'da aşırı ifa güçlüğü kavramı ile karşılaşılmadığı gibi⁹⁷⁴ bu sorunun CISG çerçevesinde çözülüp çözülemeyeceği de tartışmalıdır. Oysa özellikle milletlerarası ticarete bu durumun doğması ihtimali az değildir. Süveyş kanalının kapatılması nedeniyle nakliye, Afrika kıtasını dolanarak gerçekleştirme mecburiyetinin olup olmadığı sorununun incelendiği davalar bugün bile günceldir⁹⁷⁵. Her ne kadar kural, bir önceki başlık altında ifade edildiği gibi, malın pahalılaşmasının, temininin güçleşmesinin satıcıyı borcundan kurtarmayacağı olmasına rağmen, bu kuralın mutlak olarak uygulanacağını söylemek de mümkün değildir. Zira bazı hallerde piyasada fiyatlar beklenmedik şekilde o kadar artabilir veya düşebilir ki, veya diğer bir engel ifayı o kadar güçleştirebilir ki borçlunun ifa etmesinde ısrarcı olmak hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir⁹⁷⁶.

⁹⁷² *Canaris, JZ 2003, 831, 834. Avusturya hukuku için aynı yönde Jud, Schadenersatz, 164-165. CISG için aynı yönde Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art.46 N.18.*

⁹⁷³ *Canaris, JZ 2003, 831, 835. Örneğin bkz. OLG Braunschweig, 4.2.2003, JZ 2003, 863 ve LG Ellwangen, 13.12.2002, NJW 2003, 517.*

⁹⁷⁴ Oysa PICC Art.6.2.2 ve PECL Art.6.1.1 (2)-(3)'de sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ve bunun mümkün olmadığı hallerde sözleşmeden dönme imkanı özel olarak düzenlenmiştir. Kavram hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Dural, 17 vd.; Serozan, Borçlar Genel, § 20.*

⁹⁷⁵ Bu davalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Treitl, Frustration, N.4-071 vd.; ayrıca Najork, 152.*

⁹⁷⁶ Ani bir devalüasyon buna örnek oluşturabilir; buna karşılık müzmin bir enflasyon asla borçluyu sorumluluktan kurtarmaz. Şilili bir satıcı ile Belçikalı bir alıcı arasında, donmuş frambuaz satımına ilişkin sözleşmenin ifası aşamasında alıcının, dünya fiyatlarındaki ciddi düşme nedeniyle ifadan kaçınması kabul edilmemiştir. Mahkemeye göre bu düşme mücbir sebep olarak nitelendirilemez, zira fiyatlardaki oynamalar her tacirin öngörebileceği bir olgu olduğu gibi taşınması gereken de bir rizikodur. *Rechtbank van Koophandel, Hasselt, 02.05.1995, CISG-Online N.371.*

Nitekim doktrinde çoğunluk, özellikle fiili imkansızlık ile ekonomik imkansızlık arasındaki sınırı silik olması nedeniyle m.79'un bu hallerde de uygulanması taraftarıdır⁹⁷⁷. Kuşkusuz milletlerarası ticarete bu tür kararların çok dikkatli verilmesi gerekir. PECL Art.6:111 ve ICC Hardship Clause 2003 m.1 ve 2'de kullanılmış olan ifade bu açıdan yol göstericidir. Şartların değişmesinin satıcının yükünü ağırlaştırması (*more onerous*) yetmez, yükün aşırı derecede ağırlaştırılması (*excessively onerous*) olması gerekir. Bunu değerlendirirken hakimin sözleşmeyi yorumlaması gerekir. Eğer borçlunun rizikoyu açık veya örtülü olarak üstlendiği sonucuna varılabiliyorsa m.79 uygulanamaz⁹⁷⁸. Özellikle işlemin spekülatif bir yatırım ani iniş çıkışları zaten beklenmekte ve genelde semen buna göre tespit edilmektedir⁹⁷⁹.

Gerçekleşen rizikoya ilişkin olarak sözleşmede herhangi bir düzenleme mevcut değilse, ifa etmenin borçlu için altından kalkılmaz bir külfet oluşturup oluşturmadığı araştırılacaktır. Eğer şartlarda, özellikle borçlunun ekonomik varlığını tehdit edecek bir değişme olmuşsa, kanımca ifa etmeden dolayı sorumlu tutulamamalı, m.79, f.1'in bu halleri de kapsadığı kabul edilmelidir. Zira unutulmamalıdır ki, Antlaşma uyarınca çözüm üretilemeyen her sorun için ulusal hukuk düzenlerine gidilmesi

⁹⁷⁷ *Herber/Czerwenka, Art.79 N.8; Staudinger/Magnus, Art.79 N.24; Honnold, N.432.2; Kranz, 195; Keil, 188 vd.; Morscher, 140; Krüger, 125; Schlechtriem, UN-Kaufrecht N.291; Achilles, Art.79 N.6; Weber, Vertragsverletzungsfolgen, 165, 173 vd.; Pichonnaz, N. 1753 ve 1771 vd.; Brunner, Art. 79 N.24. Buna karşılık bir İtalyan mahkemesinin verdiği kararda, aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmeden dönme hakkının CISG'da düzenlenmediği tespit edilmiştir. Mahkemeye göre bu konuda ulusal hukuklara da başvurmak mümkün olmayacaktır, zira CISG m.4 uyarınca Antlaşma kapsamı dışında bırakılmış bir konu söz konusu değildir. Olayda sözleşmenin kurulmasından sonra, ancak ifadan önce malın değerinin % 30 artmış olması söz konusudur. Bkz. Tribunale Civile di Monza, 14.01.1993, CISG-Online N.540. CISG m.79'un bu hallerde ancak kıyasen uygulanabileceği görüşünde *Fischer, 214. Bu konunun tamamen ulusal hukuklara bırakılmış olduğu yönünde Vischer, 173, 177; Flambouras, 13 Pace Int'l Rev. 261, 280.**

⁹⁷⁸ *Najork, 146; Weber, Vertragsverletzungsfolgen, 165, 174. Bir Fransız mahkemesinin verdiği karara konu olan olayda, bir tır imalatçısına klima cihazları tedarik eden Fransız şirket, bu cihazlar için gerekli bazı parçaları 8 yıl boyunca İsviçreli bir satıcıdan temin etmeyi taahhüt etmiştir. Bu süre içinde toplam 20.000 parça alınması konusunda anlaşılmıştır. Ancak otomobil pazarındaki beklenmeyen bir bunalım nedeniyle tır imalatçısı, klima cihazlarını % 50 düşük bir fiyata satın almayı Fransız şirkete dayatmıştır. Bunun üzerine şirket, kendisine parça temin eden İsviçreli satıcısına bu koşullarda ondan mal satın almaya devam edemeyeceğini beyan etmiştir. Mahkeme İsviçreli şirketin tazminat talebini kabul etmiştir. Zira 8 yıl devam edecek bir sözleşme yapan Fransız şirketin dikkatli davranıp, sözleşmesine bir yeniden pazarlık/uyarlama kızı dahil etmesi gerektiğini, bunu yapmaması halinde piyasada değişiklik yaşanması rizikosunu üstlendiği kabul edilecektir. *Cour d'appel de Colmar, 12.06.2001, CISG-Online N.694.**

⁹⁷⁹ *Achilles, Art.79 N.6; Brunner, Art.79 N.26.*

gerekecek; bu ise hukuk uyumlaştırması hedefini çok ciddi şekilde sabote edecektir⁹⁸⁰. Bu açıdan konu itibarıyla Antlaşmanın düzenleme alanı içine giren bu tür sorunları yine Antlaşma kurallarına göre çözmek daha uygun görülmektedir. Nitekim doktrinde çoğunluk bu hallerde ulusal hukuklarda mevcut "işlem temelinin çökmesi", "clausula rebus sic stantibus", "impracticability", "imprévision" gibi kurum ve kuralların⁹⁸¹ devreye girmesinin CISG m.79 nedeniyle mümkün olmadığı konusunda görüş birliği içindedir⁹⁸². Kanımca m.79'un bu hallerde uygulanması konusunda kuvvetli bir gerekçeye, *Pichonnaz* işaret etmektedir⁹⁸³. Yazara göre, m.79, f.1 uyarınca sorumluluktan kurtulmak için ispatlanması gereken üç husustan biri, yukarıda da görüldüğü gibi⁹⁸⁴, ifa engelinin aşılmasının borçludan makul olarak beklenemeyecek olmasıdır. İfanın aşırı derecede güçleştiği hallerde de aslında buna paralel bir durum söz konusudur. Gerçi f.1'deki ifade, ifanın kendisinin güçleşmesine değil, engelin ortadan kaldırılmasının güçlüğüne ilişkin olarak kullanılmıştır. Fakat bu cümleye içkin olan düşüncüyü aşırı ifa güçlüğü hallerini kapsayacak şekilde CISG m.7, f.2 anlamında genel bir ilke katına çıkarmak kanımca mümkündür.

Nitekim CISG m.46, f.3'de de bu düşüncüyü destekleyen diğer bir ifadeye rastlanmaktadır. Buna göre alıcının satıcıdan, malın tamirini talep edebilmesi ancak, bunun makul bir talep oluşturması halinde mümkündür⁹⁸⁵. Makul olmamanın göstergesi ise tamiratın çok pahalı olacağı olması, satıcının tamirat imkanını büyük zorluklarla yaratacağı olması, yeni mal temin etmek suretiyle sözleşmeye aykırılığın hemen giderilebilecek olması gibi hallerdir⁹⁸⁶. Yani söz konusu olan, asli ifa talebinin değil, tali ifa talebinin aşırı ifa güçlüğü savunması ile püskürtülebilmesidir.

⁹⁸⁰ Bianca/Bonell/Tallon, Art.79 N.3.1; Keil, 187.

⁹⁸¹ Bu kavramlar hakkında ayrıntılı mukayeseli bilgi için bkz. *Dural*, 28 vd.; *Müller-Chen*, 237 vd.; *Jones/Schlechtriem*, N.15-216 vd.

⁹⁸² *Lookofsky*, 13 Duke J. Comp. & Int'l L. (Special Issue 2003), 263, 283; *Pichonnaz*, N.1816; *Brunner*, Art.79 N.27; *Staudinger/Magnus*, Art.79 N.24; *Bianca/Bonell/Tallon*, Art.79 N.3.1.2; *Honnold*, N.432.2 dn.16; *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.79 N.31; Aynı yönde LG Aachen, 14.05.1993, CISG-Online N.86.

⁹⁸³ *Pichonnaz*, N.1769 vd.

⁹⁸⁴ Bkz. yukarıda § 3 B III.

⁹⁸⁵ AB Tüketicici Satım Yönergesi m.3, f.3'de de aynı düşünce ifade edilmiştir. Buna göre satıcıdan tamirat veya yenisi ile değiştirme istenebilmesi, bunun imkansız veya ölçüsüz bir talep olmamasına bağlıdır. Ölçüsüzlüğün söz konusu olup olmadığı araştırılmasında malın ayıparız değeri, tali ifa talebinin beraberinde getireceği masraflar, alternatif çözüm yolları gibi bir dizi unsur bir arada değerlendirilir. Bu konuda bilgi için bkz. *Grundmann/Bianca/Bianca*, Art.3 N.32 vd.

⁹⁸⁶ *Staudinger/Magnus*, Art.46 N.61 ve yukarıda Bölüm 5 § 2 B III 2 c ve IV 1 b ve 2 a.

Bu düşünceler ışığında m.79'un, sadece ifanın inkansız olduğu hallerde uygulanacağı yönünde yorumlanması kanımca mümkün değildir. İfanın geçici olarak engellenmesi, kısmen engellenmesi gibi halleri de kapsayan bu normun ifanın aşırı güçleşmesi halinde de satıcıyı sorumluluktan kurtarabilmesi gerekir.

Ancak aşırı ifa güçlüğü sözleşme üzerinde ne tür bir etkisi olacağı konusunda aynı konsensüsü bulmak mümkün değildir. Bu hallerde, bir görüşe göre, sadece dönme hakkı kullanılabilir⁹⁸⁷. Diğer bir görüş ise m.79'da var olduğu kabul edilen boşluğu m.7, f.2 yardımıyla genel ilkelere doldurmakta ve özellikle PICC Art.6.2.3 (4)'e dayanarak, hem taraflar için bir yeniden müzakere yükümlülüğü hem de duruma göre hakime sözleşmeyi uyarlama imkanı vermektedir⁹⁸⁸. Aynı sonuca varmakla beraber, yeniden müzakere yükümlülüğünü ve uyarlama imkanını CISG m.7, f.1'e, yani milletlerarası ticarete dürüstlük kuralını gözetme hükmüne dayandıranlar da vardır⁹⁸⁹.

3. Ayıplı mal teslim edilmesi halinde sorumsuzluk?

Yukarıda ifade edilmiş olduğu gibi, satıcının ayıplı mal ifa ettiği hallerde de CISG m.79'un uygulanabileceği çoğunluk tarafından kabul edilmektedir. Ancak tespit edilmesi gereken, satıcının somut olarak hangi hallerde bu maddeye dayanabileceğidir. Zira ilke, hiç tereddütsüz, satıcının garanti sorumluluğudur. Dolayısıyla ancak çok sınırlı hallerde bu tür bir kurtuluş imkanı tanınacaktır⁹⁹⁰. Akla gelebilecek bir olasılık, satıcının bir götürme borcunun var olduğu hallerde malı nakletmek için yüklediği geminin bir grev nedeniyle limanda bekletilmesi sırasında malların bozulması olabilir. Ancak bu hallerde teslim anına kadar edim hasarını satıcı taşıdığı için, bozulan malın yerine başkasının konulması mümkün olduğu sürece m.79'a dayanılmaz. Bu ana kadar tedarik yükümlülüğü satıcıdadır. Sadece saf parça borcunun söz konusu olduğu hallerde bunun zarar görmüş olması halinde m.79'un uygulanması düşünülebilir⁹⁹¹. Dok-

⁹⁸⁷ *Pichonnaz*, N.1821; *Morscher*, 146 vd.

⁹⁸⁸ *Brunner*, Art.79 N.27.

⁹⁸⁹ *Staudinger/Magnus*, Art.79 N.24; *Weber*, Vertragsverletzungsfolgen, 165, 174. Buna karşılık *Stoll*, sözleşmeye uygun ifade ısrar etmenin dürüstlük kuralına aykırılığı olması haliyle sınırlı olarak m.7, f.1 uyarınca bir çözüme ulaşılabileceğini ifade etmektedir. Yazara göre, milletlerarası ticarete, sorumsuzluk kayıtları ile kendini güvenceye almak taraflara düşer; ekonomik imkansızlığın m.79 çerçevesinde değerlendirilmesi imkanı yoktur. Bkz. *Stoll*, 257, 274.

⁹⁹⁰ Örneğin LG Freiburg'a göre, satım konusu arabanın çalınmış olduğunu anlaşılması, ancak satıcının, kendisine gösterilen belgelerden bunu anlamasının mümkün olmadığı hallerde bile m.79 uygulanmaz. Zira mahkemeye göre satıcının etki alanı dışında kalan bir engel söz konusu değildir, LG Freiburg, 22.08.2002, CISG-Online N.711.

⁹⁹¹ Bkz. bu bölümde aşağıda başlık VI 2.

trinde verilen diğer bir örnek, satıcının gemiye yüklediği portakallara nakil sırasında teröristler tarafından zehir enjekte edilmesi gibi hayli uç bir ihtimaldir. Kuşkusuz bu hallerde de satıcının m.79 uyarınca sorumluluktan kurtulması imkanı olmalıdır⁹⁹².

Oysa daha sık karşılaşılabilecek bir ihtimal, malın ayıbının imalat aşamasında doğmuş olmasıdır. Acaba bu hallerde satıcının sorumluluktan kurtulmasını sağlayacak, denetim dışı bir engelden bahsedilebilir mi? Ayıbın, konstrüksiyon, fabrikasyon veya talimat sürecinde meydana gelen aksaklıklara dayanması halinde⁹⁹³ satıcının sorumluluktan kurtulması kabul edilmez⁹⁹⁴. Zira onun hakimiyet alanında gerçekleşen, öngörülmesi ve engellenmesi mümkün olan bir ayıbın var olduğu farz edilir. Hatta üzerine düşen her şeyi yapmış olmasına rağmen, olasılık hesaplarına göre önlenmesi imkansız kaçaklar (*Ausreisser*)⁹⁹⁵ için bile sorumlu tutulur⁹⁹⁶. Satıcının imalatçı olmayıp, kendisine tedarik edilen malı başkalarına satıyor olması halinde de bu değer yargısı değişmemektedir. Tedarik edilen bu mallardaki ayıplardan kaynaklanan zararlar için, imalatçı olmayan satıcıya sorumluluktan kurtulması imkanı verilmemektedir⁹⁹⁷.

Bu riziko dağılımı kanımca ikna edici olmakla beraber, teknolojik gelişim düzeyinin tespit edilmesine imkan tanımadığı "gelişim ayıpları" (*Entwicklungsfehler*)⁹⁹⁸ açısından sorumluluğun m.79 uyarınca bertaraf edilip edilemeyeceği ayrı bir sorundur. Şu ana kadar bu soruna değinmiş olan iki mahkeme kararından örnek verilecek olursa:

- 1999 yılında Alman Federal Mahkemesinin verdiği bir kararda⁹⁹⁹ Avusturyalı bir üzüm okulu müdürlüğünün kurucularını ve hastalıklarını engelleyen bir maddeyi Alman bir satıcıdan satın almıştır. Satıcı ise bu materyali doğrudan imalatçısından satın almış ve aynı paketler içinde kendi alıcılarına teslim etmiştir. An-

⁹⁹² *Stoll*, 257, 276. Ancak CISG m.5 uyarınca satıcının cismani zararlardan sorumlu olmadığı unutulmamalıdır. Dolayısıyla bu müdahale nedeniyle gerçekleşen ölüm ve yaralanmalardan zaten satıcıyı sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır.

⁹⁹³ Bu kavramlar hakkında bkz. *Özcan*, İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982, 179 vd.

⁹⁹⁴ Bu yönde *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.79 N.39; *Staudinger/Magnus*, Art.79 N.25; *Fischer*, 317; *Brunner*, Art.79 N.21.

⁹⁹⁵ Kavram hakkında bkz. *Özcan*, dn.993'deki eser, 181.

⁹⁹⁶ *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.79 N.39; *Weber*, 165, 173; *Keil*, 108; *Ryffel*, 107.

⁹⁹⁷ *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.79 CISG, N.19; *Staudinger/Magnus*, Art.79 N.26; *Brunner*, Art.79 N.22; *Ryffel*, 107-108; *U.Huber*, Haftung des Verkäufers, 20 ve 28.

⁹⁹⁸ Kavram hakkında bkz. *Özcan*, dn.993'deki eser, 184 vd.

⁹⁹⁹ BGH 24.03.1999, CISG-Online N.396, karar incelemesi için bkz. *Schlechtriem*, JZ 1999, 794 vd.

cağ imalatçının son dönemde eklemiş olduğu yeni bir katkı maddesi nedeniyle alıcının üzüm bağları ciddi şekilde zarara uğramıştır. Satıcının ise imalata ilişkin bu gelişmeden haberi yoktur, olması da mümkün değildir. Mahkeme, bu ayıbın satıcının hakimiyet alanı dışında gerçekleşmediğini tespit ederek m.79 uyarınca sorumluluktan kurtulmasını reddetmiştir. "CISG m.79 uyarınca verilmiş olan sorumluluktan kurtulma imkanı, sözleşmesel risk dağılımını değiştirmez. Yeknesak satım hukuku uyarınca satıcının sorumluluğunun sebebi alıcıya karşı, sözleşmeye uygun mal tedarik etmeyi yükümlenmiş olmasıdır. Satıcıya mal tedarik edenlerin sözleşmeye aykırı davranışları, m.79 anlamında, satıcının sözleşmeye göre aşmayı taahhüt ettiği türden bir engel teşkil eder. Bu sözleşmelerin tipik anlamı budur. Alıcının bakış açısından, malı satıcısının imal etmesi, dolayısıyla da sözleşmeye aykırılığın fiili hakimiyet alanında değerlendirilmesi sonucu m.79, f.1 uyarınca sorumluluktan kurtulmasının mümkün olmaması ile malı başka birisinden tedarik etmesi arasında bir fark yoktur. Nasıl ki, satıcının çeşitli borcunda malın kendisine teslim edilmesini temin yükümlülüğü varsa, aynı şekilde malın kendisine ayıpsız olarak teslim edilmesini temin yükümlülüğü de vardır." Mahkemeye göre satıcının ancak, hem kendisi, hem de satış zincirinde geriye dönük olarak, imalatçıya kadar bütün herkes açısından bu ayıbın kaynağında engellenemeyecek bir olgunun yattığını ispat etmesi halinde sorumluluktan kurtulması imkanı vardır.

- Yine Alman Federal Mahkemesi tarafından 2002 yılında verilmiş olan diğer bir kararda ise¹⁰⁰⁰, Almanya'da imal edilmiş olan süt tozu, bir dizi ara satıcı üzerinden nihai olarak Cezayirli bir alıcıya satılmış ve burada süt imalatı için kullanılmıştır. Ancak üretilen sütün bayat ve ekşi koktuğu tespit edilmiştir. Sorun, toz halindeyken tespit edilemeyen aktif olmayan lipazın, daha sonra süt imalatı sırasında ve muhtemelen sıcaklık nedeniyle aktif hale gelmiş olmasıdır. Her ne kadar alt derece mahkemesi, o günün bilimsel ve teknik düzeyinin, imalat sonrasında yapılan testlerde bu tür bir lipaz oluşumunun tespit edilmesine imkan tanınamaması nedeniyle m.79'un uygulanacağını kabul etmişse de Federal Mahkeme bu görüşü katılmamıştır. Mahkemeye göre davalının sorumluluktan kurtulması ancak, teslim edilen süt tozunun lipazla kontamine olduğunun, bu tozun süt imalatı için kullanılma yöntemlerine ve ortamlarına ilişkin olarak yapılacak bütün testler sonucunda da anlaşılmasının mümkün olmaması ve bunun satıcının etki

¹⁰⁰⁰ BGH 09.01.2002, CISG-Online N.651.

alanı dışında bulunan bir sebebe dayanması halinde söz konusu olur.

Soruna ilişkin olarak ilk çağrışım, satıcının ve hatta o günün bilimsel verilerine göre başka herhangi bir kimsenin kontrol edemeyeceği; hakimiyet alanının tamamıyla dışında bulunan bir engelden kaynaklanan sözleşmeye aykırılıktan satıcının sorumlu tutulmasının doğru olmadığıdır. Ancak burada bir noktanın hatırlanmasında kanımca fayda vardır. CISG m.5 uyarınca ayıplı malın sebep olduğu kişivarlığı zararları Antlaşma kapsamı dışına atılmıştır¹⁰⁰¹. Yani satıcı bunlardan ötürü ancak ulusal hukuk düzenlerinin kurallarına göre sorumlu tutulabilecektir. Örneğin süt nedeniyle bebeklerin ölmesi, üzümün zehirli olması gibi hallerde CISG uygulanmaz. Bu durumda imalatçının sorumluluğu sorunu ile karşı karşıya oluruz.

Burada üzerinde durulan sorun, zararın bir gelişme aybından kaynaklanmasına rağmen, alıcının ifa menfaatini tazmin ettirme imkanına sahip olup olmayacağıdır. Yani satın alınan malın etkileri nedeniyle üretim bağlarının kuruması, buna bağlı müşteri kaybı gibi zararların tazmin ettirilmesidir sorun. Bu hallerde kabul edilecek olan riziko dağılımının temelinde aslında tamamen hukuk politikasına ilişkin bir tercih yatığı göz ardı edilmemek gerekir¹⁰⁰². Zira ortaya çıkan zarar engellenemez, önlenemez bir zarardır. Ancak buna rağmen birisi tarafından taşınması gerektiği açıktır.

Bu konuda doktrinde iki yönde de görüş bildirilmektedir. Daha çok *common law* hukuk çevresinin temsilcileri ve onları takip edenler, gelişme ayıplarından kaynaklanan zararları da satıcının hakimiyet alanına

¹⁰⁰¹ Bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 C II 4.

¹⁰⁰² İngiliz hukukunda kahçı iz hırakmış olan hakim, Lord Diplock'un, şu ifadesi son derece çarpıcı bir şekilde sorunu ortaya koymaktadır: "My Lords, it was no one's fault that the Norwegian herring meal which was an ingredient of the compound feeding stuff for mink made the food poisonous to those animals. At the relevant time the possibility of the chemical reaction which produced the toxic substance DMNA in the course of manufacture of the meal was unthought of. In the then state of knowledge, scientific and commercial no deliberate exercise of human skill or judgment could have prevented the meal from having its toxic effect on mink. It was sheer bad luck. The question in each of these appeals is: who is to bear the loss occasioned by that bad luck? [...] The choice depends largely on one's personal view as to whether the swing of the pendulum since 1893 from caveat emptor to caveat venditor has now gone far enough and ought to be arrested, or whether it should be given further impetus, albeit a minor one, on its current course. For my part I would have been in favour of arresting it; but I recognise that a decision to the contrary is simply one of policy and, as it commends itself to the majority of your Lordships, I accept it with good grace as now forming part of the law of contracts for the sale of goods." *Ashington Piggeries v Christopher Hill*, [1971] 1 All.E.R. 847, 879, ikinci bölüm 888.

dahil etmekte ve bunlara ilişkin olarak m.79'un uygulanmayacağını savunmaktadır¹⁰⁰³. Hukukun ekonomik analizi metodu bu çözümü destekler. Zira satıcının aynı zamanda imalatçı olduğu hallerde, zararın doğumunu en az maliyetle önleyebilecek kişinin sorumlu kılınması ilkesi gereği (*cheapest cost avoider*) kendisini bu rizikolara karşı sigortalaması imkanını kullanması kendisinden beklenir^{1003a}.

Buna karşılık diğer bir görüş, m.79'un kural olarak gelişme zararlarında da sorumsuzluk sağladığını savunur¹⁰⁰⁴. Fakat bilimin en yüksek düzeyine uygun bir mal imal edildiği konusundaki ispatın getirilmesinin neredeyse imkansız olduğunu da kabul eder¹⁰⁰⁵. Eğer satıcı sadece bir ara satıcı ise, bu sefer de mal tedarik ettiği yeri iyi seçmesi gerektiği, bunu yapmadığının kabul edilebileceği hallerde bir gelişme zararı söz konusu olsa da sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir¹⁰⁰⁶.

Kanımca Antlaşmanın tercihi açıktır. Kusura dayanmayan bir garanti/riziko sorumluluğu kabul edilmiştir. Eğer satıcı/imalatçıya elinde olan her şeyi yapmış olmasına rağmen malın ayıplı olmasını engelleyemeyeceğini ispatlaması imkanı verirsek, aslında kusur sorumluluğunu arka kapıdan yeniden içeri sokmuş olurduk¹⁰⁰⁷. Dolayısıyla Antlaşmanın bu tercihinin saygı gösterip, sadece gerçekten satıcı/imalatçının hakimiyet alanı dışında kalan zararlar açısından m.79'un uygulanmasını kabul etmek daha uygun gözükmektedir. Gelişme ayıpları ise hakimiyet alanı dışında bir engelden kaynaklanmamaktadır.

4. Alıcının sebep olduğu ifa engellerinden sorumsuzluk?

CISG m.80 uyarınca "bir taraf diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz." Madde aslında dürüstlük kuralının bir yansımasıdır¹⁰⁰⁸. Hiç kimsenin, kendi yaratmış olduğu olumsuz durumdan kendi lehine bir sonuç çıkaramayacağı ilkesine dayanır¹⁰⁰⁹. Eğer alıcı ifa engelini kendisi yaratmışsa, bunun için karşı tarafı sorumlu tutamayacaktır¹⁰¹⁰. Kanımca m.80'de bu husus düzenlenmemiş olsaydı da

¹⁰⁰³ MünchKommHGB/Mankowski, Art.79 CISG, N.26; Staudinger/Magnus, Art.79 N.25; Neumayer/Ming, Art.79 N.2; Magnus, ZEuP 2002, 523, 539 vd.; Heuzé, N.469; Müller-Chen, 346; Nicholas, Impossibility, § 5-14; MünchKommBGB/P-Huber, Art.79 CISG, N.20; Brunner, Art.79 N.21.

^{1003a} Schäfer/Ott, 283 vd.

¹⁰⁰⁴ Steinmetzler, 277; Krüger, 172 vd.; Keil, 108.

¹⁰⁰⁵ Steinmetzler, 277.

¹⁰⁰⁶ Steinmetzler, 277.

¹⁰⁰⁷ Nicholas, Impossibility, § 5-14; Müller-Chen, 346.

¹⁰⁰⁸ Staudinger/Magnus, Art.80 N.2.

¹⁰⁰⁹ Freiburg, 250.

¹⁰¹⁰ MünchKommHGB/Mankowski, Art.80 CISG, N.1.

m.79 uyarınca aynı sonuca varılabilecekti. Zira alıcının davranışları da satıcı açısından, onun hakimiyet alanı dışında kalan, öngöremeyeceği ve aşamayacağı bir engel olarak değerlendirilebilecektir¹⁰¹¹. Ancak bu hususun Antlaşmada açıkça tespit edilmiş olması kuşkusuz iyi olmuştur.

CISG m.80'in uygulanabilmesi için, alıcının davranışının, satıcının sözleşmeyi ihlal etmesinin sebebi olmuş olması gerekir. Alıcının her türlü hareketi veya hareketsizliği buna sebep olabilir¹⁰¹². Alıcının davranışının ayrıca bir sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi aranmamakla¹⁰¹³ beraber sık sık bu söz konusu olacaktır. Satıcının malı teslim edeceği limanın veya geminin kendisine bildirilmemesi; imal edilecek olan makinelerin ayıbının alıcının satıcıya vermiş olduğu planlara dayanması; sipariş edilen malların teslim alınmamasına rağmen daha sonra ifa davası açılması¹⁰¹⁴ gibi ihtimaller düşünülebilir. Eğer alıcının davranışı gerçekleşseydi, satıcının ifayı sözleşmeye uygun gerçekleştireceği yüksek bir ihtimale kabul edilebiliyorsa, satıcıyı sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır¹⁰¹⁵. Yani alıcının, satıcıya karşı hiçbir talebi olmayacaktır.

Sözleşmeye aykırılığın doğumunda alıcının davranışının yanı sıra satıcının davranışının veya bir mücbir sebebin de etkili olmuş olması halinde ne yapılacak m.80'de düzenlenmemiştir. Bu hallerde maddenin temelinde yatan düşüncenin esas alınması ve tarafların davranışlarının, sonucun oluşmasındaki etkisi oranına göre rizikonun dağıtılması teklif edildiği gibi¹⁰¹⁶; tarafların davranışlarının etkisinin tartılması ve sonucun meydana gelmesinde, alıcının davranışının ağır basması durumunda doğrudan m.80'in uygulanması gerektiği de savunulmaktadır¹⁰¹⁷.

C. İfa Aşamasında Kullanılan Üçüncü Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

ULIS'in m.79'a tekabül eden düzenlemesinden farklı olarak CISG, sözleşmeye aykırılığın ifa aşamasında kullanılan üçüncü kişinin fiilinden

¹⁰¹¹ *Schlechtriem, UN-Kaufrecht, N.297.*

¹⁰¹² *Freiburg, 251.*

¹⁰¹³ *Brunner, Art.80 N.3.* Alıcının, hareketi veya hareketsizliği nedeniyle m.79, f.1 uyarınca sorumlu tutulamayacağını ispatlaması durumunda bile m.80'in uygulanabilmesi gerekir. Zira alıcının davranışı ile satıcının ifa etmemesi arasında sadece bir sebep-sonuç ilişkisi aranmıştır. CISG m.80, riziko dağılımını normatif değer yargılarına göre şekillendirmektedir. Aynı yönde *Freiburg, 252.*

¹⁰¹⁴ Bkz. OLG München 08.02.1995, CISG-Online N.143.

¹⁰¹⁵ *MünchKommHGB/Mankowski, Art.80 CISG, N.6.*

¹⁰¹⁶ *Brunner, Art.80 N.6.* Yazara göre bu durumda tazminatın hesaplanmasında ve semenin tenzihinde alıcının davranışının etkisi dikkate alınacak; dönme, tamirat gibi haklar ise her halde kullanılabilir.

¹⁰¹⁷ *MünchKommHGB/Mankowski, Art.80 CISG, N.8; Freiburg, 254 vd.*

kaynaklanması halinde borçlunun ne ölçüde sorumlu tutulabileceği hususunu özellikle düzenlemiştir¹⁰¹⁸. CISG m.79, f.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."

Yukarıda f.1'e ilişkin olarak yapılan açıklamalar, aslında satıcının kullandığı yardımcı kişilerin davranışlarından ötürü zaten hep sorumlu tutulduğunu göstermektedir. Onun çalışanları, görevlileri, işçileri hakimiyet alanına dahildir ve bunlardan sorumluluk her zaman f.1 uyarınca değerlendirilir¹⁰¹⁹. Fıkra 2'nin uygulama alanı ise, satıcının, borcun ifasını kısmen veya tamamen bıraktığı bağımsız ikame şahıslara¹⁰²⁰ (*Subunternehmer / subcontractor*)¹⁰²¹ ilişkindir¹⁰²². Yani satıcı adına, onun borcunun bir kısmını ifa etmeyi üstlenmiş kişilerin borca aykırı davranışlarından satıcının nasıl kurtulabileceği soruna çözüm aranmaktadır. Dolayısıyla satıcıya, ham madde, yarı işlenmiş ara ürün veya satım konusu malın kendisini temin eden kişiler bağımsız üçüncü kişi kapsamında değildir. Bunlar, yukarıda da üzerinde durulduğu gibi, f.1 çerçevesinde değerlendirilen yardımcı kişilerdir¹⁰²³. Bağımsız üçüncü kişi ile kast edilen banka, taşıyıcı gibi ifa sürecine dahil olan ve satıcının denetlemek ve talimat vermek suretiyle üzerinde ancak sınırlı bir kontrol icra edebileceği kişilerdir¹⁰²⁴.

¹⁰¹⁸ Dolayısıyla ULIS döneminde özellikle Alman mahkemeleri tarafından kabul edildiği üzere bu konuda ulusal hukuklara başvurulabileceği görüşü artık geçerliliğini yitirmiştir. Bkz. *MünchKommHGB/Mankowski, Art.79 CISG, N.44.*

¹⁰¹⁹ *Keil, 146 vd.; Ryffel, 99 vd.; Karollus, 213.*

¹⁰²⁰ *Pichonnaz, N.1695 vd.* Türk hukukunda bu kavram için bkz. *Oğuzman / Öz, 364.*

¹⁰²¹ UNCITRAL'in 1977 Taslağında m.50 henüz üçüncü kişi kavramı yerine, "taşeron" olarak tercüme edilebilecek "subcontractor" kavramına yer verilmekteydi. Bkz. *Honnold, Documentary, 349.* Ancak bu kavrama bir dizi hukuk düzeninde farklı bir anlam yükleniyor olması nedeniyle nötr bir kavram olarak üçüncü kişinin (*Dritter/tier/third person*) kullanılması tercih edilmiştir. Bkz. *Bianca/Bonell/Tallon, Art.79 N.2.7.*

¹⁰²² *Fischer, 74; Soerge/Lüderitz/Dettmeier, Art.79 N.22; MünchKommBGB/P.Huber, Art.79 CISG, N.23; Achilles, Art.79 N.9; Bamberger/Roth/Saenger, Art.79 CISG N.7; Bianca/Bonell/Tallon, Art.79 N.2.7.1; Kranz, 202; Loewe, 97; Erdem, La Livraison, N. 1228.*

¹⁰²³ *Flambouras'ın, 13 Pace Int'l Rev. 261, 274; Kranz, 203; Keil, 154 vd.; Fischer, 75; Brunner, Art.79 N.14; Pichonnaz, N.1704.* Nitelikim Antlaşmanın hazırlık sürecinde "üçüncü kişi" kavramının ötüne "satıcıya mal tedarik eden ve ..." eklemesinin yapılması konusunda Danimarka ve İsveç tarafından getirilmiş olan teklif reddedilmiştir. Tartışmalar için bkz. *Official Records, 379.*

¹⁰²⁴ Bkz. *Şenocak, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, 114.*

Fıkra 2'nin uygulama alanı içine giren bağımsız ifa yardımcıların borca aykırı davranışları için sorumluluktan kurtulma f.1'e nazaran daha zordur¹⁰²⁵. Zira satıcı hem de bu üçüncü kişi açısından, ifa engelinin etki alanları dışında kaldığını ve bu engelin ikisi tarafından da öngörülemeyen, önlenemez ve aşılabilir olduğunu ispat etmesi gerekir¹⁰²⁶. Engeli aşmak üçüncü kişinin elinde olduğu sürece satıcının sorumluluktan kurtulması mümkün değildir.

D. Geçici İfa Engelleri

CISG m.79, f.3 uyarınca geçici ifa engelleri etkili oldukları sürede sorumluluğu ortadan kaldırır. Örneğin ithalat/ihracat yasaklarının geçici olması halinde, bunlar ortadan kalktığı andan itibaren satıcının ifa etmesi gerekir. Sadece bu dönemde oluşan gecikmeden dolayı satıcı sorumlu tutulamaz. Tamamen sorumluluktan kurtulabilmek için kalıcı bir ifa engelinin var olması gerekir. Alıcı, geçici ifa engelinin sözleşmenin esaslı ihlali anlamına gelmemesi nedeniyle sözleşmeden dönüyor veya esaslı bir ihlal olmasına rağmen dönmek istemiyorsa¹⁰²⁷, satıcı sözleşme ile bağlı kalmaya devam eder ve engelin kalktığı andan itibaren yeniden sorumluluk doğar.

Tartışılabilir olabilecek bir husus ifa engelinin geçici olmasından anlaşılması gerektirir. Örneğin Alman İmparatorluk Mahkemesinin kararına konu olan bir olayda satıcı, değirmeninde imal ettiği una ilişkin olarak belirli bir fiyat üzerinden satın sözleşmesi akdetmiş, ancak değirmen yıldırım düşmesi sonucu yanmıştır. Alıcı, yaklaşık 1 ½ yıl sonra değirmenin yeniden faaliyete geçmesi üzerine kendisine satılmış olan unun aynı sözleşme koşulları uyarınca teslim edilmesini talep etmiştir. Bu arada un fiyatları ciddi şekilde artmıştır. Mahkeme, ifanın konusunun arada geçen zaman nedeniyle içerik değiştirdiğini ve aslında olayın geçici değil, kalıcı bir imkansızlık olarak değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁰²⁸. İlginç bir şekilde ULIS m.74'de mahkeme kararında kullanılan ifadeye benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, gecikme nedeniyle ifanın, sözleşmede kararlaştırılmış olan yükümlülükten tamamen farklı bir yükümlülüğün ifası anlamına geldiği hallerde, engelin geçici ol-

¹⁰²⁵ Keil, 144.

¹⁰²⁶ Staudinger/Magnus, Art.79 N.42.

¹⁰²⁷ CISG m.79 uyarınca sorumsuzluğun söz konusu olduğu hallerde tazminat talehi dışında diğer bütün haklar baki kaldığı için alıcının dönme hakkını kullanmasına bir engel yoktur. Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.79 N.41. Ayrıca bkz. aşağıda VI 2.

¹⁰²⁸ RGZ 42, 114, 115 vd. Bu konuda bkz. U.Huber, Haftung des Verkäufers, 15.

masına rağmen, sözleşmesel yükümlülükten temelli olarak kurtulmak mümkün olacaktır¹⁰²⁹.

Ancak CISG'nin hazırlanmasına ilişkin tartışmalarda, ULIS'in bu yöndeki ifadesine benzer bir ekleme yapılması görüşü reddedilmiştir¹⁰³⁰. Bunun sebebi daha çok, düzenlemenin nasıl yapılabileceği konusunda uzlaşma sağlanamaması olduğu için, halihazırdaki m.79, f.3 çerçevesinde dahi geçici ifa engellerinin duruma göre kalıcı ifa engelleri gibi değerlendirilmesi kabul edilmektedir¹⁰³¹. Bu görüş ya, ifa engelinin uzun süre sonra ortadan kalktığı hallerde alıcının ifada ısrarcı olmasını m.7, f.1 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık olarak nitelendirmek ya da satıcı açısından ekonomik imkansızlığın söz konusu olduğunu kabul etmek yoluyla gerekçelendirilebilir.

E. İhbar Yükümlülüğü

CISG m.79, f.4 uyarınca, bir engelin varlığı nedeniyle gereği gibi ifa edemeyen tarafın bu konuda karşı tarafı bilgilendirmesi gerekir. Bu yükümlülüğün temelinde yatan gerekçe hiç kuşkusuz karşı tarafın hemen bu yeni duruma kendisini adapte edebilmesi ve başka sözleşmeler akdetmek suretiyle zararını azaltabilmesidir^{1031a}. Dolayısıyla satıcının yapacağı bildirim özellikle engelin kalıcı olup olmadığı ve geçici ise tahmini gecikme süresi hakkında bilgi içermesi beklenir¹⁰³². Bildirim herhangi bir şekilde bağlanmamıştır, ancak m.27'deki genel kuraldan farklı olarak karşı tarafa ulaşmakla hüküm ifade eder¹⁰³³. Satıcının bu bildirim, engelden haberdar olduğu veya olması gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde yapması aranmaktadır. Bunun yapılmaması, satıcının m.79 uyarınca sorumluluktan kurtulmasını engellemez; sadece bildirim yapılmaması veya geç yapılması nedeniyle alıcının uğrayacağı zararı tazmin etmesi gerekir¹⁰³⁴. Bildirimin ratio legis'ine uygun olarak, vaktinde bildirim yapılmış olsaydı alıcının uğramayacağı zarar ne miktardaysa bu-

¹⁰²⁹ Düzenleme hakkında bkz. Dölle/U.Huber, Art.74 N.119 vd. Aynı konuya ilişkin bir düzenlemeye American Law Institute, Restatement of the Law, Second, Contracts, 1981, § 269'da yer verilmiştir. Ancak burada kriter, geçici ifa engeli sonrasında ifanın maddi açıdan daha külfetli olacak olmasıdır.

¹⁰³⁰ Official Records, 381-382.

¹⁰³¹ Bkz. Nicholas, Impossibility, § 5-18; U.Huber, Haftung des Verkäufers, 15 dn.23; Brunner, Art.79 N.30; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.79 N.42; Karolus, 210.

^{1031a} Her ne kadar Türk hukukunda bu konuda açık bir düzenleme mevcut değilse de doktrinde bu tür bir bildirim yükümlülüğü MK m.2'ye dayanılarak kabul edilmektedir, bkz. Oğuzman/Öz, 447; Dural, 131.

¹⁰³² Fischer, 77.

¹⁰³³ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.79 N.50.

¹⁰³⁴ MünchKommBGB/P.Huber, Art.79 CISG, N.31.

nun satıcı tarafından tazmin edilmesi söz konusudur. Ancak engelin sadece ifayı değil bildirimini de imkansız kıldığı hallerde satıcının tazminat yükümlülüğünün olmayacağı kabul edilir¹⁰³⁵.

F. Sorumluluktan Hangi Kapsamda Kurtulmak Mümkündür?

CISG m.79, f.5 uyarınca "[b]u madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez."¹⁰³⁶ Bu ifadeden anlaşılması gereken, m.79 uyarınca satıcının sorumluluktan kurtulduğu hallerde, alıcının tazminat talep etme hakkının düştüğü, ancak ifayı talep, dönme ve semenin tenzili haklarının baki kaldığıdır. Yani sözleşme aynen ayakta kalmakta, sözleşmeden doğan talepler yaşamaya devam etmektedir.¹⁰³⁷ Aşağıda öncelikle tazminat talebinin düşmesi ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek sorunlar, akabinde, alıcının kullanabileceği seçimlik hakları ile ilgili sorunlar üzerinde durulacaktır.

I. CISG m.79, f.5 uyarınca tazminat talebinin düşmesi

Satıcının denetim alanı dışında kalan, öngöremeyeceği ve aşamayacağı bir engel nedeniyle sözleşmeye aykırı davranmak zorunda kalması halinde, alıcının bundan kaynaklanan zararını tazmin etme yükümlülüğü yoktur. Bu hallerde alıcı atipik rizikonun sonuçlarına katlanmak durumundadır. Ancak satıcı sadece engel ile nedensellik bağı içinde olan sözleşmeye aykırılıklar açısından tazminat yükümlülüğünden kurtulur¹⁰³⁸. Örn. grev, malların gecikmeli teslimine sebep olmuşsa bundan dolayı satıcının tazminat ödemesi gerekmez. Buna karşılık malların grev nedeniyle bekletildikleri aşamada satıcının gerekli önlemleri almaması nedeniyle bir zarara uğraması halinde, bu zarar için tazminat ödenmesi gerekecektir¹⁰³⁹. Veya bir çeşit borcunun naklinin söz konusu olduğu hallerde, gemi öngörülemeyen sebeplerden batmışsa, satıcının edim yükümlülüğü devam edecektir. Bundan kurtulmak mümkün değildir zira tedarik borcu, edim hasarı alıcıya intikal edene kadar satıcıdadır. Satıcının sadece tedarik edilen yeni malın geç teslim edilmesi nedeniyle doğmuş olan zararı tazmin borcundan kurtulmak imkanı olacaktır¹⁰⁴⁰.

Açıkça Antlaşmada düzenlenmemiş olan bir husus, satıcının tazmi-

¹⁰³⁵ Fischer, 77; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.79 N.50; Piltz, § 4 N.238.

¹⁰³⁶ İngilizce metin: "Nothing in this Article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this convention."

¹⁰³⁷ Pichonnaz, N.1806 vd.; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.79 N.43.

¹⁰³⁸ Heuzé, N.451; MünchKommBGB/P.Huber, Art.79 CISG, N.26.

¹⁰³⁹ Heuzé, N.451; Bianca/Bonell/Tallon, Art.79 N.2.10.1.

¹⁰⁴⁰ Brunner, Art.79 N.12.

nat borcundan kurtulduğu hallerde aynı zamanda cezai şart (penalty) veya sözleşmede kararlaştırılmış olan götürü tazminatın da (liquidated damages) ödenmesi borcunun düşüp düşmeyeceğidir. CISG m.79, f.5'in kalem alınması sürecine bakıldığında, bu konunun düzenleme alanı dışında bırakılmak istendiği ve sorumsuzluk hallerinde sadece "Antlaşma uyarınca" tazminat talep etme imkanının olmadığından bahsediliyor olmasının, bilinçli bir tercih oluşturduğu görülmektedir¹⁰⁴¹. Nitekim doktrinde bir grup yazar gerek cezai şart, gerekse götürü hesaplanmış tazminatın akıbeti konusunda ulusal hukukun düzenlemelerinin esas alınması gerektiğini kabul etmektedir¹⁰⁴². Buna karşılık diğer bir görüş, tarafların düzenlemesinin amacına göre karar vermektedir. Eğer sözleşmeye aykırılık halinde ödenmesi gereken meblağ, CISG uyarınca ödenmesi gereken tazminatın yerini almak üzere planlanmışsa, bu durumda m.79 uyarınca bu tazminatın ödenmesi borcundan da sıyrılmak mümkün olacaktır. Buna karşılık taraflar bu meblağı zaten tazminatın yanı sıra ödenmek üzere öngörmüşse satıcının bunun ödemekten kaçınması imkanı - en azından CISG hükümlerine dayanarak - yoktur¹⁰⁴³.

Kanımca bu sorunun çözümünde, özellikle tarafların düzenleme amaçlarını esas alan bir yaklaşıma üstünlük tanınması gerekir. Unutulmaması gereken, tarafların sözleşmede kararlaştırmış oldukları hususların geçerliliği sorununun CISG m.4 uyarınca Antlaşma kapsamı dışında bırakılmış olmasıdır. Dolayısıyla cezai şart veya götürü tazminat düzenlemelerinin GİŞ içinde yer alması veya tazminat meblağının çok yüksek olması gibi sebeplerle batıl olması sorunu zaten CISG hükümlerine göre değerlendirilemeyecektir. Özellikle Antlaşma uyarınca hesaplanan tazminatın yanı sıra ödenmek üzere cezai şart veya götürü tazminat kararlaştırılmış olması halleri de bu çerçevede ele alınmak gerekir. Eğer bu tür bir sözleşme hükümünün, ulusal hukuklarda sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran hükümler uyarınca batıl sayılması imkanı yoksa o zaman satıcının bu meblağı (Antlaşma uyarınca ödeyeceği tazminattan m.79'a göre kurtuluyor olmasına rağmen) ödemesi gerekecektir. Buna karşılık ilgili sözleşme hükümleri zaten ulusal hukuk düzenlemesine göre batıl sayılabiliyorsa¹⁰⁴⁴, CISG m.79'a başvurmaya ihtiyaç kalmayacaktır. Tarafların

¹⁰⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Keil, 45 vd.

¹⁰⁴² Keil, 47; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art.79 N.9; Ryffel, 95; Piltz, § 2 N.135; Berger, RIW 1999, 401, 403.

¹⁰⁴³ Flam Bouras, 13 Pace Int'l Rev. 261, 281-282. Fischer, 124; MünchKommBGB/P.Huber, Art.79 CISG, N.27. Cezai şartın farkli kararlaştırılma şekilleri için bkz. Oğuzman/Öz, 904 vd.

¹⁰⁴⁴ Bu tür hükümlerin batıl sayılması genelde, GİŞ içinde veya tüketici sözleşmelerinde yer alıyor olmaları halinde söz konusudur. Örn. bkz. BGB § 309, Abs.1 lit.5-6 ve Avrupa Birliği Konseyi tarafından 5 Nisan 1993 tarihinde kabul edilmiş olan "Tüketici Sözleşmelerindeki Kötüye Kullanılabilir Hükümler Hakkında Yönerge"

sözleşmede sadece, m.74 vd. hükümleri uyarınca satıcının ödemek zorunda olacağı tazminata ilişkin maktu bir meblağ belirlemek istemiş olmaları halinde de çözüm aynı yoldan bulunmalıdır. Eğer borçlunun sorumsuzluğuna rağmen bir tazminat ödemesini öngören sözleşme hükmü ulusal hukuk kuralları uyarınca batıl sayılabiliyorsa satıcı kurtulur; aksi takdirde kararlaştırılan meblağ ödemesi gerekir.

II. CISG m.79'un alıcının diğer hakları üzerindeki etkisi

CISG m.79, f.5, bir sorumsuzluk halinin varlığına rağmen, alıcının, tazminat dışındaki diğer haklarının hepsini kullanmaya devam edebileceğini öngörmüştür. İlk bakışta bu maddeyi anlamlandırmak zordur. Zira Kara Avrupa'sı hukuk düzenlerinde ahşık olduğumuz ayrımları burada göremediğimiz gibi, soruna adeta tersinden yaklaşmıştır. Alman hukuk çevresine dahil olan bir hukukçu önce şu mantığı yürütürdü: acaba asli edim yükümlülüğü olarak ifa talebi düşmüş müdür? Düşmüşse (örn. imkansızlık varsa) yerine tali edim yükümlülüğü olarak tazminat gelmiş midir? Yani imkansızlık kusura dayanmakta mıdır? Veya, satıcının temerrüde düşmesi nedeniyle bir tazminat ödeme yükümlülüğü var mıdır? Veya satıcının kötü ifa etmesi nedeniyle alıcının bir tazminat talebi var mıdır? Oysa m.79 tazminat talebini, temelinde yatan sözleşmeye aykırılık türünden tamamen koparmış, ayrı düşünmüş ve ayrı ele almıştır.

Bu düzenlemenin arkasında yatan mantık aşında açıktır. İfa engelleri hukuku alanında, yukarıda açıklanmaya çalışılan¹⁰⁴⁵ *common law* yaklaşımını benimsemiş olan Antlaşma, sözleşmeye aykırılık halinde ilk yaptırım olarak tazminatı düşünmektedir¹⁰⁴⁶. Alıcının ifa talebi veya diğer hukuksal imkanları değil, tazminat talebidir merkezde olan. Dolayısıyla da tazminatın hangi hallerde ödenmesi *geremediği* sorununa odaklanılmıştır. Tazminat borcu açısından var olan bir sorumsuzluk halinin diğer talepler üzerindeki etkisi ise tali bir öneme sahip olmuştur. Ancak

(93/13/AET, ATRG 1993, L 95/29) EK 1/e. Alman hukuku açısından bkz. *Berger*, RIW 1999, 401, 404 vd. Sözleşmelerin içerik denetiminde, sözleşme hükmü ile bertaraf edilen ve adil olan çözümü yansıttığı kabul edilen yedek hukuk düzenlemesi hakime yol gösterir (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. *Atamer*, GİŞ, 188 vd. ve 204 vd.). CISG'a tabi bir sözleşmenin içerik denetiminde de hakimler aynı mantıkla hareket etmek durumundadır. Yani taraflar arasındaki sözleşme ile bertaraf edilen yedek hukuk kuralları hangisi olduğunu tespit etmeleri gerekir. İşte bu değerlendirmede CISG m.79 dikkate alınması söz konusu olabilecektir. Zira tarafların saptıkları yedek hukuk kuralı budur. Bu kural da sorumsuzluk hallerinden birinin varlığı halinde tazminata hükmedilemeyeceğini öngörmektedir. Kurala içkin değer yargısı, sözleşme içeriğini denetlerken hakime ışık tutar. Bu konuda bkz. yukarıda Bölüm 3 § 3 C II 2.

¹⁰⁴⁵ Bölüm 5 § 1 A ve B III.

¹⁰⁴⁶ *Keil*, 40 vd.

uygulamada buna bağlı olarak ortaya çıkabilecek belirsizlikleri engellemek açısından, farklı sözleşmeye aykırılık türlerine göre alıcının elindeki imkanların, satıcıya isnat edilemeyen bir ifa engelinden nasıl etkileneceği sorunu üzerinde kısaca durulmalıdır¹⁰⁴⁷:

- *Mücbir sebep*¹⁰⁴⁸ *nedeniyle ifanın gecikmesi*: Satıcıya isnat edilemeyen bir mücbir sebep nedeniyle ifa gecikmiş ve alıcı zarara uğramışsa alıcının tazminat talep etme hakkını kullanması mümkün olmaz. Ancak temerrüde düşen satıcıya karşı alıcı, ifa talebini yöneltebileceği gibi, sözleşmeden dönme imkanına da sahiptir. İfa talebi tercih edilmişse, mücbir sebebin etkilerinin geçmesinden sonra satıcının ifa etmesi gerekir. Gecikmenin esaslı bir sözleşme ihlali oluşturduğu hallerde sözleşmeden dönmek de mümkündür. Bu iki hakkın kullanımını açısından, satıcının gecikmeden sorumlu tutulamaması bir rol oynamaz. Buna karşılık tamirat/yenisi ile değiştirme ve semeni tenzil etme hakları gündeme gelmez, zira mal zaten hiç teslim edilmemiştir.
- *Mücbir sebep nedeniyle sözleşmeye aykırı bir mal teslim edilmesi*: Ayıplı ifaya rağmen, alıcının bir tazminat talebi olmayacaktır. Ancak alıcının tali ifa talebini yöneltmesi, engelin satıcıya isnat edilebilir olmasından bağımsızdır. Dolayısıyla alıcının tamirat veya yenisi ile değiştirme isteyebilmesi gerekir¹⁰⁴⁹. Diğer iki olasılık sözleşmeden dönmek veya semenin tenzildir. Bu imkanların da, sözleşmeye aykırılığın satıcıya isnat edilebilir olup olmaması ile alakası yoktur. Satıcının sorumlu olmadığı bir sebepten ötürü malın ayıplı olması halinde alıcı yine de semenin tenzil edebilir veya bu ayıp sözleşmenin esaslı ihlali anlamına geliyorsa sözleşmeden dönebilir.
- *Mücbir sebep nedeniyle edim konusunun imkansızlaşması veya ifasının aşırı güçleşmesi*: Alıcının bu hallerde elindeki imkanlara bakılacak olursa: tamirat/yenisi ile değiştirme ve semenin tenzili hakları olamaz, zira mal teslim edilmemiştir. Dönme hakkı ise vardır ve anlamlıdır. Zira malın ifasının imkansızlaşmış olmasına rağmen sözleşme sona ermemektedir¹⁰⁵⁰; dolayısıyla sözleşmeden sıyrılmak için alıcının bu hakkını kullanması gerekmektedir. Sa-

¹⁰⁴⁷ Ayrıca bkz. yukarıda Bölüm 5 § 1 B III 4.

¹⁰⁴⁸ Bütün örnekler, satıcının öngörmeyeceği ve aşamayacağı bir mücbir sebebin varlığı varsayımına dayandırılmıştır. Kuşkusuz yukarıda üzerinde durulmuş olan ve mücbir sebep düzeyinde sayılamayacak bir dizi başka olgu da satıcının ifasını engelleyebilir ve sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

¹⁰⁴⁹ Aynı görüşte *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art.79 N.46; *Ryffel*, 96; *Staudinger/Magnus*, Art.79 N.57.

¹⁰⁵⁰ *MünchKommBGB/P.Huber*, Art.79 CISG, N.28.

tıcının sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulamadığı hallerde tazminat talebi de olmayacaktır. Peki, acaba alıcının elindeki son imkan olan ifa talebi açısından bu durumda ne söylenebilir? Aslında, sorun doğuran ve f.5'in anlaşılmasını güçleştiren sadece bu haldir. Zira f.5'in ifadesi ciddiye alınacak olursa, aşılabilir bir engel nedeniyle ifası aşılmada mümkün olmayan bir edimin ifası konusunda ısrarcı olunabilecektir. Bu hallerde satıcının tazminat borcu düşecek, ama alıcının ifayı talep etme imkanı devam edecektir. Bunun bir anlamı olmayacağı ise açıktır.

ULIS m.74'de, borçlu açısından sorumsuzluğun söz konusu olduğu hallerde sadece tazminat talebinin değil ifa talebinin de düşeceği açıkça ifade edilmiş olmasına rağmen CISG'nin hazırlanması sürecinde bu düzenlemenin devralınmaması kararlaştırılmıştır. Zira delegeler arasında, ifa talebinin düşmesinin kabul edilmesi halinde, buna bağlı olarak ferî hakların ve özellikle teminatların da düşeceği kaygısı yaygındı¹⁰⁵¹. Diğer yandan bir ifa engeli çıksa bile, satıcının yine de bunu aşmak için elinden geleni yapma borcunun devam etmesi gerektiği de vurgulanmak istenmiştir. Ayrıca ifa edilmesi gereken, ancak imkansızlaşmış olan edimin yerini alan ikame değer (surrogat / stellvertretendes commodum) talep edilebilmesi açısından da ifa talebinin bir anlam ifade edeceği açıktır. Her ne kadar Antlaşmanın hazırlık aşamasında bu sorun üzerinde durulmamışsa da, alıcının ikame değere ilişkin bir talebinin olabileceği bugün yaygın olarak kabul görmektedir¹⁰⁵².

Yukarıda, ifa talebinin sınırları bağlamında bu tartışma üzerinde durulmuş olduğu için¹⁰⁵³ burada tekrar ayrıntıya girilmeyecektir. Kanımca, ifa talebinin artık hiçbir anlam ifade etmediği hallerde bu talebi bloke etmenin yolu, Antlaşmada bu konuda bir boşluk olduğunu ve bu boşluğun CISG m.7, f.2 uyarınca doldurulmasını kabul etmekten geçer. Hem ifanın imkansızlaştığı hem de aşırı ifa güçlüğüne düşüldüğü hallerde ifa talebinin düşeceği, CISG'nin temel bir ilkesi katına çıkarılmalıdır¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵¹ Official Records, 384 N.25.

¹⁰⁵² Bkz. Pichonnaz, N.1830 vd.; Staudinger/Magnus, Art.79 N.54; Schlechtriem/Schwenzler/Stoll/Gruber, Art.79 N.44; Achilles, Art.79 N.14; MünchKommHGB/Mankowski, Art.79 CISG, N.11; Piltz, § 4 N.243.

¹⁰⁵³ Bölüm 5 § 2 B III 2 c.

¹⁰⁵⁴ Tarafların sözleşmeye aykırılığa rağmen sorumlu tutulmaması gibi son derece önemli bir konuyu düzenleyen m.79'un bir dizi önemli konuyu açık bırakmış olması ve bu yüzden yoğun tartışmalara sebep olması sakıncalıdır. Bu açıdan bazı yazarların, m.79'un, Antlaşmanın en başarısız hükümlerinden biri olduğu değer yargısına katılmak gerekir. Bu yönde Honnold, CISG, N.432.1; Nicholas, Impossibility, § 5-1; Najork, 148.

ÇALIŞMADA VARILAN BAŞLICA SONUÇ

Birinci Bölüm: CISG'a ve Hukuk Uyumlaştırmasına Neden İhtiyaç Vardır?

1. Devletlerin, ticaret ve borçlar hukuku alanını düzenleyen birbirinden farklı kurallara sahip olması, milletlerarası ticaretin serbestçe gelişmesini engelleyen bir olgudur. Tarafların, aralarında ki yabancılik unsuru taşıyan ihtilafın hangi hukuk düzeninin, hangi kurallarına tabi olacağını bilmemesinin yarattığı güvensizliğin aşılmasının yollarından biri, milletlerarası alanda hukuk uyumlaştırmasına gidilmesidir.
2. Birleşmiş Milletler tarafından 1980 yılında kabul edilmiş ve 1988 yılında yürürlüğe girmiş olan, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) da bu tür bir uyumlaştırma faaliyetinin ürünüdür.
3. CISG'ı özel kılan, bir yandan satım hukuku gibi ticaretin en temel sözleşmelerinden birine ilişkin maddi hukuk kurallarını yeknesak hale getirebilmiş; diğer yandan, *common law* ve *civil law*'un, ifa engelleri hukuku alanındaki farklı yaklaşımlarını kaynaştırarak bir bütün içinde eritebilmiş olmasıdır.
4. Ortaya çıkan sentez, günümüzde Avrupa'da yoğun şekilde devam eden borçlar hukuku alanındaki hukuk uyumlaştırması projelerine ışık tuttuğu gibi; bir dizi ülkenin borçlar kanununda yaptığı revizyon sırasında da esas alınmıştır.
5. Türkiye, CISG'a bugüne kadar taraf olmamış; Türk hukuk camiası da dünyadaki hukuk uyumlaştırması projelerine katılmak veya bunları tartışmaya açmak konusunda son derece içine kapalı bir tutum sergilemiştir.

İkinci Bölüm: CISG Hangi Hallerde Uygulanır?

1. CISG'ın konu itibarıyla uygulama alanına giren sözleşmeler, milletlerarası satım sözleşmeleridir. İmal edilecek veya üretilecek malların teminine ilişkin sözleşmeler de satım sözleşmesi olarak

değerlendirilerek Antlaşmanın kapsamına alınmıştır. Her ne kadar tarafların tacir olması veya satımın ticari nitelik arz etmesi CISG'ın uygulanmasının bir önkoşulu değilse de tüketici satım sözleşmeleri CISG'ın uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Diğer yandan CISG'ın uygulanabilmesi, satım sözleşmesine konu olan malın menkul olmasına bağlıdır. Taşınmaz mallar kadar hakların satımı da bu Antlaşma kapsamında değerlendirilmez.

2. Bir satım sözleşmesinin CISG'a tabi olabilmesi için Antlaşmanın milletlerarası uygulama alanına girmesi gerekir. Satım sözleşmesini milletlerarası kılan unsur, tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunmasıdır. Bu milletlerarası işlemin CISG'la bağlantısının kurulması ise iki türlü mümkündür: Ya sözleşmeyi akdedenlerin işyerleri Antlaşmaya taraf ülkelerde bulunduğu için CISG bu sözleşmeye doğrudan uygulanır. Ya da taraflardan birinin veya ikisinin işyeri, âkit bir ülkede olmamasına rağmen, ihtilafı çözümlenecek olan hakimin devletler özel hukuku kuralları Antlaşmaya taraf bir ülkenin hukukuna atıf yapıyordur. Bu durumda CISG hükümleri bu ülkenin, milletlerarası satımlara uygulanan iç hukuk kuralları olarak devreye girer.
3. Tarafların, aralarındaki sözleşmeye CISG'ın uygulanmayacağını veya CISG'ın sadece bazı hükümlerinin uygulanacağını kararlaştırmaları mümkün olduğu gibi, tam tersine, CISG'a tabi olmayan bir sözleşmeye CISG hükümlerinin uygulanacağını kararlaştırmalarına da engel yoktur. Antlaşma irade üzerliği ilkesinin mutlak önceliğini kabul etmiştir.

Üçüncü Bölüm: Sözleşme Hükümleri, CISG ve Ulusal Hukuk Normları Arasındaki Hiyerarşi

1. Taraflar arasındaki milletlerarası satım sözleşmesinin CISG'a tabi olduğu sonucuna varılması halinde hakimin yapması gereken, sözleşmeden doğan ihtilafa uygulanacak olan kuralları tespit etmektir. Bu amaçla öncelikle taraflar arasındaki sözleşmede ihtilafın çözümüne ilişkin bir hüküm olup olmadığını, gerekirse sözleşmeyi yorumlamak ve tamamlamak suretiyle belirlemesi beklenir. Eğer hakim sözleşmede bir hüküm bulamazsa ikinci sırada CISG'ın yedek hukuk düzenlemelerine başvurur. İhtilafın çözümüne uygulanacak kurallar bu sefer CISG hükümlerini yorumlamak ve tamamlamak suretiyle tespit edilir. Ancak hakim buna rağmen ihtilafı çözecek bir norm yaratamamışsa artık son çare olarak devletler özel hukuku kurallarının atıf yaptığı ulusal hukuktaki satım hükümlerine başvurması gerekecektir.

2. Hakimin, taraflar arasındaki sözleşmeyi yorumlarken başvuracağı kurallar CISG m.8'de saptanmıştır. Taraf iradelerine anlam verilirken aslen irade kuramı, tali olarak da güven kuramı devreye girer. Diğer yandan taraflar arasında oluşmuş olan alışkanlıkların; tarafların sözleşmeye dahil olmasını kabul ettikleri teahhütlerin ve taraflarca bilindiği farz edilebilen milletlerarası teahhütlerin CISG m.9 uyarınca sözleşme içeriğinden sayılması nedeniyle, hakimin bu kurallar arasından da ihtilafa uygulanacak bir norm üretmesi ihtimali vardır.
3. Eğer taraflar arasındaki sözleşmeden ilgili ihtilafın çözümüne yarayacak bir norm bulunamıyorsa devreye CISG hükümleri girer. CISG, satım sözleşmesinin kurulması, karşılıklı borçların ifası ve ifa edilmemesi halinde bunun sonuçları hakkında ayrıntılı hükümler içermektedir. Hakimin CISG'da düzenlenmiş olan konular açısından ulusal hukuk düzenlerine başvurması mümkün değildir. Hatta düzenlenme alanı içine giren bir konuya ilişkin cevap doğrudan Antlaşmadan çıkarsanamıyorsa hakimin CISG m.7, f.2 uyarınca Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere dayanarak bu boşluğu doldurması gerekir. Yeknesak bir satım hukuk yaratma çabasına hakimler de ortak edilmiş, CISG'in boşluklarının doldurulması sayesinde ulusal hukuk düzenlerine gidilmesi ihtiyacını en aza indirmek amaçlanmıştır.
4. Ancak hakimin bütün çabasına rağmen CISG hükümlerinden bir sonuca ulaşamadığı hallerde son çare (*ultima ratio*) olarak ulusal hukuk düzenlerini uygulamak durumunda kalması mümkündür. Özellikle açıkça CISG'in uygulama alanı dışında bırakılmış olan, mülkiyetin intikali, satım konusu malın alıcı veya üçüncü bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına sebep olması gibi sorunlarda ulusal hukuk düzenleri belirleyici olacaktır.

Dördüncü Bölüm: Satıcının Yükümlülükleri

1. Satıcının CISG'da ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan yükümlülükleri, mal ve belgeleri teslim ve teslim ettiği bu malın sözleşmeye uygun olmasını temin etmektir. Satıcının, mülkiyeti nakil borcunu nasıl yerine getireceği konusunda Antlaşmada bir düzenleme yoktur. Bu konu ulusal hukuklara bırakılmıştır.
2. Satıcının malı teslim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş sayılabilmesi için ya sözleşmede belirlenmiş olan ya da Antlaşma uyarınca belirlenecek olan teslim eylemini, doğru yerde ve doğru zamanda gerçekleştirmiş olması gerekir. Aranacak borçlarda,

malın zamanında ve doğru yerde alıcı tarafından teslim alınacak şekilde hazır bulundurulmasıyla; gönderilecek borçlarda ise, malın zamanında ve doğru yerde ilk taşıyıcıya teslim edilmesiyle teslim borcu ifa edilmiş olur. Antlaşmada götürülecek borçlar için ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. Mal teslim yükümlülüğünün yanı sıra, satıcının, mal ve taşıma ile ilgili belgeleri de alıcıya vermesi gerekir (CISG m.34). Satıcının ayrıca malın paketlenmesi, taşınması, sigortalanması ile ilgili yükümlülükleri de var olabilir.

3. Satıcının ikinci yükümlülüğü, sözleşmeye uygun mal teslim etmektir. Malın sözleşmeye uygun olup olmadığı öncelikle taraflar arasındaki antlaşmada belirlenmiş olan sübjektif kriterlere; eğer böyle bir düzenleme bulunmuyorsa, tali olarak CISG m.35'de saptanmış objektif kriterlere göre belirlenir. Buna göre satıcının öncelikle taraflar arasında kararlaştırılmış olan miktar, kalite ve türde malı, yine sözleşmede kararlaştırılmış olan muhafaza içinde teslim etmesi gerekir. Tarafların, malın özel bir kullanıma elverişli veya belirli bir model veya numuneye uygun olacağı konusunda anlaşmış olmaları halinde, malın bu özellikleri de taşıması gerekeceği açıktır. Buna karşılık taraflar arasında bu konuda hiçbir düzenleme yapılmamışsa, malın mutlak kullanım amacına uygun olması ve olağan bir paket veya muhafaza içinde alıcıya sunulması aranacaktır. Sözleşmeye uygunluk, hasarın intikali anı esas alınarak değerlendirilir.

CISG m.38-39'da alıcının muayene ve ihbar külfeti düzenlenmiştir. Alıcı malı, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içinde muayene etmek durumundadır. Ayrıca gerek bu muayenenin sonucunda, gerekse daha sonra ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıkları makul bir süre içinde satıcıya bildirmelidir. Her ne kadar sözleşmeye aykırılık halinde alıcının sahip olacağı haklara ilişkin bir zamanaşımı süresi Antlaşmada düzenlenmemişse de, ihbarın yapılabileceği üst süre 2 yıl olarak belirlenmiştir. Bu 2 yıllık süre ile ulusal hukuklardaki zamanaşımı süreleri arasındaki ilişki tartışmalıdır. Sözleşmeye aykırılık ihbarının vaktinde yapılması durumunda alıcı kural olarak buna dayanma hakkını kaybeder.

Satıcının teslim ettiği mal üzerinde üçüncü kişiler hak ve taleplerinin bulunması halinde de sözleşmeye aykırı bir ifa söz konusu olur. Bu konuda genel düzenleme m.42'dir. Üçüncü kişilerin, mal üzerinde aynı veya şahsi hakka dayanan hangi talepleri için satıcının sorumlu tutulacağı bu madde uyarınca değerlendirilir.

Buna karşılık söz konusu olan, üçüncü kişilerin fikri mülkiyet hakkına dayanan bir taleple, bu durumda m.43'deki özel düzenleme devreye girer. Milletlerarası satımlarda, üçüncü kişiler tarafından ileri sürülen ve satıcının sorumlu tutulabileceği fikri hakların çevresinin sınırlandırılması ihtiyacı böyle bir ayrımı gerektirmektedir.

4. Satıcının yükümlülüklerini gereği gibi ifa edip etmediği, edim hasarının intikali anına göre saptanır. Her ne kadar CISG sadece semen hasarının intikali anına ilişkin düzelemeler içermekteseyse de, edim hasarı ile semen hasarının aynı anda geçmesi esas kabul edilmek suretiyle, bu hükümlerden bir sonuca ulaşılması kanımca mümkündür. Malın parça veya çeşit borcu olması, edim ve semen hasarının aynı anda geçeceği kuralının kabulüne engel değildir. Zira alıcının tamiratı talep etme hakkına sahip olduğu bir sistemde, parça borcu açısından da edim hasarını satıcı taşıyor demektir. Parça borcunun tamamen telef olması halleriyle sınırlı olarak edim hasarının semen hasarından önce alıcıya geçeceği düşünülebilirse de, bu hallerde de ilgili parça yerine başka bir parça ile ifa imkanının olup olmadığı dikkatle incelenmelidir. Eğer satım konusu mal, parça borcu olmasına rağmen, yerine bir başkasını koymak sorunsuz bir şekilde mümkünse ve tarafların iradesinin de buna uygun olduğu kabul edilebiliyorsa, edim hasarının halen satıcıda olduğu kabul edilmek gerekir. Dolayısıyla kural, gönderme borcunda, malın ilk bağımsız taşıyıcıya teslim edilmesi; aranacak borçlarda, mal üzerinde fiili hakimiyeti ele geçirmek veya en azından geçirme imkanını kazanmak; belirli bir yerde teslim edilecek mallarda ise burada malların alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması ile edim ve semen hasarının alıcıya intikal edeceğidir. Bu ana kadar doğan sözleşmeye aykırılıklardan ise satıcı sorumlu tutulur.

Beşinci Bölüm: Satıcının Yükümlülüklerini İhlal Etmesinin Sonuçları

1. CISG ve İsviçre-Türk hukukundaki düzenlemelerin en çok ayrıştığı alan hiç kuşkusuz ifa engelleri hukukudur. *Common law* ve *civil law* sistemlerinin farklı yaklaşımlarını bir potada eritmeyi başarmış olan Antlaşma bir dizi, bize yabancı önerme üzerine kuruludur. Öncelikle bu Antlaşmada, sözleşmeye aykırılığın sebeplerine göre bir ayırım yapılmamaktadır. Objektif/sübjektif imkansızlık, önceki/sonraki imkansızlık, temerrüt, ayıp, sözleşmenin müspet ihlali gibi kavramlarla CISG içinde karşılaşılmaz. Bunla-

rın hepsi "sözleşmeye aykırılık" (*breach of contract*) kavramı içinde eritilmiştir. CISG, genel sözleşmeye aykırılık ile satımda tekeffül hükümleri arasında bir ayırım yapmadan bütün sözleşmeye aykırı ifa tiplerini bir başlık altında toplamayı tercih etmiştir.

Öte yandan Antlaşma, kötü ifa halleri arasında da bir ayırım yapmamıştır. Ayıplı bir mal (*peius*) veya başka bir mal (*aliud*) veya eksik miktarda mal teslim edildiği hallerde, hep sözleşmeye aykırı bir ifa söz konusu olur. Alıcının bu hallerin tümünde sözleşmeye aykırılığı ihbar etmesi, haklarını kullanabilmesinin ön koşulu değildir.

Hukuki olgu aşamasında bir ayırım yapmayan Antlaşma, hukuki sonuçlar aşamasında ise dörtlü bir ayırım ile çalışmaktadır. Sözleşmeye aykırılık halinde alıcının talepleri, aynen ifa, semenin tenzili veya sözleşmeden dönme olacak; duruma göre bunların yanı sıra veya bağımsız olarak da tazminat istenebilecektir. Tamirat ve yenisi ile değiştirme talepleri aynen ifa talebinin bir devamı niteliğinde kabul edildiği için bu kavram altında ele alınmaktadır.

Alıcının bu haklardan hangilerine sahip olacağını saptarken belirleyici olan kriter ise sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığıdır. Eğer taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa CISG m.25 anlamında esaslı bir ihlalden bahsedilir. Alıcının ancak satım sözleşmesinin esaslı surette ihlal edilmiş olması halinde sözleşmeden dönme veya yenisi ile değiştirmeyi talep haklarını kullanması mümkündür. Sözleşmeye sadakat (*pacta sunt servanda*) ilkesi gereği sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırılması, birçok hukuk düzeyinde karşılaşılan bir olgu olmakla beraber, somut olarak milletlerarası satımlar açısından bu sınırlamaya gidilmesinin ayrı bir sebebi daha vardır. Gerek dönme gerekse yenisi ile değiştirme haklarının kullanılması halinde, teslim edilmiş olan malların geri alınması ve/veya yeni malların teslim edilmesi gibi meşakkatli ve masraflı bir tasfiye süreci yaşanacağı için bu seçimlik haklara başvurulması imkanı ancak son çare (*ultima ratio*) olarak verilmiştir. Sözleşmenin bir kez ifa edilmiş olması halinde, CISG'in tercih ettiği çözüm, tamirat ve tazminat haklarının kullanılması suretiyle ihlalin sonuçlarının telafi edilmesidir. Ancak ihlalin sonuçlarının belirli bir ağırlığa ulaşması halinde daha radikal sonuçlar doğuran seçimlik haklar kullanılabilir olacaktır.

Alıcının sahip olduğu hakların kullanılması, satıcının sözleşmeyi kusurlu olarak ihlal etmiş olmasını gerektirmez. CISG sisteminde, sözleşmeye aykırılıktan sorumluluk garanti sorumluluğudur. Bu sadece İsviçre-Türk hukukunda olduğu gibi ayıplı ifa halleri açısından değil bütün sözleşmeye aykırılıklar için aynıdır. Dolayısıyla satıcının sorumluluktan kurtulması ancak istisnai olarak CISG m.79'da kabul edilmiş olan sorumsuzluk sebeplerinden birinin varlığı halinde mümkündür.

2. Alıcının seçimlik haklarından birini kullanmak veya tazminat talep etmek için satıcıya bir ek süre vermesi gereği yoktur. Her ne kadar böyle bir süre tamamak konusunda serbestse de (m.47) haklarını kullanmasının ön koşulu olarak bir süre şartı düzenlenmemiştir. Ancak alıcının seçimlik haklarından bazılarını kullanması, sözleşmenin esash ihlali şartına bağlı olduğu için, sadece "normal" bir ihlali "esash" bir ihlale dönüştürmek için yeri geldiğinde bir ek süre verilmesi gereği doğabilmektedir.

Sözleşmenin ihlali halinde alıcının seçimlik haklarını kullanabilmesi herhangi bir şarta bağlanmamışsa da, satıcının CISG'da kendisine tanınmış olan sözleşmeye aykırılığı giderme hakkından faydalanmamış olması gerekir. CISG, *common law* ülkelerinde kabul edilmiş bir ilkeyi benimseyerek, satıcıya, sözleşmeye aykırı ifasının olumsuz sonuçlarını giderecek adımları atma imkânını vermiştir. Yani satıcı hemen yeni bir mal teslim veya teslim edilmiş olan ayıplı malı tamir ve doğan zararı tazmin etmek suretiyle alıcının seçimlik haklarına başvurmasını engelleme imkânına sahiptir.

Alıcının seçimlik haklarını kullanmasının engellendiği diğer bir hal ise, kendisine teslim edilmiş olan malı iade edemez duruma düşmüş olmasıdır. Kural olarak bu hallerde alıcı, sözleşmeden dönme ve yenisi ile değiştirme haklarını artık kullanamaz. Semen tenzili ve tazminat talep etmekle yetinmek durumunda kalır.

3. Satıcının sözleşmeye aykırı davranışı halinde alıcının elindeki ilk seçimlik hak, ifayı talep hakkıdır. Bu hallerde ya satıcı hiç ifa etmemiştir ve alıcının asli ifa talebi aynen devam etmektedir (m.46, f.1) ya da satıcı sözleşmeye aykırı bir mal ifa etmiştir ve alıcının, tali ifa talebi çerçevesinde malın tamirini veya yenisi ile değiştirilmesini isteme hakkı vardır (m.46, f.2 ve 3). Gerek tamirat gerekse yenisi ile değiştirme istemlerinin kabul edilebilmesi, bu istemin, CISG m.39 uyarınca yapılacak olan sözleşmeye aykırılık ihbarı ile birlikte veya bu bildirimden itibaren makul bir sü-

re içinde yöneltmiş olmasına bağlıdır. Bunun yanı sıra yenisi ile değiştirme talebinin kabulü, sözleşme ihlalinin esash olmasına; tamirat talebinin kabulü ise, tüm koşullar dikkate alındığında böyle bir talebin makul sayılabilecek olmasına bağlıdır.

4. Alıcının elindeki ikinci seçimlik hak, semenin tenzili hakkıdır. Bunun için satıcının sözleşmeye aykırı bir mal teslim etmiş ve alıcının semeni tenzil ettiğine ilişkin bir beyanda bulunmuş olması gerekir. Bu hallerde semen CISG m.50 uyarınca, fiilen teslim edilen malların teslim anındaki değeri ile sözleşmeye uygun malların aynı andaki değeri arasındaki farkla orantılı olarak indirilir.
5. Alıcının elindeki son seçimlik hak ise sözleşmeden dönmedir. Ancak bu haktan faydalanabilmesi için sözleşme ihlalinin sonuçlarının esash olması gerekir. Yani ya alıcının hiç ifa etmemesi söz konusu olacak, ya geç ifa, kesin bir vadenin varlığı nedeniyle anlamını yitirmiş olacak ya da teslim edilen mal ciddi surette sözleşmeye aykırı olacaktır. Alıcının bu sebeplerden biriyle sözleşmeden dönme hakkının var olduğu kabul edildiğinde, bu hak tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılabilir.

CISG m.49, sözleşmeden dönme beyanının ileri sürülmesi konusunda belirli süreler öngörmüştür. Eğer ifa geç gerçekleşmiş ve alıcı esash bir ihlalin varlığı nedeniyle sözleşmeden dönmek istiyorsa bunu teslimin yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde beyan etmesi gerekir. Eğer mal vaktinde teslim edilmiş ancak esash surette sözleşmeye aykırı ise bu durumda alıcının durumu bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren yine makul süre içinde dönmeyi beyan etmiş olması aranır.

Dönme beyanı ile sözleşme bir tasfiye ilişkisine girer, tarafların edim yükümlülükleri sona erdiği gibi, karşılıklı olarak ifa etmiş oldukları edimlerin iadesini talep etme hakkı doğar. Bunun yanı sıra tarafların elde etmiş olduğu yararları da iade etmesi gerekir.

Satıcının sözleşmesel bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olması halinde alıcının seçimlik haklarının yanı sıra veya tek başına tazminat talep etme hakkı vardır. Bunun için sözleşme ihlalden bir zarar doğmuş olması gerekir. CISG m.74, tam tazmin ilkesini benimsemiş ve bunun hem fiili zararı hem de yoksun kalınan karı kapsadığını açıkça belirtmiştir. Menfi zarar/müspet zarar tarzında bir ayırım Antlaşmada yoktur. Alıcının sözleşmeden dönmüş olması halinde de müspet zararını tazmin ettirmesi asıldır.

Zararın tayinine ilişkin genel kurah CISG m.74 oluşturur. Bunun yanı sıra CISG m.75 ve 76 sözleşmeden dönme halinde fiili zararın hesaplanmasında başvurulacak olan bazı yöntemleri belirler. Buna göre, alıcının malları başkasından tedarik etmek zorunda kaldığında (ikame alım) ödediği fazla semen (somut yöntem); veya cari fiyatı olan mallar için bu tür bir ikame alım yapmamış olsa bile fiktif olarak, fazla ödemek zorunda kalacağı varsayılan semen (soyut yöntem), fiili zararın hesaplanmasında dikkate alınır. Fakat diğer zarar kalemlerinin hesaplanmasında m.74'e başvurulacağı gibi, sözleşmeden dönme hali dışındaki seçimlik hakların kullanılmasında da zarar yine m.74 uyarınca belirlenir.

Sorumluluğun sınırlandırılması konusunda CISG'nin kabul ettiği formül şudur: tazminat miktarı, sözleşmeyi 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. Sorumluluk, öngörülebilir zararlarla sınırlı bir sorumluluktur. Bu kural (*contemplation-rule*) aslında kusursuz sorumluluk ilkesinin tamamlayıcısıdır. Madem borçlu prensipte her sözleşme ihlâlinin sorumlu tutulmaktadır, bu durumda sadece sözleşmeyi akdederken öngörebileceği ve hesaba katabileceği zararlar için sorumlu olması mantıklıdır. Bu kriterin temelinde yatan düşünce, tarafların, sözleşme akdederken belirli rizikoları göze aldıkları ve bunları hesaba katarak sözleşmedeki edim/karşı edim dengesini oluşturduklarıdır. Dolayısıyla bu çerçevenin dışında kalan bir riziko gerçekleşmişse bunu alıcının taşıması gerekir.

6. CISG m.79, kusur aranmaksızın sorumlu tutulan satıcıya bazı hallerde sorumluluktan kurtulma imkanı vermiştir. Eğer 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 mümkün olursa tazminat borcu doğmaz. Yani CISG sadece, satıcının riziko alanında gerçekleşmeyen engeller nedeniyle sözleşmeye aykırılığın doğmuş olması halinde sorumluluktan kurtulma imkanı vermektedir. Dolayısıyla CISG'da, klasik kusur dogmasına nazaran, borçluya isnat edilen ifa engellerinin çevresi daha geniştir. Örneğin ifa edememesinin sebebinin hiçbir şekilde beklenmeyen ciddi bir hastalık veya bütün güvenlik önlemlerine rağmen gerçekleşen bir hırsızlık olması satıcıyı sorumluluktan kurtarmaz. Diğer yandan kusur dog-

ması, farklı kusur derecelerine göre değişen bir tazminat hesabına imkan vermektedir ki bu da CISG çerçevesinde mümkün değildir. BK m.43'le mukayese edilebilecek bir hüküm yoktur CISG'da. Son olarak temyiz kudretinden yoksunluk nedeniyle kusur ehliyeti olmayan kişiler açısından da CISG bir ayırım yapmaz. Bu hallerde de ehliyetsiz duruma düşme rizikosunu borçlu taşır.

Sözleşmeye aykırılık, satıcının ifa aşamasında kullandığı üçüncü kişilerin fillerine dayanıyorsa, bunlardan da kural olarak satıcı sorumlu tutulur. Bu hallerde ancak, hem kendisi hem de üçüncü kişi açısından, ifa engelini etki alanı dışında kaldığı ve bu engelin ikisi tarafından da öngörülemeyen, önlenemez ve aşılamaz olduğunu ispat etmesi durumunda sorumluluktan sıyrılması mümkündür. Engeli aşmak üçüncü kişinin elinde olduğu sürece satıcının sorumluluktan kurtulması söz konusu olmaz.

Ek 1 Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması¹

Bu Antlaşmaya taraf Devletler
Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Yeni Milletlerarası Ekonomik Düzen'in kurulmasına ilişkin altıncı özel oturumunda kabul edilmiş olan kararlarıdaki 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 devletler âkit devletlerin olması veya
 - (b) milletlerarası özel hukuk kurallarının âkit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanır.
- (2) Tarafların işyerlerinin aynı 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 adı veya ticari nitelikte olması dikkate alınır.

¹ Bu Antlaşmanın tercümesi İstanbul Üniversitesi ve İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi mensuplarının katkılarıyla, Prof. Dr. Gülören Tekinalp, Prof. Dr. Ünal Tekinalp ve Prof. Dr. Hasan Erman başkanlığında hazırlanmış olup 25.01.2005'de İÜHF Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Münasebetler Araştırma ve Uygulama Merkezi, İÜHF Avrupa Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi ve İÜHF Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından Adalet Bakanlığına tevdi edilmiştir.

Madde 2

Bu Antlaşma aşağıdaki satımlara uygulanmaz:

- (a) Kişisel veya ailevi 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 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 ilkelerin 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 uygulanıyorsa, 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 zmnen 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 madde 11 ve 29 veya II. Kısımın 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 şartları 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 alınmaz 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 alınmaz olduğuna güvenmek makul sayılabiliyorsa ve muhatap bu icaba güvenerek hareket etmişse icap geri alınmaz.

Madde 17

İcap geri alınmaz olsa bile, red beyanı icapta bulunana vardığı anda hükümünü 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. Bu açıklama, icapta bulunana, tespit ettiği süre içinde veya böyle bir tespitin yokluğunda, işlemin yapıldığı koşullar ve icapta bulunana kullanılmış iletişim araçlarının hızı da dikkate alındığında makul bir süre zarfında ulaşmadığı takdirde, kabul hükümlerini doğurmaz. Aksi hal ve şartlardan anlaşılmadıkça sözlü icap derhal kabul edilmelidir.
- (3) Ancak taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar, teamüller veya icap nedeniyle, muhatap, icapta bulunana haber vermeksizin örneğin malın gönderilmesi veya semenin ödenmesi gibi eylemlerle muvafakatini ifade etmişse, kabul, fıkra 2'de öngörülen müddet içinde yapılmak kaydıyla eylem anından itibaren hüküm doğurur.

Madde 19

- (1) Bir icabın kabulüne yönelik, fakat eklemeler, sınırlamalar veya başka 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 uyumsuzluklara sözlü olarak itiraz etmiş veya bu yönde bir bildirim göndermiş olsun. Bunu yapmadığı takdirde icabın şartları kabul beyanındaki değişikliklerle birlikte sözleşmenin içeriğini oluşturur.
- (3) Özellikle, semene, ödemeye, malların kalitesi ve miktarına, teslim yeri ve zamanına, taraflardan birinin diğerine karşı sorumluluğunun kapsa-

mına veya uyumsuzlukların 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 gösterilen 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 sürenin hesabına dahil edilir. Ancak, kabul bildirimini, sürenin son gününün icapta bulunmanın işyerinin bulunduğu yerde resmi tatil veya işgünü dışındaki günlerden birine rastlaması nedeniyle, icapta bulunmanın adresine teslim edilemezse süre, takip eden ilk iş gününe uzar.

Madde 21

- (1) Gecikmiş bir kabul ancak icapta bulunmanın 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 zamamnda 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

Gerçek 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 Kısımın 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, mutlak meskenine teslim edildiklerinde "varmış" sayılırlar.

Kısım III Malların Satımı

Bölüm I Genel Hükümler

Madde 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 ihlal eden taraf görmemiş 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 Kısımına 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 birinin davranışı, diğer taraf bu davranışa güvendiği ölçüde, onu bu hükme dayanmaktan alıkoyabilir.

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, ferden belirlenmiş mallara veya belirli bir stoktan karşılanacak ne'ven belirlenmiş mallara veya imal edilecek veya üretilecek mallara ilişkin olması ve tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğu 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 anlaşılmadıkça, 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 kullanımını alıcı için makul olmayan zahmete veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır.

Ayrıntı 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 mutat 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 anlaşılın;
- (c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler;
- (d) ilgili türden mallar için mutat sayılan şekilde veya böyle mutat 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.

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, mutat amaca veya belirli bir amaca elverişli kalacağı veya belirli nitelikleri veya özellikleri muhafaza edeceği konusundaki garantisinin ihlali de dahil olmak üzere, herhangi bir yükümlülüğünün ihlali-ne 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 sonrasında ertelenebilir.
- (3) Mallar alıcı tarafından, muayene etmek için yeterli imkana sahip olmazsa, 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 sonrasında ertelenebilir.

Madde 39

- (1) Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmese, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder.
- (2) Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmese, 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. maddede hükümlerine dayanma hakkını kaybeder.
- (2) Satıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini ve bunun mahiyetini bilior idiyse fıkra 1'e dayanamaz.

Madde 44

Alıcının, gerekli bildirim 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 kalan kâr dışındaki zararının tazminini talep etmesi mümkündür.

Ayrım III**Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlâli Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukukî İmkanlar****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 imkanlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez.
- (3) Alıcı, sözleşmenin ihlâl edilmesi halinde sahip olduğu hukukî imkanlardan birine başvurduğu takdirde, satıcıya, bir mahkeme veya hakeni tarafından ek süre tanınmaz.

Madde 46

- (1) Alıcı, satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir, meğerki bu talebiyle bağdaşmayan bir hukukî imkandan yararlanmış olsun.
- (2) Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun esaslı bir sözleşmeye 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 ya 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 tamyabilir.
- (2) Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda satıcıdan bir bildirim almadıkça, alıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkanlardan 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 Antlaşmaya göre tazminat talebine 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 gösterdiği süre içinde ifayı gerçekleştirebilir. Alıcı bu süre içinde, satıcının ifası ile bağdaşmayacak bir hukukî imkana başvuramaz.
- (3) Satıcının belirli bir süre içinde ifa edeceğine ilişkin bildirimiminin, 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 makul bir süre içinde,
- (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 makul bir süre içinde, veya
- (iii) satıcı tarafından 48. maddenin 2. fıkrası uyarınca belirlenmiş sürenin tamamlanmasından sonra veya alıcının ifayı kabul etmeyeceğini açıklamasından sonra makul bir süre içinde sözleşmenin ortadan kalktığını 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 öngörülmesi 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 taraflarca 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 beklenebilecek her türlü eylemde bulunmayı, ve
- (b) malları fiilen devralmayı kapsar.

*Ayrım III***Sözleşmenin Alıcı Tarafından İhlali Halinde
Satıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkanlar****Madde 61**

- (1) Alıcı sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmese, satıcı:
- (a) Madde 62 ilâ 65'de öngörülen hakları kullanabilir.
- (b) Madde 74 ilâ 77'de öngörülen tazminatı talep edebilir.
- (2) Satıcı diğer hukuki imkanlardan yararlanmakla tazminatı talep etme hakkını kaybetmez.
- (3) Satıcı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde sahip olduğu hukuki imkanlardan 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 imkandan 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 hukuki imkanlardan 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 ödemediği 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 bilimebilecek 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 zayı 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 ulaşması 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 hakkı göstermesi durumunda, taşıma sözleşmesine ilişkin belgeleri düzenleyen taşıyıcıya malların verilmesi anında hasar alıcı tarafından üstlenilir. Buna karşılık, satım sözleşmesinin akdi anında malın zayı 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 ayırılmemiş 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 hukuki imkanlara 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;
- ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle, veya
 - sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir.
- (2) Satıcı, 1. 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 aşikar ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.
- (2) Sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etmek niyetinde olan taraf, süre elverdiği 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 ihlalini 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 kullanılmayacak 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 tepelamına 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 edebilir. Bununla birlikte, tazminat talep eden taraf, malları devraldıktan sonra sözleşmeyi ortadan kaldırırsa, ortadan kaldırma anındaki cari fiyat yerine devralma 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 gözetenerek, esas alınır.

Madde 77

Sözleşmenin ihlâline 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 beklenmeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.
- (2) 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 kurtulmuş olduğu takdirde ve,
- (b) Görevlendirmiş olduğu kişiye fıkra 1 uygulanacak olsaydı o da 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, 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, uyumsuzlukların 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 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 esas-

- lı 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 ziya'a veya hasara uğramışsa; veya
- (c) mallar veya malların bir bölümü sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya tespit edilmesi gerektiği tarihten önce ticari faaliyetin olağan seyri içinde satılmış veya olağan kullanım kapsamında alıcı tarafından tüketilmiş veya şekil değiştirilmişse.

Madde 83

Sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkını veya satıcıdan ikame mal talep etme hakkını 82. maddeye göre kaybeden alıcı, sözleşmede ve bu Antlaşmada tanınan diğer hükümlerden 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 imkansızlaşmasına rağmen alıcı sözleşmeyi ortadan kaldırmış veya satıcıdan ikame mal teslim etmesini talep etmişse.

Ayrım VI
Malın Muhafazası

Madde 85

Alıcı malları teslim almakta geciktirdiği veya bedelin ödenmesi ile malların teslimi borçlarının aynı anda ifa edilmesi gerektiği hallerde bedeli ödemediği takdirde, malların zilyetliğini halen elimde 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 ahkoyabilir.

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 ahkoyabilir.
- (2) Alıcıya gönderilen mallar, varış yerinde alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmuş ve alıcı bunları reddetme hakkını kullanmışsa, bunların zilyetliğini satıcı adına devralması gerekir. Şu kadar ki devralmak, semenin ödenmesini gerektirmesin ve makul olmayan zahmet veya masraflara sebep olmasın. Bu hüküm, varış yerinde satıcı veya malları satıcı adına hakimiyeti 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 ahkoyma hakkı vardır. Bakiyeyi diğer tarafa borçludur.

**Kısım IV
Son Hükümler**

Madde 89

Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri işbu Antlaşmanın tevdi makamı olarak atanmıştır.

Madde 90

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 İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Konferansının sonuç toplantısında imzaya açılmıştır ve 30 Eylül 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. Kısmı ile bağlı olmayacağını veya bu Antlaşmanın III. Kısmı ile bağlı olmayacağını beyan edebilir.
- (2) Bu Antlaşmanın II. Kısmı veya III. Kısmı hakkında yukarıdaki fıkra uyarınca bir beyanda bulunan taraf Devlet, beyanın ilgili olduğu Kısım-

da 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 bir kaçına uygulanacağını 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 hukuki 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 tarafı beyanlarda bulunulması yoluyla yapılabilir.
- (2) Bu Antlaşmada düzenlenen konular hakkında, Antlaşmaya taraf olmayan bir veya birden fazla Devletle aynı veya birbirine çok yakın hukuki 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 hükümünde olur; şu kadar ki, yeni taraf Devlet bu beyana katılmalı veya tek tarafı 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 ya da bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilde başka şekilde yapılmasını mümkün kılan bu Antlaşmanın 11. ve 29. madde-

sinin 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 girişten sonra tevdi makamına resmi bildirim ulaşılan 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, bildirim 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)'dan herhangi birine veya her ikisine taraf olan ve bu Antlaşmayı onay veren veya kabul eden, uygun bulan veya bu Antlaşmaya katılan Devlet, aynı anda, 1964 Lahey Kurulma Antlaşması veya 1964 Lahey Satım Antlaşması'ndan, duruma göre birini veya her ikisini, Hollanda hükümetine bu yönde yapacağı bir bildirimle feshedecektir.

- (4) 1964 Lahey Satım Antlaşmasına taraf olup işbu Antlaşmayı 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 Antlaşmayı 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 Antlaşması'na veya 1964 Lahey Satım Antlaşmasına taraf olan Devletler bakımından anılan iki Antlaşma ile ilgili olarak gerekebilecek fesihler hüküm ifade etmeden, sözkonusu 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 teklifin, 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, bildirim tevdi makamına ulaşmasından itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde hüküm ifade eder. Bildirimde, fesihin hüküm ifade etmeye başlaması için daha uzun bir sürenin belirtilmiş olması halinde, fesih, tevdi makamına bildirim 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 benzelemek üzere, hükümetleri tarafından usulünce yetkilendirilmiş aşağıda imzaları bulunan temsilciler bu Antlaşmayı imzalamıştır.

Ek 2
United Nations Convention on Contracts for the
International Sale of Goods (1980)
Preamble

The States Parties to this Convention

Bearing in Mind the broad objectives in the resolutions adopted by the sixth special session of the General Assembly of the United Nations on the establishment of a New International Economic Order,

Considering that the development of international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States,

Being of the Opinion that the adoption of uniform rules which govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal systems would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade,

have decreed as follows:

PART I

Sphere of Application and General Provisions

Chapter I

Sphere of Application

Article 1

- (1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States:
- (a) when the States are Contracting States; or
 - (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State.
- (2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract.
- (3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention.

Article 2

This Convention does not apply to sales:

- (a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use;

- (b) by auction;
- (c) on execution or otherwise by authority of law;
- (d) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money;
- (e) of ships, vessels, hovercraft or aircraft;
- (f) of electricity.

Article 3

- (1) Contracts for the supply of goods to be manufactured or produced are to be considered sales unless the party who orders the goods undertakes to supply a substantial part of the materials necessary for such manufacture or production.
- (2) This Convention does not apply to contracts in which the preponderant part of the obligations of the party who furnishes the goods consists in the supply of labour or other services.

Article 4

This Convention governs only the formation of the contract of sale and the rights and obligations of the seller and the buyer arising from such a contract. In particular, except as otherwise expressly provided in this Convention, it is not concerned with:

- (a) the validity of the contract or of any of its provisions or of any usage;
- (b) the effect which the contract may have on the property in the goods sold.

Article 5

This Convention does not apply to the liability of the seller for death or personal injury caused by the goods to any person.

Article 6

The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions.

Chapter II
General Provisions

Article 7

- (1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.
- (2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

Article 8

- (1) For the purposes of this Convention statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to his intent where the other party knew or could not have been unaware what that intent was.
- (2) If the preceding paragraph is not applicable, statements made by and other conduct of a party are to be interpreted according to the

understanding that a reasonable person of the same kind as the other party would have had in the same circumstances.

- (3) In determining the intent of a party or the understanding a reasonable person would have had, due consideration is to be given to all relevant circumstances of the case including the negotiations, any practices which the parties have established between themselves, usages and any subsequent conduct of the parties.

Article 9

- (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves.
- (2) The parties are considered, unless otherwise agreed, to have impliedly made applicable to their contract or its formation a usage of which the parties knew or ought to have known and which in international trade is widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned.

Article 10

For the purposes of this Convention:

- (a) if a party has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the contract and its performance, having regard to the circumstances known to or contemplated by the parties at any time before or at the conclusion of the contract;
- (b) if a party does not have a place of business, reference is to be made to his habitual residence.

Article 11

A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing and is not subject to any other requirement as to form. It may be proved by any means, including witnesses.

Article 12

Any provision of article 11, article 29 or Part II of this Convention that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance or other indication of intention to be made in any form other than in writing does not apply where any party has his place of business in a Contracting State which has made a declaration under article 96 of this Convention. The parties may not derogate from or vary the effect of this article.

Article 13

For the purposes of this Convention "writing" includes telegram and telex.

PART II

Formation of the Contract

Article 14

- (1) A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.

- (2) A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal.

Article 15

- (1) An offer becomes effective when it reaches the offeree.
- (2) An offer, even if it is irrevocable, may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeree before or at the same time as the offer.

Article 16

- (1) Until a contract is concluded an offer may be revoked if the revocation reaches the offeree before he has dispatched an acceptance.
- (2) However, an offer cannot be revoked:
- (a) if it indicates, whether by stating a fixed time for acceptance or otherwise, that it is irrevocable; or
- (b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer.

Article 17

An offer, even if it is irrevocable, is terminated when a rejection reaches the offeror.

Article 18

- (1) A statement made by or other conduct of the offeree indicating assent to an offer is an acceptance. Silence or inactivity does not in itself amount to acceptance.
- (2) An acceptance of an offer becomes effective at the moment the indication of assent reaches the offeror. An acceptance is not effective if the indication of assent does not reach the offeror within the time he has fixed or, if no time is fixed, within a reasonable time, due account being taken of the circumstances of the transaction, including the rapidity of the means of communication employed by the offeror. An oral offer must be accepted immediately unless the circumstances indicate otherwise.
- (3) However, if, by virtue of the offer or as a result of practices which the parties have established between themselves or of usage, the offeree may indicate assent by performing an act, such as one relating to the dispatch of the goods or payment of the price, without notice to the offeror, the acceptance is effective at the moment the act is performed, provided that the act is performed within the period of time laid down in the preceding paragraph.

Article 19

- (1) A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter-offer.
- (2) However, a reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additional or different terms which do not materially alter the terms of the offer constitutes an acceptance, unless the offeror, without undue delay, objects orally to the discrepancy or dispatches a notice to that effect. If he does not so object, the terms of the contract are the terms of the offer with the modifications contained in the acceptance.

- (3) Additional or different terms relating, among other things, to the price, payment, quality and quantity of the goods, place and time of delivery, extent of one party's liability to the other or the settlement of disputes are considered to alter the terms of the offer materially.

Article 20

- (1) A period of time for acceptance fixed by the offeror in a telegram or a letter begins to run from the moment the telegram is handed in for dispatch or from the date shown on the letter or, if no such date is shown, from the date shown on the envelope. A period of time for acceptance fixed by the offeror by telephone, telex or other means of instantaneous communication, begins to run from the moment that the offer reaches the offeree.
- (2) Official holidays or non-business days occurring during the period for acceptance are included in calculating the period. However, if a notice of acceptance cannot be delivered at the address of the offeror on the last day of the period because that day falls on an official holiday or a non-business day at the place of business of the offeror, the period is extended until the first business day which follows.

Article 21

- (1) A late acceptance is nevertheless effective as an acceptance if without delay the offeror orally so informs the offeree or dispatches a notice to that effect.
- (2) If a letter or other writing containing a late acceptance shows that it has been sent in such circumstances that if its transmission had been normal it would have reached the offeror in due time, the late acceptance is effective as an acceptance unless, without delay, the offeror orally informs the offeree that he considers his offer as having lapsed or dispatches a notice to that effect.

Article 22

An acceptance may be withdrawn if the withdrawal reaches the offeror before or at the same time as the acceptance would have become effective.

Article 23

A contract is concluded at the moment when an acceptance of an offer becomes effective in accordance with the provisions of this Convention.

Article 24

For the purposes of this Part of the Convention, an offer, declaration of acceptance or any other indication of intention "reaches" the addressee when it is made orally to him or delivered by any other means to him personally, to his place of business or mailing address or, if he does not have a place of business or mailing address, to his habitual residence.

PART III Sale of Goods

Chapter I General Provisions

Article 25

A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result.

Article 26

A declaration of avoidance of the contract is effective only if made by notice to the other party.

Article 27

Unless otherwise expressly provided in this Part of the Convention, if any notice, request or other communication is given or made by a party in accordance with this Part and by means appropriate in the circumstances, a delay or error in the transmission of the communication or its failure to arrive does not deprive that party of the right to rely on the communication.

Article 28

If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention.

Article 29

- (1) A contract may be modified or terminated by the mere agreement of the parties.
- (2) A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct.

Chapter II Obligations of the Seller

Article 30

The seller must deliver the goods, hand over any documents relating to them and transfer the property in the goods, as required by the contract and this Convention.

Section I Delivery of the goods and handing over of documents

Article 31

If the seller is not bound to deliver the goods at any other particular place, his obligation to deliver consists:

- (a) if the contract of sale involves carriage of the goods - in handing the goods over to the first carrier for transmission to the buyer;
- (b) if, in cases not within the preceding subparagraph, the contract related to specific goods, or unidentified goods to be drawn from a specific stock or to be manufactured or produced, and at the time of the conclusion of the contract the parties knew that the goods were at, or were to be manufactured or produced at, a particular place - in placing the goods at the buyer's disposal at that place;
- (c) in other cases - in placing the goods at the buyer's disposal at the place where the seller had his place of business at the time of the conclusion of the contract.

Article 32

- (1) If the seller, in accordance with the contract or this Convention, hands the goods over to a carrier and if the goods are not clearly identified to the contract by markings on the goods, by shipping documents or otherwise, the seller must give the buyer notice of the consignment specifying the goods.
- (2) If the seller is bound to arrange for carriage of the goods, he must make such contracts as are necessary for carriage to the place fixed by means of transportation appropriate in the circumstances and according to the usual terms for such transportation.
- (3) If the seller is not bound to effect insurance in respect of the carriage of the goods, he must, at the buyer's request, provide him with all available information necessary to enable him to effect such insurance.

Article 33

The seller must deliver the goods:

- (a) if a date is fixed by or determinable from the contract, on that date;
- (b) if a period of time is fixed by or determinable from the contract, at any time within that period unless circumstances indicate that the buyer is to choose a date; or
- (c) in any other case, within a reasonable time after the conclusion of the contract.

Article 34

If the seller is bound to hand over documents relating to the goods, he must hand them over at the time and place and in the form required by the contract. If the seller has handed over documents before that time, he may, up to that time, cure any lack of conformity in the documents, if the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

Section II

Conformity of the goods and third party claims

Article 35

- (1) The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract.

- (2) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do not conform with the contract unless they:
 - (a) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used;
 - (b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement;
 - (c) possess the qualities of goods which the seller has held out to the buyer as a sample or model;
 - (d) are contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate to preserve and protect the goods.
- (3) The seller is not liable under subparagraphs (a) to (d) of the preceding paragraph for any lack of conformity of the goods if at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of such lack of conformity.

Article 36

- (1) The seller is liable in accordance with the contract and this Convention for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even though the lack of conformity becomes apparent only after that time.
- (2) The seller is also liable for any lack of conformity which occurs after the time indicated in the preceding paragraph and which is due to a breach of any of his obligations, including a breach of any guarantee that for a period of time the goods will remain fit for their ordinary purpose or for some particular purpose or will retain specified qualities or characteristics.

Article 37

If the seller has delivered goods before the date for delivery, he may, up to that date, deliver any missing part or make up any deficiency in the quantity of the goods delivered, or deliver goods in replacement of any non-conforming goods delivered or remedy any lack of conformity in the goods delivered, provided that the exercise of this right does not cause the buyer unreasonable inconvenience or unreasonable expense. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.

Article 38

- (1) The buyer must examine the goods, or cause them to be examined, within as short a period as is practicable in the circumstances.
- (2) If the contract involves carriage of the goods, examination may be deferred until after the goods have arrived at their destination.
- (3) If the goods are redirected in transit or redispached by the buyer without a reasonable opportunity for examination by him and at the time of the conclusion of the contract the seller knew or ought to have known of the possibility of such redirection or redispach, examination may be deferred until after the goods have arrived at the new destination.

Article 39

- (1) The buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it.
- (2) In any event, the buyer loses the right to rely on a lack of conformity of the goods if he does not give the seller notice thereof at the latest within a period of two years from the date on which the goods were actually handed over to the buyer, unless this time-limit is inconsistent with a contractual period of guarantee.

Article 40

The seller is not entitled to rely on the provisions of articles 38 and 39 if the lack of conformity relates to facts of which he knew or could not have been unaware and which he did not disclose to the buyer.

Article 41

The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party, unless the buyer agreed to take the goods subject to that right or claim. However, if such right or claim is based on industrial property or other intellectual property, the seller's obligation is governed by article 42.

Article 42

- (1) The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party based on industrial property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware, provided that the right or claim is based on industrial property or other intellectual property:
 - (a) under the law of the State where the goods will be resold or otherwise used, if it was contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract that the goods would be resold or otherwise used in that State; or
 - (b) in any other case, under the law of the State where the buyer has his place of business.
- (2) The obligation of the seller under the preceding paragraph does not extend to cases where:
 - (a) at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of the right or claim; or
 - (b) the right or claim results from the seller's compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer.

Article 43

- (1) The buyer loses the right to rely on the provisions of article 41 or Article 42 if he does not give notice to the seller specifying the nature of the right or claim of the third party within a reasonable time after he has become aware or ought to have become aware of the right or claim.
- (2) The seller is not entitled to rely on the provisions of the preceding paragraph if he knew of the right or claim of the third party and the nature of it.

Article 44

Notwithstanding the provisions of paragraph (1) of article 39 and paragraph (1) of article 43, the buyer may reduce the price in accordance with Article 50 or claim damages, except for loss of profit, if he has a reasonable excuse for his failure to give the required notice.

Section III**Remedies for breach of contract by the seller****Article 45**

- (1) If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may:
 - (a) exercise the rights provided in articles 46 to 52;
 - (b) claim damages as provided in articles 74 to 77.
- (2) The buyer is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies.
- (3) No period of grace may be granted to the seller by a court or arbitral tribunal when the buyer resorts to a remedy for breach of contract.

Article 46

- (1) The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.
- (2) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract and a request for substitute goods is made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.
- (3) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair, unless this is unreasonable having regard to all the circumstances. A request for repair must be made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter.

Article 47

- (1) The buyer may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the seller of his obligations.
- (2) Unless the buyer has received notice from the seller that he will not perform within the period so fixed, the buyer may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the buyer is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.

Article 48

- (1) Subject to article 49, the seller may, even after the date for delivery, remedy at his own expense any failure to perform his obligations, if he can do so without unreasonable delay and without causing the buyer unreasonable inconvenience or uncertainty of reimbursement by the seller of expenses advanced by the buyer. However, the buyer retains any right to claim damages as provided for in this Convention.
- (2) If the seller requests the buyer to make known whether he will accept performance and the buyer does not comply with the request within a

reasonable time, the seller may perform within the time indicated in his request. The buyer may not, during that period of time, resort to any remedy which is inconsistent with performance by the seller.

- (3) A notice by the seller that he will perform within a specified period of time is assumed to include a request, under the preceding paragraph, that the buyer make known his decision.
- (4) A request or notice by the seller under paragraph (2) or (3) of this Article is not effective unless received by the buyer.

Article 49

- (1) The buyer may declare the contract avoided:
 - (a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or
 - (b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed.
- (2) However, in cases where the seller has delivered the goods, the buyer loses the right to declare the contract avoided unless he does so:
 - (a) in respect of late delivery, within a reasonable time after he has become aware that delivery has been made;
 - (b) in respect of any breach other than late delivery, within a reasonable time:
 - (i) after he knew or ought to have known of the breach;
 - (ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47, or after the seller has declared that he will not perform his obligations within such an additional period; or
 - (iii) after the expiration of any additional period of time indicated by the seller in accordance with paragraph (2) of article 48, or after the buyer has declared that he will not accept performance.

Article 50

If the goods do not conform with the contract and whether or not the price has already been paid, the buyer may reduce the price in the same proportion as the value that the goods actually delivered had at the time of the delivery bears to the value that conforming goods would have had at that time. However, if the seller remedies any failure to perform his obligations in accordance with article 37 or article 48 or if the buyer refuses to accept performance by the seller in accordance with those Articles, the buyer may not reduce the price.

Article 51

- (1) If the seller delivers only a part of the goods or if only a part of the goods delivered is in conformity with the contract, articles 46 to 50 apply in respect of the part which is missing or which does not conform.
- (2) The buyer may declare the contract avoided in its entirety only if the failure to make delivery completely or in conformity with the contract amounts to a fundamental breach of the contract.

Article 52

- (1) If the seller delivers the goods before the date fixed, the buyer may take delivery or refuse to take delivery.
- (2) If the seller delivers a quantity of goods greater than that provided for in the contract, the buyer may take delivery or refuse to take delivery of the excess quantity. If the buyer takes delivery of all or part of the excess quantity, he must pay for it at the contract rate.

Chapter III Obligations of the Buyer

Article 53

The buyer must pay the price for the goods and take delivery of them as required by the contract and this Convention.

Section I Payment of the price

Article 54

The buyer's obligation to pay the price includes taking such steps and complying with such formalities as may be required under the contract or any laws and regulations to enable payment to be made.

Article 55

Where a contract has been validly concluded but does not expressly or implicitly fix or make provision for determining the price, the parties are considered, in the absence of any indication to the contrary, to have impliedly made reference to the price generally charged at the time of the conclusion of the contract for such goods sold under comparable circumstances in the trade concerned.

Article 56

If the price is fixed according to the weight of the goods, in case of doubt it is to be determined by the net weight.

Article 57

- (1) If the buyer is not bound to pay the price at any other particular place, he must pay it to the seller:
 - (a) at the seller's place of business; or
 - (b) if the payment is to be made against the handing over of the goods or of documents, at the place where the handing over takes place.
- (2) The seller must bear any increases in the expenses incidental to payment which is caused by a change in his place of business subsequent to the conclusion of the contract.

Article 58

- (1) If the buyer is not bound to pay the price at any other specific time, he must pay it when the seller places either the goods or documents controlling their disposition at the buyer's disposal in accordance with the contract and this Convention. The seller may make such payment a condition for handing over the goods or documents.
- (2) If the contract involves carriage of the goods, the seller may dispatch the

goods on terms whereby the goods, or documents controlling their disposition, will not be handed over to the buyer except against payment of the price.

- (3) The buyer is not bound to pay the price until he has had an opportunity to examine the goods, unless the procedures for delivery or payment agreed upon by the parties are inconsistent with his having such an opportunity.

Article 59

The buyer must pay the price on the date fixed by or determinable from the contract and this Convention without the need for any request or compliance with any formality on the part of the seller.

Section II Taking delivery

Article 60

The buyer's obligation to take delivery consists:

- (a) in doing all the acts which could reasonably be expected of him in order to enable the seller to make delivery; and
(b) in taking over the goods.

Section III Remedies for breach of contract by the buyer

Article 61

- (1) If the buyer fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the seller may:
(a) exercise the rights provided in articles 62 to 65;
(b) claim damages as provided in articles 74 to 77.
(2) The seller is not deprived of any right he may have to claim damages by exercising his right to other remedies.
(3) No period of grace may be granted to the buyer by a court or arbitral tribunal when the seller resorts to a remedy for breach of contract.

Article 62

The seller may require the buyer to pay the price, take delivery or perform his other obligations, unless the seller has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement.

Article 63

- (1) The seller may fix an additional period of time of reasonable length for performance by the buyer of his obligations.
(2) Unless the seller has received notice from the buyer that he will not perform within the period so fixed, the seller may not, during that period, resort to any remedy for breach of contract. However, the seller is not deprived thereby of any right he may have to claim damages for delay in performance.

Article 64

- (1) The seller may declare the contract avoided:
(a) if the failure by the buyer to perform any of his obligations under the

contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or

- (b) if the buyer does not, within the additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) of article 63, perform his obligation to pay the price or take delivery of the goods, or if he declares that he will not do so within the period so fixed.
(2) However, in cases where the buyer has paid the price, the seller loses the right to declare the contract avoided unless he does so:
(a) in respect of late performance by the buyer, before the seller has become aware that performance has been rendered; or
(b) in respect of any breach other than late performance by the buyer, within a reasonable time:
(i) after the seller knew or ought to have known of the breach; or
(ii) after the expiration of any additional period of time fixed by the seller in accordance with paragraph (1) or article 63, or after the buyer has declared that he will not perform his obligations within such an additional period.

Article 65

- (1) If under the contract the buyer is to specify the form, measurement or other features of the goods and he fails to make such specification either on the date agreed upon or within a reasonable time after receipt of a request from the seller, the seller may, without prejudice to any other rights he may have, make the specification himself in accordance with the requirements of the buyer that may be known to him.
(2) If the seller makes the specification himself, he must inform the buyer of the details thereof and must fix a reasonable time within which the buyer may make a different specification. If, after receipt of such a communication, the buyer fails to do so within the time so fixed, the specification made by the seller is binding.

Chapter IV Passing of Risk

Article 66

Loss of or damage to the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge him from his obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller.

Article 67

- (1) If the contract of sale involves carriage of the goods and the seller is not bound to hand them over at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract of sale. If the seller is bound to hand the goods over to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place. The fact that the seller is authorized to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passage of the risk.
(2) Nevertheless, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise.

Article 68

The risk in respect of goods sold in transit passes to the buyer from the time of the conclusion of the contract. However, if the circumstances so indicate, the risk is assumed by the buyer from the time the goods were handed over to the carrier who issued the documents embodying the contract of carriage. Nevertheless, if at the time of the conclusion of the contract of sale the seller knew or ought to have known that the goods had been lost or damaged and did not disclose this to the buyer, the loss or damage is at the risk of the seller.

Article 69

- (1) In cases not within articles 67 and 68, the risk passes to the buyer when he takes over the goods or, if he does not do so in due time, from the time when the goods are placed at his disposal and he commits a breach of contract by failing to take delivery.
- (2) However, if the buyer is bound to take over the goods at a place other than a place of business of the seller, the risk passes when delivery is due and the buyer is aware of the fact that the goods are placed at his disposal at that place.
- (3) If the contract relates to goods not then identified, the goods are considered not to be placed at the disposal of the buyer until they are clearly identified to the contract.

Article 70

If the seller has committed a fundamental breach of contract, articles 67, 68 and 69 do not impair the remedies available to the buyer on account of the breach.

Chapter V**Provisions Common to the Obligations of the Seller and of the Buyer****Section I****Anticipatory breach and instalment contracts****Article 71**

- (1) A party may suspend the performance of his obligations if, after the conclusion of the contract, it becomes apparent that the other party will not perform a substantial part of his obligations as a result of:
 - (a) a serious deficiency in his ability to perform or in his creditworthiness; or
 - (b) his conduct in preparing to perform or in performing the contract.
- (2) If the seller has already dispatched the goods before the grounds described in the preceding paragraph become evident, he may prevent the handing over of the goods to the buyer even though the buyer holds a document which entitles him to obtain them. The present paragraph relates only to the rights in the goods as between the buyer and the seller.
- (3) A party suspending performance, whether before or after dispatch of the goods, must immediately give notice of the suspension to the other party and must continue with performance if the other party provides adequate assurance of his performance.

Article 72

- (1) If prior to the date for performance of the contract it is clear that one of the parties will commit a fundamental breach of contract, the other party may declare the contract avoided.
- (2) If time allows, the party intending to declare the contract avoided must give reasonable notice to the other party in order to permit him to provide adequate assurance of his performance.
- (3) The requirements of the preceding paragraph do not apply if the other party has declared that he will not perform his obligations.

Article 73

- (1) In the case of a contract for delivery of goods by instalments, if the failure of one party to perform any of his obligations in respect of any instalment constitutes a fundamental breach of contract with respect to that instalment, the other party may declare the contract avoided with respect to that instalment.
- (2) If one party's failure to perform any of his obligations in respect of any instalment gives the other party good grounds to conclude that a fundamental breach of contract will occur with respect to future instalments, he may declare the contract avoided for the future, provided that he does so within a reasonable time.
- (3) A buyer who declares the contract avoided in respect of any delivery may, at the same time, declare it avoided in respect of deliveries already made or of future deliveries if, by reason of their interdependence, those deliveries could not be used for the purpose contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract.

**Section II
Damages****Article 74**

Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract, in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.

Article 75

If the contract is avoided and if, in a reasonable manner and within a reasonable time after avoidance, the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold the goods, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction as well as any further damages recoverable under article 74.

Article 76

- (1) If the contract is avoided and there is a current price for the goods, the party claiming damages may, if he has not made a purchase or resale under article 75, recover the difference between the price fixed by the contract and the current price at the time of avoidance as well as any further damages recoverable under article 74. If, however, the party

claiming damages has avoided the contract after taking over the goods, the current price at the time of such taking over shall be applied instead of the current price at the time of avoidance.

- (2) For the purposes of the preceding paragraph, the current price is the price prevailing at the place where delivery of the goods should have been made or, if there is no current price at that place, the price at such other place as serves as a reasonable substitute, making due allowance for differences in the cost of transporting the goods.

Article 77

A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated.

Section III Interest

Article 78

If a party fails to pay the price or any other sum that is in arrears, the other party is entitled to interest on it, without prejudice to any claim for damages recoverable under article 74.

Section IV Exemptions

Article 79

- (1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences.
- (2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if:
- he is exempt under the preceding paragraph; and
 - the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him.
- (3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists.
- (4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt.
- (5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.

Article 80

A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party's act or omission.

Section V Effects of avoidance

Article 81

- (1) Avoidance of the contract releases both parties from their obligations under it, subject to any damages which may be due. Avoidance does not affect any provision of the contract for the settlement of disputes or any other provision of the contract governing the rights and obligations of the parties consequent upon the avoidance of the contract.
- (2) A party who has performed the contract either wholly or in part may claim restitution from the other party of whatever the first party has supplied or paid under the contract. If both parties are bound to make restitution, they must do so concurrently.

Article 82

- (1) The buyer loses the right to declare the contract avoided or to require the seller to deliver substitute goods if it is impossible for him to make restitution of the goods substantially in the condition in which he received them.
- (2) The preceding paragraph does not apply:
- if the impossibility of making restitution of the goods or of making restitution of the goods substantially in the condition in which the buyer received them is not due to his act or omission;
 - if the goods or part of the goods have perished or deteriorated as a result of the examination provided for in article 38; or
 - if the goods or part of the goods have been sold in the normal course of business or have been consumed or transformed by the buyer in the course normal use before he discovered or ought to have discovered the lack of conformity.

Article 83

A buyer who has lost the right to declare the contract avoided or to require the seller to deliver substitute goods in accordance with article 82 retains all other remedies under the contract and this Convention.

Article 84

- (1) If the seller is bound to refund the price, he must also pay interest on it, from the date on which the price was paid.
- (2) The buyer must account to the seller for all benefits which he has derived from the goods or part of them:
- if he must make restitution of the goods or part of them; or
 - if it is impossible for him to make restitution of all or part of the goods or to make restitution of all or part of the goods substantially in the condition in which he received them, but he has nevertheless declared the contract avoided or required the seller to deliver substitute goods.

Section VI Preservation of the goods

Article 85

If the buyer is in delay in taking delivery of the goods or, where payment of

the price and delivery of the goods are to be made concurrently, if he fails to pay the price, and the seller is either in possession of the goods or otherwise able to control their disposition, the seller must take such steps as are reasonable in the circumstances to preserve them. He is entitled to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the buyer.

Article 86

- (1) If the buyer has received the goods and intends to exercise any right under the contract or this Convention to reject them, he must take such steps to preserve them as are reasonable in the circumstances. He is entitled to retain them until he has been reimbursed his reasonable expenses by the seller.
- (2) If goods dispatched to the buyer have been placed at his disposal at their destination and he exercises the right to reject them, he must take possession of them on behalf of the seller, provided that this can be done without payment of the price and without unreasonable inconvenience or unreasonable expense. This provision does not apply if the seller or a person authorized to take charge of the goods on his behalf is present at the destination. If the buyer takes possession of the goods under this paragraph, his rights and obligations are governed by the preceding paragraph.

Article 87

A party who is bound to take steps to preserve the goods may deposit them in a warehouse of a third person at the expense of the other party provided that the expense incurred is not unreasonable.

Article 88

- (1) A party who is bound to preserve the goods in accordance with article 85 or 86 may sell them by any appropriate means if there has been an unreasonable delay by the other party in taking possession of the goods or in taking them back or in paying the price or the cost of preservation, provided that reasonable notice of the intention to sell has been given to the other party.
- (2) If the goods are subject to rapid deterioration or their preservation would involve unreasonable expense, a party who is bound to preserve the goods in accordance with article 85 or 86 must take reasonable measures to sell them. To the extent possible he must give notice to the other party of his intention to sell.
- (3) A party selling the goods has the right to retain out of the proceeds of sale an amount equal to the reasonable expenses of preserving the goods and of selling them. He must account to the other party for the balance.

**PART IV
Final Provisions**

Article 89

The Secretary-General of the United Nations is hereby designated as the depositary for this Convention.

Article 90

This Convention does not prevail over any international agreement which has already been or may be entered into and which contains provisions concerning the matters governed by this Convention, provided that the parties have their places of business in States parties to such agreement.

Article 91

- (1) This Convention is open for signature at the concluding meeting of the United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods and will remain open for signature by all States at the Headquarters of the United Nations, New York until 30 September 1981.
- (2) This Convention is subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States.
- (3) This Convention is open for accession by all States which are not signatory States as from the date it is open for signature.
- (4) Instruments of ratification, acceptance, approval and accession are to be deposited with the Secretary-General of the United Nations.

Article 92

- (1) A Contracting State may declare at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by Part II of this Convention or that it will not be bound by Part III of this Convention.
- (2) A Contracting State which makes a declaration in accordance with the preceding paragraph in respect of Part II or Part III of this Convention is not to be considered a Contracting State within paragraph (1) of article 1 of this Convention in respect of matters governed by the Part to which the declaration applies.

Article 93

- (1) If a Contracting State has two or more territorial units in which, according to its constitution, different systems of law are applicable in relation to the matters dealt with in this Convention, it may, at the time of signature, ratification, acceptance, approval or accession, declare that this Convention is to extend to all its territorial units or only to one or more of them, and may amend its declaration by submitting another declaration at any time.
- (2) These declarations are to be notified to the depositary and are to state expressly the territorial units to which the Convention extends.
- (3) If, by virtue of a declaration under this article, this Convention extends to one or more but not all of the territorial units of a Contracting State, and if the place of business of a party is located in that State, this place of business, for the purposes of this Convention, is considered not to be in a Contracting State, unless it is in a territorial unit to which the Convention extends.
- (4) If a Contracting State makes no declaration under paragraph (1) of this Article, the Convention is to extend to all territorial units of that State.

Article 94

- (1) Two or more Contracting States which have the same or closely related legal rules on matters governed by this Convention may at any time declare that the Convention is not to apply to contracts of sale or to their formation where the parties have their places of business in those States. Such declarations may be made jointly or by reciprocal unilateral declarations.
- (2) A Contracting State which has the same or closely related legal rules on matters governed by this Convention as one or more non-Contracting States may at any time declare that the Convention is not to apply to contracts of sale or to their formation where the parties have their places of business in those States.
- (3) If a State which is the object of a declaration under the preceding paragraph subsequently becomes a Contracting State, the declaration made will, as from the date on which the Convention enters into force in respect of the new Contracting State, have the effect of a declaration made under paragraph (1), provided that the new Contracting State joins in such declaration or makes a reciprocal unilateral declaration.

Article 95

Any State may declare at the time of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by subparagraph (1)(b) of article 1 of this Convention.

Article 96

A Contracting State whose legislation requires contracts of sale to be concluded in or evidenced by writing may at any time make a declaration in accordance with article 12 that any provision of article 11, article 29, or Part II of this Convention, that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance, or other indication of intention to be made in any form other than in writing, does not apply where any party has his place of business in that State.

Article 97

- (1) Declarations made under this Convention at the time of signature are subject to confirmation upon ratification, acceptance or approval.
- (2) Declarations and confirmations of declarations are to be in writing and be formally notified to the depositary.
- (3) A declaration takes effect simultaneously with the entry into force of this Convention in respect of the State concerned. However, a declaration of which the depositary receives formal notification after such entry into force takes effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of its receipt by the depositary. Reciprocal unilateral declarations under article 94 take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the receipt of the latest declaration by the depositary.
- (4) Any State which makes a declaration under this Convention may withdraw it at any time by a formal notification in writing addressed to the depositary. Such withdrawal is to take effect on the first day of the month following the expiration of six months after the date of the receipt of the notification by the depositary.

- (5) A withdrawal of a declaration made under article 94 renders inoperative, as from the date on which the withdrawal takes effect, any reciprocal declaration made by another State under that article.

Article 98

No reservations are permitted except those expressly authorized in this Convention.

Article 99

- (1) This Convention enters into force, subject to the provisions of paragraph (6) of this article, on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date of deposit of the tenth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, including an instrument which contains a declaration made under article 92.
- (2) When a State ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention after the deposit of the tenth instrument of ratification, acceptance, approval or accession, this Convention, with the exception of the Part excluded, enters into force in respect of that State, subject to the provisions of paragraph (6) of this article, on the first day of the month following the expiration of twelve months after the date of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession.
- (3) A State which ratifies, accepts, approves or accedes to this Convention and is a party to either or both the Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods done at The Hague on 1 July 1964 (1964 Hague Formation Convention) and the Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods done at The Hague on 1 July 1964 (1964 Hague Sales Convention) shall at the same time denounce, as the case may be, either or both the 1964 Hague Sales Convention and the 1964 Hague Formation Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.
- (4) A State party to the 1964 Hague Sales Convention which ratifies, accepts, approves or accedes to the present Convention and declares or has declared under article 52 that it will not be bound by Part II of this Convention shall at the time of ratification, acceptance, approval or accession denounce the 1964 Hague Sales Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.
- (5) A State party to the 1964 Hague Formation Convention which ratifies, accepts, approves or accedes to the present Convention and declares or has declared under article 92 that it will not be bound by Part III of this Convention shall at the time of ratification, acceptance, approval or accession denounce the 1964 Hague Formation Convention by notifying the Government of the Netherlands to that effect.
- (6) For the purpose of this article, ratifications, acceptances, approvals and accessions in respect of this Convention by States parties to the 1964 Hague Formation Convention or to the 1964 Hague Sales Convention shall not be effective until such denunciations as may be required on the part of those States in respect of the latter two Conventions have themselves become effective. The depositary of this Convention shall

consult with the Government of the Netherlands, as the depositary of the 1964 Conventions, so as to ensure necessary co-ordination in this respect.

Article 100

- (1) This Convention applies to the formation of a contract only when the proposal for concluding the contract is made on or after the date when the Convention enters into force in respect of the Contracting States referred to in subparagraph (1)(a) or the Contracting State referred to in subparagraph (1)(b) of article 1.
- (2) This Convention applies only to contracts concluded on or after the date when the Convention enters into force in respect of the Contracting States referred to in subparagraph (1)(a) or the Contracting State referred to in subparagraph (1)(b) of article 1.

Article 101

- (1) A Contracting State may denounce this Convention, or Part II or Part III of the Convention, by a formal notification in writing addressed to the depositary.
- (2) The denunciation takes effect on the first day of the month following the expiration of twelve months after the notification is received by the depositary. Where a longer period for the denunciation to take effect is specified in the notification, the denunciation takes effect upon the expiration of such longer period after the notification is received by the depositary.

Done at Vienna, this day of eleventh day of April, one thousand nine hundred and eighty, in a single original, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic.

In Witness Whereof the undersigned plenipotentiaries, being duly authorized by their respective Governments, have signed this Convention.

Ek 3

CISG'a Taraf Ülkelerin Listesi

Ülke	İmza Tarihi	Onay, Katılma, Uygun Bulma, Kabul, Halefiyet Tarihi	Yürürlüğe GİRME Tarihi
Almanya	26 Mayıs 1981	21 Aralık 1989	1 Ocak 1991
Amerika Birleşik Devletleri	31 Ağustos 1981	11 Aralık 1986	1 Ocak 1988
Arjantin		19 Temmuz 1983	1 Ocak 1988
Avustralya		17 Mart 1988	1 Nisan 1989
Avusturya	11 Nisan 1980	29 Aralık 1987	1 Ocak 1989
Belçika		31 Ekim 1996	1 Kasım 1997
Beyaz Rusya		9 Ekim 1989	1 Kasım 1990
Bosna Hersek		12 Ocak 1994	6 Mart 1992
Bulgaristan		9 Temmuz 1990	1 Ağustos 1991
Burundi		4 Eylül 1998	1 Ekim 1999
Çek Cumhuriyeti		30 Eylül 1993	1 Ocak 1993
Çin Halk Cumhuriyeti	30 Eylül 1981	11 Aralık 1986	1 Ocak 1988
Danimarka	26 Mayıs 1981	14 Şubat 1989	1 Mart 1990
Ekvator		27 Ocak 1992	1 Şubat 1993
Estonya		20 Eylül 1993	1 Ekim 1994
Finlandiya	26 Mayıs 1981	15 Aralık 1987	1 Ocak 1989
Fransa	27 Ağustos 1981	6 Ağustos 1982	1 Ocak 1988
Gabon		15 Ocak 2004	1 Ocak 2006
Gana	11 Nisan 1980		
Gine		23 Ocak 1991	1 Şubat 1992
Gürcistan		16 Ağustos 1994	1 Eylül 1995
Hırvatistan		8 Haziran 1998	8 Ekim 1991
Hollanda	29 Mayıs 1981	13 Aralık 1990	1 Ocak 1992
Honduras		10 Ekim 2002	1 Kasım 2003
Irak		5 Mart 1990	1 Nisan 1991
İspanya		24 Temmuz 1990	1 Ağustos 1991
İsrail		22 Ocak 2002	1 Şubat 2003
İsviçre	26 Mayıs 1981	15 Aralık 1987	1 Ocak 1989
İsviçre		21 Şubat 1990	1 Mart 1991
İtalya	30 Eylül 1981	11 Aralık 1986	1 Ocak 1988
İzlanda		10 Mayıs 2001	1 Haziran 2002
Kanada		23 Nisan 1991	1 Mayıs 1992

Ülke	İmza Tarihi	Onay, Katılma, Uygun Bulma, Kabul, Halefiyet Tarihi	Yürürlüğe GİRME Tarihi
Kıbrıs		7 Mart 2005	1 Nisan 2006
Kırgızistan		11 Mayıs 1999	1 Haziran 2000
Kolombiya		10 Temmuz 2001	1 Ağustos 2002
Kore Cumhuriyeti		17 Şubat 2004	1 Mart 2005
Küba		2 Kasım 1994	1 Aralık 1995
Lesotho	18 Haziran 1981	18 Haziran 1981	1 Ocak 1988
Letonya		31 Temmuz 1997	1 Ağustos 1998
Liberya		16 Eylül 2005	1 Ekim 2006
Litvanya		18 Ocak 1995	1 Şubat 1996
Lüksemburg		30 Ocak 1997	1 Şubat 1998
Macaristan	11 Nisan 1980	16 Haziran 1983	1 Ocak 1988
Meksika		29 Aralık 1987	1 Ocak 1989
Mısır		6 Aralık 1982	1 Ocak 1988
Moğolistan		31 Aralık 1997	1 Ocak 1999
Moldova		13 Ekim 1994	1 Kasım 1995
Moritanya		20 Ağustos 1999	1 Eylül 2000
Norveç	26 Mayıs 1981	20 Temmuz 1988	1 Ağustos 1989
Özbekistan		27 Kasım 1996	1 Aralık 1997
Peru		25 Mart 1999	1 Nisan 2000
Polonya	28 Eylül 1981	19 Mayıs 1995	1 Haziran 1996
Romanya		22 Mayıs 1991	1 Haziran 1992
Rusya Federasyonu		16 Ağustos 1990	1 Eylül 1991
Saint Vincent and the Grenadines		12 Eylül 2000	1 Ekim 2001
Serbistan ve Karadağ		12 Mart 2001	27 Nisan 1992
Singapur	11 Nisan 1980	16 Şubat 1995	1 Mart 1996
Slovakya		28 Mayıs 1993	1 Ocak 1993
Slovenya		7 Ocak 1994	25 Haziran 1991
Suriye		19 Ekim 1982	1 Ocak 1988
Şili	11 Nisan 1980	7 Şubat 1990	1 Mart 1991
Uganda		12 Şubat 1992	1 Mart 1993
Ukrayna		3 Ocak 1990	1 Şubat 1991
Uruguay		25 Ocak 1999	1 Şubat 2000
Venezuela	28 Eylül 1981		
Yeni Zelanda		22 Eylül 1994	1 Ekim 1995
Yunanistan		12 Ocak 1998	1 Şubat 1999
Zambia		6 Haziran 1986	1 Ocak 1988
Taraf Sayısı: 66			

Ek 4 Karar İndeksi¹

A. CISG-Online veri bankasında yayınlanan kararlar

CISG-Online N.4	LG München, 03.07.1989	2 95
CISG Online N.11	LG Stuttgart, 31.08.1989	2 95
CISG Online N.17	AG Ludwigsburg, 21.12.1990	5 627, 659
CISG-Online N.21	OLG Frankfurt, 17.09.1991	2 15
CISG-Online N.26	LG Frankfurt, 16.09.1991	5 81
CISG-Online N.28	OLG Frankfurt, 17.09.1991	5 81, 412, 414
CISG-Online N.30	OLG Koblenz 27.09.1991	5 408
CISG-Online N.36	ICC Hakem Kararı N.7197/1992	5 962
CISG-Online N.38	LG Heidelberg, 03.07.1992	5 320
CISG-Online N.45	US Dist. Ct. SDNY 14.04.1992	5 730
CISG-Online N.47	OLG Koblenz, 16.1.1992	3 174
CISG-Online N.54	OLG Karlsruhe, 20.11.1992	4 94
CISG-Online N.55	ZGer Basel Stadt, 21.12.1992	3 66
CISG-Online N.74	OLG Düsseldorf, 02.07.1993	2 131 ; 3 183
CISG-Online N.76	OLG Düsseldorf, 08.01. 1993,	4 300, 313, 513
CISG-Online N.83	OLG Saarbrücken, 13.01.1993	4 498, 515
CISG-Online N.86	LG Aachen, 14.05.1993	3 293 ; 5 982
CISG-Online N.93	LG Landshut 5.4.1995	4 470
CISG-Online N.106	ICC Arbitration Case Nr.7331/1994	3 6, 10
CISG-Online N.108	OLG München 02.03.1994	5 504, 578, 633, 666
CISG-Online N.114	LG Oldenburg, 09.11.1994	4 492
CISG-Online N.115	OLG Düsseldorf 10.02.1994	5 408
CISG-Online N.119	OLG Düsseldorf 14.01.1994	5 826
CISG-Online N.123	OLG Frankfurt 18.01.1994	5 150
CISG-Online N.127	OLG Köln 22.02.1994	3 67 ; 4 518
CISG-Online N.135	BGH 03.04.1996,	4 329 ; 5 104, 147, 149, 153, 509, 519, 638
CISG-Online N.140	US Court of Appeals (2nd Cir.) 06.12.1995	5 506, 635

¹ Atıflarda koyu rakamlar bölüm, normal rakamlar dipnot numaralarına tekabül etmektedir.

CISG-Online N.142	OLG München 08.02.1995	4 612
CISG-Online N.143	OLG München, 08.02.1995	5 752, 1014
CISG-Online N.144	BGH 08.03.1995	4 377 ; 389 ; 631
CISG-Online N.146	OLG Hamm, 09.06.1995	2 128 ; 3 255 ; 5 404
CISG-Online N.151	Cour d'appel de Grenoble, 22.02.1995	3 6 ; 5 708
CISG-Online N.152	OLG Celle, 24.05.1995	2 128, 133 ; 5 129, 300, 629, 751
CISG-Online N.154	Cour d'appel de Grenoble 26.4.1995	5 149, 514
CISG-Online N.156	Cour de Cassation 23.1.1996	5 150
CISG-Online N.157	Cour d'appel de Grenoble 13.9.1995	4 379
CISG-Online N.159	Cour de Cassation, 23.01.1996	4 363 ; 5 386, 671
CISG-Online N.160	LG Trier, 12.10.1995	4 363, 506 ; 5 386, 671
CISG-Online N.162	AG Kehl 06.10.1995	4 524
CISG-Online N.164	LG München 20.03.1995	5 666
CISG-Online N.179	LG Düsseldorf, 23.06.1994	4 526
CISG-Online N.187	Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg 21.03.1996	5 813, 958, 968
CISG-Online N.188	LG Oldenburg 27.03.1996	5 138
CISG-Online N.193	LG Landshut, 05.04.1995	2 135 ; 4 502
CISG-Online N.201	OLG Düsseldorf, 11.07.1996	5 795
CISG-Online N.207	Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 17.10.1995	2 103
CISG-Online N.215	LG Hamburg 05.11.1993	4 185
CISG-Online N.224	OGH 06.02.1996	2 59 ; 5 647, 650, 793, 800, 852, 903
CISG-Online N.225	BGH 11.12.1996	3 15 ; 4 94
CISG-Online N.228	OG Luzern, 08.01.1997	2 8, 10, 135 ; 4, 363, 555
CISG-Online N.244	LG Hannover, 01.12.1993	4 534
CISG-Online N.248	HG Zürich 26.04.1995	5 891
CISG-Online N.251	Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest, 17.01.1994	2 103
CISG-Online N.253	OLG Oldenburg, 01.02.1995	5 756
CISG-Online N.254	OLG Köln 21.05.1996	5 793, 904
CISG-Online N.256	OLG Koblenz, 31.01.1997,	4 300 ; 5 507, 636, 666
CISG-Online N.260	BGH 04.12.1996	2 50
CISG-Online N.261	OLG Hamburg 28.02.1997	5 136, 622, 825, 826, 827, 830, 966, 968, 970

CISG-Online N.262	LG Paderborn, 25.06.1996	4 506
CISG-Online N.263	OLG Karlsruhe, 25.06.1997	2 128 ; 3 101 ; 4 498
CISG-Online N.277	BGH 25.06.1997	4 533 ; 5 414, 426
CISG-Online N.279	LG Ellwangen 21.08.1995	4 378
CISG-Online N.282	OLG München 09.07.1997	4 534
CISG-Online N.290	OLG Köln, 21.08.1997	4 555
CISG-Online N.291	OGH, 24.4.1997	3 6
CISG-Online N.295	Cour de Justice de Genève, 10.10.1997	4 570
CISG-Online N.308	OLG Graz, 09.11.1995	5 594
CISG-Online N.310	OLG München, 11.03.1998	4 363
CISG-Online N.316	Pretura di Parma-Fidenza 24.11.1989	5 142, 628
CISG-Online N.327	HG Zürich, 05.02.1997	5 708, 752
CISG-Online N.338	Audiencia Provincial de Barcelona, 20.06.1997,	5 788
CISG-Online N.346	ZGer Basel-Stadt, 3.12.1997	3 47
CISG-Online N.347	Cour d'appel de Paris, 14.01.1998	2 47
CISG-Online N.348	Corte de Appello di Milano 20.03.1998	5 139, 626
CISG-Online N.351	Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien, 10.12.1997	2 103 ; 5 708, 710
CISG-Online N.353	BGH, 25.11.1998	2 2,132 ; 4 363, 600 ; 5 793, 904
CISG-Online N.354	OLG Saarbrücken, 03.06.1998	2 47 ; 4 523, 534
CISG-Online N.358	AG Riedlingen, 21.10.1994	4 523
CISG-Online N.368	AG München, 23.06.1995	5 357
CISG-Online N.371	Rechtbank van Koophandel, Hasselt, 02.06.1995	5 976
CISG-Online N.378	Tribunal di Vigevano, 12.07.2000	3 114
CISG-Online N.379	Stockholm Chamber of Commerce 05.06.1998	4 591
CISG-Online N.380	OGH 15. 10. 1998	3 44, 58 ; 4 542, 610
CISG-Online N.385	OLG Düsseldorf 24.04.1997	5 134, 297, 622, 626, 695
CISG-Online N.387	US Dist. Ct., 17.05.1999	3 114 ; 4 380 ; 5 418
CISG-Online N.396	BGH 24.03.1999	5 853, 999
CISG-Online N.412	AG Berlin-Tiergarten, 13.03.1997	5 795
CISG-Online N.413	BG 28.10.1998	5 55, 148, 510, 638, 751, 788, 789
CISG-Online N.416	HG Zürich, 21.09.1998	4 534 ; 5 505, 634
CISG-Online N.426	Bezirksgericht der Saane 20.02.1997	4 219, 629 ; 5 751
CISG-Online N.430	Corte di Appello di Milano, 11.12.1998	3 240

CISG-Online N.433	Ontario Superior Court of Justice, 31.08.1999	4 450
CISG-Online N.435	Arbitration Court attached to the Bulgarian Chamber of Commerce and Industry, 24.04.1996	5 962
CISG-Online N.439	US Dist. Ct. N.D. of Illinois, E.D. 07.12.1999	5 694
CISG-Online N.440	US Dist. Ct. (S.D.N.Y.), 6.4.1998	3 24 ,101
CISG-Online N.444	US Dist. Ct. (N.D. Illinois) 27.10.1998	3 24
CISG-Online N.452	Arrondissementsrechtbank Amsterdam, 15.06.1994	2 47
CISG-Online N.473	OLG Hamburg, 05.10.1998	2 8, 140 ; 3 6, 242
CISG-Online N.475	BGH 03.11.1999	4 526, 555
CISG-Online N.479	LG Frankenthal 17.4.1997	3 278
CISG-Online N.483	OGH 29.06.1999	5 719, 742, 743
CISG-Online N.485	OGH 27.08.1999	4 530
CISG-Online N.488	HG Zürich 10.02.1999	4 95, 96, 155, 246 ; 5 568, 586
CISG-Online N.489	HG Zug, 08.04.1999	2 19
CISG-Online N.493	Tribunale di Vigevano, 12.07.2000	2 135 ; 4 629 ; 5 821
CISG-Online N.506	OLG Celle, 02.09.1998	5 813, 855
CISG-Online N.511	OLG Dresden, 27.12.1999	2 72, 135
CISG-Online N.512	OLG Naumburg 27.04.1999	4 167 ; 5 300
CISG-Online N.513	OLG Thüringen 26.05.1998	3 276, 278 ; 5 799
CISG-Online N.515	OLG Hamburg 26.11.199	3 256 ; 4 527, 666 ; 5 763, 792, 813
CISG-Online N.516	OLG Bamberg 13.01.1999	5 825, 891, 894, 897
CISG-Online N.526	ICC Hakem Kararı N.8128/1995	3 261 ; 5 827
CISG-Online N.540	Tribunale Civile di Monza, 14.01.1993	5 977
CISG-Online N.552	Gerechtshofs Hertogenbosch 15.12.1997	4 611
CISG-Online N.561	LG Erfurt 29.07.1998	4 534
CISG-Online N.566	ICC Hakem Kararı, N.7565/1994	2 104
CISG-Online N.569	ICC Hakem Kararı, N.8324/1995	3 90
CISG-Online N.570	OLG Koblenz, 18.11.1999	4 528
CISG-Online N.573	OGH, 09.03.2000	2 2
CISG-Online N.574	Cour d'appel de Grenoble, 21.10.1999	5 788
CISG-Online N.576	OGH 13.04.2000	3 217 ; 4 382
CISG-Online N.581	OGH 28.04.2000	5 800, 835, 839
CISG-Online N.592	LG Stendal, 12.10.2000	5 568
CISG-Online N.598	Cour de Cassation, 26.06.2001	2 135
CISG-Online N.606	OLG Köln, 16.07.2001	4 94
CISG-Online N.608	Cour de Cassation, 02.10.2001	2 118

CISG-Online N.614	OGH, 22.10.2001	2 128
CISG-Online N.615	US Dist. Ct. (SDNY), 26.4.2002	2 132 ; 3 82 ; 4 743
CISG-Online N.617	BGH 31.10.2001	2 100 ; 3 168
CISG-Online N.628	BG 22.12.2000	3 16 ; 4 283
CISG-Online N.637	HG Zürich, 17.02.2000	2 15
CISG-Online N.638	Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage, 29.12.1998	2 708 ; 5 751
CISG-Online N.641	OGH 21.03.2000	2 113 ; 3 58 ; 4 531
CISG-Online N.642	OGH 07.09.2000	3 167, 194 ; 4 486
CISG-Online N.643	OGH, 14.01.2002	4 524, 530 ; 5 765, 774, 860, 885
CISG-Online N.651	BGH, 09.01.2002	3 240 ; 4 631 ; 5 1000
CISG-Online N.652	OGH 05.07.2001	4 600
CISG-Online N.653	US Dist.Ct. (SDNY), 10.05.2002	3 53, 277
CISG-Online N.654	LG München, 27.2.2002	2 15 ; 4 366 ; 5 586
CISG-Online N.659	AG Dusiburg, 13.4.2000	3 47
CISG-Online N.662	Cour de Cassation, 19.03.2002	4 698
CISG-Online N.672	OLG Rostock, 25.09.2002	4 315
CISG-Online N.675	US Dist. Ct., ED of Pennsylvania, 29.08.2000	2 8 / 3 277
CISG-Online N.676	BG 28.05.2002	4 491, 537
CISG-Online N.678	Tribunale di Pavia, 29.12.1999	2 86
CISG-Online N.681	OLG Köln, 28.05.2001	2 10
CISG-Online N.683	OLG Oldenburg, 28.04.2000	4 592
CISG-Online N.684	US Ct. App. 7th Cir. 19.11.2002	5 796
CISG-Online N.686	LG Darmstadt, 29.05.2001	4 528, 555 ; 5 568
CISG-Online N.689	LG Braunschweig, 30.07.2001	2 86
CISG-Online N.691	Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft in Österreich, 15.06.1994	5 855
CISG-Online N.694	Cour d'appel de Colmar, 12.06.2001	5 978
CISG-Online N.701	Kreisgericht Bern-Laupen, 29.01.1999	2 25
CISG-Online N.705	ICC Hakem Kararı, Nr.9187/1999	2 132 ; 4 613
CISG-Online N.708	ICC Hakem Kararı, N.9978/1999	5 722, 745, 751, 968
CISG-Online N.709	OLG Köln 14.10.2002	5 503, 632, 638, 650, 740
CISG-Online N.710	OLG Schleswig-Holstein, 22.08.2002	4 525
CISG-Online N.711	LG Freiburg 22.8.2002	3 175 ; 5 418, 948, 990
CISG-Online N.713	LG Saarbrücken, 02.07.2002	4 555
CISG-Online N.715	HG Aargau 5.11.2002	5 385, 387, 391, 393

CISG-Online N.717	OLG Schleswig-Holstein, 29.10.2002	2 47 ; 4 743
CISG-Online N.725	HG Bern 17.01.2002	4 562, 569, 572, 574
CISG-Online N.727	HG St Gallen, 03.12.2002	2 128, 132 ; 5 784, 794, 853, 883, 885, 886
CISG-Online N.730	US Ct. App. (5 th Cir.), 11.3.2003	2 126, 132 ; 3 82 ; 4 586
CISG-Online N.749	ICC-Hakem Kararı N.8786/1997	5 139, 629, 692
CISG-Online N.755	AG Viechtach, 11.04.2002	5 795
CISG-Online N.766	LG Gießen, 17.12.2002	5 742, 743
CISG-Online N.770	BG 15.09.2000	4 158, 159 ; 5 137, 142, 628, 651
CISG-Online N.772	US Dist. Ct., N.D. of Illinois, E.D., 29.01.2003	2 126
CISG-Online N.780	Netherlands Arbitration Institute 15.10.2002	4 371
CISG-Online N.784	LG Tübingen, 18.06.2003,	4 313
CISG-Online N.785	LG Berlin 21.3.2003	4 502
CISG-Online N.786	OLG München 13.11.2002	4 203
CISG-Online N.791	Cour de Cassation 24.9.2003	4 631
CISG-Online N.794	OGH 27.02.2003	3 219 ; 4 386
CISG-Online N.817	OLG Karlsruhe, 19.12.2002	5 742, 743
CISG-Online N.819	Tribunale di Padova, 25.05.2004	2 128
CISG-Online N.822	OLG Frankfurt am Main, 29.01.2004	4 472
CISG-Online N.828	OGH 17.12.2003	2 132 ; 3 46
CISG-Online N.838	BG 13.01.2004	4 422, 630, 631
CISG-Online N.840	BG 13.11.2003	3 114, 135 ; 4 535, 555, 629, 631, 633 ; 5 821
CISG-Online N.844	ICC-Hakem Kararı N.7645/1995	5 136
CISG-Online N.847	BGH 30.06.2004	4 589, 598
CISG-Online N.848	BG 07.07.2004	3 292 ; 4 313, 631
CISG-Online N.852	KG Appenzell Ausserrhoden 10.03.2003	4 167 ; 5 813, 821
CISG-Online N.856	KG Zug 30.11.1995	4 555, 557 ; 5 147, 320, 328, 638
CISG-Online N.872	Cour d'appel de Paris, 04.06.2004 (COUR d'Appel olacak dn. 386ya bak).	5 386, 671
CISG-Online N.887	Tribunal of International Commercial Arbitration of the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry 24.01.2002	4 184
CISG-Online N.897	OG Zug 24.03.1998	5 607

CISG-Online N.903	Hofs – Gravenhage, 23.04.2003	5 418
CISG-Online N.915	OLG Düsseldorf, 21.04.2004	2 86 ; 3 168 ; 5 142, 628
CISG-Online N.953	Tribunal de Grande Instance de Versailles, 23.11.2004,	4 698
CISG-Online N.954	OLG Wien, 01.06.2004	2 15
CISG-Online N.956	HG Bern 30.10.2001	4 572, 574
CISG-Online N.999	BGH 02.03.2005	3 101 ; 4 377, 472 ; 5 579, 598
CISG-Online N.1014	LG Frankfurt a.M. 11.04.2005	4 518
CISG-Online N.1028	US Dist. Ct. New Jersey, 15.06.2005	2 91, 132
CISG-Online N.1041	OGH 23.05.2005	3 101 ; 5 598
CISG-Online N.1047	OGH, 21.06.2005	2 50

B. Diğer Kararlar

ABD

US Dist.Ct., N.D. Illinois, E.D. 24.06.2004, IHR 2004, 156	4, 631
--	--------

Almanya

RGZ 42, 114	5, 1028
RGZ 103, 129	4, 60
BGHZ 66, 208	4, 213
BGHZ 87, 88	4, 213
BGHZ 129, 75	4, 280
BGH NJW 1991, 915	4, 60
BGH ZGS 2003, 438	4, 40
OLG Hamm, IPRax 1983, 231	4, 365
OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 506	4, 325
OLG Braunschweig, JZ 2003, 863	4, 727; 5, 494, 973
LG Köln NJW-RR 1989, 1457	4, 60
LG Bad Kreuznach, VuR 2003, 80	4, 40
LG Ellwangen, NJW 2003, 517	4, 727; 5, 494, 973

İngiltere

<i>C. Czarnikow Ltd. v. Koufos</i> (The Heron II) [1969] 1 A.C. 350, H.L.	5, 877
<i>Hadley v. Baxendale</i> , 9 Ex. 341	5, 876
<i>Hong Kong Fir Shipping Co., Ltd. v. Kawasaki Kaisha</i> , Court of Appeal, (1962) 1 All.E.R. 474	5, 62
<i>Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.</i> ; <i>Coulson Ltd.</i> [1949] 2 K.B. (C.A.) 528	5, 877

İsviçre

BGE 82 II 238	4, 670
BGE 96 II 185	4, 571
BGE 107 II 161	5, 187
BGE 114 II 152	5, 714
BGE 122 III 106	4, 123