

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

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN 79. MADDESİ
UYARINCA TAZMİNAT SORUMLULUĞUNDAN
KURTULMA

Yüksek Lisans Tezi

Halil Ahmet YÜCE

Ankara – 2017

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

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN 79. MADDESİ UYARINCA
TAZMİNAT SORUMLULUĞUNDAN KURTULMA

Yüksek Lisans Tezi

Halil Ahmet YÜCE

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Ankara – 2017

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

VİYANA SATIM SÖZLEŞMESİ'NİN 79. MADDESİ UYARINCA TAZMİNAT
SORUMLULUĞUNDAN KURTULMA

Yüksek Lisans Tezi

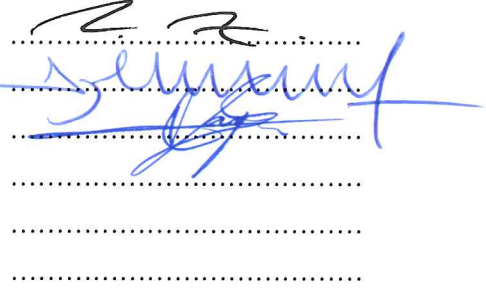
Tez Danışmanı: Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. Şebnem Akipek Öcal
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ
Yrd. Doç. Dr. Ahmet Ayar



Tez Sınavı Tarihi: 18.07.2017

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(.....03...../.....08...../.....2017.....)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

Halil Ahmet Koca

İmzası

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	VI
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: TAZMİNAT SORUMLULUĞUNDAN KURTULMANIN TARİHİ GELİŞİMİ, ULUSLARARASI METİNLERDEKİ DURUM VE CISG SİSTEMATİĞİ.....	6
§ 1) CISG m.79 HÜKMÜNÜN OLUŞUM SÜRECİ	6
I. Mukayeseli Hukuk Açısından Genel Olarak İfa İmkansızlaşması ve İfa Güçlüğü Halleri.....	6
A. Roma ve Kıta Avrupası Hukukları.....	9
B. Müşterek Hukuk Sistemleri.....	17
II. Uluslararası Metinlerde İfa Engelleri	21
A. ULIS m. 74.....	23
B. Viyana Konferansında CISG m. 79 Hakkındaki Görüşmeler ve Taslak Metin m. 65	27
III. Antlaşma'nın Yorumlanmasında 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Yeri	30
§ 2) ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK METİNLERİNDE CISG m. 79 BENZERİ DÜZENLEMELER.....	34

I. UNIDROIT İlkeleri: m. 7.1.7 (<i>Force Majeure</i>) ve m. 6.2.2 (<i>Hardship</i>)	35
II. PECL m. 8:108 ve m. 6:111, DCFR m. III. – 3:104 m. ve III. – 1:110	44
III. ICC 2003 Model Force Majeure ve Hardship Klozları (Model Klozlar)	48
§ 3) CISG m. 79 HÜKMÜNÜN ANTLAŞMA SİSTEMATİĞİNDEKİ YERİ VE BAZI MADDELERLE İLİŞKİSİ	52
I. CISG m. 79 Hükümünün Düzenlenme Yeri	53
II. Tazminat Talebi Hakkının Düzenlenmesi.....	55
III. CISG m. 6 İle İlişkisi: Taraflarca Düzenlenen Sorumsuzluk Kayıtları	57
IV. CISG m. 28 İle İlişkisi	63
V. CISG m. 80 İle İlişkisi	67
VI. CISG m. 50 ile İlişkisi	71
İKİNCİ BÖLÜM: CISG m. 79 HÜKMÜNÜN SINIRLARI	73
§ 4) CISG m. 79 HÜKMÜNÜN KAPSAMI	73
I. Borca Aykırı Davranışın Tipi Yönünden CISG m. 79'un Kapsamı	73
II. Aykırı Davranılan Borcun Tipi Yönünden CISG m. 79'un Kapsamı.....	75
§ 5) CISG m. 79 HÜKMÜNÜN KAPSAMA ALANINA DAİR BAZI TARTIŞMALI HALLER.....	79
I. Sözleşmeye Uygun Malların Verilmemesi Durumunu Kapsaması	81
II. Hardship ve CISG	90
A. Hardship ve Force Majeure Müesseselerinin Kıyası ile CISG m. 79'daki Durum	91

B. CISG m. 79'un Lafzı Uyarınca Meselenin Ele Alınması	94
C. Hardship Müessesesine CISG İçerisinde Hukuki Dayanak Bulmak: CISG m. 79 ve Ötesi	98
1. CISG m. 7'yi Dayanak Alan Görüş	99
2. Yalnızca CISG m. 79 Aracılığıyla Hardship Hallerini CISG'e Dahil Eden Görüş.....	101
3. Hardship Müessesesinin CISG'deki Hukuki Dayanağı Hakkındaki Görüşümüz.....	103
III. Yeniden Müzakere Yükümlülüğü.....	110
A. Yeniden Müzakere Yükümlülüğüne Hukuki Dayanak Olarak CISG m. 77 Hükmü.....	111
B. Tarafların Yeniden Müzakere Ederken Anlaşmaya Varamamaları ve Sonuçları	117
C. Mevcut Durum Hakkındaki Hukuki Değerlendirmemiz	121
IV. Sözleşmenin Kazai Uyarlanması	125
A. Mevcut CISG Rejiminde Kazai Uyarlamanın Muhtemel Hukuki Dayanakları	127
1. CISG m. 79 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirme	128
2. CISG m. 77 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirme	129
3. CISG m. 50 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirme	132
B. CISG m. 7/II Uyarınca Diğer Uluslararası Özel Hukuk Metinlerini Uygulamak	134

C. Kazai Uyarlamanın CISG’de Mümkin Olmaması.....	138
---	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: CISG m. 79 HÜKMÜNDE DÜZENLENEN HUKUKİ

SONUÇLAR	141
-----------------------	------------

§ 6) CISG m. 79 HÜKMÜNÜN UYGULAMA ŞARTLARI	141
--	-----

I. İfa Engelinin Kontrol Dışı Gerçekleşmesi	146
---	-----

II. İfa Engelinin Öngörülemez Olması	152
--	-----

III. İfa Engelinin ve Sonuçlarının Önlenemez veya Aşılabilir Olması.....	162
--	-----

IV. İfa Edememe Hali İle İfa Engeli Arasında İliyet Bağı Olması.....	169
--	-----

V. Kusursuzluğun Belirleyici Olmaması	176
---	-----

VI. Uygulama Şartlarını İspat Yüğü	178
--	-----

§ 7) BORÇLUNUN SORUMLULUKTAN KURTULMASI VE ALACAKLININ SEÇİMLİK HAKLARININ DURUMU	181
--	-----

I. Borçlu İfa Engeli Sayesinde Tazminat Sorumluluğundan Kurtulur	181
--	-----

II. Diğer Sözleşmesel Hakların İfa Engeli Karşısındaki Durumu	183
---	-----

A. Alacaklının Seçimlik Hakları ve Genel Olarak İfa Engelleri Karşısındaki Durumları	186
---	-----

B. CISG m. 79 Hükmünün Aynen İfa Talebi Hakkıyla İlişkisi	190
---	-----

C. Sözleşmeden Dönme Hakkı İle İlişkisi.....	193
--	-----

§ 8) CISG m. 79 HÜKMÜNE İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLAR.....	196
---	-----

I. Borçlunun Üçüncü Kişi Nezdinde Gerçekleşen İfa Engeli Nedeniyle Sorumluluktan Kurtulması Hali	196
---	-----

A. CISG m. 79/II Kapsamında Üçüncü Kişi Kavramı	200
B. Uygulama Şartları	204
1. İfa Engeli Şartlarının Borçluda ve Üçüncü Kişi Nezdinde Aynı Anda Var Olması	205
2. Üçüncü Kişiyle Sözleşmenin İfası Nedeniyle Temas Edilmiş Olma.....	207
C. CISG m. 79/II ile TBK m. 116'nın Karşılaştırılması	209
II. İfa Engelinin Geçici Süreyle Var Olmasının Sonuçları	211
III. Bildirim Yükümlülüğü İle Bildirimdeki Gecikmeden Sorumlu Olma	220
IV. İfa Engelinin Borcun Yerine Getirilmesini Kısmen Engellemesi Hali.....	227
SONUÇ.....	230
KAYNAKÇA	233
ÖZET.....	251
ABSTRACT	252

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı Geçen Eser
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
Alm.	: Almanca
Art.	: Article
Arts.	: Articles
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
c.	: Cümle
CA	: Cour d'Appel
CAM	: Centro de Arbitraje de México
CC	: Code Civil
Çev.	: Çeviren
Ch.	: Chapter
CIETAC	: China International Economic and Trade Arbitration Commission

CISG	: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods)
CISGAC	: CISG Advisory Council
DCFR	: Draft Common Frame of Reference (2009)
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
d.n.	: Dipnot
eBK	: (818 Sayılı) Eski Borçlar Kanunu
ed.	: Editör
eds.	: Editörler
edt.	: Edition
HG	: Handelsgericht
HPD	: Hukuki Perspektifler Dergisi
ICC	: International Chamber of Commerce
İng.	: İngilizce
Lat.	: Latince
m.	: Madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
No.	: Number
Nr.	: Numara
OLG	: Oberlandesgericht
para.	: Paragraf
paras.	: Paragraflar
PECL	: Principles of European Contract Law

PICC	: Principles of International Commercial Contracts
s.	: Sayfa
Sa.	: Sayı
ss.	: Sayfalar
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
UCC	: Uniform Commercial Code
ULF	: Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods
ULIS	: Uniform Law On The International Sale of Goods (1964)
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
UNIDROIT İlkeleri	: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (2016)
US	: United States of America
v.	: Versus
VAHS	: 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
vd.	: Ve devamı
v.d.	: Ve diğerleri
vb.	: Ve bunun gibi
vol.	: Volume
vs.	: Vesaire
yy.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Kişiler arasında borç ilişkisi doğuran en temel kaynak, tüm hukuk sistemlerinde, şüphesiz ki sözleşmelerdir. Taraflar arasında belirlenmiş bir hukuki amaç çerçevesinde karşılıklı irade uyuşmasıyla meydana getirilen bu iki taraflı hukuki işlemler, çoğunlukla, işlemin iki tarafı için de belli yükümlülükler ve hukuki ödevler öngörmekte olup, sık kullanılan tabirle taraflar arasında uygulanacak bir kanun niteliğindedir¹. Makul kişilerin sözleşmeye girerken sahip oldukları amaç sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve hukuki ödevlere uyulmasıyla sözleşmenin sonucuna ulaştırılması, tarafların sözleşmeyle ulaşmak istedikleri amaca varmalarıdır. Taraflar sözleşmeleri ile bağlı kalmayı ve ona saygı duymayı karşılıklı olarak taahhüt ederler².

¹ Esasen CC m. 1103'te zikredilen meşhur “*Sözleşme onu hukuki olarak yürürlüğe koyan tarafların kanunudur*” vecizesinin Avrupa’da bulunan hukuk sistemlerinde çokça kabul edildiği yönünde bkz.: **Küçükgüngör**, Erkan/**Emiroğlu**, Haluk, Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin), AÜHFD, C. 53, Sa. 1, 2004, ss. 77-87, s. 78.

² Ahde vefa ilkesi (Lat. *Pacta Sunt Servanda*) olarak adlandırılan bu ilke modern sözleşmeler hukukunun temelidir (**Perillo**, Joseph M., Force Majeure And Hardship Under The Unidroit Principles Of International Commercial Contracts, Tulane Law Review, Vol. 5, 1997, ss. 5-28, s. 7). Zira CISG de bu ilke üzerine kuruludur (aynı yönde bkz. **Atamer**, Yeşim M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye

Öte yandan, yeni gelişmeler ve çeşitli risklerle dolu 21. yy. ticaret hayatında tarafların sözleşme ile arzuladıkları amaca ulaşmalarını engelleyecek gelişmelerin meydana gelmesi sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Özellikle mesafeler ve bürokratik engellerin arttığı sınır ötesi satışlarda tarafların öngöremediği, öngörse de önleyemediği ve kontrol edemediği sebeplerden ötürü sözleşme ile üstlendikleri edimi ifa edememeleri oldukça sık karşılaşılan bir durumdur³. Bu gibi durumlarda

Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005, s. 117 (aşağıda “Atamer, 2005” olarak anılacaktır). Çalışma konumuz olan CISG m. 79 hükmü ise bu ilkenin katı uygulanmaması adına getirilmiş istisnalardan biridir (benzer yönde bkz. **Magnus**, Ulrich, CISG Uyarınca Tazminat-Faiz-Sorumluluktan Kurtulma (Çev.: Cüneyt Süzel), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (ed. Atamer, Yeşim), İstanbul 2008, ss. 287-307, s. 302 [yazara göre CISG m. 79’un uygulandığı hallerde ahde vefa ilkesi adeta *ters çevrilmektedir*]).

³ Doktrinde sözleşmenin tabi olduğu şartları değiştiren hallere örnek olarak hükümetlerin ithal yasağı veya belli mallara ek vergi ya da sınırlama getirmesi, ham madde bedelinin artması, ekonomik resesyon, kararlaştırılan para kurunun değerinin değişmesi, savaş, mutad ticaret yolunun işleyemez hale gelmesi gibi örnekler verilmiş olup, ifa süresinin arttığı müddetçe sözleşmenin bu değişimlere karşı daha kırılgan olduğuna dikkat çekilmiştir (**Davies**, Martin/**Snyder**, David V., International Transaction in Goods: Global Sales in Comparative Context, Oxford 2014, s. 321; **Gillette**, Clayton P., Advanced Introduction to International Sales Law, Cheltenham 2016, s. 101).

sözleşmesel ilişkiye yabancı birtakım sebeplerden ötürü sözleşme ifa edilememekte, tarafların sözleşmeye duyduğu haklı güven boşa çıkmaktadır. Her ne kadar, gerçekleşen olay üzerinde hiçbir kontrolde bulunulmadığı için, olumsuz sonuca katlanma yükümlülüğünün birine yıkılması istenmeyen bir hal olsa da illaki bir tarafın bu sonuca katlanması gerekecektir. Zira ticari hayat gerekleri ve iki taraflı bir hukuki işlem olan “sözleşme” kurumunun temel mantığı nedeniyle sorumluluk bahsinin sürüncemede bırakılması, kimseye sorumluluk yüklenmeden uyuşmazlığın terk edilmesi mümkün değildir. Olumsuz sonuçlara sözleşen taraflardan birisi katlanacaktır. Bu nedenle, yukarıda açıklanılmış bir olayla karşılaşan (gerek ulusal, gerek uluslararası düzeyde) her kanun koyucu bir seçim yapmak mecburiyetindedir. Nitekim çalışmamızın odak noktasını oluşturan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (Convention on International Sales of Goods; kısaca “CISG” veya “Antlaşma”) m. 79 da bu mecburiyetin bir sonucundan ibarettir⁴. Zira uluslararası ticari ilişkileri etkileyebilecek beklenmeyen

⁴ Öyle ki, CISG m. 79 esasen sözleşmeye aykırı davranışta bulunup bulunulmadığını incelemeyi. Zira CISG m. 79’un uygulama alanı bulduğu yerlerde ifa engeli nedeniyle amacına ulaşamamış bir sözleşmesel ilişkinin içerisinde hapsolmuş iki “masum” taraf ve bunların arasında ifa engelinden doğan zarar mevcuttur. CISG m. 79’daki çaba tarafların bu hal karşısındaki durumlarını adil bir biçimde denkleştirmek, hukuki durumlarını ifa engeline göre ayarlamaktır (aynı yönde bkz. **Nicholas**, Barry, Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods [eds.: Bender, Matthew/Galston, Nina M./Smith, Hans], New York 1984, ss. 5-1 – 5-24, s. 5-19).

hallerin ticari satım sözleşmelerine etkisi ve bu hale kimlerin katlanacağı anılan maddede düzenlenmiştir⁵.

Çalışmamızda âkit devletler bünyesinde gerçekleştirilen uluslararası mal satımı ilişkilerinin esasına uygulanacak hukuku düzenleyen CISG'in bu sorun karşısındaki tutumunu inceleyecek, gerekli görülen yerlerde Türk Hukuku ile kıyaslamada bulunacağız. Şüphesiz ki sözleşme ihlalinin sorumlulukta “*kusur sorumluluğu*” görüşünü reddeden ve sözleşmeden doğan borçların ihlalini ayrı ayrı hükme bağlamayıp tek bir potada eriten CISG, Türk kanun koyucusunun konvansiyonel yöntemlerinden daha değişik yollar izlemekte olup, birçok somut olayda farklı sonuçlara ulaşmaktadır. Zira uluslararası bir metin olan CISG, Mayıs 2017 itibariyle, birbirinden çok farklı hukuk sistemlerini haiz 85 ülke tarafından kabul edilmiş olup⁶, özellikle Müşterek Hukuk (İng. *Common Law*) ve Kıta Avrupası (İng. *Civil Law*) hukuk sistemlerini bağdaştırma çabası içerisinde. Öyle ki, CISG'i iç hukuk sistemlerine dahil eden ülkelerin dünya ticaretindeki büyüklüğü sebebiyle, an itibariyle dünya ticaretinin üçte ikisinden fazlasını CISG tarafından

⁵ **Gillette**, s. 100; **Honnold**, Jonh O., Uniform Law For International Sales Under The 1980 United Nations Convention, Kluwer International 2009, s. 611 (aşağıda “Honnold, International Sales Law” olarak anılacaktır).

⁶ UNCITRAL verilerine ulaşmak için bkz. <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitra_l_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>> (son erişim tarihi: 28.05.2017).

düzenlenmektedir⁷. Son olarak, CISG'in kendiliğinden uygulanmasını sağlayan⁸ m. 6 da CISG m. 79'u inceleme konusu olarak seçmemizde etkili olmuştur. Öyle ki, ülkemizde ve âkit devletlerde iş yapan özel hukuk kişileri arasında oldukça sıkı ticari alım-satım ilişkileri yürütmekte olup; taraflar aksini seçmediği müddetçe, bu satım sözleşmelerinin esasına da CISG uygulanmaktadır⁹.

⁷ **Ferrari**, Franco, What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods?: Why One has to Look Beyond the CISG, International Review of Law and Economics, Vol. 25, 2005, ss. 314-341, ss. 314-315. Belirtmek gerekir ki bu miktar artmaya devam etmektedir. Zira daha yeni tarihli çalışmalarda bu oranın gitgide arttığı da görülecektir. Örneğin **Yelkenci** bu oranın %80'e ulaştığını belirtmiştir (bkz. **Yelkenci**, Işıl, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması [CISG] Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, ss. 1333-1372, s. 1334).

⁸ CISG m. 6 (CISG'de *opt-in* yaklaşımının değil de *opt-out* yaklaşımının benimsendiği yönünde bkz: **Drago**, Thomas J./**Zoccolio**, Alan F., Be Explicit: Drafting Choice of Law Clauses in International Sale of Goods Contracts, The Metropolitan Corporate Counsel, No. 9, 2002).

⁹ **Marek**, Rebecca H., Continuity for Transatlantic Commercial Contracts After the Introduction of the Euro, Fordham Law Review, April 1998, ss. 1985-2031, s. 2009.

BİRİNCİ BÖLÜM

TAZMİNAT SORUMLULUĞUNDAN KURTULMANIN TARİHİ

GELİŞİMİ, ULUSLARARASI METİNLERDEKİ DURUM VE

CISG SİSTEMATİĞİ

§ 1) CISG m.79 HÜKMÜNÜN OLUŞUM SÜRECİ

I. Mukayeseli Hukuk Açısından Genel Olarak İfa İmkansızlaşması ve İfa Güçlüğü Halleri

Yeknesak uluslararası özel hukuk girişimlerinden en başarılısı ve en önemlisi olarak kabul edilen¹⁰ CISG (ve sorumluluktan kurtulmayı düzenleyen 79 ve 80. maddeleri) her yasal düzenleme gibi belli bir hukuki birikim ve geçmişin ürünüdür. Uluslararası ticari satımlara uygulanmakta olan CISG’in bünyesindeki hukuki müesseselerin kaynağı bu bakımdan eski çağlardan beri gelişmekte olan uluslararası

¹⁰ **Maskow**, Dietrich, Hardship And Force Majeure, American Journal of Comparative Law, Vol. 40, No. 3 (Summer), 1992, ss. 657-669, s. 664; **Butler**, E. Allison, A Practical Guide To The CISG: Negotiations Through Litigation, 2007, s.1 (aşağıda “Butler, Practical Guide” olarak anılacaktır).

ticaret kuralları olarak gösterilmektedir¹¹. Zira genel olarak “uluslararası ticaret hukuku” müessesesi uluslararası ticaretin kendisiyle başa baş gelişmiş olup, ticari teamüllerin zaman içerisinde yasalaştırıldığı görülmektedir. Bu nedenle, uluslararası ticaret hukukunun tarihçesine dair çalışmalar müessesenin gelişimini sıklıkla Antik Çağ ve Roma Hukuku’ndan itibaren incelemektedir¹².

Ayrıca, bahsedilen gelişim süreci boyunca taraflara yabancı bir olay nedeniyle ifanın imkansız veya aşırı güç hale gelmesi hipotezine dair bütün kanun koyucular bu olaya katlanma yükümlülüğünü düzenleyen hükümler düzenlemiş, ulusal literatürlerde çeşitli teoriler geliştirilmiştir¹³. Bu teorilerin, gerek geçmişte

¹¹ Detaylı bilgi için **Butler**, Practical Guide, s.1 vd. Esasen özel hukuku yeknesaklaştırma girişimleri köklerini 19. yy.’ın sonlarından almaktadır. Bu bakımdan 1893 yılında toplanan ve günümüzde de çalışmalarını yürüten öncü örgüt Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı hakkında baha çok bilgi için bkz. <<<https://www.hcch.net>>> (son erişim tarihi: 28.05.2017).

¹² **Butler**, Practical Guide, s. 2; **Oğuz**, Arzu, Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) - UNIDROIT İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği, AÜHFD, C. 50, Sa. 3, 2001, ss. 11-53, s. 13 vd.

¹³ Bu müesseselere örnek olarak Roma Hukuku’nda (ve halen kimi Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde) “*force majeure*”, Fransız Hukuku’nda “*imprévision*”, Alman Hukuku’nda “*Wegfall der Geschäftsgrundlage*”, Müşterek Hukuk sistemlerinde “*impracticability*” ve “*frustration*” örnek gösterilebilir (örnekler için bkz. **Honnold**, International Sales Law, s. 611; **Schwenzer**, Ingeborg, Force Majeure And Hardship In International Sales Contracts, Victoria University of Wellington Law Review,

gerek günümüzde, birbirinden oldukça farklı olduğu ve ülkeden ülkeye değişim gösterdiği bilinen bir gerçektir¹⁴. Özellikle de Müşterek Hukuk sistemlerinde kullanılan frustration of purpose ve Kıta Avrupası sistemlerinde kullanılan force majeure kavramları birbirinden oldukça farklıdır¹⁵.

Çalışmamızın kapsamı gereği antik kabile toplumlarındaki durum inceleme dışı bırakılacak olup, her ne kadar CISG’i yorumlarken ulusal hukuk müesseselerine başvurmak son çare olarak kabul edilse de¹⁶, CISG’in konuya getirdiği çözümün daha iyi anlaşılması adına günümüzdeki belli başlı hukuk sistemlerindeki durumlara

April 2009, ss. 709-725, s. 710 vd. [aşağıda “Schwenzer, Hardship” olarak anılacaktır]).

¹⁴ **Rimke**, Joern, Force Majeure and Hardship: Application In International Trade Practice With Specific Regards To The CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer 1999-2000, ss. 197-243, s. 198.

¹⁵ **Katsivela**, Marel, Contracts: Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses?, Uniform Law Review, Vol. 12, No.1, 2007, ss. 101-120, s. 109. Yazar Kıta Avrupası sistemlerinde kullanılan force majeure teorisinin Müşterek Hukuktaki frustration teorisinden daha dar bir uygulama alanına sahip olduğunu söylemektedir.

¹⁶ CISG’in ulusal yorum kurallarına saplanılmaması için hiçbir ulusal hukuk sistemi terimine atıf yapmadan 79. maddeyi düzenlediğine dair bkz. **Kessedjian**, Catherine, Competing Approaches to Force Majeure and Hardship, International Review of Law and Economics, No. 25, 2005, ss. 415-433, s. 417.

da kısaca değinilecektir. Zira doktrinde de CISG tarafından kullanılan *ifa engeli*¹⁷ kavramını tarif edebilmek için zaman zaman ulusal hukuk sistemlerinde yer alan kavramların rehberliğine başvurulmuştur¹⁸.

A. Roma ve Kıta Avrupası Hukukları

Roma Hukuku uygulamasında, tıpkı günümüz modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi, her ne kadar ahde vefa ilkesi sözleşmeler açısından esas olsa da¹⁹

¹⁷ İng. *Exemption*. Kimi yazarlar CISG m. 79'un kullandığı dilin Fransız Hukuku'nda yer alan düzenlemelerle benzerlik gösterdiğine dikkat çekmektedir (bkz. **Flambouras**, Dionysios P., The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis, Pace International Law Review, Vol. 13, No. 2, Fall 2001, ss. 261-293, s. 265 [aşağıda "Flambouras, Doctrines of Impossibility" olarak anılacaktır]); **Nicholas**, Barry, Force Majeure and Frustration, American Journal of Comparative Law, Vol. 27, 1979, ss. 231-245, s. 234 [aşağıda "Nicholas, Force Majeure and Frustration" olarak anılacaktır]).

¹⁸ **Vilus**, Jelena, Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer (eds.: Sarcevic, Petar/Volken, Paul), International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana 1986, ss. 239-264, s. 253; **Nicholas**, s. 232.

tarafların iradesi ve kontrolü dışı gelişen kimi olay ve durumlar sözleşmenin ifa edilmesini engellemekteydi. Ahde vefa ilkesinin katı uygulamasının bu gibi durumlarda yol açacağı olumsuz sonuçları gidermek adına Roma Hukuku'nda imkansızlık (Lat. *Force Majeure*) ve anlaşmanın değişen şartlara uyarlanması (Lat. *Rebus Sic Standibus*) gibi doktrinler geliştirilmiş ve bunlar günümüz yasal düzenlemelerinde, farklı isimler taşısalar da, yerlerini almıştır²⁰.

¹⁹ Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin yanında Müşterek Hukuk ülkelerinde de pacta sunt servanda presibinin temel olduğuna dair bkz. **Perillo**, s. 7.

²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Zimmerman**, Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, s. 579 vd. Belirtmek gerekir ki rebus sic standibus ilkesi force majeure müessesesiyle bire bir aynı olmayıp, karıştırmaktan kaçınmak gerekir. Zira ekonomik imkansızlığı kapsamına almayan force majeure müessesesi kişinin ifa etmemeden dolayı sorumlu olmamasını düzenlerken, rebus sic standibus ilkesi ise sonradan gerçekleşen hadiseler nedeniyle sözleşmenin aynı şekilde uygulanmasının son derece güç olması nedeniyle adaletsiz olacağı hallerde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını düzenler (bkz. **Schwenzer**, *Hardship*, s. 710; **Saliba**, Aziz T., *Rebus Sic Standibus: A Comparative Survey*, Murdoch University Electronic Journal of Law, Vol. 8, No. 3, 2001). Günümüzde uluslararası ticaret uygulamasında pacta sunt servanda ilkesinin başlıca istisnalarının hardship ve force majeure olarak anıldığı yönünde bkz. **Flambouras**, Dionysios P., *Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles (6:111, 8:108)*, *An International Approach To The Interpretation Of The United Nations Convention On Contratcts For The International Sale Of Goods (1980) As Uniform*

Roma Hukukunda, force majeure gereği; eğer ki dışarıdan gelen, öngörülemez, karşı konulamaz bir sebep ifayı imkansızlaştırırsa borçlu ifa etme yükümlülüğünden kurtulurdu²¹. Öte yandan Roma Hukukunda genel ilke olarak edim imkansız halde ise talep edilmesi söz konusu değildi (Lat. *Impossibilium Nulla Est Obligatio*)²². Müessese özellikle 1804 Fransız Medeni Kanunu ile kabul edildikten sonra günümüzde hâlâ, özellikle Kıta Avrupası Hukuk Sistemi etkisi altındaki sistemlerde varlığını sürdürmektedir²³. Öte yandan, edimin meydana gelen olay

Sales Law (ed.: Felemegas, John), New York 2007, ss. 499-505, 1 (aşağıda “Flambouras, Comparative Remarks” olarak anılacaktır).

²¹ Force majeure müessesesine Roma Hukukunda verilen diğer isimler vis majör veya vis divina (bu tabir halen “*act of god*” şeklinde kullanılmaya devam etmektedir) olarak görülmektedir (bkz. **Katsivela**, s. 101).

²² **Altunkaya**, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005, s. 54; **Schwenzer**, Hardship, s. 710.

²³ Aynı yönde bkz. **Katsivela**, s. 101; **Azfar**, Fareya, The Force Majeure ‘Excuse’, Arab Law Quarterly, Vol. 26, Nr. 2, 2012, s. 249. Fransız Hukuku uyarınca ifade bulunamayan borçlunun modern force majeure müessesesi uyarınca ifade bulma yükümlülüğünden kurtulması için üç şartın gerçekleşmesi gerekmektedir: olayın öngörülemez olması, kontrol edilemez olması ve taraflara yabancı olması (bkz. **Azfar**, s. 249). Fransız Hukuku’nda genel olarak force majeure doktrininin kabul edilirken ifa güçlüğü nedeniyle sözleşme uyarlanmasının yalnızca idari sözleşmelere uygulanan *imprévision* müessesesi ile sınırlı olduğuna dair bkz. **Perillo**, s. 7. Diğer Kıta Avrupası ülkelerinin sözleşme uyarlamasına izin veren kurallar içerdiğine ve

sonucu imkansızlaşmayıp yalnızca ifasının aşırı güç bir duruma gelmesi halinde borçlunun sözleşmede kararlaştırılan ifayı aynen yerine getirme yükünden kurtulmasına olanak sağlayan rebus sic standibus ilkesi de halen günümüz yasal metinlerinde yer almaktadır²⁴. Roma Hukuku'nda geliştirilen bu iki teoriden özellikle *force majeure*'ün CISG'deki görünümü olarak kimi yazarlar m. 79'a işaret etmiştir²⁵. Fakat belirtmek gerekir ki Kıta Avrupası sistemi ve CISG'de *force majeure* müessesesine biçilen işlev oldukça farklıdır. Zira Kıta Avrupası Hukuk Sistemi etkisi

Fransız Yüksek Mahkemesi'nin de son dönemlerde katı ahde vefa uygulamasını terk etmeye başladığına dair bkz. **Schwenzer**, Hardship, s. 710-711 (ve orada d.n. 9'daki yazarlar).

²⁴ Alman Hukuku'nda BGB § 313 ve Türk Hukuku'nda TBK m. 138 hükümlerinin bu ilkenin birer yansıması olduğu yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku: Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre), Ankara 2015, s. 238 vd.; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Ankara 2016, s. 500 (yazar TBK m. 480/II hükmünü de anılan ilkenin yansıması olduğunu ifade etmiştir). Ayrıca, rebus sic standibus müessesesinin Post-Glassatorlar tarafından Kanon Hukuku etkisinde kalarak geliştirilen *difficultas* müessesesinin üzerine kurulduğuna ve yasal düzenlemelere geçirildiğine dair bkz. **Rapsomanikas**, Michael G., Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law, Duquesne Law Review, 1979-1980, ss. 551-605.

²⁵ **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 263; **Çalışkan**, Yusuf, Milletlerarası Tahkimde Ahde Vefa ve Akdin Değişen Şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması, MHB, Yıl 24, Sa. 1-2 (Prof. Dr. Sevin Toluner'e Armağan Özel Sayısı), 2004, ss. 365-377, s. 372.

altındaki ülkelerde force majeure sözleşmenin (ve dolayısıyla sözleşme içerisinde yer alan borcun) geçerliliğini de etkilerken²⁶, CISG’de yalnızca bir tarafın borca aykırı davrandığı zaman sorumluluğunun sınırlandığı alanları belirleme işlevi vardır²⁷.

Kıta Avrupası Hukukunda taraflar dışında gerçekleşen olayların sözleşmesel dengeye etki etmesine dair başlıca görüşlerden biri ise Alman Hukuku’nda gelişmiş ünlü *Wegfall der Geschäftsgrundlage* (işlem temelinin çökmesi) teorisidir. Bu teori 20. yy.’ın başında taraftar toplamış ve Alman Medeni Kanunu yalnızca ifanın imkansız olması halinde borçlunun borcundan kurtulacağını kabul etmesine rağmen²⁸ özellikle I. Dünya Savaşı’ndan sonra yükselen enflasyon nedeniyle iyiniyet ilkesinden yol destek alınarak sıklıkla uygulanmıştır²⁹. Bahsi geçen teori, tarafların sözleşmeye girerken temel aldıkları durumların varlığını sürdürmemesi ve bir tarafın hakkaniyete aykırı olacak boyutta fazladan sorumluluk altına girmesi halinde

²⁶ **Tercier**, Pierre/**Pichonnaz**, Pascal/**Develioğlu**, H. Murat, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 460; **Eren**, s. 1325; **Kurtulan**, Gökçe, Türk Hukukunda İfa İmkansızlığı ve Aşırı İfa Güçlüğü Kurumlarının Karşılaştırılması, BATİDER, C. XXXII, Sa. 3, 2016, ss. 193-248, s. 208.

²⁷ **Schlechtriem**, Peter/**Butler**, Petra, UN Law On International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods, Heidelberg 2009, s. 201.

²⁸ BGB’de 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren getirilen değişikliklerle imkansızlık kavramına yapılan değişiklikler ve bu değişikliklerin CISG’den esinlenilerek getirildiği yönünde detaylı bilgi için bkz. **Altunkaya**, s. 62 vd.

²⁹ **Rapsomanikas**, a.g.e.; **Perillo**, s. 9.

sorumluluk altındaki taraf sözleşmesel yükümlülüklerinden kurtulmayı veya sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep edebileceğini kabul etmektedir³⁰.

Türk Hukukunda ise imkansızlık ve ifanın aşırı güçleşmesi halleri ayrı ayrı ele alınmıştır (bkz. TBK m. 136 ve 138)³¹. Zira ifası aşırı güçleşen edimin tamamen imkansızlaşmamış olması onu farklı bir rejime bağlama ihtiyacı doğurmuştur³². Her şeyden önce imkansızlık, sözleşmeyle geçerli olarak üstlenilen bir edimin yerine getirilmesinin mümkün olmaması anlamına gelir³³. İmkansızlık hali sözleşme

³⁰ *Wegfall der Geschäftsgrundlage* doktrinine başvurmaın istisnai olduğu ve iki tarafın da menfaatinin gözetildiğine dair bkz. **Perillo**, s. 9.

³¹ **Kurtulan**, s. 198; **Doğan**, Gülmelahat, Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, TBBD, Sa. 111, 2014, ss. 9-36, s. 10; **Kılıçoğlu**, s. 683. Ancak Türk-İsviçre Hukuku'nda da asıl kural ahde vefa ilkesidir (**Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 295).

³² **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, ss. 306-307. İki müessesenin arasındaki farkın edimin tamamen imkansızlaşıp imkansızlaşmadığına göre belirleneceğine dair bkz. **Kurtulan**, s. 199.

³³ **Eren**, s. 344 (yazar sözleşmenin kurulmasından önceki imkansızlığın Türk Hukuku'ndaki sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlardan biri olduğunu ifade etmektedir); **Kılıçoğlu**, s. 865. Bu mümkün olmayışın tipine göre fiilen, hukuken ve ekonomik imkansızlık halleri zuhur eder. Ancak imkansızlığın en önemli etkileri olan borcu sona erdirici (TBK m. 27) veya işlemin geçersiz hale getirici etkiler hukuki ve fiili imkansızlık hallerinde söz konusu olacaktır (**Eren**, s. 344; **Oğuzman**, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler-Cilt1, İstanbul 2016,

kurulduktan sonra meydana gelirse borçlunun borcu, TBK m. 136 hükmü gereği, sona erer³⁴. Aşırı ifa güçlüğü ise sözleşmesel edimin tarafların öngörmesinin veya göz önüne almasının mümkün olmadığı bir halden ötürü borcun yerine getirilmesinin aşırı derecede zor hale gelmesini ifade eder³⁵. Bu hallerde TBK m. 138’e göre borçlu sözleşmenin hakim tarafından değişen şartlara uyarlanmasını talep edebilir veya bu mümkün değilse sözleşmeden dönebilir veya sözleşmeyi feshedebilir³⁶. Tüm bu haller hakimin sözleşmeye müdahalesini ve onu kazai olarak uyarlamasını

s.88). Bu nedenle Türk Hukuku’nda imkansızlığın etkilerine dair yaptığımız açıklamalar yalnızca fiili ve hukuki imkansızlık hakkında olacaktır.

³⁴ **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 460; **Eren**, s. 1325. Belirtmek gerekir ki kusur sorumluluğu sisteminin benimsendiği Türk Hukuku’nda borçlunun borçtan kurtulması için imkansızlığın borçlunun kusurundan kaynaklanmamış olması gerekir. Zira Türk Hukuku’nda sonraki kusurlu imkansızlık müessesesi TBK m. 112 uyarınca bir borca aykırılık halidir (bkz. **Kılıçoğlu**, s. 685; **Tercier/Pichonnaz/Develioğlu**, s. 461).

³⁵ **Kılıçoğlu**, s. 268 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 200; **Eren**, ss. 499-500.

³⁶ **Eren**, s. 505; **Kılıçoğlu**, s. 270 (yazar eBK zamanında açık hüküm olmaması sebebiyle değişen şartlar halinde borçluyu aynen ifaya zorlamamanın yasal dayanağının TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı olduğuna, ancak günümüzde açık hüküm olduğu için bu yoruma gerek kalmadığına dikkat çekmektedir. Doktrinde bu nedenden ötürü TBK m. 138 hükmünü “...öğreti ve uygulamanın yarattığı bir kurumun yasaya konulmasından ibaret...” olarak gören bir görüş de mevcuttur [bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 199]).

oluřturur³⁷. Kanaatimizce TBK m. 138’de öngörölen kazai uyarlama Türk Hukuku’nda benimsenen ifa engelleri sisteminin CISG’den en önemli farkını oluşturur. Zira aşağıda tartışıldığı üzere CISG’de ifa engelleri karşısında kazai uyarlama olanağından bahsedilemez³⁸.

³⁷ **Doğın**, ss. 14-15. Esasen hakimin sözleşmeye müdahalesi kavramının, Türk ve İsviçre Hukuklarında sıklıkla kullanılmasına rağmen, genel bir tanımı mevcut değildir. Bu kavram geniş olarak yorumlandığı vakit bünyesinde taraf iradelerinin hakim tarafından yorumlanması, sözleşmenin tamamlanması veya sözleşmeyi değışen şartlara uygun hale getirmesi gibi hakimin sözleşmeye dair yaptığı her kavramı barındıracaktır. Ancak dar anlamda müdahale ise hakimin sözleşmeye ilişkin uyumsuzluğu sözleşme dışında yer alan ve kendisinin koyduğu bir kuralla sonuca bağlamasını ifade eder (hakimin sözleşmeye müdahalesi kavramının anlamı hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaplan**, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007, s. 20 vd. Ayrıca, hardship halleriyle yakın ilişki içerisinde olan sözleşmenin değışen şartlara uyarlanması kavramının hakimin sözleşmeyi tamamlamasının bir alt türü olduğı yönünde bkz. **Dursun Aksoy**, Sanem, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008, s. 22).

³⁸ Bkz. aşağıda §5(IV).

B. Müşterek Hukuk Sistemleri

Ahde vefa ilkesi her ne kadar gerek Kıta Avrupası Hukuk Sistemi gerek Müşterek Hukuk sistemlerinde kullanılsa da müessesenin sonuçları iki sistemde birbirinden farklılık göstermektedir. Her şeyden önce Müşterek Hukuk sisteminde sözleşmeden sorumluluk kusurdan ari olup, eğer bir taraf karşı tarafa taahhüt ettiği edimi yerine getirmezse bu yerine getirmeme durumunda kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın sorumluluğuna karar verilir³⁹. Fakat, eşyanın tabiatı gereği, Müşterek Hukuk sisteminde de tarafları sözleşmesel sorumluluğundan kurtaran haller mevcuttur⁴⁰. Bunların başında imkansızlık hali gelir.

Müşterek Hukuk uygulamasında yer yer force majeure terimi kullanılmasına rağmen müessesenin içeriği Kıta Avrupası Hukukundan oldukça farklı olup esasen imkansızlık görüşleri İngiliz ve Amerikan Hukuk'larının kendi arasında dahi farklıdır⁴¹. Zira edimin imkansızlaşması hakkında İngiliz Hukukunda *frustration of contract* doktrinine müracaat edilirken, Amerikan Hukukunda ise *impossibility* ve *impracticability* görüşleri ön plana çıkmaktadır⁴².

³⁹ **Davies/Snyder**, s. 321.

⁴⁰ Müşterek Hukuk sistemine tabi ülkelerin kendi aralarında, hatta her ülkelerin kendi içerisinde bile, ifa engelleri teorileri bakımından farklılıklar bulunduğu dair bkz. **Nicholas**, s. 5-15 ve **Katsivela**, s. 109.

⁴¹ **Katsivela**, s. 108.

⁴² **Nicholas**, s. 5-15.

İngiliz Hukukunun eski dönemlerinde mutlak sorumluluk (İng. *absolute liability*) ilkesi kabul edilerek ifa imkansız olsa da ifayı borçlanan kişinin sorumluluğu kabul ediliyordu⁴³. Bu sıkı sorumluluk düşüncesinden İngiliz Hukukundaki ilk ayrılma belirtisi 1863 tarihli *Taylor v. Caldwell* kararında gerçekleşmiştir⁴⁴. Bahsi geçen davada mahkeme fiziki imkansızlık nedeniyle borçlunun borcunu yerine getirememesi halinde sorumlu olmayacağını kabul etmiştir⁴⁵. Verilen ileri tarihli kararlar ve İngiliz doktrininde zamanla gelişen *frustration of contract* müessesesi ile denebilir ki İngiliz Hukuku da tıpkı Kıta Avrupası sistemlerinde olduğu gibi gerek fiziki, gerek hukuki imkansızlığın ifayı engellemesi halinde borçlunun sorumlu olmayacağını kabul ettiği gibi, aynı durum “*ifanın mümkün ancak aşırı güç*” olduğu hallere de uygulanacaktır⁴⁶.

Amerikan Hukukunda imkansızlığa yönelik yaklaşım, tıpkı İngiliz Hukukuna benzer bir şekilde, zaman içerisinde değişim göstermiş, katı imkansızlık (*impossibility*) halinin yanına ifanın aşırı güçleşmesi (*impracticability*) hali

⁴³ **Rapsomanikas**, a.g.e.; **Aubrey**, Michael D., *Frustration Reconsidered: Some Comparative Aspects*, *International & Comparative Law Quarterly*, Vol. 12, No. 4, 1963, ss. 1165-1188, s. 1165; Özellikle 1647 tarihli *Paradine v. Jane* kararı bu ilkenin benimsendiği önde gelen kararlardandır (bkz. **Aubrey**, s. 1165).

⁴⁴ Davada taverna sahibi tavernanın kazara yanması sonucu tavernayı kiralama borcundan kurtulmuştur (bkz. **Davies/Snyder**, s. 322).

⁴⁵ **Rapsomanikas**, a.g.e.

⁴⁶ **Aubrey**, s. 1165.

eklenmiştir. Bir başka deyişle, borçlunun ifa etmemeden sorumlu olmaması başlangıçta yalnızca sözleşmenin ifa edilmesinin fiziken veya hukuken imkansız hale gelmesi halleri ile sınırlıyken; ticari olarak sözleşmenin bir anlam ifade etmez hale gelmesi (*impracticability*) hali de zaman içerisinde bu kapsama dahil edilmiştir⁴⁷. Nitekim hem İngiliz hem de Amerikan Hukuklarında kodifikasyon yoluyla bu doktrinler pozitif hukuktaki yerlerini almıştır⁴⁸. Ancak Müşterek Hukuk sistemlerindeki ifa yükümlülüğünden kurtulma mekanizmaları ile Kıta Avrupasında hakim olan *force majeure* doktrini kimi yazarlarca benzer olarak yorumlansa da esasen birtakım farklar mevcuttur⁴⁹. Zira CISG m. 79'un kaleme alınmasında

⁴⁷ **Declercq**, P.J.M., Modern Analysis Of The Legal Effect Of Force Majeure Clauses In Situations Of Commercial Impracticability, Journal Of Law And Commerce, Vol. 15, 1995, ss. 213-255, s. 214 (aksi yönde bkz. **Nicholas**, 5-15). *Impossibility* ve *impracticability* doktrinleri arasındaki fark şu örnek üzerinden daha kolay anlaşılabilir: bir çiftçi belli bir miktar elma satmayı karşı tarafa taahhüt ettikten sonra tüm elma ağaçları yanmış olduğu varsayımında borç tamamen imkansızlaşmamıştır. Zira çiftçi hâlâ başka bir yerden elma bulabilir ve bunları karşı tarafa verebilir. İmkansızlık görüşü bu nedenle çiftçinin hâlâ borcunu yerine getirmekle yükümlü olduğunu savunurken, *impracticability* görüşü alınacak yeni elmaların alınıp karşı tarafa verilmesinin maliyetinin fazlalığına göre borçlunun borcundan kurtulmasına müsaade etmektedir (bkz. **Davies/Snyder**, s. 322).

⁴⁸ **Schwenzer**, Hardship, s. 711; **Declercq**, s. 215. Amerikan Hukukundaki yasal düzenleme için bkz. UCC § 2-615. İngiliz Hukukundaki yasal düzenleme için bkz. Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943.

⁴⁹ **Katsivela**, s. 109 (ve oradaki d.n. 46'teki yazar).

karşılaşılan zorluklardan biri de âkit devletlerin bu farklara rağmen ortak iradelerini yansıtabilecekleri bir metni düzenleyebilmektir⁵⁰. Genel olarak, yukarıda da incelendiği gibi, mutlak sorumluluk ilkesinden yola çıkan Müşterek Hukuk sistemleri zaman içerisinde yumuşama göstererek ifanın mümkün olup da aşırı güçleştiği halleri de kapsam içerisine almıştır. Fakat Kıta Avrupasında böyle bir durum söz konusu olmayıp, force majeure müessesesinin uygulama alanı daha dardır⁵¹. Zira Kıta Avrupasında kullanılan force majeure terimi yalnızca edimin hukuken veya fiilen imkansızlaştığı hallere işaret etmek için kullanılırken; Müşterek Hukuk sistemlerindeki *impracticability* ve *frustration* terimleri edimin imkansızlaşmasının yanında ifasının aşırı güç olması, borçlunun başta tasavvur ettiği edimden farklılaşması, ticari olarak uygulanamaz olması gibi halleri de kapsamaktadır. İfanın imkansızlaşmayıp sonradan meydana gelen olaylar yüzünden başlangıçta üstlenilenden daha zahmetli hale gelmesi hipotezlerine dair başka kavramlar kullanmışlardır. Alman Hukukundaki *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, Fransız Hukukundaki *imprévision* ve Türk-İsviçre Hukukundaki uyarlama bunlara birer örnek olabilir. Çünkü görülecektir ki bu müesseseler ifanın imkansızlaşmadığı, ancak

⁵⁰ CISG’in farklı hukuk sistemleri arasında bir mutabakat olduğu ve bu sebeple farklı ifa engeli teorilerinin aynı potada eritmeye çalışıldığı yönünde bkz. **Schlechtriem/Butler**, s. 200; **Zeller**, Bruno, *Damages Under The Convention On Contracts For The International Sale Of Goods*, Oxford 2009, s. 168 (aşağıda “Zeller, *Damages Under the CISG*” olarak anılacaktır); **Atamer**, 2005, s. 281. Aynı durumun ULIS m. 74 için de geçerli olduğu yönünde bkz. **Vilus**, s. 254.

⁵¹ **Katsivela**, s. 109.

kanun koyucuların vicdanını sızlatacak düzeyde zorlaştığı durumlara çare bulmak adına geliştirilmiştir⁵².

II. Uluslararası Metinlerde İfa Engelleri

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılabileceği üzere farklı hukuk sistemleri arasında ifa imkansızlaşması ve ifa güçleşmesi hallerinde izlenecek yollar oldukça büyük farklılık arz etmektedir. Bu durumun yol açtığı sorunları gidermek için 20. yy.'ın ilk yarısında birtakım girişimlerde bulunulmuşsa da I. ve II. Dünya Savaşları sebebiyle bir sonuca ulaşılammıştır⁵³. Daha sonraları 1964 yılında düzenlenen Lahey Konferansı ile uluslararası ticaret hukuku bakımından önemli bir gelişme kaydedilmiş ve Uluslararası Eşyaların Satışına İlişkin Tek Hukuk (ULIS) imzalanmıştır⁵⁴.

⁵² **Nicholas**, s. 5-19.

⁵³ Bu girişimler hakkında bilgi almak için bkz. **Butler**, Practical Guide, s. 7 vd.

⁵⁴ 1964 Lahey Konferansında ayrıca Uluslararası Eşyaların Satışı İçin Sözleşmelerin Yapılışı Hakkında Tek Hukuk (ULF) imzalanmış olup, bu iki anlaşmaya toplu olarak 1964 Lahey Anlaşmaları da denmektedir (bkz. **Butler**, Practical Guide, s. 7). Ancak konumuzun kapsamı gereği yalnızca yakından ilgili olan ULIS (ve özellikle 74. maddesi) ele alınacaktır.

ULIS çoğunluğu Avrupalı olan yalnızca küçük bir ülke topluluğunca imzalanmış ve geniş bir uygulanma şansına sahip olmamıştır⁵⁵. Fakat ULIS'in genel olarak CISG'e kaynaklık etmesi ve özellikle çalışma konumuz olan CISG m. 79'un ULIS m. 74 ile olan benzerliği açısından dikkate alınması gereken bir yasal düzenlemedir⁵⁶. Öyle ki, CISG hakkında yapılan birçok çalışma ve CISG'in uygulandığı uyuşmazlıklarda ilgili maddenin ULIS'teki karşılığına dair örnek karar ve doktrinden de yararlanılmaktadır⁵⁷.

⁵⁵ ULIS'e taraf olmuş ülkelerin listesi için bkz. <<<http://www.unidroit.org/status-ulis-1964>>> (son erişim tarihi: 28.05.2017). 1964 Lahey Konferans süreciyle ilgili daha fazla bilgi için bkz. **Honnold**, John, The 1964 Hague Conventions and Uniform Laws on the International Sale of Goods, The American Journal of Comparative Law, Vol. 13 No. 3, Summer 1964, ss. 451-453; **Ndulo** Muna, The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 38, No. 1 (January), 1989, s. 1-25.

⁵⁶ Aynı yönde bkz. **Butler**, Practical Guide, s. 74.

⁵⁷ Örnek olarak bkz. **Anık**, Gülgün, Uluslararası Eşyaların Satışı Sözleşmelerine İlişkin 1980 Tarihli Viyana Antlaşmasının 25. Maddesine Göre Sözleşmelerin Esaslı İhlalleri, TBBD, Sa. 4, 1995, ss. 485-495; **Butler**, Practical Guide, s. 7 (ve oradaki 48. dipnotta yer alan mahkeme kararları). Çalışma konumuz olan CISG m. 79'un en resmi şerhi olarak kabul edilen taslağına ilişkin şerhinde ULIS'e atıflar yapıldığını görmek için bkz. <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html>>> (son erişim tarihi: 28.05.2017).

A. ULIS m. 74

ULIS'te bir borçlunun sözleşmeye aykırı davrandığı zaman hangi hallerde sorumlu olmayacağı m. 74'te hüküm altına alınmıştı. ULIS m. 74'ün CISG m. 79 ile olan benzerliği esasen 1978 CISG Taslak Metni ("Taslak Metin") hakkında yazılan şerhten anlaşılabilir. Zira Taslak Metin hakkında yazılan şerhte m. 65 için⁵⁸ "*Önceki Yeknesak Hukuk Kuralı*" kısmına ULIS m. 74 yazılmıştır⁵⁹. Öte yandan CISG Danışma Kurulu da ULIS m. 74'ten CISG m. 79'un karşılığı olarak bahsetmektedir⁶⁰. Bu bakımdan maddeler arasındaki ilişki inkar edilemez düzeydedir.

Anlaşma metinleri üzerinden yapısal bir inceleme yapıldığında görülecektir ki gerek ULIS m. 74 gerek CISG m. 79 anlaşma sözleşmenin her iki tarafı için ortak öngörülen hükümler arasında yer almış olup, "*Sorumluluktan Kurtulma*"⁶¹ başlığını

⁵⁸ 1978 Taslak Metin m. 65'in CISG m. 79'un karşılığı olduğu kabul edilmektedir.

İki düzenleme arasındaki farkları görmek için bkz.

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/>

[matchup/matchup-d-79.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup/matchup-d-79.html).

⁵⁹ Taslak Metin m. 65 hakkındaki resmi şerh için bkz.

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg>

[/text/secomm/secomm-79.html](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-79.html).

⁶⁰ **CISG Advisory Council**, Opinion No. 7, para. 6.

⁶¹ İng.: *Exemptions*.

içermektedir. Zira iki madde de yalnızca borçlunun veya alacaklının sorumluluktan kurtulması haline özgü değil; sözleşmesel yükümlülüklerin, hangi taraf olursa olsun, ifa edilmediği durumda oluşan zarardan sorumlu olunmayacak hallerine ilişkin bir düzenlemedir⁶².

Öte yandan, ULIS m. 74 üç fıkradan oluşmaktayken CISG m. 79 ise beş fıkradan meydana gelen ve nisbeten daha uzun bir düzenlemedir. Bu durum esasen maddeler arasındaki kapsam farkından kaynaklanmaktadır. Kimi düzenlemeler ULIS'te hiç düzenlenmemişken, CISG m. 79'da kendilerine yer bulmuşlardır⁶³. İlk olarak; CISG m. 79/II borçlunun edimini ifa edememesinin borçlunun edimi ifa için görevlendirdiği üçüncü kişinin ifada bulunmamasından kaynaklanması hipotezini kapsamakta olup, ULIS m. 74'te buna tekabül edebilecek bir hüküm mevcut değildir⁶⁴. İkinci olarak, CISG m. 79/IV birinci fıkroda yer alan nedenlerden ötürü borcunu ifa edememiş olan borçluya bu durumu alacaklıya bildirme yükümlülüğü

⁶² **Kessedijan**, s. 417; **Schwenzer**, Ingeborg, Commentary on Arts. 79-80, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (eds.: Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg), Oxford 2010, ss. 1062-1094, s. 1063-1064 (aşağıda “Schwenzer, Commentary” olarak anılacaktır).

⁶³ **Ndulo**, s. 22.

⁶⁴ **Atamer**, Yeşim M., Commentary of Arts. 79 and 80 CISG, UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG) (eds. Kröll, Stefan/Mistelis, Loukas/ Perales Viscasillas, Pilar), München 2011, ss. 1054-1107, s. 1080 (aşağıda “Atamer, Commentary” olarak anılacaktır).

yüklemektedir. ULIS m. 74 bu yükümlülüğü de düzenleyen herhangi bir hükmü barındırmamaktaydı⁶⁵.

Maddeler arasında ortak olan hususlar tarafların hangi durumlarda sorumluluktan kurtulacağı, ortaya çıkan sebebin geçici olması hlinde ne müddet sorumlu olunmadığı ve alacaklının tazminat haricindeki haklarının akıbetinin ne olacağıdır. Derhal belirtmek gerekir ki, tarafların hangi durumlarda sorumluluktan kurtulacağı hususunda iki düzenleme hemen hemen aynı çizgide olsa da geçici haller ve tazminat haricindeki hakların durumu ile ilgili farklılıklar mevcuttur⁶⁶. Öncelikle, CISG m. 79/III borçlunun “*yalnızca engelin var olduğu dönem için*” sorumlu olmayacağını düzenlemektedirken, ULIS m. 74/II ise belirli hallerde engel geçici olsa dahi borçlunun borcundan tamamen kurtulacağını hüküm altına almıştır⁶⁷. Diğer taraftan, ULIS m. 74/III tazminat haricindeki hakların durumuna dair olarak borçlunun ilgili maddeye müracaat etmesinin karşı tarafın sözleşmeden dönme ve bedelde indirim talep etme haklarına, hakları kullanacak kişi ifayı engelleyen sebebe neden olmadıysa, bir etkide bulunmayacağını belirtmiştir. CISG m. 79 ise tazminat

⁶⁵ **Tallon**, Denis, Commentary on the International Sales Law (eds. Bianca, Cesare Massimo/Bonell, Michael Joachim), Milan 1987, ss. 572-595, s. 585; **Honnold**, International Sales Law, s. 618.

⁶⁶ **Ndulo**, s. 21.

⁶⁷ Düzenlemeye göre; eğer ki geçici engel nedeniyle tarafların edimi sözleşmede kabul edilenden esaslı derecede farklı bir hale gelirse borçlu engel ortadan kalktıktan sonra dahi (kalıcı olarak) ifa edemeden ötürü sorumlu olmayacaktır (bkz. ULIS m. 74/II).

dışındaki hakları sayma yoluyla sınırlamadan 79. maddeye müracaat etmenin “*tazminat dışındaki herhangi bir hakkın kullanılmasını engellemeyeceğini*” düzenlemiştir. Bu durum özellikle, düzenlemeler arasındaki lafız farkından ötürü, CISG m. 79’daki muafiyet haline rağmen diğer tarafın aynen ifa talebinde bulunulabileceği şeklinde yorum yapılması açısından önemlidir⁶⁸.

Son olarak, maddeler arasında dikkat çekici olan bir diğer fark da ULIS m. 74 hükmünün ifa engelinden bahsederken *şartlar* (İng. *Circumstances*) terimini tercih ederken, CISG m. 79 hükmünde ise *engellerden* (İng. *Exemptions*) bahsedilmesidir⁶⁹. Doktrinde CISG’de kullanılan engel ifadesinin ULIS’te kullanılan şartlar ifadesinden daha sınırlı bir alanı içerisine aldığı belirtilmektedir⁷⁰. Bu nedenden ötürü sorumluluktan kurtarma konusunda ULIS m. 74 hükmünün CISG m. 79’dan daha serbest davrandığı ve CISG m. 79’un daha katı ve zor şartlar öngördüğü kabul edilmektedir⁷¹. Zira genişletici yoruma izin veren lafzı nedeniyle ULIS m. 74 sorumluluktan kurtulmaya fazla kolayca izin vermesi yönünden eleştirilmiştir⁷².

⁶⁸ **Ndulo**, s. 21; **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 169; **Atamer**, *Commentary*, s. 1092.

⁶⁹ **Vilus**, s. 253.

⁷⁰ **Flambouras**, *Comparative Remarks*, 3.

⁷¹ **DiMatteo**, Larry A./**Dhooge**, Lucien J./**Greene**, Stephanie/**Maurer**, Virginia G./**Pagnattaro**, Marisa Anne, *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, New York 2005, s. 159 (aşağıda “DiMatteo v.d.” olarak anılacaktır); **Flambouras**, *Comparative Remarks*.

⁷² **Flambouras**, *Comparative Remarks*, 3.

B. Viyana Konferansında CISG m. 79 Hakkındaki Görüşmeler ve Taslak Metin m. 65

CISG m. 79 hükmü belki de Antlaşma'nın hazırlandığı tüm Viyana Konferansı boyunca en büyük tartışmalara konu olmuş maddelerden biridir. Madde metni kaleme alınırken özellikle ifa engellerine dair hukuk sistemlerinde mevcut olan farklı düzenlemeler arasında bir orta yol bulunmaya çalışılmıştır⁷³. CISG m. 79 hakkında duyulan en büyük korku bu maddenin, metnin her yerde aynı olmasına rağmen, uygulamada her ülke hakiminin kendi hukukunda yer alan benzer düzenlemeler gibi anlaması ihtimalidir⁷⁴. Nitekim bu korkular beyhude kalmamıştır. Uygulamada uyuşmazlığın görüldüğü yargı çevresine göre CISG m. 79 hakkında yapılan yorumlar ve uygulama tarzları değişmiş ve bu açıdan CISG m. 79 kimilerine göre “*yasa koyucunun ve doktrinin tüm çabalarına rağmen CISG’in yarım asırlık yeknesaklaşma öyküsündeki en başarısız hükmü*”⁷⁵ olmuştur.

Uluslararası bir çabanın ürünü olarak ortaya çıkan bu metnin tarihine ilişkin belki de en önemli kaynak CISG Taslak Metninin hazırlanan 1980 Birleşmiş Milletler

⁷³ **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 168

⁷⁴ Örneğin bir Amerikan hakim önüne gelen uyuşmazlıkta CISG m. 79’u UCC § 2-615 gibi, bir Alman hakim de BGB § 313 (Alm. *Störung der Geschäftsgrundlage*) gibi okuyabilir, bu da Antlaşma’nın yeknesak uygulamasına zarar verebilir (aynı yönde bkz. **Davies/Snyder**, s. 327).

⁷⁵ **Honnold**, *International Sales Law*, s. 627.

Viyana Konferansı görüşmeleridir⁷⁶. 1980 Viyana Konferansında hazırlanan Taslak Metin’de 65. madde anlaşmanın yürürlükteki halinin 79. maddesine tekabül etmektedir⁷⁷. Madde metinleri kıyaslandığında aralarında esaslı bir fark olmadığı görülecektir. Metinler arasındaki tek fark Taslak Metin m. 65/III’te yer alan “*yalnızca*”⁷⁸ ifadesinin Norveç’in teklifiyle kaldırılmış olmasıdır⁷⁹.

⁷⁶ CISG m. 79 hakkında Viyana Konferansı’nda yapılan değişiklik teklifleri ve akıbetleri için bkz. <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/1stcommittee/summaries79,80.html>>> (son erişim tarihi: 28.05.2017).

⁷⁷ Madde metinlerinin kıyası için bkz. <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup/matchup-d-79.html>>> (son erişim tarihi: 28.05.2017).

⁷⁸ İng.: *Only*.

⁷⁹ Aynı yönde bkz. **Honnold**, International Sales Law, s. 613. Esasen Taslak Metin m. 65 ve CISG m. 79 arasındaki bir diğer fark da ifayı engelleyen sebebin bildirilmesini düzenleyen dördüncü fıkrada mevcuttur. Taslak Metin m. 65’te yer alan “*bildirim...makul bir süre içerisinde ulaşmazsa*” hükmü “*bildirim...makul bir süre içerisinde karşı tarafa ulaşmazsa*” şeklinde açıklığa kavuşturulmuştur. Fakat bu ekleme maddenin esasına ilişkin yeni bir durum yaratmamıştır (ilgili değişikliğin esaslı değişiklik olarak kabul edilmediği yönünde bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/matchup/matchup-d-79.html>).

Esasen Taslak Metin m. 65 (şimdiki CISG m. 79) hükmü ifa engelinin geçici olduğu durumları ve ifa engelinin bu durumlarda etkisini incelemektedir⁸⁰. Esasen Norveç delegasyonu verdiği teklifle açıkça ifa engelinin ortadan kalktıktan sonra, eğer ki şartlar şiddetli bir şekilde değişmişse, borçlunun borcundan kurtulacağını düzenlemek istiyordu. Fakat bu teklif, ulusal hukuklarda yer alan ifa engelleri teorilerini CISG kapsamından uzak tutmak kaygısıyla, reddedilmiştir⁸¹. Ancak yine de Norveç delegesinin endişesi yerinde görülmüş ve ifa engelinin etkisini yalnızca kendi varlığını sürdürdüğü zamanla sınırlı tutmamak adına “*ifa engelinin yalnızca var olduğu an etki doğuracağını*” düzenleyen madde hükmü değiştirilmiş ve “*yalnızca*” ifadesi silinmiştir. Bu haliyle CISG m. 79/III hükmü yalnızca ifa engeli var olduğu zaman etkisinin süreceğini kabul etmekte, ifa engeli ortadan kalktıktan sonraki zaman için sessiz kalmaktadır. Bizce bu boşluk doldurulmaya elverişlidir⁸².

⁸⁰ Bkz. aşağıda §8(I).

⁸¹ **Nicholas**, s. 5-16; **Schwenzer**, Commentary, s. 1080.

⁸² Örnek bir boşluk doldurma için bkz. **Kessedjian**, s. 418. Yazara göre; Antlaşma'nın borcun kalıcı olarak düştüğü haller hakkında sessiz kalmasına rağmen, force majeure müessesesinin temel mantığından ötürü, borcun imkansızlaştığı hallerde borçlu borcundan kalıcı olarak kurtulmaktadır. Zira yazara göre sözleşmenin temel dengelerini değiştirmeyen bir imkansızlık hali düşünülemez. Ayrıca, doktrinde bir grup yazar aynen ifa talebinin ifa engeli hallerinde düşeceği sonucuna CISG m. 79/V'in makul olarak sınırlandırılması yoluyla ulaşmaktadır. Bu yazarlara örnek olarak bkz. **Rimke**, s. 237; **Gillette**, s. 112; **Nicholas**, s. 5-18.

III. Antlaşma'nın Yorumlanmasında 1969 Tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin Yeri

CISG, ve özellikle konumuz olan 79. maddesi, değişik hukuk sistemleri arasında uzlaşma sağlama amacıyla kaleme alındığı için önceden bilinen her türlü hukuk sistemlerinden farklı ve yeni bir dil kullanılmaya özen gösterilmiştir⁸³. Bu nedenle CISG m. 79 içerisindeki çeşitli kavramların ne anlama geldiği oldukça tartışılmıştır. Öncülü olmayan ve oldukça farklı hukuk sistemlerini birleştirme amacı güden bu dilin muğlak olmamak gibi bir şansı yoktur. Bu bakımdan tartışılmaması gereken belki de tek nokta Antlaşma'nın yorumlanmasında ulusal hukuk gelenekleri ve müesseselerinden bağımsız bir şekilde hareket edilmesi gerektiğidir⁸⁴.

Yukarıda açıklanan durum karşısında bir görüş, özellikle CISG'in uluslararası bir sözleşme olmasından yola çıkarak VAHS'de yer alan maddeleri dikkate alarak yorumlanabileceğini savunmuştur⁸⁵. Bu görüş uyarınca VAHS m. 31 (Genel Yorum Kuralı), m. 32 (Tamamlayıcı Yorum Araçları), m. 61 (Sonraki İmkansızlık) ve m. 62 (Şartların Esaslı Şekilde Değişmesi) CISG m. 79'un yorumlanmasında rol alması

⁸³ **Vilus**, s. 253.

⁸⁴ **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 166.

⁸⁵ **König**, D., "Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung" in Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Deutsche Schuldrecht, Kolloquium zum 65. Geburtstag von Ernst v. Caemmerer, Karlsruhe 1973, s. 75 (**Zeller**, Damages Under the CISG, s. 167'den naklen).

gereken yardımcı kaynaklardır. Hatta bu görüş esasen bir tahkim kararında kendisine yer de bulmuştur⁸⁶.

Kanaatimizce CISG'in içeriğine dair meselelerde VAHS'nin kullanılması yerinde değildir. Öncelikle; VAHS'nin konusu devletlerin birbirlerine karşı olan sözleşmesel borçlarıyken, CISG ise âkit devletlerde iş yapan taraflar arasındaki özel hukuk sözleşmelerinin tabi olduğu hukuki rejimi düzenlemektedir. İlk üç kısım uluslararası satım sözleşmesi akdeden tarafların satım sözleşmesinden doğan hak ve borçlarına ilişkindir. VAHS'nin konusunu oluşturabilecek yegane alan olan CISG'i imzalayan devletlerin birbirlerine karşı olan yükümlülükleri ise Antlaşma'nın dördüncü kısımda yer almaktadır. Bu açıdan bizce başlı başına bu sebep bile VAHS yalnızca CISG'in “*Son Hükümler*”⁸⁷ başlıklı dördüncü kısmında dikkate alınması için yeterlidir⁸⁸.

Öte yandan, CISG kendi içerisinde yorum meselesini tüm kapsamıyla düzenlemiş olup, yol haritasını çizmiştir. CISG m. 7/I uyarınca “...*Antlaşmanın*

⁸⁶ Bkz. Netherlands Arbitration Institute tarafından verilen 15.10.2002 tarihli ve 2319 numaralı karar (para. 110): *In solving this interpretation issue, attention is also to be paid to Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties dated May 23, 1969...*” (erişim için bkz. <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021015n1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

⁸⁷ İng.: *Final Provisions*.

⁸⁸ Aynı yönde bkz. **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 167.

yorumunda, *Antlaşmanın uluslararası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve uluslararası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir...*”. Ayrıca CISG’de yer alan açık ve örtülü boşlukların durumu da CISG m. 7/II hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre “...*Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde uluslararası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir...*”. Bu bakımdan CISG uyarınca yapılan bir satım sözleşmesinin yorumlanması için yöntemler CISG’in kendisinde düzenlenmiş olup, VAHS’ye müracaat etmeye ihtiyaç duyulmasına neden olacak ve hatta bu müracaatı mümkün kılacak bir boşluk mevcut değildir.

Ek olarak, CISG’e taraf olan ülkelerin tamamı VAHS’ye taraf olmayıp, yalnızca CISG’e taraf olan ülkeler de mevcuttur. Bu açıdan; CISG’in kendine münhasır yorum hükümleri de mevcutken, aynı anda VAHS’ye başvurulması yorum kurallarında bir düalizme neden olacak ve bu durum Antlaşma’nın en temel amacı olan yeknesak uygulamayı zedeleyecektir⁸⁹. Zira “*yalnızca CISG’e taraflı olan ülkelerin CISG m. 7 uyarınca hareket etmesi, ancak VAHS’a da taraf olan ülkelerin hem CISG m. 7 hem de VAHS m. 31 ve m. 32 uyarınca hareket etmesi*” gibi bir

⁸⁹ Aynı yönde bkz. **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 167; **Honnold**, International Sales Law, s. 14 vd.: Yazar özellikle Antlaşma’nın değişiklik gösteren iç hukukları etkilemekte olduğunu ve zamanla onları ikame etme amacını taşıdığını belirtmektedir.

hukuki yöntem yeknesak uluslararası satım hukuku oluşturmak amacıyla akdedilen bir uluslararası antlaşmadan beklenemez.

Son olarak; yorum açısından VAHS m. 31 ve m. 32 ile CISG m. 7 birbirinden farklı metodlar izlemektedir. Bunun temelinde de antlaşmaların düzenledikleri konunun farklı olması yatmaktadır. Uluslararası ticaret aktörleri arasında uygulanacak hukukun yeknesaklaşmasını ve hukuki öngörülebilirliği artırma amacı taşıyan CISG, 7. maddesinde de belli ettiği üzere, uluslararası ticaret ve onun teamülleri ile sıkı ilişki içerisinde. Zira CISG m. 7 yorum gerektiren konularda açıkça “uluslararası ticarete geçerli olan dürüstlük kuralına” yönlendirmektedir. Fakat ticari hiçbir kaygısı olmayan VAHS ise uluslararası ticaret teamüllerine dair en ufak bir ibare dahi taşımamaktadır. Bu açıdan, CISG gibi, münhasıran ticari ilişkileri düzenleyen bir antlaşmanın ticaretle hiçbir alakası olmayan, VAHS gibi, devletlerarası ilişkileri düzenleyen bir antlaşma çerçevesinde yorumlanması CISG’in altında yatan genel ilkeleri ve amaçlarla uygun düşmeyecektir. Zira VAHS ticaretten uzak yapısı nedeniyle, CISG’in aksine, taraflar arasındaki ticari ilişkinin özelliklerini anlamakta ve ticari hayatın gereklerini sağlamakta güçlük çekecektir. Bu nedenlerden ötürü CISG m. 79’un yorumlanmasında VAHS hükümlerine müracaat edilemez.

§ 2) ULUSLARARASI ÖZEL HUKUK METİNLERİNDE CISG m. 79 BENZERİ DÜZENLEMELER

Uluslararası özel hukuku yeknesaklaştırma girişimleri yalnızca CISG ile sınırlı değildir. Kimi uluslararası kuruluşlar kendi özel metinlerini üretirken, kimi devletler ise bölgesel düzeyde özel hukuk düzenlerini birbirlerine yaklaştırma çabası içerisinde. Pek doğal olarak burada bütün uluslararası metinler baştan sona incelenmeyecek, yalnızca başı çeken ve uygulamada sık göndermeler yapılan metinlerin CISG m. 79'a konu itibarıyla yakın olan kısımlarına bakılacaktır. Bu bakımdan özellikle UNIDROIT İlkeleri⁹⁰ m. 7.1.7 ve m. 6.2.2, PECL m. 8: 808, DCFR m. III – 3: 104 düzenlemeleri CISG m. 79 ile benzer olmaları sebebiyle incelenebilir⁹¹. Öte yandan ICC tarafından hazırlanan “2003 ICC Force Majeure and

⁹⁰ UNIDROIT İlkeleri'nin tam ve güncel metnine ulaşmak için bkz. <<<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>>> (son erişim tarihi: 28.05.2017). Esasen UNIDROIT İlkeleri ilk olarak 1994 yılında çıkarılmış olup, bu ilkeler 2004, 2010 ve nihayet 2016 yılında güncellenmiştir. Biz bu ilkelerin 2016 yılında güncellenmiş son hallerini esas alırken, tekrara düşmemek adına, yalnızca “UNIDROIT İlkeleri” olarak atıfta bulunmayı uygun görmekteyiz.

⁹¹ Yukarıda numaraları verilen yasal düzenlemelerin neredeyse aynı olduğu yönünde bkz. **Schwenzer**, Hardship, s. 714.

Hardship” model sözleşme maddeleri⁹² de uygulamaya yön vermesi açısından incelenmelidir.

I. UNIDROIT İlkeleri: m. 7.1.7 (*Force Majeure*) ve m. 6.2.2 (*Hardship*)

CISG m. 79 ile ilişki içerisinde olan uluslararası özel hukuk metinlerinden belki de en önemlisi UNIDROIT İlkeleri’nde yer alan “*Force Majeure*” ve “*Hardship*” başlıklı 7.1.7 ve 6.2.2 maddeleridir⁹³. Zira, esasen genel olarak UNIDROIT İlkeleri, düzenleme komitesinin kendi ifadesiyle, “...*genel kabul görmeseler de uluslararası ticaret ilişkilerinin ihtiyaçlarına cevap verebilecek en iyi*

⁹² ICC Force Majeure and Hardship Clauses. Erişim için bkz. (<<<http://store.iccwbo.org/t/ICC%20Force%20Majeure%20Hardship%20Clause>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

⁹³ Biz önce imkansızlık, daha sonra aşırı ifa güçlüğü hallerini incelemek istediğimiz için UNIDROIT İlkeleri’nde benimsenen sıralamayı takip etmiyoruz. Bu nedenle UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7 hükmü m. 6.2.2’den önce işlenmiştir. Zira aşağıda da görüleceği üzere imkansızlığın bir ifa engeli olarak kabul edilmesi hukuk sistemlerinin tamamı tarafından kabul edilmiş olup, aşırı ifa güçlüğü konusu tartışmalara konu olmuştur. Bu nedenle imkansızlık gibi daha az tartışmalı bir mevzuuyu aşırı ifa güçlüğü gibi karmaşık bir konudan önce incelemeyi uygun gördük.

düzenleme...” olma vasfını taşımakta olup⁹⁴; CISG’in doldurulmasında kullanılan en önemli hukuki metinlerden birisidir⁹⁵. Bu nedenle, birçok yazarın yaptığı gibi⁹⁶, çalışmamızda da CISG m. 79’da yer alan *ifa engeli* kavramının kapsamını belirlemek için (CISG m. 7/II uyarınca yapılan yollama nedeniyle) anılan maddelere müracaat edilmiştir⁹⁷. Bu açıdan, UNIDROIT İlkeleri’nin öngördüğü force majeure ve hardship halleri ile bu haller için öngörülen çözüm sistemini incelemekte fayda vardır.

⁹⁴ **UNIDROIT**, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome 2016, s. xxix.

⁹⁵ Uygulamada hakimlerin UNIDROIT İlkeleri’ne müracaat ederek boşluk doldurduğu yönünde bkz. **Marek** s. 2008. Yazar ayrıca burada UNIDROIT İlkeleri’nin, CISG’in aksine, bağlayıcı bir yasal metin olmadığını; fakat yine de tarafların uygun irade beyanlarıyla sözleşmeye uygulanabilecek hukuk olarak seçilerek bağlayıcı nitelik kazanabileceğini belirtmiştir.

⁹⁶ **Baysal**, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması: BK m. 138 – Aşırı İfa Güçlüğü, İstanbul 2009, s. 73; **Schlechtriem**, Peter, Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application And Much More (ed. Flechtner, Harry M.), Journal of Law & Commerce, Vol. 18, 1999, ss. 191-258 (aşağıda “Schlechtriem, Workshop” olarak anılacaktır).

⁹⁷ Bkz. aşağıda §5(II).

CISG m. 79 ve anılan UNIDROIT İlkeleri maddeleri arasındaki farklardan belki de ilk değinilmesi gereken bu hukuki metinlerin genel olarak uygulanışlarıdır. Zira her şeyden önce UNIDROIT İlkeleri, CISG'den farklı olarak, bir uluslararası antlaşma olmayıp; yalnızca alanında uzman hukukçuların oluşturdukları bir komisyonun ürettiği hukuki metindir⁹⁸. Fakat CISG ise kendisini imzalayan üye ülkelerin iradelerinden oluşan bir uluslararası antlaşma, âkit devletlerin birbirlerine verdikleri bir taahhüttür⁹⁹. Hukuki uzman görüşü niteliği taşıyan UNIDROIT İlkeleri ile sözleşme vasfında olan CISG arasındaki fark kendini şurada belli eder: UNIDROIT İlkeleri bağlayıcı bir metin olmayıp, ancak sözleşen tarafların iradeleriyle sözleşmeye dahil edilirken; CISG ise bağlayıcı bir antlaşma vasfını taşımakta ve taraflar açık iradeleriyle vazgeçmediği sürece bağlayıcı olarak kendiliğinden uygulanmaktadır¹⁰⁰.

⁹⁸ **Jenkins**, Sarah Howard, Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles: A Comparative Assessment, Tulane Law Review, Vol. 72, 1998, ss. 2015-2030, V.

⁹⁹ CISG metninin tamamı incelenecek olduğunda görülecektir ki Anlaşma'nın Başlangıç kısmında *“Bu Antlaşmayla (CISG kast edilmektedir) taraf Devletler Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun Yeni Milletlerarası Ekonomik Düzen'in kurulmasına ilişkin altıncı özel oturumunda kabul edilmiş olan kararlardaki genel hedefler çerçevesinde, ... milletlerarası ticaretin gelişmesini teşvik edeceği inancı içinde, aşağıdakileri (CISG metni kast edilmektedir) kararlaştırmışlardır”* açıklamaları yer almaktadır.

¹⁰⁰ **Marek**, s. 2009.

İçerik açısından incelemeye UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7 ile başlanacak olursa¹⁰¹; madde sistematik açıdan CISG m. 79 ile benzerdir. Zira iki madde de ilk fıkralarında hangi hallerin ifade bulunmayan tarafı tazminat sorumluluğundan kurtaracağını düzenlemiş olup, daha sonra ifaya engel oluşturan durumun geçici olması hipotezi, bildirim yükümlülüğü gibi konular ele alınmış ve son fıkrada tazminat talebi dışındaki hakların durumu düzenlenmiştir. Sistematik benzerliğe ek olarak iki düzenleme arasında, özellikle sorumsuzluk hali için aranan şartlar bakımından, maddi açıdan da benzerlik olduğu savunulmaktadır¹⁰².

¹⁰¹ UNIDROIT İlkeleri'nin resmi şerhinde m. 7.1.7'nin UNIDROIT İlkeleri'nin bütününe hakim olan dürüstlük kuralı ve dürüst işlem prensiplerinin bir yansıması olduğu zikredilmiştir (bkz. **UNIDROIT**, s. 18). Zira amaç borçlunun ifası imkansız veya aşırı güç olan bir borcu ifa etmeye zorlanmamasıdır. Bu bakımdan kimi yazarlar UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7'nin adeta CISG m. 79'un yeniden ifade edilmiş hali olduğunu savunmaktadır (**Jenkins**, V (B)). Biz UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7 ile CISG m. 79 arasında büyük benzerlikler olduğunu kabul etmekle birlikte, aşağıda gösterileceği gibi özellikle tarafların öne sürebileceği haklar bakımından, bunların bire bir aynı hükümler olduğu görüşünü desteklememekteyiz (benzer şekilde bkz. **Rimke**, s. 237; **Southerington**, Tom, Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade, Faculty of Law of the University of Turku, Private Law Publication Series, Vol. 55, 2001, 4.1).

¹⁰² **Maskow**, s. 664-665; **Jenkins**, V (B).

Her ne kadar ele alınan konu ve ele alınış yöntemi açısından benzerlikler söz konusu olsa da¹⁰³ bizce UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7 ile CISG m. 79 arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Bu fark kendisini özellikle tazminat talebi dışındaki diğer hakların ele alınışı bakımından kendini gösterir. Zira CISG m. 79 “*Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.*” hükmünü içermekteyken, UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7’de ise bu maddenin uygulanmasının tarafların sözleşmeyi fesih, karşı ifayı durdurma ve para borçlarında faiz talep etme haklarının engellenmeyeceği düzenlemiştir.¹⁰⁴ Bu açıdan force majeure teşkil eden bir ifa engeli meydana gelip borçlu yüklendiği edimi ifa edemediği halde; CISG m. 79’a göre alacaklı tazminat talebi dışında herhangi bir hak (sözleşmeden dönme, bedel indirimi, faiz talebi) kullanabileceksen; UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7’ye göre alacaklı yalnızca sözleşmeyi fesih, karşı ifayı durdurma ve faiz talebi dışında herhangi bir hak kullanamayacaktır. Bir başka deyişle, CISG m. 79 halinde alacaklının yalnızca tazminat talebi hakkı düşecekken, UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7’de ise yukarıda sayılan haklar dışındaki tüm hakları düşecektir. Zira borçlu aranan nitelikleri haiz bir ifa engelinin altında kalarak edimini ifa edememiştir. Bu açıdan alacaklılar için CISG’de *hangi hakkın kullanılamayacağı* belirtilmekteyken, UNIDROIT İlkeleri’nde *hangi hakların kullanılabileceği* sayılmıştır.

Sonuç olarak, CISG m. 79 kapsamına giren bir ifa engeli söz konusu olduğunda aynen ifa talep edilebilecekken UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7’ye göre

¹⁰³ **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 163.

¹⁰⁴ UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7.

aynen ifa talep edilemeyecektir¹⁰⁵. Ancak belirtmek gerekir ki; her ne kadar CISG m. 79 hükmünde açıkça yer almasa da, ifanın fiziken imkansız olduğu hallerde aynen ifayı talep etmek faydasız olacağı için aynen ifa fiziki imkansızlık hallerinde CISG’de de talep edilemeyecektir¹⁰⁶. Bu bakımdan, her ne kadar büyük benzerlikler olsa da, esasen CISG m. 79 ve UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7 oldukça farklı sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle CISG m. 79’un UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7’ye göre sözleşmesel seçimlik haklara etkisinin daha kısıtlı olduğu savunulabilir¹⁰⁷.

İncelenmesi gereken diğer madde olan UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.1 ise sözleşmelerin, ifa edilmesi güçleşse dahi, bağlayıcılığının bir genel kural olduğunu ve hardship hükümleri çerçevesinde ifa edimleri gerektiğini düzenlemektedir. UNIDROIT İlkeleri 6.2.2 ise Hardship Tanımı (*Definition of Hardship*) başlığını taşımakta olup ifanın zorlaştığı, ancak imkansız olmadığı halleri düzenlemektedir.

¹⁰⁵ **Southerington**, 4.1; **Maskow**, s. 665. UNIDROIT İlkeleri’nde açık hüküm bulunmasa da alacaklı tarafından kullanılabilecek hakların birbirine zarar vermediği müddetçe aynı anda öne sürülebileceği ve yığılacaklarına dair daha fazla bilgi için bkz. **Garro**, Alejandro M., The Gap-Filling Role Of The UNIDROIT Principles In International Sales Law: Some Comments On The Interplay Between The Principles and The CISG Gap Filling, Tulane Law Review, Vol. 69, 1994-1995, ss. 1149-1190, s. 1118 (aşağıda “Garro, Gap Filling” olarak anılacaktır).

¹⁰⁶ **Schlechtriem/Butler**, s. 200; **Rimke**, s. 237.

¹⁰⁷ **Maskow**, s. 664.

Bu hallerde sözleşmesel denge bozulmuş olup, bunun hardship¹⁰⁸ sayılabilmesi için *esaslı*¹⁰⁹ bir bozma olması gerekmektedir. Esasen bu maddelerde düzenlenen hardship şartları¹¹⁰ CISG’de yer alan ifa engeli oluşturma şartlarıyla paralellik göstermekle birlikte, aralarındaki asıl fark bu durumlara getirilen çözüm önerilerindedir¹¹¹. Zira bir sonraki madde olan 6.2.3 hardship hallerinin nasıl çözüme kavuşturulabilineceğine dair hem usule hem de esasa ilişkin hükümler

¹⁰⁸ Hardship müessesesi Türkçe Hukuku’ndaki *aşırı ifa güçlüğü*, force majeure müessesesi ise *mücbir sebep*in anlamını yaklaşık olarak vermektedir (Doktrinde **Atamer**’in hardship için *edimler arası aşırı dengesizlik* ifadesini kullandığı yönünde bkz. **Atamer**, Yeşim M., Borçlunun CISG m. 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, Prof. Dr Aydın Zevkliler’e Armağan [Cilt I] Özel Sayısı, 2013, ss. 487-509, s. 503 [aşağıda “Atamer, Diğer Haklar” olarak anılacaktır]). Ancak CISG’in uluslararası karakteri ve yeknesak yorumlanması amacını göz önünde tutarak diğer yayınlarla terim birliği oluşturmaları için biz de çalışmamızda hardship ve force majeure terimlerini kullanmayı uygun gördük.

¹⁰⁹ Orijinal UNIDROIT İlkeleri metninde İng. *Fundamental* ifadesi kullanılmıştır. Kimi yazarlar burada sözleşme dengesinin *esaslı* bir şekilde bozulması için en azından yarı yarıya bir değer değişmesinin (üstlenilen edimin zorlaşması veya beklenen karşı edimin değer kaybetmesi) aranmasını savunmaktadır (bkz. **Marek**, 2021 vd.).

¹¹⁰ UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.2.

¹¹¹ **Jenkins**, V (A).

getirilmiştir¹¹². Bu maddeye göre CISG m. 79 yalnızca borçlunun ifa engeli nedeniyle ifada bulunamadığı durumda ifa etmemeden dolayı tazminatla sorumlu olmayacağını düzenlemektedir; UNIDROIT İlkeleri ise hardship hallerinde tarafların dürüstlük kuralına uygun olarak karşılıklı işbirliği ve müzakerede bulunmalarını, bu girişimler sonuç vermezse mahkemeye başvurmalarını (6.2.3 maddesinde) öngörmektedir. Doktrinde özellikle hardship halini açıkça düzenlemesi ve daha sonrasında izlenecek adımları da düzenlemesi sebebiyle UNIDROIT İlkeleri'nin hardship hükümlerinin CISG m. 79'dan daha gelişmiş olduğu savunulmaktadır¹¹³.

UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.3 uyarınca taraflar menfaatler dengesi esaslı şekilde değişmiş olan sözleşmenin yeniden müzakere edilmesini veya uyarlanmasını talep etse ve bu süreçler başlamış olsa dahi unutulmamalıdır ki taraflar hâlâ ifa

¹¹² **Rimke**, s. 238. Yazara göre esasa ilişkin kısmı maddede önerilen çözüm önerileriyle, usule ilişkin kısım tarafların bu çözüm önerilerini ve kendilerine tanınan hakları kullanım biçimlerine ilişkindir. Bu açıdan maddenin usuli kısmı hardship halinden zarar gören tarafın yeniden müzakereyi talep ederken karşı tarafa bu durumu sebepleri ile birlikte *gecikmeksizin* (İng. *Without Undue Delay*) bildirmesi ve makul süre içerisinde yeniden müzakere ile bir sonuca ulaşılmazsa mahkemeye başvurma hakkını kapsamaktadır. Aynı yönde bkz. **Maskow**, s. 663.

¹¹³ **Fernando**, Rohan, CISG UNIDROIT Principles and PECL Compared, 2015 (yazar özellikle yeniden müzakere halinin düzenlenmemesinden dolayı CISG m. 79'un daha geride kaldığını savunmaktadır); **Schlechtriem/Butler**, s. 204.

etmekle yükümlüdür¹¹⁴. Zira UNIDROIT İlkeleri çerçevesinde bir taraf yalnızca tarafların anlaşması veya mahkeme kararıyla ifa etme borcundan kurtulmuş olur. UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.3(2)'den bu anlam çıkarılmalıdır¹¹⁵.

Öte yandan, UNIDROIT İlkeleri'nde düzenlenen sorumluluk rejiminin bir diğer önemli tarafı force majeure ve hardship arasındaki ilişkidir. Zira, m. 6.2.2'nin resmi şerhinde de belirtildiği üzere, kimi ifa engeli halleri aynı anda hem force majeure hem de hardship olarak görülebilir¹¹⁶. Böylece ifa engelini meydana getiren olaydan etkilenen taraf hangi hükümlere başvuracağını tercih edecektir¹¹⁷.

UNIDROIT İlkeleri'nin hardship hallerine ilişkin 6.2.2 ve 6.2.3 maddelerinin, belki de konumuz açısından en önemli tarafı, CISG'in yorumlanmasında kullanılmalardır. Zira UNIDROIT İlkeleri'ne CISG'in hükümlerinin anlamının daha iyi anlaşılmasında veya güncel gelişmelere göre yorumlanmasında müracaat edilmektedir. Biz de aşağıda CISG m. 79'un lafzının yeterince açık olmadığı, bu nedenle UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.2 de dikkate alınarak *“imkansızlık oluşturmayan ancak CISG m. 79'da sayılan halleri karşılayan hallerin de ifa engeli olabileceği”* sonucuna ulaşmaktayız. Aynı şekilde CISG m. 77 kapsamında alınabilecek makul

¹¹⁴ **Southerington**, 4.1.

¹¹⁵ UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.3(2).

¹¹⁶ **UNIDROIT**, s. 222.

¹¹⁷ **Southerington**, 4.1; **UNIDROIT**, s. 222. Bizce UNIDROIT tarafından yapılan bu tespit hardship ve force majeure hallerinin birbirine yakın olduğuna ve somut olayda ayrılımlarının zor olduğuna delildir.

önlemlerin neler olduğunu yorumlamamıza yardımcı olması için de UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.3'e müracaat etmekte ve CISG kapsamında bir yeniden müzakere yükümlülüğünün kabul edilebileceğini savunmaktayız.

Sonuç olarak, UNIDROIT İlkeleri'nin genel sorumluluk rejimi ve özellikle de ifanın imkansızlaşması şartının aranmadığı hardship hükümlerinin uygulama şartları ve çözüm önerileri dikkate alınacak olursa, UNIDROIT İlkeleri'nin CISG'e göre daha esnek davrandığı ve taraflara hareket alanı bıraktığı savunulabilir¹¹⁸. Zira hardship burada açıkça düzenlenmiş olup, getirilen çözüm önerileri CISG'de yer alan *“yalnızca tazminattan sorumlu olmamanın”* oldukça ötesindedir.

II. PECL m. 8:108 ve m. 6:111, DCFR m. III. – 3:104 m. ve III. – 1:110

PECL Avrupa Bütünleşmesi çerçevesinde AB üyesi devletlerin benimsedikleri sözleşmeler hukuku sistemlerini yeknesaklaştırma amacını güden, alanında uzman hukukçular tarafından ortaya çıkarılan bir model kanun metnidir¹¹⁹.

¹¹⁸ **Jenkins**, VI; **Southerington**, 4.3.

¹¹⁹ **Jansen**, Nils/**Zimmermann**, Reinhard, Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules, Oxford Journal of Legal Studies, 2011, ss. 1-38, s. 2; **Clive**, Eric, European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in New Member States: Differences between the Draft Common Frame of Reference and the Principles of European

Tıpkı CISG’de olduğu gibi hiçbir ulusal hukuk sistemi tek başına örnek alınmamış, değişik AB üyesi devletlerin hukuk sistemleri ayrı ayrı göz önünde tutulmuştur¹²⁰. Ancak daha sonra PECL, özellikle kapsam açısından, yetersiz görülerek güncellenmesine karar verilmiş ve DCFR oluşturulmuştur¹²¹. Bu bakımdan PECL ve DCFR açısından içerik bakımından bir uyum olduğu inkar edilemez¹²². AB’ye üye devletlerin çabalarıyla geliştirilen bu kuralların Avrupa’da iş yapan tarafların CISG’e tabi ilişkilerinde CISG m. 8/III uyarınca iradelerinin yorumlanmasında kullanılabileceği savunulmaktadır¹²³.

Maddeler lafız itibarıyla kıyaslandığında, özellikle PECL m. 8:108 ve DCFR m. III – 3:104 maddelerinde CISG m. 79’a paralel bir biçimde “*ifa engeli*”¹²⁴

Contract Law, *Juridica International Law Review*, Vol. XIV, 2008, ss. 18-26, s. 18. Avrupa Sözleşmeler Hukukunu yeknesaklaştırmak isteyen uzman hukukçular *Lando Komisyonu* olarak da anılmaktadır (bkz. **Oğuz**, Arzu, *Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi*, AÜHFD, C. 49, Sa. 1-4, 2000, ss. 31-65, s. 55). Ayrıca, UNIDROIT İlkeleri ile PECL’in zaman bakımından yakınlıkları ve ikisini kaleme alan komisyonların birbirlerinden etkilendiğine dair bkz. **Jansen/Zimmermann**, s. 4.

¹²⁰ **Jansen/Zimmermann**, s. 3.

¹²¹ **Clive**, s. 18.

¹²² **Jansen/Zimmermann**, s. 3; **Clive**, s. 18.

¹²³ **Atamer**, 2005, s. 87. Tüm bu nedenlerden ötürü biz de CISG m. 79 hükmünün incelenmesinde iki hukuki metindeki ilgili düzenlemeleri aynı başlıkta incelemeyi uygun gördük.

¹²⁴ İng.: *Impediment*.

ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bu açıdan maddelerin kaleme alınış biçimleri arasında büyük ölçüde benzerlik olduğu savunulabilir¹²⁵. Fakat PECL m. 8:108 uygulama alanı bakımından CISG m. 79'dan farklılık göstermektedir. Zira maddenin (A) ve (C) başlıklı şerhlerinde CISG'den farklı olarak ifa engelinin borcun ifa edilmesinin önüne geçmesi gerektiği, bu bakımdan force majeure benzeri uygulama şartlarının bulunduğu ifade edilmiştir¹²⁶.

Yukarıda açıklanan fark PECL ve DCFR kapsamında yalnızca imkansızlık durumlarının ifa engeli oluşturacağı şeklinde yorumlanmamalıdır¹²⁷. Zira gerek PECL gerek DCFR imkansızlık oluşturmayan ifa engellerine has hükümler barındırmaktadır. Örneğin PECL m. 6:111'de değişen şartlar nedeniyle ifanın güçleşmesi hipotezinin düzenlendiği görülmektedir¹²⁸. Uygulama şartları

¹²⁵ **Flambouras**, Comparative Remarks, 5. Özellikle DCFR ve PECL hükümleri arasındaki benzerliği görmek için yalnızca anılan madde hükümlerini okumak dahi yeterli olacaktır. Öte yandan UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.1 ve PECL m. 6:111 hükümlerinin de benzerlik gösterdiği ve bunun sebebinin iki düzenlemenin çalışma komisyonlarında aynı hukukçuların yer aldığı yönünde bkz.: **Fernando**, a.g.e.

¹²⁶ İlgili şerhler için bkz. <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html#cnpc>>> (son erişim tarihi: 28.05.2017).

¹²⁷ Bkz. DCFR m. 6:111 (Change of Circumstances) ve m. III. – 1:110 (Variation Or Termination By Court On A Change Of Circumstances).

¹²⁸ İmkansızlık boyutuna varmayan bu ifa imkansızlığının açıkça düzenlenmiş olması ve taraflara sözleşmeyi uyarlayarak ayakta tutma borcunun yüklenmesi nedeniyle

UNIDROIT İlkeleri ile büyük ölçüde benzerlik gösteren bu maddelerin farkı ifanın güçleşmesi için aranan şartların fazlalığında kendini belli eder. Anılan fazladan kriterler de şartlarda değişikliğin *istisnai olması* ve ifanın beklenmesinin *açıkça hakkaniyete aykırı olması* olarak belirtilebilir¹²⁹. Anılan iki ek şart dışında maddelerin öngördüğü sorumluluk sistemi özellikle UNIDROIT İlkeleri ile çok yakın olarak addedilmiştir¹³⁰. Ayrıca, yine UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7’de olduğu gibi, PECL m. 8:108 hükmünün de seçimlik haklar açısından daha dar bir kapsama alanı olduğu kabul edilmektedir¹³¹.

Gelinen noktada belirtmek gerekir ki terminoloji açısından PECL ve DCFR UNIDROIT İlkeleri’nden uzaklaşmakta olup, daha çok CISG ile yakınlık göstermektedir. Zira PECL ve DCFR, UNIDROIT İlkeleri’nin aksine, metnin içerisinde *hardship* ve *force majeure* gibi terimleri kullanmamıştır¹³². Bunun yerine PECL ve DCFR’da, tıpkı CISG gibi, ifa engeli ifadesini kullanmış olup; anılan

PECL m. 6:111 hükmünün CISG m. 79’dan daha gelişmiş ve ileri bir hüküm olduğuna yönelik tespit için bkz. **Fernando**, a.g.e; **Schlechtriem/Butler**, s. 204.

¹²⁹ **Girsberger**, Daniel/**Zapolskis**, Paulius, Fundamental Alteration Of The Contractual Equilibrium Under Hardship Exemption, Jurisprudence, Vol. 19, No. 1, 2012, ss. 121-141, s. 124.

¹³⁰ **Girsberger/Zapolskis**, s. 124.

¹³¹ **Schlechtriem/Butler**, s. 200.

¹³² **Girsberger/Zapolskis**, s. 123.

metinlerin ifa engellerini düzenleyen maddeleri arasında kolayca görülebilecek bir benzerlik vardır¹³³.

III. ICC 2003 Model Force Majeure ve Hardship Klozları (Model Klozlar)

İfa engelleri neredeyse her türlü ticari ilişkide kendisini gösterebilen haller olup, bu halleri düzenleme altına alan CISG, UNIDROIT İlkeleri, PECL ve DCFR gibi birçok uluslararası hukuk metni bulunmaktadır. Esasen önceden doktrinde de bu karışıklık nedeniyle özellikle force majeure ve hardship hallerine dair standartlaştırılmış model klozlara duyulan ihtiyaç dile getiriliyordu¹³⁴. Bu ihtiyaca cevap vermek için ICC tarafından 2003 yılında 421 numaralı bildiri yayınlanmış ve

¹³³ **Schwenzer**, Hardship, s. 714; **Flambouras**, Comparative Remarks, 5. Article 8:108 PECL (Excuse Due to an Impediment). Ancak belirtmek gerekir ki PECL ve DCFR’da, ifanın aşırı güçleşmesi hipotezini düzenleyen ayrı maddeler olduğu için, ifa engeli ifadesi yalnızca ifanın imkansızlaştığı haller için kullanılmıştır. Fakat CISG’de ise ifa engellerini genel olarak düzenleyen tek bir madde olup, maddenin kaleme alınış biçiminin verdiği esneklikten faydalanarak yorum yoluyla aşırı ifa güçlüğü halleri de bu maddenin (ve dolayısıyla *impediment* teriminin) kapsamına sokulmaktadır.

¹³⁴ **Rimke**, s. 241.

Model Klozlar tanıtılmıştır¹³⁵. Burada dikkat edilmesi gereken husus ICC'nin uluslararası ticarete yön veren en büyük uluslararası aktörlerden biri olarak yapmayıp doğrudan tarafların kendi sözleşmelerine ekleyebilecekleri örnek sözleşme maddelerini kaleme almasıdır. Bu detaylı klozlar uygulamadaki mücbir sebep ve uyarılama kaydı içeren sözleşmelerin nasıl çalıştığını, ne amaçla bu kayıtların konulduğunu anlaşılabilmesi açısından önemlidir¹³⁶.

Öncelikle force majeure klozunun belirlediği şartlar UNIDROIT İlkeleri, PECL ve DCFR'da ve özellikle de CISG m. 79'da ifa engelleri için öngörülen şartlara paralellik göstermektedir¹³⁷. Bu bakımdan, uluslararası özel hukuk metinleri gözönüne alınacak olduğunda, özellikle force majeure için üç kriterin gerçekleşmesi *sine qua non* özelliğindedir¹³⁸: imkansızlık doğuran olay borçlunun risk alanı içerisinde olmamalı, öngörülemez olmalı ve/veya sonuçları önlenemez olmalıdır.

ICC model force majeure klozunun benzerlerinden farklılık gösterdiği nokta maddenin *örnek olaylar sayma* yoluyla çeşitli force majeure hallerine işaret etmesidir. Zira model klozun üçüncü fıkrasına göre savaş, korsanlık, sabotaj, hastalık, deprem, grev ve lokavt gibi birtakım haller sayarak bunların, aksi

¹³⁵ **Konarski**, Hubert, Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice, International Business Law Journal, No. 4, 2003, ss. 405-428, s. 425.

¹³⁶ **Davies/Snyder**, s. 341.

¹³⁷ **Schwenzer**, Hardship, s. 714.

¹³⁸ **Schwenzer**, Hardship, s. 714.

ispatlanmadıkça veya sözleşmede kararlaştırılmadıkça, force majeure oluşturacağını düzenlemiştir. Force majeure hali oluşturduğunda ise borçlu taraf (dördüncü ve beşinci fıkralar uyarınca ifa ve tazminat yükümlülükleri de dahil) her türlü sözleşmesel borçtan kurtulur. Fakat force majeure klotundan yararlanan taraf karşı tarafın uğrayacağı zararları hafifletmek ve özellikle de force majeure halini gecikmeksizin bildirmek yükümlülüğü altındadır.

ICC model hardship klotu ise ilk fıkrasında sözleşmelerin, tarafların sözleşmeyi kurarken öngörebileceği zorlayıcı şartlarda dahi, bağlayıcı olduğu genel kuralını düzenlemektedir. İkinci fıkrada ise ifanın makul sayılabilecek ölçüde kontrol dışı, öngörülemez, önlenemez ve karşı konulmaz bir sebepten ötürü aşırı güçleşmesi halinde ilk fıkradaki kurala bir istisna getirileceği zikredilmiştir. Bu istisna öncelikle tarafların sözleşmeyi alternatif şartlarda anlaşmak üzere yeniden müzakere etmesidir. Son olarak, üçüncü fıkra göre, taraflar bu müzakerelerde makul şartlar üzerinde anlaşamadıysa hardship klotunu öne süren taraf sözleşmeyi feshetme yetkisini haizdir. Bu klotun asıl farkı sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi hakkını öne sürmeye izin verirken, sözleşmenin kazai uyarlanmasını düzenlememesidir. Bu bakımdan bahsi geçen klot özellikle UNIDROIT İlkeleri'nde öngörülen hardship sisteminden ayrılmakta olup daha çok CISG'e yakınlık göstermektedir¹³⁹.

¹³⁹ Doktrinde hardship hallerinin açıkça düzenlenmesi ve uyarlama yükümlülüğünün getirilmesi nedeniyle CISG m. 79 hükmünü UNIDROIT İlkeleri ve PECL'daki mukabillerinden daha geride kabul eden haklı bir görüş mecuttur (**Fernando**, a.g.e.). Biz aynı durumun ICC Model Klotları açısından da geçerli olduğunu savunuyoruz. Zira yukarıda CISG kapsamında yeniden müzakere yükümlülüğünü zararı azaltma

Son olarak belirtmek gerekir ki ICC Model Klozları'nın uygulama alanı bulunduğu bir sözleşmede CISG m. 79'un uygulama alanı oldukça sınırlanacaktır. Taraflar CISG uyarınca istedikleri zaman CISG hükümlerinin uygulanmamasını kararlaştırabilirler¹⁴⁰. Bu bakımdan; eğer ki taraflar CISG'de yer alan bir hükümden daha geniş bir düzenlemeyi sözleşmelerinde düzenledilerse artık CISG hükümlerine müracaat edilmeyecek, tarafların bu düzenlemesi uygulanacak tek kural olacaktır¹⁴¹. Bizce bu durum ICC Model Klozları açısından da geçerli olacaktır. Zira bu klozlar, CISG m. 79'dan farklı olarak, ifa engelleri hallerinin neler olduğunu, bu ifa engellerinin sonuçlarının nasıl olacağını ve ifa engeli halinde tarafların bunu birlikte aşmak için neler yapmaları gerektiğini düzenlemektedir¹⁴². Bu nedenle ICC Model Klozları'nın kapsam olarak daha geniş olduğu ve CISG m. 79'u dışlayacağı açıktır.

yükümlülüğünün içinde görüp; Antlaşma kapsamından hiçbir şekilde çıkarılamayacağı için, sözleşmenin kazai uyarlamasının mümkün olmadığını savunmaktayız (bkz. aşağıda §5[IV]) . Bu bakımdan bizce de CISG hükmü, sorumluluk rejimi açısından olmasa da, uyuşmazlık çözümü açısından geride kalmaktadır.

¹⁴⁰ CISG m. 6 (bkz. aşağıda §3[III]).

¹⁴¹ **Davies/Snyder**, s. 325.

¹⁴² ICC Model Klozları'nda kazai uyarlamanın düzenlenmemesinin anlamı uluslararası ticarete kazai uyarlama teamülünün henüz oluşmadığıdır. ICC Model Hardship Klozu yalnızca tarafların kendilerinin gerçekleştirmesi gereken bir müzakereden bahsetmektedir. Bu durum şüphesiz ki kazai uyarlamadan farklıdır (aşağıda da görüleceği üzere tarafların yeniden müzakere etmesi hali zaten CISG m.

§ 3) CISG m. 79 HÜKMÜNÜN ANTLAŞMA SİSTEMATİĞİNDEKİ YERİ VE BAZI MADDELERLE İLİŞKİSİ

CISG kapsamında ifa etmeme durumundan sorumlu olmanın sınırlanması iki halde mümkün olur: (a) kontrol altına alınamayan, tarafların ikisinden de kaynaklanmayan, öngörülemeyen bir ifa engeli nedeniyle ifada bulunamaz ve bu ifada bulunamama durumundan doğan zararı tazmin etmemekle sorumlu olmaz ya da (b) bir tarafın davranışı veya ihmali nedeniyle diğer taraf sözleşmeyi ihlal etmek durumunda kalır ve bu ihlalden dolayı diğer tarafın CISG’den doğan hiçbir sözleşmesel hakkından dolayı sorumlu tutulmaz¹⁴³. İlk durum CISG m. 79’da düzenlenmişken, ikinci durum CISG m. 80’de düzenlenmiştir¹⁴⁴. Bir bütünün parçası

77 uyarınca bir “zararı azaltma yükümlülüğü” olarak CISG içinde de taraflara yüklenen bir borç olarak kabul edilmektedir [bkz. aşağıda §5(III)].

¹⁴³ **Morrissey**, Joseph F./**Graves**, Jack M., International Sales Law and Arbitration: Problems, Cases And Commentary, Wolters Kluwer Law & Business 2008, s. 291.

¹⁴⁴ Değişik ulusal hukuk sistemleri arasında bir mutabakat olan CISG’de yer alan sözleşmeye aykırılık müessesesi son derece Müşterek Hukuk etkisindedir. Zira yazarın da belirttiği gibi CISG’de, Kıta Avrupası Hukuk Sisteminden farklı olarak, genel bir sözleşmeye aykırılık (İng. *Breach of Contract*) kavramı benimsenmiş ve somut sözleşmeye aykırılık türlerinden (imkansızlık, temerrüt, gereği gibi ifa etmeme) kaçınılmıştır (CISG hakkındaki bu eleştiriler ve Türk-İsviçre Hukuku’nda geçerli ifa engelleri sisteminin detaylı bir şekilde ele alınışı için bkz. **Atamer**, 2005, s. 281 vd.). Bu açıdan CISG’de borcun *neden ve nasıl* yerine getirilmediğinin

olan bu maddelerin CISG'in diğer hükümleriyle ilişkisi bulunmadığı savunulamaz. Bu nedenden ötürü CISG m. 79'un CISG sistematigi içindeki yeri ile önemli ilişki içerisinde bulunan maddelerle karşılıklı durumlarını incelemekte fayda görüyoruz.

I. CISG m. 79 Hükümünün Düzenlenme Yeri

CISG sistematiginde incelendiğinde görülmektedir ki çalışma konumuzu oluşturan m. 79 “*Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine İlişkin Ortak Hükümler*”¹⁴⁵ başlığını taşıyan Bölüm V’in “*Sorumluluktan Kurtulma*”¹⁴⁶ başlığına sahip dördüncü ayrımında yer almaktadır. Burada dikkat çekmesi gereken nokta, CISG’deki diğer bölüm ve ayrım başlıklarının (örneğin “*Satıcının Yükümlülükleri*” başlığını taşıyan Bölüm II veya “*Alıcının Yükümlülükleri*” başlığını taşıyan Bölüm III) aksine alıcı veya satıcıdan bahsedilmemesidir. Aynı şekilde madde metninde de “*Taraflardan*

sözleşmeye aykırılığın oluşması açısından bir önemi yoktur. Bu durumlar yalnızca ihlalde bulunan tarafın sözleşmeye aykırılıktan ötürü sorumlu tutulup tutulmayacağının tayin edilmesinde önemlidir. Sorumluluk da borçlunun durumunun CISG m. 79 ve 80’deki hipotezlerle karşılaştırılmasıyla tayin edilir (aynı yönde bkz. **Schlechtriem/Butler**, s. 199).

¹⁴⁵ İng. *Provisions Common To The Obligations Of The Seller And Of The Buyer*.

¹⁴⁶ İng. *Exemptions*.

*biri...*¹⁴⁷ ifadesi kullanılmaktadır. Antlaşma'nın bu şekilde düzenlenmesinin bir sonucu olarak bahsi geçen sorumluluktan kurtulma halleri, maddede düzenlenen şartların somut olayda mevcut olması halinde, hem alıcı hem de satıcı açısından geçerli olacaktır. Bir başka deyişle; maddenin çift taraflı kaleme alınışından ötürü, gerek alıcı gerek satıcı herhangi bir borcunu ifa edemediği durumda CISG m. 79'da yer alan sorumluluktan kurtulma olanağından eşit olarak yararlanabilir¹⁴⁸. Zira bu madde CISG kapsamında sorumluluktan kurtulmayı genel olarak ele almaktadır. CISG kapsamında yalnızca satıcının veya alıcının sorumluluktan kurtulma hakkını haiz olduğu düşünülemez. Bu maddeye, sözleşmenin hangi tarafında olunursa olunsun, karşı tarafı lehine edim üstlenen her iki tarafça da müracaat edilebilir.

Son olarak, maddenin sistematikteki yeri kimi yazarlarca “*CISG’de sorumluluktan kurtulmanın oldukça istisnai olduğu*” şeklinde bir yoruma da izin vermektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Maddenin İngilizce metninde ise doğrudan bu anlama gelmemekle birlikte aynı sonuca ulaşan “*bir taraf (a party)...*” ifadesi kullanılmıştır.

¹⁴⁸ **Kessedijan**, s. 417. Aynı durum CISG m. 80 açısından da geçerlidir. Zira CISG m. 80, m. 79’la aynı bölüm ve ayrımda yer almakta olup, iki düzenleme birlikte CISG kapsamında sorumluluktan kurtulmanın genel çerçevesini oluşturmaktadır (aynı yönde bkz. **Schwenzer**, Commentary, s. 1063-1064).

¹⁴⁹ **Schwenzer**, Commentary, s. 1063.

II. Tazminat Talebi Hakkının Düzenlenmesi

CISG’de kabul edilen *kusursuz sorumluluk ve tamamen tazmin* sistemleri¹⁵⁰ uyarınca taraflar her türlü sözleşmesel yükümlülüklerinin ihlalinin dolayısıyla sorumlu olmaktadır. Eğer ki bir taraf herhangi bir sözleşmesel yükümlülüğünü ihlal ederse karşı taraf CISG m. 45/I(b) ve CISG m. 61/I(b) uyarınca uğradığı zararların tazmin edilmesini talep edebilir¹⁵¹. Bu temel sorumluluk kurallarının istisnasını oluşturan ifa engelleri sistemi ise CISG m. 79’da düzenlenmiştir.

CISG m. 79 hükmü, maddedenin ilk fıkrasında sayılan şartlara uygun bir ifa engeli nedeniyle ifada bulunamayan tarafın “...*ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmayacağını...*” düzenlemektedir. Burada bahsedilen *sorumlu tutulmama* durumu karşı tarafın ifa etmemeden dolayı uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlü olmama

¹⁵⁰ **Schwenzer**, Ingeborg/**Hachem**, Pascal, The CISG: Success and Pitfalls, The American Journal of Comparative Law, Vol. 57, 2009, ss. 457-478, ss. 472-476; **Honnold**, International Sales Law, s. 620; **Davies/Snyder**, s. 326; **Birinci Uzun**, Tuba, CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması, DEÜHFD, C. 16, Sa. 1, 2014, ss. 151-192, s. 158.

¹⁵¹ **Atamer**, Commentary, s. 1056; **Birinci Uzun**, s. 158; **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 263 (yazar, haklı olarak, CISG kapsamında tazminat yükümlülüğünün kusur veya kötüniyet aranmaksızın söz konusu olacağına dikkat çekmiştir [bkz. d.n. 8]). Bu maddeler de esasen CISG m. 74’te yer alan tazminat talep etme hakkına yönlendirmektedir (aynı yönde bkz. **Zeller**, s. 111).

anlamına gelmektedir¹⁵². Bir başka deyişle, CISG m. 79’a uygun bir ifa engeli nedeniyle ifada bulunamayan taraf 45/I(b) ve 61/I(b)’den doğan tazminat sorumluluğundan kurtulmaktadır. Özellikle CISG m. 79/V hükmünün tazminat dışındaki hakların ifa engelinden etkilenmeyeceğini düzenlediği göz önünde bulundurunca burada sorumluluğundan kurtulunan unsurun *karşı tarafın sözleşmeden doğan zararını tazmin sorumluluğu* olduğu anlaşılmaktadır¹⁵³.

Esasen CISG m. 79, bünyesinde barındırdığı şartları taşıyan bir ifa engelini yalnızca tarafların öne süreceği tazminat sorumluluğunun ortadan kaldıracağını düzenlemekte olup; tazminat dışındaki hakları engellememekte, ihlalden etkilenen tarafın yalnızca tazminat hakkı düşmektedir¹⁵⁴. Bir başka deyişle, kural olarak, CISG m. 79 uyarınca gerçekleşen bir ifa engeli yalnızca alacaklının tazminat hakkını etkilemektedir¹⁵⁵. Bu husus “*Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez*” şeklindeki CISG m. 79/V fıkrasında da açıkça dile getirilmiştir. Bu bakımdan CISG m. 79 özelinde yaptığımız sorumluluktan kurtulmaya ilişkin açıklamalar “*tarafların borca aykırılıktan ötürü karşı tarafın uğradığı zararı tazmin etme sorumluluğundan*

¹⁵² **Atamer**, Diğer Haklar, s. 488.

¹⁵³ **Nicholas**, s. 5-17.

¹⁵⁴ **Morrissey/Graves**, s. 292.

¹⁵⁵ Madde hükmünün yalnızca tazminat talebini düzenlemesi ve özellikle aynen ifa talebi hakkında susmasının yerinde olmadığına yönelik eleştiriler için bkz. **Atamer**, Diğer Haklar, s. 489 vd.

kurtulma” kapsamında ele alınmalıdır. Zira Antlaşma metni açıkça diğer hakların kullanılmasının etkilenmeyeceğini belirtmiştir¹⁵⁶.

III. CISG m. 6 İle İlişkisi: Taraflarca Düzenlenen Sorumsuzluk Kayıtları

CISG satım sözleşmesinin tarafları âkit devletlerde iş yaptıkları zaman satım sözleşmesinde kendiliğinden uygulanan ancak zorunlu olmayan bir yasal metindir¹⁵⁷. Bu bakımdan taraflar, CISG m. 6 gereği, eğer ki Antlaşma’yı uygulamak istemiyorlarsa bunu sözleşmede açıkça belirtebilirler veya Antlaşma’da düzenlenen konuları Antlaşma’ya aykırı bir şekilde düzenleyebilirler¹⁵⁸. Bu bakımdan CISG adeta emredici düzenlemeler içermeyen ulusal hukuk metinleri gibidir: yasal düzenleme kural olarak sözleşmeye uygulanır, ancak taraflar karşılıklı iradeleriyle bu düzenlemenin dışına çıkabilir veya bambaşka hukuk kurallarının uygulanmasını kararlaştırabilir¹⁵⁹.

¹⁵⁶ **Nicholas**, s. 5-18; Hal böyle olmakla birlikte, özel durumundan ötürü aynen ifa talebinin ifa engelleri karşısındaki durumunu özel bir bölümde inceleme gereği duyduk (bkz. aşağıda §7[II]{B}).

¹⁵⁷ **Drago/Zoccolio**, a.g.e.

¹⁵⁸ Ancak CISG m. 6 hükmü CISG’i uygulamaya devam ederken yapılabilecek değişiklikleri kısıtlamıştır.

¹⁵⁹ **Marek**, s. 2009.

Gelinen aşamada CISG'in kendi getirdiği düzenlemelerden önce tarafların iradelerine öncelik tanıdığı kabul edilmelidir¹⁶⁰. Zira CISG'in irade serbestisi üzerine kurulduğu kuşkusuzdur¹⁶¹. CISG m. 6 ile tarafların CISG'den vazgeçebilmelerinin anlamı budur. CISG'de benimsenen bu sözleşme serbestisinin sebebi CISG'e tabi olacak kişilerin uluslararası ticaretle uğraşan, ticari ve sektörel işleyişi en iyi bilen kimseler olmasıdır¹⁶². Nitekim uygulamada da hakimlerin, CISG hükümlerini uygulamadan önce, uyuşmazlığa konu sözleşmeyi dikkatle inceledikleri ve ancak sözleşmede açık bir düzenleme olmayan konularda CISG'e müracaat ettikleri görülmektedir¹⁶³.

¹⁶⁰ Aynı yönde bkz. **Ayanoğlu Morali**, Ahu, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 1 (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın [CISG] Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı), 2013, ss. 289-310 s. 291.

¹⁶¹ **Honnold**, International Sales Law, s. 4. Yazar CISG'in kendisinin de esasen bir sözleşme olduğuna dikkat çekmektedir.

¹⁶² **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 283.

¹⁶³ Örnek bir mahkeme kararı için bkz.: Belçika Yüksek Mahkemesi Hof van Cassatie tarafından 19. 06. 2009 tarihinde verilen *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* kararı. Gerekçeli kararda görülmektedir ki önce sözleşmede fiyat artışına ilişkin herhangi bir düzenlemenin olup olmadığı araştırılmış ve ancak mevcut olmadığı anlaşıldıktan sonra CISG m. 79'un genel sorumluluk rejimi uygulanmıştır (<<bkz.:

Taraflara CISG m. 6'da tanınan irade özgürlüğünün CISG m. 79'u da kapsadığı savunulmaktadır. Bu özgürlüğün verilmesinin altında yatan amaç esasen CISG'in uygulandığı kişilerin tacir nitelikleridir. Zira CISG m. 79'un uygulanacağı tacirler donanımlı, alanındaki ileri seviyede bilgi birikimiyle çalışan, kusursuz öngörü ve muhakeme yeteneğini haiz kişiler olarak tahayyül edilmektedir¹⁶⁴. Bu nedenle CISG'e tabi olacak tacirlerin genelde sözleşmeye konu operasyonun karşılaşılabileceği riskleri iyi bilen tecrübeli kimseler olduğu kabul edilmekte olup, kendi sektörlerine uygun özel sorumluluk hükümleri kararlaştırabilmelerinin önü açılmak istenmiştir¹⁶⁵. Gerçekten de uluslararası ticarette iki tacirin yapmış olduğu sözleşmenin amacının genellikle karşılıklı olarak üstlendikleri edimleri ve riskleri tanımlamak, açıklamak ve öngörmek olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁶. Bu sebepten ötürü taraflar özel sorumluluktan kurtulma hükümleri kararlaştırabilir¹⁶⁷. Bu açıdan,

<http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=1457&step=Abstract>>> ([son erişim tarihi: 28.05.2017]).

¹⁶⁴ **DiMatteo**, Larry A., Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines, Pace International Law Review, Vol. 27, No. 1, Spring 2015, ss. 258–305, s. 304 (aşağıda “DiMatteo, Hardship” olarak anılacaktır); **Kessedjian**, s. 418.

¹⁶⁵ **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 283.

¹⁶⁶ **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 162.

¹⁶⁷ **Atamer**, Yeşim M., İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan bir Sistematik,

CISG m. 6'nın gözünde CISG m. 79 da kendisinden sapılabilecek herhangi bir hüküm niteliğinde olup, taraflar bu hükmü kısmen ya da tamamen ortadan kaldırılabılır veya hükmün etkisini değiştirebilir¹⁶⁸. Tarafların akdettikleri sorumluluk hükümleri CISG m. 79'un önüne geçer¹⁶⁹.

Sözleşme serbestisinin bir sonucu olarak taraflar sözleşmede kendi risk alanlarını belirleyebilir, CISG'den ayrılarak ifa engeline katlanma riskini kural olarak alacaklıya yükleyebilir¹⁷⁰. CISG m. 79 hükmünün tamamen dışlanması mümkün olduğu gibi, hüküm kısmen de dışlanabilir ve kalan kısmı sözleşmeye

Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, ss. 217- 260, s. 336 (aşağıda "Atamer, Armağan" olarak anılacaktır); **Davies/Snyder**, s. 325.

¹⁶⁸ **Davies/Snyder**, s. 325. Esasen günümüzde uluslararası satımla uğraşan tacirlere CISG'in sıradan ve detaysız hükümleri ile yetinmemeleri, satım sözleşmelerinde detaylı maddeler düzenleyerek sorumluluk rejimini belirlemeleri önerilmektedir (bkz. **Clapham**, Jason, Recent Trends In Commodities Arbitrations, Journal of International Arbitration, Vol. 30, No. 6, Kluwer Law International 2013, ss. 665-688, s. 687).

¹⁶⁹ **Ayanoğlu Moralı**, s. 291.

¹⁷⁰ **Lookofsky**, Joseph, Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian's "Competing Approaches to Force Majeure and Hardship", International Review of Law and Economics, Vol. 25, 2005, ss. 434-445, s. 436 (aşağıda "Lookofsky, Commentary on Kessedjian" olarak anılacaktır); **Davies/Snyder**, s. 333

uygulanmaya devam edebilir¹⁷¹. Bu nedenle taraflar sözleşmelerinde bulunacak bir açık hükümle üçüncü kişinin ifa edemesi halinden borçlunun hiçbir şekilde sorumlu olmayacağını kararlaştırabilir¹⁷² veya birtakım özel rizikolar belirleyerek bunlardan dolayı borçlunun hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağını veya her zaman sorumlu tutulabileceğini kararlaştırılabilir¹⁷³. Tarafların sözleşmelerine işledikleri bu tip klozlar hukuken geçerli olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, açıkça sözleşmeye eklenen klozlarla birlikte tarafların iradeleri yorumlanarak da sözleşmede zımnen CISG’i değiştirici hükümler ihdas ettikleri sonucuna varılabilir¹⁷⁴. Bu bakımdan CISG’den farklı düzenlemeler yapmak için tarafların mutlaka CISG’i uygulama dışı bıraktıklarını açıkça ifade etmelerine gerek yoktur. Son olarak taraflar isterlerse

¹⁷¹ **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 283.

¹⁷² **Atamer**, Commentary, s. 1079.

¹⁷³ **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 283; **Atamer**, Armağan, s. 336 (yazar, CISG’de kabul edilen garanti benzeri sorumluluktan ötürü, bu tarz özel rizikolar veya sorumsuzluk anlaşmasının dışında kalan her yerden borçlunun kural olarak sorumlu olacağına dikkat çekmektedir).

¹⁷⁴ **Davies/Snyder**, s. 333. Yazara göre aynı durum değişen şartlardan doğan olumsuz sonuçlara katlanma riskinin dağılması ve belli riskleri üstlenme-üstlenmeme açısından da geçerlidir. Bir başka deyişle, bahsedilen noktalara ilişkin olarak CISG rejimi dışına çıkan anlaşmalar açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Tarafların CISG’i uygulamamayı tercih ettikleri sonucuna yalnızca sözleşme yorumlanması yoluyla da ulaşılabilir. Eğer bu sonuca ulaşırsa, hükmün açık olup olmadığına bakılmaksızın, CISG uygulanmayacak ve taraflar arasındaki sözleşme CISG’in önüne geçecektir.

CISG m. 79'un şartlarını ağırlaştırabilir ve 79. maddede yer alan şartların gerçekleşmesine rağmen borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulmayacağını kararlaştırabilir¹⁷⁵.

Son olarak, CISG m. 6'da tanınan sözleşme özgürlüğü ve taraf iradelerinin önceliği gereği CISG m. 79 ancak tarafların sözleşmelerine ekledikleri hükümlere ters düşmediği ölçüde uygulanacaktır. Bu bakımdan özellikle ICC Model Klozları kapsamlarının çok geniş olması sebebiyle neredeyse CISG m. 79 hükmünün altını boşaltmaktadır¹⁷⁶. Ancak eğer ki tarafların daha fazla sorumluluktan kurtulma hali getirerek CISG m. 79'un kapsamını geliştirmek istediği hallerde CISG m. 79 dışlanmaz, sözleşmesel düzenleme ile CISG m. 79 hükmü ortaklaşa hareket eder¹⁷⁷.

¹⁷⁵ **Yılmaz**, Süleyman, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması [CISG] Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara 2013, s. 226.

¹⁷⁶ Bkz. yukarıda §2(III). Zira doktrinde CISG m. 79'dan daha geniş bir sözleşmesel düzenleme olduğu vakit artık CISG'e gitmenin anlamsız olacağı savunulmaktadır (aynı yönde bkz. **Davies/Snyder**, s. 325).

¹⁷⁷ OLG Hamburg tarafından 1977 yılında verilen örnek bir karar için bkz. **Davies/Snyder**, s. 325 (yazar özellikle sözleşmesel düzenlemenin daha dar olduğu hallerde CISG m. 79'un sözleşmede düzenlenmeyen kısımlarla ayakta kaldığını, ancak bu duruma uygulamada oldukça az rastlandığını belirtmektedir. Zira zaten sözleşmeyle sorumluluk rejimi belirlemek isteyen tarafların amacı, çoğunlukla, yeni sorumluluk halleri belirlemek ve CISG m. 79'un ötesinde bir sorumluluk rejimi doğurmaktır).

Bu bağlamda, tarafların getirmiş oldukları cezai şart hükümlerinin de CISG m. 79 karşısındaki durumları cezai şartın lafzının yorumlanmasına göre belirlenir¹⁷⁸.

IV. CISG m. 28 İle İlişkisi

Aynen ifa talebi, Müşterek Hukuk sistemlerindeki tazminata öncelik veren bakışa rağmen, CISG'in seçimlik haklar sistemi arasında yerini almış olup, sözleşmeye aykırı davranışa maruz kalan taraf sözleşmenin aynen ifasını isteyebilir¹⁷⁹. Esasen CISG m. 28 hükmü de bu aynen ifa talebinin hukuki sınırlarını çizmektedir. Anılan madde hükmünce CISG'in uygulama alanı bulduğu bir sözleşmeye bakan hakim, olaya kendi hukuku uygulansaydı da aynen ifaya karar verecek değilse, diğer tarafı aynen ifaya zorlamak mecburiyetinde değildir¹⁸⁰.

Madde aynen ifa talebinin genel sınırını oluşturması açısından CISG'de oldukça kayda değer bir yer işgal etmektedir. Zira aynen ifa talebinin ne zaman düştüğüne ilişkin CISG'de genel bir madde yoktur¹⁸¹. Ayrıca, CISG metni bu maddede hakim

¹⁷⁸ **Magnus**, s. 307.

¹⁷⁹ **Zeller**, Bruno, CISG And The Unification Of The International Trade Law, New York 2007, ss.55-57 (aşağıda “Zeller, Unification” olarak anılacaktır).

¹⁸⁰ CISG m. 28.

¹⁸¹ **Schwenzer**, Commentary, s. 1080

ulusal hukukuna atıf yaparak birçok uluslararası özel hukuk metninden ayrılmıştır¹⁸². Zira farklı hukuk sistemlerini benimseyen egemen devletlerin karşılıklı irade uyuşmasından ortaya çıkan CISG, aynen ifa talebi gibi bir konuda ulusal hukukları da hakim dikkatine sunmak istemiştir. Bu açıdan CISG m. 28, genel olarak CISG'in kendi bünyesinde hukuk sistemlerini anlaştırmaya çalışan bir köprü işlevi gördüğünü gözler önüne sermektedir¹⁸³. Ancak; her hakim kendi ayrı ulusal hukukuna yollama yapması sebebiyle, anlaşmanın temel amacı olan yeknesak uygulama amacını¹⁸⁴ ihlal ettiği ve bu sebeple CISG içerisindeki meselelerin mümkün olduğunca 28. maddeye müracaat edilmeden çözülmesi gerektiğini savunan bir görüş de doktrinde yer almaktadır¹⁸⁵.

İlk bakışta CISG m. 79 ve 28 birbirleri ile etkileşimde gözükmemektedir. Zira CISG m. 28 aynen ifa talebinin ulusal hukuklara göre sınırını çizerken, CISG m. 79 ise bir kişinin sözleşmesel borçlarını ihlal ettiği zaman tazminat sorumluluğundan hangi hallerde kurtulmuş olacağını belirlemektedir. Fakat unutulmamalıdır ki aynen

¹⁸² **Southerington**, 4.1 (yazar özellikle UNIDROIT İlkeleri'nde durumun böyle olmadığını ve ona tabi sözleşmelerde CISG m. 28'den farklı olarak, ulusal hukuk izin versin veya vermesin, ifa engelinin şartı oluşmadığı müddetçe hakim aynen ifaya karar vermek zorunda olduğuna dikkat çekmektedir).

¹⁸³ **Zeller**, Unification, s. 55.

¹⁸⁴ Yeknesak uygulama amacının CISG'de ulaşılacak istenen en temel amaç olduğuna dair bkz. **Jenkins**, IV; **Honnold**, International Sales Law, s. 14 vd.

¹⁸⁵ **Atamer**, Diğer Haklar, s. 499.

ifa da CISG m. 79'da bahsi geçen *yükümlülüklerinden biridir*¹⁸⁶. Ayrıca CISG m. 79'da düzenlenen ifa engelinin aynen ifa talebini askıya aldığı da sabittir¹⁸⁷. Bu bakımdan, kanaatimizce, CISG m. 28 ve 79 hükümleri bir araya geldiğinde iki alakasız hükümden ziyade aynen ifa talebinin CISG kapsamındaki sınırlarını çizen işbirliği içerisindeki iki hükümdür. Zira bu hükümler, konularının görünürdeki farklılıklarından ötürü, birbirini hiçbir zaman çürütmez ama aynen ifa talebini sınırlama konusunda yan yana hareket ederler¹⁸⁸. Geline aşamada maddeler arasında var olduğunu düşünülen işbirliği ilişkisi CISG m. 79'un tazminat sorumluluğundan kurtarıcı yönüyle değil, daha çok aynen ifanın talep edilebilirliğini etkileme noktasıyla ilgili olduğu belirtilmelidir. Zira tam da aynen ifa noktasında iki düzenleme de aynı konuyu ele almakta, ancak yine de birbirlerinin ayağına basmayarak, adeta uygulanış açısından sıraya girmektedir. Aşağıda görüleceği üzere bu iki kişilik sıranın başında CISG m. 79, sonunda ise CISG m. 28 vardır.

Maddeler arasındaki ilişkiden ötürü bir borçlunun aynen ifada bulunmasını isteyen bir alacaklı öncelikle bu borçlunun CISG m. 79 kapsamında düzenlenen ifa

¹⁸⁶ CISG m. 79'da yer alan *yükümlülüklerinden biri* ifadesinin geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Honnold**, International Sales Law, s. 613.

¹⁸⁷ **Atamer**, Diğer Haklar, s. 498.

¹⁸⁸ Bu tezimizi desteklemek için aynen ifa talebi tazminat talebinin birbirinden çok farklı talepler olduğu ve aralarında bir ilişki olmadığına yönelik olarak bkz. **Atamer**, Diğer Haklar, ss. 491-492.

engellerinden birine takılıp takılmadığına dikkat etmelidir¹⁸⁹. Eğer ki olayda ifa engeli mevcutsa zaten bu ifa engeli aynen ifa talebinin önüne geçeceği için alacaklının artık CISG m. 28 hükmüne göre hakimin hukuku uyarınca aynen ifa talebinde bulunulup bulunulamayacağını araştırmasına gerek yoktur. Zira CISG m. 28’e göre hakim ancak aynen ifa talebinin önüne geçen bir ifa engelini olmadığı hallerde kendi hukukuna göre de aynen ifaya zorlama kararı verip veremeyeceğini inceleyecektir. Bu bakımdan, kanaatimizce, CISG m. 28 ve 79 arasında aynen ifa talebinin öne sürülebilirliği açısından bir öncelik-sonralık ilişkisi vardır. Aynen ifa talebinde bulunmak isteyen bir alacaklının ilk önce sözleşmeye aykırı davranışın CISG m. 79’a uygun bir ifa engelinden kaynaklanmamasına, daha sonra da CISG m. 28 uyarınca karar verecek olan hakimin hukukuna göre aynen ifa talebine karar verilebilir olmasına ihtiyacı vardır.

Son olarak eklemek isteriz ki, CISG m. 79/III hakkında aşağıda yaptığımız açıklamalar gereği¹⁹⁰, CISG m. 79 ve 28 arasında yaptığımız öncelik-sonralık ilişkisi yalnızca ifa engelini mevcut olduğu döneme ilişkin değildir. Zira eğer ki borçlanılan edim ifa engeli ortadan kalktıktan sonra sözleşmenin başında

¹⁸⁹ Önemle belirtmek isteriz ki; bu açıklamamız “*CISG m. 79’da alacaklının ifa engelini mevcut olmadığını ispatlamak zorunda olduğu*” şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira belirteceğimiz üzere (Bkz. aşağıda §6[VI]) CISG m. 79’da borçlu olayda ifa engelini mevcut olduğunu ispatlamak zorundadır (aynı yönde bkz. **Schlechtriem/Butler**, s. 207; **Sert**, Selin, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013, s. 244; **Ayanoğlu Moralı**, s. 304).

¹⁹⁰ Bkz. aşağıda §8(I).

üstlenilenden aşırı şekilde değişmişse ve bu değişime rağmen ifada bulunmak borçlunun hakkaniyete aykırı seviyede fedakarlıkta bulunmasını gerektiriyorsa aynen ifa talebinin kalıcı olarak öne sürülemez hale geldiği kabul edilir¹⁹¹. Bu nedenle, ifa engelinin ortadan kalktığı durumlarda, aynen ifa talebinde bulunan alacaklı aynen ifası istenen edimin sözleşmenin başlangıcında üstlenilenden daha farklı bir hale gelip gelmediğine ve değiştiyse borçludan aynen ifa ederken katlanması beklenen fedakarlığın seviyesine dikkat etmesi gerekir. Sonuç olarak, ifa engelinin mevcut olduğu durumda CISG m. 79 alacaklının CISG m. 28 hükümlerini araştırması gerekliliğinin önüne derhal geçerken, ifa engelinin ortadan kalktığı durumlarda ise ancak yukarıda bahsedilen değişim ve fedakarlığın aşırı olması halinde geçmektedir.

V. CISG m. 80 İle İlişkisi

CISG’de herhangi bir sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafa karşı bu durum aleyhine olan tarafın kullanabileceği haklar CISG m. 45 ve 61’de düzenlenmiştir. Bunun yanında, CISG m. 79 ve 80 maddeleri “*Sorumluluktan Kurtulma*” bölümünü meydana getirerek CISG dahilinde bir tarafın sözleşme ihlali sonrası taşıyacağı sorumluluğunun sınırlarını çizer¹⁹², sıkı sorumluluk ilkesinin

¹⁹¹ Aynı yönde bkz. **Flambouras**, Comparative Remarks, 4; **Schwenzer**, Commentary, s. 1080; **Nicholas**, s. 5-16; **Atamer**, Commentary, ss. 1092-1093.

¹⁹² **Ayanoğlu Morali**, s. 291; **Schwenzer**, Commentary, s. 1064.

istisnalarını belirler¹⁹³. Bu bakımdan CISG m. 79 ve 80'in birbirini tamamlayan, aynı amaca yönelik maddeler olarak görülmelerinde bir sakınca yoktur.

CISG m. 79 bir tarafın öngöremeyeceği, önleyemeyeceği ve kontrol edemeyeceği nedenlerden ötürü ifada bulunamaması halinde bu ifada bulunamamadan doğan zarardan sorumlu tutulmasının hakkaniyete aykırı olacağı düşüncesine dayanır. CISG m. 80 ise sözleşmenin bir tarafının “...*diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamayacağını...*” düzenlemektedir. Bir sözleşme ihlalinin bu kapsama girebilmesi için alacaklının hareketiyle borçlunun ihlali arasında uygun illiyet bağı olmalıdır¹⁹⁴. Bu bakımdan, CISG m. 80 de aynı ölçüde iyiniyet ve hakkaniyet düşüncesine dayanmakla birlikte, özel olarak dürstlük kuralı ve özellikle *venire contra factum proprium* (çelişkili davranış yasağı) teşkil ederek hakkın kötüye kullanılması yasağının CISG'deki görünümünü oluşturur¹⁹⁵.

¹⁹³ **Schwenzer**, Ingeborg/**Fountoulakis**, Christiana/**Dimsey**, Mariel, International Sales Law: A Guide To The CISG, Portland 2012, s. 583.

¹⁹⁴ **Schlechtriem/Butler**, s. 209. Yazarlar alacaklının borçlunun sözleşmeye aykırı hareketine sebep olmasında CISG m. 79/I'deki şartların var olup olmamasının CISG m. 80'in uygulanması açısından bir etkisinin olmadığını ifade etmektedir. Bir başka deyişle, alacaklı borçlunun sözleşmeyi ihlal etmesine sebep olmuşsa, bu durum CISG m. 79/I'e giren bir durumdan kaynaklanmış olsa bile, borçluya karşı herhangi bir talepte bulunamayacaktır.

¹⁹⁵ **Morrissey/Graves**, s. 295; **Atamer**, 2005, s. 118; **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 284.

Bu açıdan, tıpkı CISG m. 79 gibi, *Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine İlişkin Ortak Hükümler* başlığında bulunan CISG m. 80 satım sözleşmesinin her iki tarafı için de genel bir davranış kuralı oluşturur¹⁹⁶.

Öte yandan maddeler arasındaki en büyük fark CISG m. 80'in sonuçlarının CISG m. 79'a göre daha ağır olmasıdır. Zira CISG m. 79 alacaklı tarafın yalnızca tazminat hakkının sona ermesine neden olurken, CISG m. 80 tazminat hakkına ek olarak sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan (aynen ifa talebi, sözleşmeden dönme, bedelde indirim, faiz gibi) her türlü seçimlik hakkı sona erdirmektedir¹⁹⁷. Öte yandan, doktrinde alacaklının borcun yerine getirilmemesine sebep olduğu hallerde de ifa edememenin kontrol dışı, öngörülemez, önlenemez ve üstesinden gelinemez bir hal olduğuna dikkat çekilerek esasen CISG m. 80 hallerinin de CISG m. 79/I'e gireceğini belirten bir görüş mevcuttur¹⁹⁸. Ancak önceki cümlelerimizde açıklamış

¹⁹⁶ Kişinin kendi hareketlerinden dolayı kendisinin sorumlu olması ve yaptığı yanlışlardan mükafatlandırılmaması esasen CISG m. 77'de de karşımıza çıkmaktadır (aynı yönde bkz. **Atamer**, Commentary, s. 1098; **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 110). Zira CISG m. 77'ye göre de bir taraf uğradığı zararı azaltıcı önlemler almakta başarısız olduğu müddette zararın tazmin edilmesini talep etme hakkı azalıyordu.

¹⁹⁷ **Schwenzer**, Commentary, s. 1092; **Schlechtriem/Butler**, s. 200.

¹⁹⁸ **Schlechtriem/Butler**, s. 208. Yazarlara göre CISG m. 80 hükmünün uygulama şartları açısından CISG m. 79/I'den farkı alacaklının sözleşmeyi ihlal ettireceğinin öngörülebilir olduğu hallerde kendini belli etmektedir. Örneğin alacaklı açıkça sözleşmenin ifa edilmesini engelleyeceğini belirtiyorsa bu durum CISG m. 79/I'e

olduğumuz hukuki sonuç farkından dolayı, her ne kadar teorik olarak CISG m. 79 ve 80'e aynı anda müracaat etmek mümkün gözükse de, CISG m. 80'in öngördüğü ağır sonuçlardan ötürü çoğu zaman CISG m. 79'u harekete geçirmek gereksiz kalmaktadır¹⁹⁹.

Kanaatimizce tarafların sözleşmesel sorumluluklarını sınırlayan bu iki temel hüküm arasında bu derecede büyük bir fark olmasının sebebi CISG'in ifa engeli oluşturan hallere ve çelişkili davranışlara, haklı olarak, farklı şekilde yaklaşmasındandır. İfa engeli oluşturan hallerde tazminat talebinin düşmesine rağmen özellikle aynen ifayı talep etme hakkının (belirli ölçülerde²⁰⁰) devam etmesiyle menfaatler dengesi korunmaya çalışılmışken, CISG m. 80'de bir tarafın kendisinin sebep olduğu²⁰¹ sözleşme ihlalinden dolayı karşı tarafın sorumluluğunun göre öngörülebilir olduğu için borçlu sorumuyken, CISG m. 80 uyarınca karşı taraf bu duruma yol açtığı için borçlu sorumluluktan kurtulur.

¹⁹⁹ **Schwenzer**, Commentary, ss. 1088-1089.

²⁰⁰ Bkz. aşağıda §7(II)[B].

²⁰¹ Unutmamak gerekir ki CISG'in bütününe hakim olan kusur şartının aranmaması durumu bu madde için de geçerlidir. Bir taraf karşı tarafın ifa edememesine, kusursuz dahi olsa, neden olduğu takdirde bu ifa edememeden doğan hakları kullanamaz hale gelir (aynı yönde bkz. **Schwenzer**, Commentary, s. 1089; **Atamer**, Commentary, s. 1099). CISG m. 80'in harekete geçirilebilmesi için yalnızca sözleşme ihlaline sebep olan tarafın hareketleriyle ihlal arasında bir illiyet bağı bulunmalı, alacaklının hareketi *sine qua non* olmalı, hakimiyet alanı çerçevesinde olmalı ve objektif olarak alacaklının hareketi sözleşme ihlaline sebep olmaya

iddia edilmesi önlenmek istenmiş ve kullanabileceği her türlü hak devre dışı bırakılmıştır²⁰². Uluslararası ticaret gibi karşılıklı güven ilkesine dayanması gereken bir müessesede çelişkili davranış yasağına bu sonuçların bağlanması uygundur.

VI. CISG m. 50 ile İlişkisi

CISG m. 50 hükmü alıcıların bedelde indirim talep edebilme hakkını düzenlemektedir. Bu maddenin altında yatan temel mantık alıcının sözleşmeye uygun olmayan mallar için sözleşmeye uygun olan mallara belirlenen fiyatı ödemesinin adaletsiz olacağıdır²⁰³. Bu nedenden ötürü sözleşmeye uygun olmayan bir mal teslimiyle karşılaşan alıcı sözleşmede kararlaştırılan bedelin indirilmesini talep edebilir.

elverişli olmalıdır (**Atamer**, Commentary, s. 1102; **Schwenzer**, Commentary, s. 1090).

²⁰² İfa engeli hallerinde (CISG m. 79) taraflardan biriyle bağdaştırılamayan bir durum nedeniyle ifade bulunulamıyorken, CISG m. 80’de ise sözleşmesel yükümlülüğün ihlali taraflardan birine bağdaştırılabilmekte olup bu nedenle CISG m. 80’e daha ağır sonuçlar bağlanmıştır (aynı yönde bkz. **Atamer**, Commentary, s. 1099; **Morrissey/Graves**, s. 295).

²⁰³ **Ziegel**, Jacob, Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Toronto 1981.

CISG m. 79 hükmü ise sözleşmeye aykırı davranan borçlunun sözleşmeye aykırılıktan doğan zararı tazmin yükümlülüğünün ortadan kalktığı halleri düzenlemektedir. İlk bakışta bu hükümler alakasız gibi gözükse de esasen aralarında, alıcıların menfaatine olan, önemli bir ilişki bulunmaktadır. Zira CISG m. 79/V tazminat hakkının düştüğünü düzenlemekte, ancak bedel indirimine dair herhangi bir hüküm belirtmemektedir. Ayrıca unutulmamalıdır ki; tazminat yükümlülüğü ve alıcının bedelde indirim talep edebilmesi hakkı birbirinden oldukça farklı haklar olup, bedelde indirim bir tazminat çeşidi değildir²⁰⁴. Bu sebeple bedelde indirim hakkı tazminat talebi düşse de varlığını sürdürmektedir.

Yukarıda açıkladığımız hukuki durumdan ötürü, özellikle alacaklı durumda olan alıcılar için, bedelde indirim talebi oldukça faydalı bir seçimlik hak olarak CISG m. 79'la ortadan kaldırılan tazminat talebinin yerini almaktadır²⁰⁵. Zira CISG m. 79 yalnızca CISG m. 74 uyarınca öne sürülebilecek tazminat talebini ortadan kaldırmaktadır. Bu gibi bir durumla karşılaşan alıcı, her ne kadar zararını tazmin ettirmeyi talep edemese de, maldaki sözleşmeye aykırılık oranınca ödemekle yükümlü olduğu bedelde indirim yaptırabilecek ve bir derece de olsa ifa engelinin olumsuz etkilerini atlatabilecektir.

²⁰⁴ **Bergsten**, Eric E./**Miller**, Anthony J., The Remedy of Reduction of Price, American Journal of Comparative Law, Vol. 27, 1979, ss. 255-277, s. 255; **Ziegel**, a.g.e.

²⁰⁵ **Morrissey/Graves**, s. 295.

İKİNCİ BÖLÜM

CISG m. 79 HÜKMÜNÜN SINIRLARI

§ 4) CISG m. 79 HÜKMÜNÜN KAPSAMI

I. Borca Aykırı Davranışın Tipi Yönünden CISG m. 79'un Kapsamı

CISG metninde; Türk-İsviçre Hukuku'nda benimsenenin aksine²⁰⁶, borca aykırılık hallerine dair genel bir hipotez kabul edilmekte olup, bu duruma

²⁰⁶ Türk-İsviçre Hukukunda borca aykırılık türlerine göre borca aykırılık türlerinin tasnif edildiği yönünde bkz. **Atamer**, Armağan, s. 218. Türk-İsviçre hukukunun CISG ile gösterdiği en önemli farklılıklardan birisi budur. Zira CISG'de olduğu gibi (bkz. CISG m. 25) genel bir borca aykırılık hükmü mevcut değildir (aynı yönde bkz. **Buz**, Vedat, Borçların İfası ve İfa Edilmemesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliğler [ed.: İnceoğlu, Murat], İstanbul 2012, ss. 91-111, s. 109). Bu açıdan Türk-İsviçre hukukunda da artık yeknesak bir borca aykırılık hipotezine geçilmesi gerektiği ve mevcut farklı borca aykırılık çeşitlerinin çağdışı kaldığı yönünde eleştiriler mevcuttur (bu yöndeki eleştiriler için bkz. **Atamer**, Armağan, s. 258 vd.; **Serozan**, Rona, BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi, HPD, 2006, ss. 38-51, s. 48 vd.).

sözleşmenin ihlali (İng. *Breach Of Contract*) denmektedir²⁰⁷. Bu bakımdan sözleşmesel borcun geç ifa edilmesinden dolayı borçlunun temerrüde düşmesi, sözleşmeye uygun mal teslim etmemesi, eksik ifada bulunması veya hiç ifa etmemesi CISG açısından bir fark yaratmaz. Sonuç her zaman aynıdır: borçlu sözleşmeye aykırı davranmıştır, ifa engelleri veya sorumsuzluk kaydının varlığı ispatlanmadığı sürece, doğan zararı giderecektir²⁰⁸. Bir başka deyişle; CISG'in benimsediği ifa engeli sisteminde borçlunun temerrüde düşmesi, imkansızlık veya akdin müspet ihlali gibi ayrı ayrı kavramlar yer almamakta olup, yalnızca tekil bir sözleşmeye aykırılık kavramı kabul edilmektedir²⁰⁹.

²⁰⁷ **Enderlein**, Fritz/**Maskow**, Dietrich, International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Oceana Publications 1992, s. 173. Yazar özellikle borçlunun kusurlu olup olmamasının borca aykırılık türünde hiçbir değişiklik yaratmayacağını vurgulamaktadır.

²⁰⁸ **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 161; **Birinci Uzun**, s. 159; **Atamer**, Armağan, 236.

²⁰⁹ **Atamer**, Yeşim M., Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış, Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (ed. Atamer, Yeşim), İstanbul 2008, ss. 221-265, s. 222-227 (aşağıda “Atamer, Genel Bakış” olarak anılacaktır) (yazar bu durumun özellikle uluslararası özel hukuku yeknesaklaştırma amacı taşıyan diğer metinleri ve bazı Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'ne mensup ülkeleri etkilediğini ifade etmektedir); **Enderlein/Maskow**, s. 173 (yazar CISG'in ifa engelleri konusunda tekil bir sözleşmeye aykırılık hipotezi

Tekil sözleşmeye aykırılık hipotezi karşısında CISG m. 79'un da tüm borca aykırılık hallerine uygulanacağı noktasında bir şüphe kalmamalıdır. Zira CISG m. 79 hükmü (CISG m. 80 hükmü ile birlikte), bir borçlunun sorumluluktan kurtulabileceği hallerin genel sınırını oluşturmaktadır²¹⁰. CISG genelinde sözleşmeye aykırılığın olumsuz sonuçlarından kaçabilmeyi düzenleyen başka herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu maddeler sorumluluktan kurtulmayı münhasır olarak düzenlemektedir. Bu nedenden ötürü CISG m. 79 (ve 80) hükmü geç ifa, ayıplı ifa, eksik ifa gibi her türlü borca aykırı davranış hipotezinde uygulama alanı bulacaktır.

II. Aykırı Davranılan Borcun Tipi Yönünden CISG m. 79'un Kapsamı

Esasen bir borçlunun sözleşmesel ilişki içerisinde yükümlü olduğu borçların önemine göre asli edim – yan edim şeklinde bir ayrıma tutulması Kıta Avrupası düzenlemesine rağmen sözleşmeye aykırılığa karşı kullanılacak seçimlik haklarda böyle bir tekillik olmadığına ve onlarda borca aykırılığın şiddetine [esaslı ihlal olup olmamasına] göre seçimlik hakların değişebildiğine dikkat çekmektedir. Gerçekten de alacaklının sözleşmeye aykırılık karşısında sözleşmeden dönmeden bedelde indirim talebine kadar birçok farklı hakkı mevcuttur. Ancak sözleşmeden dönme hakkı borcun CISG m. 25 uyarınca esaslı bir şekilde ihlal edilmesine bağlanmıştır [bkz. CISG m. 49 ve 64 hükümleri]. Ayrıca, sözleşmenin esaslı ihlali kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Yılmaz**, s. 89 vd.).

²¹⁰ **Ayanoğlu Morali**, s. 291.

hukukçuları tarafından izlenen bir yöntemdir²¹¹. Nitekim Müşterek Hukuk hukukçularının da etkisinde kalan CISG metni de asli edim – yan edim ayrımına girmemektedir²¹². Asli veya yan, herhangi bir yükümlülük ihlal edildiğinde borçlunun sorumluluğu doğacaktır. Ancak yine de, uluslararası ticari satım sözleşmelerinde çoğunlukla yalnızca malın mülkiyeti nakil borcunun ötesinde başka borçlar da mevcut olduğu ve bunlar da ihlal edilebileceği için, borçlunun asli edim ve yan edimler açısından CISG m. 79 hükmünü incelemekte fayda vardır.

CISG m. 79’da tarafların sözleşmesel yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde yerine getirmeyen tarafın sorumlu olmayacağı haller düzenlenmiştir. Madde metni incelendiğinde taraflardan birinin *herhangi bir yükümlülüğünü* yerine getirmemesi maddenin konusunu oluşturmaktadır²¹³. Bu bakımdan, madde metninden de anlaşılabileceği üzere, CISG m. 79’un konusunu tarafların sözleşmeden doğan her türlü yükümlülüğü oluşturabilir. Bir başka deyişle, hangi yükümlülüğün yerine getirilmediğine bakılmaksızın, tazminat sorumluluğu doğacak olup, borçlunun bu sorumluluktan kurtulması da CISG m. 79 hükmüne göre belirlenecektir²¹⁴. Bu nedenle CISG m. 79’un uygulama alanı yalnızca paranın

²¹¹ **Graffi**, Leonardo, Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention, International Business Law Journal, No. 3, Paris 2003, ss. 338-349, s. 338. Örnek olarak bkz. **Eren**, s. 31 vd.

²¹² **Enderlein/Maskow**, s. 174.

²¹³ CISG m. 79/I.

²¹⁴ Aynı yönde bkz. **Magnus**, s. 288; **Schlechtriem/Butler**, s. 203; **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 171 (yazar burada sözleşmeye uygun mal teslim etmemeden

ödenmesinde veya yalnızca satıcının malı teslim edilmesinde sözleşmeye aykırı hareket etmesi halleriyle sınırlı değildir²¹⁵. Tarafların bu gibi asli yükümlülüklerinin yanında sözleşmeye yerleştirdikleri birtakım yan yükümlülüklerde de borca aykırı davranması halinde sorumluluktan kurtulma CISG m. 79’a göre belirlenmelidir. Herhangi bir borcun ihlal edilmesinden sonra doğan tazminat sorumluluğundan kurtulmanın yolu CISG m. 79 hükmünden geçmektedir. Zira CISG m. 79 hükmünde yer alan “*herhangi bir yükümlülük*” ifadesi oldukça geniş bir yükümlülükler yelpazesine işaret etmekte olup, maddenin uygulama alanı geniş tutulmalıdır²¹⁶.

Öte yandan, CISG m. 79’un her türlü sözleşmeye aykırılık hallerine uygulanır olmasının aynı zamanda CISG’in sistematığının de bir sonucu olduğu savunulmaktadır²¹⁷. Zira her türlü sorumluluğun ihlalinin sözleşmeye aykırılık oluşturduğuna ve CISG’de sorumluluktan kurtulma kurallarının CISG m. 79 ve 80 olduğuna dikkat çekilmektedir²¹⁸. Bu sebeple her türlü sözleşmeye aykırılık halinde CISG m. 79 ve 80’e göre sorumluluktan kurtulmanın mümkün olduğunu belirtmektedir. Bizce de CISG’e hakim olan *sözleşmeye aykırılıkta tekillik* ilkesini *sorumluluktan kurtulmada tekillik* izlemektedir. Sorumluluk konusunda geniş bir

doğan sorumluluk halinin CISG m. 79’un kapsamı dışında olduğunu iddia etse de yukarıda açıkladığımız nedenlerden ötürü biz bu görüşe katılmıyoruz [bkz. aşağıda §5{I}]).

²¹⁵ **Atamer**, Commentary, s. 1058.

²¹⁶ **Honnold**, International Sales Law, s. 613.

²¹⁷ **Honnold**, International Sales Law, s. 613.

²¹⁸ **Honnold**, International Sales Law, s. 613.

hipotez öngören CISG, paralel olarak, sorumluluktan kurtulmada da geniş bir hipotez görmektedir. Bu sayede tarafların sözleşmeye aykırı davranma riskinin olduğu her türlü yükümlülükte, sorumluluktan kurtulma müessesesi münhasıran bu hükümlerde düzenlendiği için, CISG m. 79 ve 80 uyarınca sorumluluktan kurtulma imkanı da vardır. Kanaatimizce CISG’de sorumluluktan kurtulmayı düzenleyen başka bir madde olmaması ve CISG m. 79 ve 80’de yükümlülükleri sınırlayıcı bir tanımın yer almaması²¹⁹ bu görüşümüzü destekler niteliktedir.

CISG m. 79’un borcun ihlal edilmesinden doğan sorumluluktan kurtulmada borcun cinsine bakılmaksızın uygulandığını kabul ettikten sonra kimi örneklerle bu durumun somutlaştırılması gerekir. Alıcının semeni ödeme ve satıcının da malların teslimde sözleşmeye aykırılık göstermesi hallerinde bu madde hükmünün uygulanacağında bir şüphe yoktur. Asıl mesele bunların ötesindeki borçlardır. Doktrinde bu gibi borçlaa örnek olarak tarafların sözleşmeden kaynaklanan paketleme, karşı tarafl lehine sigorta yaptırma ve bildirim gibi yükümlülükleri örnek gösterilmektedir²²⁰. Bu yan borçlardan²²¹ özellikle bildirim yükümlülüğünün durumu dikkat çekicidir. Zira CISG’in kendisinden doğan (CISG m. 79/IV) ifa engelini bildirim yükümlülüğü ihlal edildiği zaman meydana gelen zarardan sorumlu olan borçlu da CISG m. 79/I uyarınca sorumluluktan kurtulabilir²²². Bu durum CISG m.

²¹⁹ Aynı yönde bkz. **Atamer**, Commentary, s. 1057.

²²⁰ **Atamer**, Commentary, s. 1057; **Tallon**, s. 586.

²²¹ Asli edimlerin asıl borç, yan edimlerin yan borcu ifade ettiği yönünde bkz. **Eren**, s. 32.

²²² **Tallon**, s. 586.

79'un yalnızca taraflar arasındaki satım sözleşmesine değil, doğrudan CISG'in kendisinden kaynaklanan borçlarda bile uygulanacağını göstermektedir.

§ 5) CISG m. 79 HÜKMÜNÜN KAPSAMA ALANINA DAİR BAZI TARTIŞMALI HALLER

Günümüzde uluslararası düzeyde kabul edildiği üzere ahde vefa sözleşmesel ilişkilerin temelini oluşturur ve taraflar taahhüt ettikleri borçları yerine getirmekle yükümlüdür. CISG de özel hukuk sözleşmelerine dair bir metin olarak, her ne kadar açıkça bu kaleme alınmamışsa da, ahde vefa ilkesi üzerine kurulmuştur²²³. Buna göre, CISG'de taraflar ifa etmemeden dolayı sorumlu olacaktır. Belirtmek gerekir ki CISG'de yer alan “*sözleşmenin ihlali*” kavramının karşılığı olarak hiç ifa etmeme, geç ifa etme ve malların sözleşmeye uygun olmaması anlaşılır²²⁴. Bu bakımdan borçlunun sözleşmeyle üstlenmiş olduğu herhangi bir borca aykırı davranması onun sözleşmeye aykırı davranmasına yol açacak ve borca aykırılık hükümlerince sorumluluğu gündeme gelecektir²²⁵.

²²³ Aynı yönde bkz. **Atamer**, 2005, s. 117. Halbuki UNIDROIT İlkeleri'nde sözleşmelerin bağlayıcı yapısı açıkça düzenlenmektedir (bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.1).

²²⁴ **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 161.

²²⁵ **Graffi**, s. 338.

CISG'in öngördüğü sorumluluk sistemi açıktır: Sözleşmenin ifa edilmemesi söz konusu olursa öne sürülebilecek haklar CISG m. 45 ve 61'de belirtilmiş olup iki madde de CISG m. 74 uyarınca tazminat talep edilebileceğine işaret etmektedir²²⁶. CISG m. 74 ödenecek tazminatın "...mahrum kalınan kar dahil ihlalden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına..." eşit olacağını düzenlemektedir. Bu bakımdan, kusursuz sorumluluk ve tamamen tazmin ilkelerinin benimsendiği CISG'de taraflar sözleşme ile birbirlerine karşı taahüt ettikleri edimleri yerine getirmeli ve bu taahhüde uymayan en ufak aykırılıklar dahi tazmin edilmelidir²²⁷. Bu tazmin sorumluluğunun sınırları da CISG m. 79 ile belirlenmektedir²²⁸. Sorumluluk rejimi

²²⁶ Ayrıca tarafların doğrudan CISG'den doğan bir sorumluluğu yerine getirmediğinde de bu sorumluluk sistemine tabi olduğu yönünde bkz. **Schlechtriem/Butler**, s. 199.

²²⁷ CISG m. 74'te vücut bulan tamamen tazmin ilkesinin CISG'in temel ilkelerinden biri olduğu yönünde bkz. **Eiselen**, Siegfried, Unresolved Damages Issues of the CISG: A Comparative Analysis, Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 1, 2005, ss. 32 – 46, s. 36 (aşağıda "Eiselen, Unresolved Damages" olarak anılacaktır). Bu hususu kabul etmekle birlikte tamamen tazmin ilkesinin zarara uğrayan tarafın zenginleşmesi için kullanılamayacağını haklı olarak savunan bir mahkeme kararı için bkz. **Butler**, Petra, CISG and International Arbitration: A Fruitful Marriage?, International Trade & Business Law Review, Vol. XVII, 2014, ss. 322 – 357, s. 346.

²²⁸ CISG m. 79'un adeta kardeş düzenlemesi olan CISG m. 80 ise genel bir davranış kuralı koyma yoluyla sözleşmenin ifa edilmemesi halinde doğan, tazminat da dahil olmak üzere, tüm sözleşmesel hakların kullanılmasına genel bir sınır çizmektedir.

yukarıdaki gibi olmakla birlikte kimi haller özellikle CISG m. 79'un uygulama şartlarını tatmin etmesi bakımından tartışma konusu olmuştur.

I. Sözleşmeye Uygun Malların Verilmemesi Durumunu Kapsaması

CISG m. 35 uyarınca “*Satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır...*”. Zira alıcı bu malları ya kendi faaliyetini yürütmek için kullanacak ya da bir başka kişiye satacaktır. Bu nedenle mallar CISG m. 35/I ve II’de yer alan kirterlere uygun teslim edilmiş olmalıdır. Bu açıdan, genel olarak, malların anılan maddede yer alan özellikleri haiz olması durumu *malların sözleşmeye uygunluğu*²²⁹ olarak isimlendirilir²³⁰.

²²⁹ İng. *Conformity of the Goods*.

²³⁰ Belirtmek gerekir ki CISG’de “*ifa etmeme*” (İng. *Nonexecution*) kavramının karşılığı olarak hiç ifa etmeme, geç ifa etme ve malların sözleşmeye uygun olmaması anlaşılmaktadır (aksi yönde bkz. **Jenkins**, IV. Yazar aynı bölümde CISG kapsamında ele alınan ifa engellerinin kapsamının UCC’den daha geniş olarak ele alındığını ancak buna rağmen sözleşmeye uygun olmayan malların CISG m. 79 kapsamına sokulamayacağını savunmaktadır.). Ancak, malların geç teslim edilmesi hali ile malların sözleşmeye uygun olmaması hali birbirinden farklı müesseselerdir (aynı yönde bkz. **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 161). Zira malların sözleşmeye uygun teslim edilmemesi kendini malların taahhüt edilen veya piyasadaki

CISG'in İngilizce metninde kullanılan *exemption* kavramı genelde dışarıdan gelen fiziki bir sebepten ötürü sözleşmeyle hedeflenen amaca ulaşılamamasını ifade etmekte olup, bu açıdan malların sözleşmeye uygun teslim edilmemesi halinde CISG m. 79 uyarınca borçlunun tazmin yükümlülüğünden kurtulup kurtulamayacağı tartışmalara konu olmuştur²³¹. CISG metni incelendiğinde görüleceği üzere bu konu Antlaşmada açıkça çözümlenmemiştir²³².

Tartışmanın özünde malların sözleşmeye uygun şekilde teslim edilmemesinin satıcının daima kontrolünde olup olmadığı ve bu durumu öngörüp öngöremeyeceği noktası yatmaktadır. Zira Müşterek Hukuk Sistemi kökenli hukukçular (malların her zaman satıcı tarafından muayene edilebileceğinden hareketle) satıcıya katı bir sorumluluk yükleyerek CISG m. 79'da öngörülen şartların karşılanamayacağını savunurken, Kıta Avrupası hukukçuları ise satıcının sözleşmenin kurulduğu esnada mallarda bulunan ve makul biçimde öngörülemeyen sözleşmeye aykırılıkların CISG m. 79 kapsamında bir ifa engeli oluşturabileceğini savunmaktadır²³³. Kanaatimizce iki tarafın da uyuştugu nokta malların sözleşmeye uygun olmaması halinde ifa engeli

emsallerine göre taşınması gereken özellikleri taşımayan veya üçüncü kişilerin mülkiyet hakkı iddialarıyla karşılaşacak şekilde teslim edilmesi hipotezleriyle göstermektedir (**Schlechtriem/Butler**, s. 204).

²³¹ **Gillette**, s. 110.

²³² **Schlechtriem/Butler**, s. 201.

²³³ **Davies/Synder**, s. 334; **Schwener**, Commentary, s. 1065; **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 171.

müessesesine müracaat etmenin zor ve istisnai olduğudur. Satış sözleşmelerinden beklenen ilk işlevin *taraflarca nitelikleri üzerinde anlaşılan malların* mülkiyetini bir taraftan diğer tarafa geçirmesi olması sebebiyle biz de satıcıların basitçe CISG m. 79'a müracaat edememeleri gerektiğini düşünüyoruz²³⁴.

Meselenin düğümlendiği nokta malları alıcıya devreden kişi olarak satıcının mallar üzerinde mutlak bir hakimiyet sahibi olması ve her zaman malları muayene edebilecek vaziyette olması; bu nedenle de malların sözleşmeye uygunluğunun her zaman kontrolünde olduğu fikri yatmaktadır²³⁵. Her ne kadar gerçekten de mallar

²³⁴ Malların sözleşmeye uygun olmamasından dolayı sorumlu olmama hali esasen satıcıları ilgilendiren bir meseledir. Zira malların sözleşmeye uygun olmaması halinde alıcıya yüklenilen külfetler CISG m. 38 ve 39'da tarif edilmiş olup, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarına katlanması CISG m. 79 ve satıcının ilişkisinden oldukça farklıdır. Anılan maddelere göre alıcı malları muayene etmekle ve mallardaki sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmekle yükümlüdür. CISG'in öngördüğü yol haritasından sapan alıcı bunun sonuçlarına tamamen kendisi katlanacak, sözleşmeye aykırılığa dayanarak herhangi bir hak iddia edemeyecektir (aynı yönde bkz. **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 171).

²³⁵ **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 172. Schlechtriem de malların sözleşmeye uygunluğunun her zaman satıcının risk alanı içerisinde olduğunu, zira satıcı malların sözleşmeye uygun olup olmamasını kontrol edemese de bu uygun olmamadan kaynaklanan zararın tazmin edilmesi riskini her zaman kontrol edebileceğini göz önünde tutarak aynı sonuca ulaşır (**Slechtriem**, Peter, 50 Years of the Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court of Germany) A Celebration Anthology

alıcının kontrolünde olsa da, malların sözleşmeye uygunluğunu belirleyen CISG m. 35 ve 36'nın öngördüğü katı koşulların, örneğin mallardaki sözleşmeye aykırılığın bir doğal afet tarafından meydana gelmesi halinde, yol açabileceği olumsuz sonuçlar doktrinde haklı olarak tartışılmıştır²³⁶. Özellikle de satıcının malları üçüncü kişiden aldığı veya başka bir sağlayıcıdan tedarik ettiği durumlar hem CISG hem de selefi ULIS hazırlanırken tartışma konusu olmuştur²³⁷.

Gerçekten malların tamamen yok olduğu durumda bunun CISG m. 79 uyarınca ifa engeli oluşturacağını savunurken aynı sebepten ötürü malların sözleşmeye aykırı hale geldiği durumu CISG m. 79 kapsamı dışında bırakmak anlamsız bir sonuç doğuracaktır. CISG m. 79 kendi kapsamına aldığı durumlar için gerekli özellikleri belirlerken yalnızca ifa engeli oluşturan olayın bünyesindeki nitelikleri dikkate almaktadır. Bizce bu nedenden ötürü olayın yol açtığı sonucun sözleşme konusu mallar üzerindeki etkisi CISG m. 79'un uygulama şartlarının gerçekleşmesi bakımından önemsizdir. Zira, CISG m. 79'un uygulama şartları açısından aranan tek sonuç sözleşmesel yükümlülüklerden birinin ifa edilememesidir. Şüphesiz ki malların sözleşmeye uygun teslim edilmemesi de sözleşmesel

from the Academic Community: Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof (Çev.: Todd J. Fox), III (2) (aşağıda “Schlechtriem, Anthology” olarak anılacaktır).

²³⁶ **Gillette**, s. 111; **Di Matteo**, Hardship, s. 290.

²³⁷ **Schlechtriem**, Anthology, III (3). Yazar bu durumların özellikle CISG m. 79/II'ye müracaat edip etmeme açısından da problematik olduğunu belirtmiştir.

yükümlülüklerden birinin ihlali olarak yorumlanabilir²³⁸. Bu bakımdan malların hiç teslim edilmemesi ile sözleşmeye uygun şekilde teslim edilmemesi arasından CISG m. 79'un uygulama şartlarını sağlama bakımından bir fark yoktur. Bu nedenle *“malların sözleşmeye aykırılığı halinde CISG m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulma iddia edilemez”* ön kabulü uygulayıcıyı yanlış hukuki sonuçlara yönlendirecektir. Her uyuşmazlıkta önyargısız bir şekilde CISG m. 79'un uygulama şartları araştırılmalıdır. Bu bakımdan malların sözleşmeye uygun teslim edilmemesi halinin CISG m. 79 kapsamında yer aldığı kabul edilmelidir²³⁹. Nitekim CISG Danışma Kurulu da 12 Ekim 2007 tarihinde verdiği 7 numaralı kararda açıkça CISG

²³⁸ Aynı yönde bkz. **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 161.

²³⁹ Aynı yönde bkz. **Schlechtriem/Butler**, s. 203. Yukarıda değindiğimiz gibi mallar genelde satıcının elinde olduğu için satıcının ifa engeli sonucu meydana geldiğini iddia ettiği sözleşmeye aykırılığın *“kontrolü dışı”* veya *“önlenemez”* biçimde gerçekleştiğini ispat ederken zorlukla karşılaşacak ve ancak istisnaen bunu başaracaktır. Bizce bu tablo taraflar arasındaki menfaatler dengesini koruduğu gibi CISG m. 79'un istisnai olarak uygulanması amacıyla da örtüşmektedir (CISG m. 79'un uygulama alanının dar yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Schwenzer**, Commentary, s. 1063; **Schlechtriem/Butler**, s. 204; **Fernando**, a.g.e. Ayrıca, bu durumun uygulamada da bu yönde olduğu ve ifa engeli iddiasında bulunan borçluların çoğunlukla başarısız olduğu yönünde bkz. **Schwenzer/Fountoulakis/Dimsey**, s. 585; **Magnus**, s. 288.).

m. 79'un malların sözleşmeye uygun olmaması hipotezine de uygulanabileceğini kabul etmiştir²⁴⁰.

Malların sözleşmeye uygun teslim edilmemesi durumunda CISG m. 79'daki şartları sağlayan satıcının sorumluluktan kurtulma imkanı oldukça dar uygulanmalıdır. Özellikle satıcının malları kendisinin ürettiği ve aracı sıfatıyla malları satıcıya sattığı hallerde bu imkanın geniş olarak tanınması CISG m. 79'un esas aldığı mantığa aykırı sonuçlar doğuracaktır²⁴¹. Ancak bu hallerde dahi; eğer ki malların sözleşmeye aykırılığı görülebilir değilse ve olağan muayene ile satıcının üçüncü kişiden aldığı mallardaki sözleşmeye aykırılık fark edilebilemeyecek düzeyde ise satıcının, CISG m. 79'a göre, sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir²⁴².

Müşterek Hukuk Sistemi hukukçuları arasında CISG'e Kıta Avrupası hukukundaki kusur ilkesinin dahil edilip edilmediği konusunda endişelere yol açmıştır²⁴³. Fakat önde gelen Kıta Avrupası içtihat mercilerinden biri olan Alman

²⁴⁰ **CISG Advisory Council**, Opinion No. 7, Art. 1: “*Article 79 exempts a party from liability for damages when that party has failed to perform any of its obligations, including the seller's obligation to deliver conforming goods*” (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

²⁴¹ **Schwenzer**, Commentary, s. 1074.

²⁴² **Schlechtriem/Butler**, s. 205.

²⁴³ **Schlechtriem**, Anthology, III (3).

Federal Mahkemesi BGH tarafından verilen 24 Mart 1999 tarihli karar²⁴⁴ ile CISG'in hâlâ hukuklar arası uzlaştırıcı özelliği korunmuş ve Müşterek Hukuk Sistemi hukukçuları eleştirileri bakımından rahatlatılmıştır²⁴⁵. Davada satıcı şarapların korunması için gereken mumları başka bir üreticiden satın almakta ve paketleri dahi açmadan alıcısına yollamaktadır. Koruyucu mum gereken korumayı sağlamamış ve şaraplar bundan zarar görmüştür. Bu nedenle alıcı satıcıya dava açmıştır. Yerel mahkeme (*Landsgericht*) davayı reddetmiş olup, eyalet yüksek mahkemesi ise (*OLG Zweibrücken*) davalı satıcıyı haksız bulmuş ve malların piyasadaki koruyucu mumlar için aranan özelliklere sahip olmamasından ötürü satıcıyı sorumlu bulmuştur. Son aşamada satıcı Alman Federal Mahkemesi'ne başvurmuş ve ifada bulunamamasının sebebinin kontrolü dışında gerçekleştiğini ve tedarikçisinin kendisine sözleşmeye uygun korucuyu mum sağlayamadığını bu nedenle sorumlu tutulmaması gerektiğini iddia etmiştir. Bunun ardından Alman Federal Mahkemesi hem somut olayı değerlendirmiş hem de oldukça önemli hukuki değerlendirmelerde bulunmuştur.

Alman Federal Mahkemesi verdiği kararda malların sözleşmeye uygun olmaması durumlarında CISG m. 79 kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini açıkça değerlendirmemiştir. Ancak mahkemenin meselenin esasına girip somut olayda CISG m. 79'da öngörülen şartların oluşup oluşmadığını

²⁴⁴ Karar metninin İngilizce çevirisi için bkz.: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/990324g1.html>.

²⁴⁵ **CISG Advisory Council**, Opinion No. 7, para. 8. Zira Alman Federal Mahkemesi, birazdan aşağıda da değinileceği üzere, satıcının sorumluluğunun kusurdan bağımsız bir sorumluluk olduğunu kabul ederek hüküm kurmuştur.

araştırması, bizce de, zımnen bunun kabul edilebileceği anlamına gelmelidir. Zira Mahkeme malların sözleşmeye uygun olmaması hallerinde hiçbir şekilde CISG m. 79'a müracaat edilemeyeceğine kanaat getirseydi meselenin esasına girmeden davayı reddedi²⁴⁶. Bu bakımdan artık Alman Federal Mahkemesi'nin bu kararı CISG m. 79'un malların sözleşmeye uygun olmaması hallerine de uygulanabileceğini kabul eden ilk mahkeme kararı olması bakımından önem taşımaktadır.

Alman Federal Mahkemesi anılan karardaki gerekçelendirmesini tarafların risk paylaşımı üzerine kurmuştur. Mahkemeye göre taraflar başka türlü anlaşmadıkça (ki somut olayda böyle bir anlaşma yoktur) malların satıcı tarafından bizzat üretilmediği hallerde *malların sözleşmeye uygun tedarik edilebilmesi riskini* satıcı üstlenir²⁴⁷. Bu açıdan Alman Federal Mahkemesi tedarik etme riskini kural olarak satıcıya yıkarak uyuşmazlık hakkında karar vermiş ve satıcıyı sorumlu bulmuştur. CISG Danışma Kurulu'na göre bu mantık silsilesi göstermelidir ki Alman Federal Mahkemesi'nin gözünde satıcının sözleşmeye uygun mal teslim etme borcunun

²⁴⁶ CISG Danışma Kurulu'nun da aynı sonuca ulaştığına dair bkz. **CISG Advisory Council**, Opinion No. 7, para. 9.

²⁴⁷ Doktrinde de bu kavram için İng. *Procurement Risk-Acquisition Risk* ifadeleri kullanılmakta ve bu riskin, kural olarak, satıcı üzerinde olduğuna dikkat çekilmektedir (aynı yönde bkz. **Schwenzer**, Commentary, s. 1075; **Schlechtriem/Butler**, s. 204; **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 268. Yazar özellikle cins borcu teşkil eden malların tesliminde tedarik riskinin satıcıda olacağını vurgulamaktadır).

niteliği *kusurdan ari bir garanti borcudur*²⁴⁸. Bu bakımdan satıcının sorumluluğu; kusurdan ari bir sorumluluk türü olduğu için alıcıya teslim etmeden önce bu malları kendisinin teşhis etmede başarılı veya başarısız olmasından da bağımsızdır²⁴⁹.

Son olarak yukarıda bahsi geçen Alman Federal Mahkemesi kararı hakkında belirtmek isteriz ki CISG uygulaması bakımından genelgeçer bir temyiz merci veya farkı devletlerin mahkemeleri arasında bir hiyerarşi mahkeme mevcut değildir. Bu bakımdan Alman Federal Mahkemesi'nin bu kararı diğer ülke mahkemeleri açısından bağlayıcı sonuç doğurmayacaktır. Ancak, farklı ülkelerde uygulanan CISG'i uygulayan mahkemeler de CISG'in yeknesak uygulanması konusunda dikkatli davranmalıdır. Bu bakımdan, her ne kadar hukuken bağlayıcı olmasa da, Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bu karar tüm CISG uygulayıcısı mahkemeler tarafından göz önünde tutulmalıdır. Özellikle CISG'i uygulamakta olan mahkemenin Müşterek Hukuk veya Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nden olmasının

²⁴⁸ **CISG Advisory Council**, Opinion No. 7, para. 9. Ek olarak, doktrinde de CISG kapsamında tarafların borçlarının birer garanti taahhüdü olarak yorumlandığı yönünde bkz. **Schlechtriem**, Peter, Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof), Civil Panel VII March 24, 1999, Index No. VIII ZR 121/98, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International 2000-2001, ss. 383-407, para. 2 (aşağıda “Schlechtriem, Civil Panel” olarak anılacaktır); **Atamer**, Armağan, s. 336; **Yılmaz**, s. 226; **Birinci Uzun**, s. 158. Karar özellikle bu değerlendirmesi ile Müşterek Hukuk Sistemi hukukçularının CISG’de kusur sorumluluğu endişelerini bertaraf etmiştir.

²⁴⁹ **CISG Advisory Council**, Opinion No. 7, para. 10.

hiçbir etkisi olmayacak, mahkemeler bu kararı göz önünde tutmak zorunda kalacaktır²⁵⁰.

II. Hardship ve CISG

CISG kapsamında force majeure hallerinin ifa engeli oluşturacağı konusunda bir şüphe yoktur. Ancak hardship hallerinin de ifa engeli oluşturup oluşturmayacağı doktrinde oldukça büyük tartışmalara konu olmuştur. Her ne kadar bu iki müessesenin birbirine yakınlığı ve aralarındaki ilişki inkar edilemeyecek olsa da²⁵¹; gerek uygulama şartları gerek taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye etkileri bakımından büyük farklar mevcuttur²⁵². Zira bu hardship hallerinin CISG m. 79 kapsamında ifa engeli teşkil ettiği kabul etmek maddenin uygulama alanını genişletecektir. Bu bakımdan hardship hallerinin durumu CISG m. 79'un uygulama alanı açısından önemli bir sınırı belirleyecektir .

²⁵⁰ **Lookofsky**, Commentary on Kessedjian, s. 437.

²⁵¹ **Garro**, Gap Filling, s. 1183.

²⁵² **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 162.

A. Hardship ve Force Majeure Müesseselerinin Kıyası ile CISG m. 79'daki Durum

Uygulama şartları bakımından; force majeure müessesesinin uygulanabilmesi için borcun sözleşme kurulurken tasavvur edilen haliyle ifa edilmesinin imkansızlaşması gerekir. Pek tabi hardship müessesesinin geçerli olduğu durumlarda da borç sözleşme kurulduğu zaman tasavvur edildiği gibi ifa edilemeyecektir. Ancak müesseseleri ayırt eden nüans “*ifanın yalnızca güçleştiği mi yoksa tamamen imkansızlaştığı mı?*” sorusunda yatmaktadır²⁵³. Zira karakteristik olarak hardship uygulamalarında borcun yerine getirilmesi hâlâ mümkün olmasına rağmen oldukça zorlaşmışken, force majeure halinde borcun ifası (geçici de olsa) tamamen imkansız hale gelmiş, kimsenin ifa edemeyeceği bir şekle bürünmüştür²⁵⁴.

Taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye etkileri bakımından ele alınacak olursa; hardship hallerinde sözleşmenin beklenmeyen haller nedeniyle ifa etmesi oldukça güçleşen tarafın lehine olacak şekilde yeniden müzakere edileceği, force majeure hallerinde ise ifa etmesi imkansızlaşan tarafın borcunu yerine getirme

²⁵³ **Rimke**, s. 201.

²⁵⁴ **Maskow**, s. 663; **Flambouras**, Comparative Remarks, 1. Günümüzde bir edimin ifasının Roma Hukukundaki gibi “*tamamen imkansız olması*” oldukça güçleştiği için force majeure şartlarının oluşmasının zorlaştığı ve bu nedenle özellikle hardship uygulamasına izin verilmesi açısından CISG m. 79’un geniş yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Schwenzer**, Hardship, s. 725.

yükümlülüğünden kurtulduğu görülmektedir. Bu bakımdan denilebilir ki; hardship beklenmeyen haller nedeniyle menfaat dengesi bozulan sözleşmenin tekrar işler hale getirilerek ayakta tutulmasını amaçlarken, force majeure borçlunun ifayı imkansızlaştıran sebepler karşısında ifa edememesi halinden sorumlu tutulup tutulmayacağı meselesini çözüme kavuşturur²⁵⁵. Görüldüğü üzere müesseseler arasında işlev yönünden bir farklılık olup, ulaşılmak istenen amaçta da farklılıklar gözükmemektedir.

Çalışma konumuz olan CISG m. 79'un force majeure ve hardship müesseseleri karşısında nerede durduğunu tespit etmek maddenin uygulama alanı açısından önemli olacaktır. Öncelikle ilgili madde incelendiğinde görülecektir ki gerek Taslak Metin'de gerek Antlaşma'nın imzalandığı haliyle CISG metninde ne hardship ne de force majeure ifadeleri kullanılmış olup bu bilinçli bir tercihtir²⁵⁶. Zira CISG yerel hukuk sistemlerinde geçen kavramları kullanmaktan imtina etmiş, CISG'in yorumlanmasında yerel görüşlerin etkili olmamasını ve CISG'in uluslararası hukuk kuralı olarak kendine has bir şekilde yorumlanmasını istemiştir²⁵⁷.

²⁵⁵ **Davies/Snyder**, s. 325; **Maskow**, s. 657.

²⁵⁶ **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 168; **Gillette**, s. 103.

²⁵⁷ **Schwenzer**, Hardship, s. 712; **Kessedjian**, s. 417; **Honnold**, International Sales Law, s. 615. Zira, bir bütün olarak tıpkı CISG gibi, CISG m. 79 Kıta Avrupası Hukuku ve Müşterek Hukuk sistemleri arasında bir mutabakatın ürünüdür (bkz. **Vilus**, s. 254). Bu nedenle birbirinden farklı fikiller aynı potada eritilerek madde mevcut haline kavuşmuştur (aynı yönde bkz. **Schlechtriem/Butler**, s. 200; **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 168; **Atamer**, 2005, s. 281).

Bu nedenle CISG m. 79'un bir hardship hükmü mü yoksa force majeure hükmü mü olduğu madde başlığında da belirtilmemiştir.

Öte yandan, CISG'de, diğer uluslararası model kanunların aksine, borcun ifasının güçleştiği veya imkansızlaştığı hallere dair ayrı ayrı düzenlenmiş hükümler de mevcut değildir²⁵⁸. Borçlunun borcunu ifa edememesine dair CISG m. 79'da tek bir ifa engeli hipotezi düzenlenmiş olup, kavramın tanımlaması yapılmayarak yalnızca çeşitli özelliklerinin belirtilmesiyle ifa engelinin bir tasviri yapılmıştır²⁵⁹. Bu hipoteze uygun bir hal söz konusu olduğunda da, hardship veya force majeure müesseselerinin borca olan etkilerinin aksine, yalnızca “*borçlunun ifa edemeden kaynaklanan zarardan sorumlu olmayacağı*” düzenlenmiştir²⁶⁰. Son olarak maddenin son fıkrasında da bu ifa engeli halinin tazminat talebi dışında hiçbir hakkını etkilemeyeceği düzenlenmiştir.

²⁵⁸ Bkz. yukarıda §2.

²⁵⁹ **Flambouras**, Comparative Remarks, 2; **Davies/Snyder**, s. 327 (yazarlar İngilizce'de *impediment* kavramının “*arzu edilen sonucun önüne geçen dışarıdan gelen engel*” olarak kullanıldığını belirtmektedir [benzer bir tanımı **Jenkins** de “*...ifanın önüne set çekmeyi, onu engellemeyi ifade eden bir kelime...*” olarak yapmaktadır {bkz. **Jenkins**, IV})).

²⁶⁰ **Schwenzer**, Hardship, s. 712.

B. CISG m. 79'un Lafzı Uyarınca Meselenin Ele Alınması

Açıklanan durum karşısında CISG m. 79 her ne kadar kimi yazarlarca force majeure müessesesinin tasviri olarak yorumlansa da²⁶¹ esasen CISG m. 79 force majeure için özgülünen bir madde değildir. Zira CISG m. 79 ile getirilen kıstaslar ulusal hukuklarda force majeure müessesesi için getirilenlerden oldukça farklıdır²⁶². Bu nedenle maddenin hardship hükümlerini de içerip içermediği, özellikle de ifa güçlüğü hallerinde söz konusu olacak bir yeniden müzakere yükümlülüğünün veya kazai uyarılama imkanının CISG kapsamında yer alıp almadığı, büyük tartışmalara konu olmuştur²⁶³.

Tartışmaya yön veren olgulardan ilki Taslak Metin görüşmeleri sırasında ULIS m. 74 metninde kullanılan *şartlar* ifadesinin terk edimesine yönelik

²⁶¹ **Maskow**, s. 664.

²⁶² **Morrissey/Graves**, s. 291. Yazarlar bu özel kıstaslardan ötürü kimi yerel hukuklarda force majeure hükümlerini uygulamaya elverişli durumların dahi CISG m. 79 kapsamına giremeyeceğini belirtmiştir. Ayrıca CISG m. 79'un değişik devletlerde yer alan ifa engelleri sistemleri arasında bir mutabakat olduğu unutulmamalı, derhal ulusal hukuk sistemlerinde yerleşmiş bulunan ifa engeli teorileriyle bağlantı kurulmalıdır (aynı yönde bkz. **Vilus**, s. 254).

²⁶³ **Maskow**, s. 658; **Kessedjian**, s. 419. Ayrıca, bu tartışmanın sebebi olarak CISG'de özel bir hardship maddesi bulunmadığı yönünde bkz. **Schwenzer**, Hardship, s. 712.

değişikliklerdir. Bu değişiklik uyarınca ULIS m. 74'te yer alan şartlar ifadesi terk edilmiş ve günümüzde kullanılan ifa engeli terimi tercih edilmiştir. Bu sebepten ötürü CISG uygulamasının ilk yıllarında hardship müessesesinin Anlaşma kapsamında yer almadığı, 79. maddenin yalnızca edimin ifasının imkansız olduğu halleri kapsadığı şeklinde fikirler öne sürülmüştür²⁶⁴. Esasen günümüzde de ULIS m. 74 ve CISG m. 79 arasındaki *şartlar* ifadesinden *ifa engeli* ifadesine geçişi CISG'de hardship hallerinin dışlanmasına örnek gösterenler mevcuttur²⁶⁵. Zira bu görüşü savunan yazarlara göre ifa engeli ifadesi şartlar ifadesinden daha dar bir kapsama alanına sahip olup, yalnızca fiziken imkansızlık hallerini bünyesinde barındırmaktadır. Fakat zaman geçtikçe daha özgürlükçü görüşler de savunulmaya başlanmıştır.

Öncelikle dikkat edilmelidir ki CISG m. 79 ifa engeli ifadesini içermekte olsa da hâlâ hardship hallerini açıkça dışlamamaktadır. Zira CISG m. 79 görüşmeleri sırasında değişik hukuk sistemlerindeki ifa engelleri birleştirilmeye çalışıldığı gibi değişik ifa engeli hipotezleri de birleştirilmeye çalışılmıştır²⁶⁶. Bu bakımdan hükmün ifa engelleri ifadesini kullanmakta olan lafzının bile halihazırda, ifayı engelleyen ekonomik sebepler gibi, hardship hallerini de içerdiği savunulmaktadır²⁶⁷. Bu sebeplerden ötürü yalnızca lafzi bir okuma dahi CISG m. 79 bünyesinde hardship hallerinin de ifa engeli olabileceğini kabul etmeye yeterlidir.

²⁶⁴ **Flambouras**, Comparative Remarks, 3.

²⁶⁵ **Rimke**, s. 219; **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 164.

²⁶⁶ **Vilus**, s. 254. Yazara göre CISG m. 79 tam bir *orta yolu bulma hükmü*dür.

²⁶⁷ **Schlechtriem/Butler**, s. 204.

Öte yandan, lafzı kesin olmayan CISG m. 79 hükmü günümüz ticaret hayatının gelişmelerinden ve ihtiyaçlarından uzak kalmaz. Bir an için Viyana Konferansı'nda ifa engeli ifadesinin hardship hallerini dışlamak için getirildiği kabul edilse dahi otuz yıl önceki bu yorumun günümüzde sürdürülmesi CISG'i çağ dışı hale getirecektir²⁶⁸. Zira CISG'den sonra kabul edilen uluslararası sözleşmeler hukuku metinleri incelendiğinde hardship müessesesinin açıkça kabul edildiği, hatta sözleşmenin ayakta tutulması için taraflara yeniden müzakere yükümlülüğünün yüklenmesi veya hakimin sözleşmeye müdahale etmesi gibi yöntemlerin benimsendiği görülecektir. Bu bakımdan CISG m. 79 hükmünde yer alan *ifa engeli* ifadesini geniş yorumlamak için bir engel kalmadığı gibi genişletici yorum yapmak günümüzde bir gereklilik haline gelmiştir. Aksi takdirde, hiçbir zorunluluk yokken, Antlaşma muadillerinden geri kalacak ve çağ dışı hale gelecektir. Bu nedenlerden ötürü biz madde metninde yer alan ifa engeli ifadesinin hardship hallerini dışlamak için getirildiği ve bu sebeple yalnızca imkansızlık hallerinin borçluyu sorumluluktan kurtacağı görüşünü reddediyoruz.

²⁶⁸ Zira hardship hallerinin açıkça ele alınmaması ve ifa engellerinin sonuçlarının yalnızca tazminat sorumluluğuyla sınırlanması açısından CISG'in günümüz ihtiyaçlarına yanıt veremediği savunulmaktadır (**Fernando**, a.g.e.). Günümüz gerekleri ve gelişmelerine yanıt verebilecek bir CISG, bünyesinde ifa engelinden sonra sözleşmenin akıbetini belirleyen hükümler içermeli ve taraflara hemen sözleşmeden kaçış hakkı vermemelidir (aynı yönde bkz. **Schlechtriem/Butler**, s. 204).

Öncelikle, madde metninde hardship veya force majeure gibi maddenin kapsamını sınırlandırıcı ifadeler kullanılmayıp “*impediment*” şeklinde âkit devletlerin ulusal hukuklarına tamamen yabancı bir kavram kullanıldığı için²⁶⁹ maddede hardship hakkındaki boşluğun CISG dışına çıkılmadan doldurulmasının mümkün olup olmadığı sorunu tartışılmıştır²⁷⁰. Zira ifadenin anlamını açıklayabilecek herhangi bir selefi de mevcut değildir²⁷¹. Bu sebepten ötürü CISG’in tamamen yeni bir düzenleme gibi, önyargısız gözlerle ve uluslararası ticaretin ihtiyaçlarından yola çıkılarak okunması gerektiğinin altını çizmek gerekir²⁷². Bu durum CISG m. 79’un hem Müşterek Hukuk ve Kıta Avrupası sistemlerinin hem de hardship ve force majeure düzenlemelerinin arasında bir orta yol bulma çabasıyla getirilmesindendir²⁷³.

²⁶⁹ Ancak CISG m. 79’un lafzının Fransız Hukuku’nda yer alan düzenlemelere benzediğine dair eleştiriler için bkz. **Flambouras**, *Doctrines of Impossibility*, s. 265; **Nicholas**, *Force Majeure and Frustration*, s. 234.

²⁷⁰ CISG m. 79’u yerel hukukların etkisinden kurtarmak amacıyla kullanılan bu kavramın esasen Antlaşma’nın yeknesak uygulamasını daha da zora soktuğu yönünde bkz. **Davies/Snyder**, s. 327. Yazarlar, özellikle Amerikan Hukuku’nda maddeleri uygulayan hakimlerin UCC hakkında sorumluluktan kurtulmaya dair gelişmiş içtihattan faydalandıklarını tespit etmişlerdir.

²⁷¹ ULIS m. 74’te şartların değişmesinden (İng. *Change of Circumstances*) bahsediliyordu.

²⁷² **Honnold**, *International Sales Law*, s. 615; **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 168.

²⁷³ **Vilus**, s. 254.

C. Hardship Müessesesine CISG İçerisinde Hukuki Dayanak Bulmak: CISG m. 79 ve Ötesi

Hardship uygulaması CISG içerisinde kalınarak doldurulması mümkün olmayan bir boşluk (*Antlaşma dışı boşluk*) kabul edilecek olursa mahkemeler ulusal hukuklarına müracaat edeceği ve bu durum CISG'in temel amacı olan yeknesak uygulamaya²⁷⁴ zarar vereceği için bu sorunun cevabı önemlidir. Antlaşma dışı boşluk görüşü kabul edildiği takdirde mahkemeler iç hukuklarında hardship müessesesine karşılık gelen ulusal doktrinleri uygulayacak ve CISG'in yeknesak uygulama amacı zarar görecektir olup, *imprévision* ve *Wegfall der Geschäftsgrundlage* gibi tüm farklı hukuk müesseseleri gündeme gelecektir²⁷⁵. Zira uygulamada görüldüğü gibi hardship müessesesinin CISG içerisinde kalınarak uygulanamayacağı görüşünde olan kimi mahkemeler kendi ulusal hukuklarına başvurmuştur²⁷⁶. Bu nedenle, yeknesaklığın kaybolması tehlikesini önlemek için, hardship ve yeniden müzakere meselelerini

²⁷⁴ CISG'in temel amacının yeknesaklaştırma olduğuna dair bkz. **Honnold**, *International Sales Law*, s. 14 vd.; **Jenkins**, IV (yazar burada ayrıca yeknesaklaştırma amacının CISG m. 7'de yer alan "*Antlaşmanın uluslararası niteliği*" ifadesinde vurgulandığını savunmakta olup, bizce de bu görüş yerindedir); .

²⁷⁵ **Schwenzer**, *Hardship*, s. 713.

²⁷⁶ Örnek karar için bkz. Fransız Cour d'appel de Colmar'ın 12. 06. 2001 tarihli *Société Romay AG v. SARL Behr France* kararı (karar metninin İngilizce çevirisine erişim için bkz.: <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010612f1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

CISG'in kendi içerisinde kalınarak, ya da en azından kendi maddelerinin izin verdiği müddetçe CISG dışına çıkarak, çözüme kavuşturulması istenmiş ve bunların birer “*Antlaşma içi boşluk olduğu*” kabul edilmiştir²⁷⁷. Bu bakımdan, bugün tartışmasız olan nokta ulusal hukuk sistemlerinde bulunan ifa engelleri müesseselerinin ve teamüllerinin CISG hakkında böyle çetrefilli bir konuyu çözüme kavuştururken göz ardı edilmesi gerektiğidir²⁷⁸.

1. CISG m. 7'yi Dayanak Alan Görüş

Öncelikle söylenebilir ki; bazı yazarlar CISG m. 79 hardship müessesesine yasal kaynak olması açısından tek başına yeterli görmemiş ve sorunun çözümü için CISG'in diğer hükümlerine müracaat etmiştir²⁷⁹. Genel olarak CISG m. 7'de anılan “...uluslararası ticarette dürüstlük kuralı...” ve “...*Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere uygunluk...*” gibi ifadeler dikkate alınarak CISG uygulamasında da hardship müessesesinin ifa engeli sayılabileceği kabul edilmiştir. Zira CISG sonrası düzenlenen tüm uluslararası model kanunlarda hardship müessesesinin düzenlendiği göz önünde tutulacak olursa, günümüzde hardship uygulamasının uluslararası ticarette örf adet hukuk haline geldiği ve tarafların sözleşmede açıkça düzenlemediği durumlarda bile sözleşmesel ilişkiye hardship müessesesinin uygulanmasının

²⁷⁷ Aynı yönde bkz. **DiMatteo**, Hardship s. 280.

²⁷⁸ **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 166.

²⁷⁹ **Baysal**, s. 72.

uluslararası ticaret kurallarına göre dürüstlük kuralına uygun olacağı söylenebilir²⁸⁰. Fakat bu görüş, haklı olarak, 79. maddede düzenlenen *impediment* terimini ve 7. maddede hüküm altına alınan dürüstlük kuralını büyük ölçüde Kıta Avrupası Hukuku etkisinde kalarak yorumlamakla eleştirilmiştir²⁸¹. Kanaatimizce bu eleştiri yerindedir.

²⁸⁰ **Flambouras**, Comparative Remarks, 2 (Yazar özellikle UNIDROIT İlkeleri ve PECL düzenlemelerine dikkat çekmektedir). Ayrıca Belçika Yüksek Mahkemesi Hof van Cassatie tarafından 19. 06. 2009 tarihinde verilen *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* kararda da bu görüşü benimsenmiştir (karar metninin İngilizce çevirisine erişim için bkz. <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). Bahsi geçen mahkeme kararında taraflar çelik boruların satılması konusunda bir sözleşme akdetmiştir. Fakat malların tesliminden önce çelik fiyatı aniden %70 oranında artmıştır. Mahkeme imkansızlığın söz konusu olmadığı bu durumda hardship müessesesinin gündeme gelip gelemeyeceği ve CISG kapsamında uygulanıp uygulanamayacağı hususunda değerlendirme yaparken m. 7’de bahsi geçen dürüstlük kuralından hareket etmiştir. Dürüstlük kuralı nedeniyle m. 79’un hardship müessesesini de kapsadığı sonucuna varan mahkeme bu görüşünü ayrıca desteklemek için doğrudan UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.2’ye atıf yapmıştır. uluslararası ticaretin genel ilkelerine yapılan atıftan ötürü CISG’deki boşlukların doğrudan UNIDROIT İlkeleri’ne bakılarak doldurulabileceğini savunan mahkeme kararının detaylı eleştirisi için bkz. **Di Matteo**, Hardship, s. 283 vd.

²⁸¹ **Eiselen**, Siegfried, CISG Case Presentation (*Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*) (erişim için bkz.: <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>>> _____[son erişim tarihi: 28.05.2017]). **Di Matteo**, Hardship, s. 283.

Zira CISG’de, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’nden farklı olarak, dürüstlük kuralı yalnızca Antlaşma’nın yorumlanmasında kullanılan bir müessese olup, kendiliğinden yeni yükümlülükler doğurmaya elverişli olacak derecede geniş değildir²⁸².

2. Yalnızca CISG m. 79 Aracılığıyla Hardship Hallerini CISG’e Dahil Eden Görüş

Bazı yazarlar hardship müessesesinin doğrudan CISG m. 79’un kapsamından çıkarılabileceğini, savunmuştur. Bu görüşün esas aldığı noktalar; madde hükmünün sınırlayıcı bir biçimde hardship veya force majeure kavramlarını içermemesi ve 79. maddede tarifi verilen olayların mutlak bir imkansızlık aramaksızın ifanın oldukça güçleştiği halleri kapsayabilecek şekilde yorumlanabileceğidir²⁸³. Bu görüşü savunan yazarlara göre eski Roma Hukuku’ndan bu yana force majeure müessesesinin aksine, günümüzde bir edimin *imkansız* hale gelmesi oldukça zor durumda olup, her ne kadar bir tarafı zorlayacak olsa da edimin ifası çoğu olayda hâlâ mümkündür. Öte yandan; CISG, son zamanlarda düzenlenen diğer model uluslararası kanunların aksine, force majeure ve hardship gibi bir ayrıma gitmeden, ifa engellerini düzenleyen tek bir çatı düzenleme yapmıştır²⁸⁴. Bunun ötesinde, force majeure ve

²⁸² **Honnold**, International Sales Law, s. 16.

²⁸³ **Schwenzer**, Hardship, s. 725.

²⁸⁴ CISG m. 80 de CISG kapsamında sorumluluktan kurtulmayı düzenleyen bir diğer hükümdür. Ancak CISG m. 80 daha çok hakkın kötüye kullanılması yasağının

hardship müesseselerinin ayrı düzenlendiği hallerin bile çoğunda hangi müesseseye gidileceğini kestirmek güç olup, iki müessese arasındaki ayırım gün geçtikçe bulanıklaşmaktadır. Bu nedenlerden ötürü Antlaşma maddesinin işe yaramaz hale gelmesi göze alınamayacağı ve hardship müessesesini dışlayan bir düzenleme bulunmadığına göre hardship halleri de 79. madde kapsamında bir *impediment* olarak değerlendirilmelidir²⁸⁵.



CISG’de özel bir yansıması olarak ele alınmaktadır aynı yönde bkz. **Morrissey/Graves**, s. 295; **Atamer**, 2005, s. 118; **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 284. Bir başka deyişle; CISG m. 79’da zikredilen ifa engelinin aksine, CISG m. 80’de yer alan hipotez sözleşme ilişkisinin dışarısından gelen ve ifanın önüne geçen bir durum değildir. Bu tip dışarıdan gelen ifa engelleri yalnızca CISG m. 79’da, hardship veya force majeure isimleri belirtilmeden, düzenlenmiştir. CISG m. 80 ise sözleşmeye dahil olan alacaklı tarafın sözleşmenin borçlu tarafından ifa edilememesine neden olmasını düzenlemektedir. Ancak doktrinde CISG m. 80’de düzenlenen durumu da, borçlunun kontrol edememesi sebebiyle CISG m. 79/I’in içinde gören bir görüş de mevcuttur (açıklamalar için bkz. yukarıda §3[V]).

²⁸⁵ **Schwenzer**, Hardship, s. 725.

3. Hardship Müessesesinin CISG'deki Hukuki Dayanağı Hakkındaki Görüşümüz

Kanaatimizce yukarıda açıklanan görüşlerin hepsi kendi içerisinde haklılık payı taşımakta olup, tartışma büyük önem arz etmektedir. Gerçekten de hardship konusunda bir dış boşluk olduğu tespit edilecek olursa CISG'in sorumluluktan kurtulma hükümlerinin yeknesaklığı sağlaması mümkün olmayacak, her ülke ulusal hukukunu uygulamaya devam edecektir. Bu durumda CISG'in yeknesak uygulamasından uzak ulusal hukuklardaki hardship hükümleri uygulanacak veya ulusal hukuklarda da herhangi bir hüküm yoksa hukuki uyuşmazlıklar çözümsüz kalacaktır.

Öte yandan, yeknesaklığın zarar görmesi durumu her ne kadar istenmese de, hardship hallerinin CISG m. 79 kapsamına girip girmediği konusundaki tartışmanın cevabı yaratacağı sonuca göre değil, mevcut hukuk kurallarına bakılarak belirlenmelidir. Bir başka deyişle, mesele *de lege feranda* yönünden değil, *de lege lata* yönünden çözüme kavuşturulmalıdır. Aksi takdirde hukuki sebepten hukuki sonuca gidilmeyip, istenilen hukuki sonuca uygun hukuki kılıf hazırlanmış olunur. Hukuki sonuca ulaşmak için hukuk kuralı ihdas etmek ise uygulayıcının görevi ve yetkisi dahilinde olmayıp ancak kanun koyucunun görevi ve yetkisindedir. Uygulayıcı ve yorumlayıcı mevcut hukuki durumun dışına çıkamaz, ancak mevcut hukuk kurallarından sonuca ulaşabilir. Bu nedenle safi “*ulusal hukukların uygulanmasının açacağı kötü sonuçlar düşünülerek*” doğrudan sonuca ulaşan görüş

maddi hukuktan kopuk olması açısından yerinde değildir. Bahsi geçen olumsuz durumun önlenmesi yalnızca maddi hukuktan yola çıkılarak benimsenebilecek görüşler arasında bir tercih sebebi oluşturabilir, başlı başına dayanak olamaz. Sorunun cevabı için CISG hükümlerinin sınırları saptanmalı, ne kadar esnetilebilecekleri üzerinde düşünülmeli ve ulaşılan sonuçlardan CISG'in yeknesak uygulamasına en az zarar verecek sonuç benimsenmelidir²⁸⁶. Aksi takdirde tek bir hukuk kuralına istenen anlamın yüklenmesi için oldukça tehlikeli ve keyfiyete açık bir kapı aralanmış olur. Zira hardship açısından istenen sonuca ulaşmakla elde edilecek menfaat ile açık bir hukuk kuralını görmezden gelmenin yaratabileceği zarar kıyas kabul etmez. Bu sebeplerden ötürü CISG m. 79 bu konuda yorumcuyu yönlendiren en temel düzenleme olmalıdır.

Öncelikle hardship hallerinin de CISG m. 79 kapsamına alınıp alınmadığı konusu ele alınacak olunursa, madde metninde yalnızca belirli niteliklere sahip bir *ifa engelinden* ötürü ifada bulunamayan tarafın ifa edememeden ötürü doğan zarardan sorumlu olmayacağı düzenlenmiş olup, bu sebebin ifanın tamamen imkansızlığına yol açması gerektiği hakkında bir ifade mevcut değildir. Şüphesiz ki bu durum CISG'i kaleme alan âkit devletlerin bilinçli bir tercihidir. Zira başka hiçbir uluslararası model kanunda daha önce eşine rastlanılmayan *ifa engeli* ifadesinin kullanılması uygulayıcıları CISG'i yorumlarken kendi ulusal hukuklarındaki

²⁸⁶ Aynı durum CISG kapsamında sözleşmeyi uyarlama veya yeniden müzakere yükümlülüğü olup olmadığı bahislerinde de geçerlidir.

kavramlardan²⁸⁷ arındırmak, madde hükmünü başlı başına ve olduğu gibi uygulamak içindir²⁸⁸. Bu nedenle, her ne kadar CISG uygulamasının ilk yıllarında 79. maddenin yalnızca imkansızlık hallerini düzenlediği savunulsa bile madde hükmünün lafzının hardship hallerini hâlâ açıkça dışlamaz halde olduğu da unutulmamalıdır.

Esasen hardship halleri ile imkansızlık hallerinin arasına bir sınır çizilmesi de kolay değildir. Zira hardship ve imkansızlık hallerinin açıkça ayrı ayrı düzenlendiği uluslararası model kanunlarda dahi (örneğin UNIDROIT İlkeleri) hangi müesseseye başvurulacağının tespiti uygulayıcılar açısından büyük tartışmalara yol açmaktadır²⁸⁹. Özellikle de günümüzün gelişen teknik ve bilimsel gelişmeleri göz önüne alındığında “*bir edimin ifasının imkansız mı yoksa oldukça güç mü olduğu*” sorusunun cevabı gitgide bulanıklaşmakta, müesseseler arasında gri bir bölge

²⁸⁷ *Imprévision, impracticability* veya *Wegfall der Geschäftsgrundlage* teorileri bunlara örnek gösterilebilir.

²⁸⁸ Aynı yönde bkz. **Honnold**, *International Sales Law*, s. 615.

²⁸⁹ Esasen UNIDROIT İlkelerinde hardship hallerine ilişkin özel düzenlemeler ve çözüm yollarının getirilmiş olması doktrinde hardship kavramının CISG’e dahil edilememesine bir dayanak olarak gösterilmiştir. Zira bu görüşü savunan yazarlara göre UNIDROIT İlkeleri’nde özel bir hardship maddesi olması onun CISG’den ne kadar farklı bir iskelete ve özellikle ifa engelleri sistemine sahip olduğunu göstermektedir (bkz. **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 164).

oluşmaktadır²⁹⁰. Hal böyle iken ve madde metni de hardship hallerini açıkça dışlayıcı bir ibare içermemekteyken, 79. maddede tarifi verilen *ifa engelinin* aynı zamanda hardship hallerini de kapsadığı görüşünderiz Bizce bu görüşümüz hem Antlaşmanın metniyle çelişmemekte hem de Antlaşmanın günümüz gereklerine daha uygun bir şekilde uygulamasını sağlayacaktır. Bu nedenlerden ötürü hardship hallerinin de 79. madde kapsamında kabul edilmesi ve CISG uygulamasına dahil edilmesi gerektiği görüşünderiz²⁹¹. Bu doğrultuda denebilir ki; taraflardan birinin ifa edememesine neden olan ifa engelinin somut olayda imkansızlık veya hardship oluşturması önemli değildir. Yalnızca CISG m. 79'da yer alan şartlara uygunluk açısından bir denetim yapılmalıdır. Eğer maddede sayılan şartlara uygun olduğu tespit edilirse, ifa engeli imkansızlık boyutuna ulaşmamış olsa bile, borçlu tazminat sorumluluğundan kurtulacaktır²⁹².

²⁹⁰ **Schwenzer**, Hardship, s. 725; **UNIDROIT**, s. 222 (UNIDROIT İlkeleri resmi şerhinde kimi hallerin hem hardship hem de force majeure oluşturdukları ve tarafların istediklerini seçmekte özgür oldukları belirtilmektedir).

²⁹¹ CISG m. 79 hükmünün hardship hallerini de düzenler bir şekilde görülmesi şüphesiz ki ifa engelleri konusunda ulusal hukuklara müracaat edilmesini de önlemektedir. Bu bağlamda, CISG kapsamına giren bir konuda artık ulusal hukuklara bakılmayacağı için, *Wegfall der Geschäftsgrundlage* ve *imprévision* gibi teoriler CISG'de uygulanırlığını yitirmektedir (aynı yönde bkz. **Atamer**, 2005, s. 127; **Flambouras**, Comparative Remarks, 2).

²⁹² CISG yalnızca hardship hallerine bağladığı sonuçlar açısından günümüzdeki diğer model düzenlemelerden ayrılmaktadır (bkz. aşağıda §5[III-IV]).

Öte yandan, hardship hallerinin 79. maddenin tek başına yorumlanmasıyla CISG kapsamına sokulamayacağını savunan görüş desteklenecek olursa CISG m. 7 hükmü özellikle incelenmelidir. Nitekim madde hükmü CISG'in yorumlanmasında temel alınması gereken uluslararası ticaret kuralları ve uygulamaları gibi ilkelere işaret etmektedir. Bu açıdan gelişen uluslararası ticaret uygulamasının saptanmasında fayda vardır. CISG sonrasında ortaya çıkan uluslararası özel hukuku yeknesaklaştırma amacı güden çeşitli metinlere bakıldığında görülecektir ki hardship müessesesi ayrı olarak düzenlenmiş ve bu konuya özel maddeler ihdas edilmiştir²⁹³. Nitekim yalnızca yasal düzenlemelerin de ötesinde, uluslararası ticaret uygulamasının önemli aktörlerinden olan Milletlerarası Ticaret Odası'nın uygulamaya yön vermek için hazırladığı ICC Model Klozları da bu duruma örnek teşkil etmedir. Bu bakımdan günümüzde uluslararası ticarete hardship hallerine ilişkin bir ticari teamülün geliştiği ve CISG m. 7 uyarınca CISG'e dahil edilebileceği de savunulabilir²⁹⁴. Zira uluslararası düzeyde değişik kanun koyucular ve uygulama bu konuda düzenleme yapmaktan geri durmamaktadır. Öte yandan, artık hem

²⁹³ Bu düzenlemelerden belki de en önemlisi olan UNIDROIT İlkeleri ve PECL'in teamül oluşturabilme kabiliyetlerinin tartışmalı olduğu yönünde bkz. **Atamer**, 2005, s. 87 vd.

²⁹⁴ Diğer uluslararası özel hukuk metinleri ve ticari örgütler tarafından hazırlanan taslak maddelerin CISG yorumunda kullanılabileceği yönünde bkz. **Honnold**, International Sales Law, s. 615. Yazara göre bu metinler CISG'in koyduğu genel kurallardan daha kesin ve detaylı sonuçlar içermekte olup, Antlaşma'nın da daha detaylı uygulanmasına ve anlaşılmasına yardım sağlayabilir. Biz de aynı gerekçelerle bu görüşe katılıyoruz.

Müşterek Hukuk sistemleri hem de Kıta Avrupası sistemlerinde hardship ve benzeri halleri görmek mümkündür²⁹⁵. Bu nedenle de CISG m. 7 uyarınca burada bahsi geçen diğer uluslararası düzenlemeler ve uygulama da dikkate alınarak, CISG m. 79 hükmü geniş yorumlanabilir ve hardship müessesesinin de CISG kapsamında geçerli bir ifa engeli olduğu kabul edilebilir.

Sonuç olarak, hardship hallerinin CISG kapsamında bir sorumluluktan kurtulma hali teşkil edip etmediğine ilişkin tartışma artık yalnızca akademik bir tartışma halini almıştır. Zira, her ne görüş benimsenirse benimsensin, bugün CISG hükümlerinin uygulandığı bir satım sözleşmesinde imkansızlık seviyesine varmayan ifa engellerinin (hardship hallerinin) de CISG m. 79 kapsamında ifa engeli teşkil ettiği kabul edilmektedir²⁹⁶. Kanaatimizce hardship hallerinin de CISG m. 79 kapsamına sokulması CISG’i geliştirmekte olan uluslararası ticaret hukukuna ve

²⁹⁵ Özellikle Müşterek Hukuk Sistemi hukukçuları başlangıçta CISG m. 79’u yalnızca imkansızlık olarak yorumladıkları için onların da hardship hallerine aşına olmaları ayrı bir önem taşımaktadır (aynı yönde bkz. **Davies/Snyder**, s. 334).

²⁹⁶ **Gillette**, s. 100. Örnek içtihat için bkz. Belçika Yüksek Mahkemesi Hof van Cassatie tarafından 19. 06. 2009 tarihinde verilen *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* kararı. Bu karar aynı zamanda CISG Danışma Kurulu’nun 7 numaralı görüşüne uyarak CISG kapsamında hardship hallerini ifa engeli olarak gören ilk mahkeme kararı olması bakımından dikkate değerdir (aynı yönde bkz. **Davies/Snyder**, s. 332).

uygulamaya daha uyumlu hale getirecektir. Nitekim CISG Danışma Kurulu 7 Numaralı Görüşünde bu dediklerimizi teyit etmiştir²⁹⁷.

Hardship hallerinin de CISG m. 79 kapsamında olduğu kabul edildikten sonra ne gibi hardship hallerinin CISG uyarınca ifa engeli olduğunu belirlemek gerekecektir. Her şeyden önce artık yalnızca fiili imkansızlık halleri değil, oldukça istisnai hallerde, ekonomik imkansızlık ve aciz durumlarının da CISG m. 79/I kapsamında ifa engeli oluşturabileceği kabul edilmektedir²⁹⁸. Ekonomik bir güçlük denetimi yapmak ise vakaya dayalı bir fiili imkansızlık denetimi yapmaktan daha zordur. Ancak şüphesiz ki borcun öngörülen şekilde ifa edilmesinin önüne geçen ufak aksilikler ifa engeli sayılmayacaktır²⁹⁹. Bu bakımdan özellikle ekonomik nedenlerden kaynaklanan hardship hallerinin CISG m. 79/I'deki şartları sağlaması için borçlunun ticari hayatının mahvına sebep olması gerektiği kabul edilmektedir³⁰⁰.

Hardship hallerinin ifa engeli oluşturmamasının istisnai tutulmasının bir gerekçesi de CISG m. 79/I hükmünde aranan öngörülebilirlik kriteridir. Bu bağlamda tarafların sözleşmelerin hardship hallerine ilişkin bir hüküm koyduğu hallerde borçlunun hardship nedeniyle ifa engeli iddiasında bulunamayacağı

²⁹⁷ **CISG Advisory Council**, Opinion No. 7, para. 3.1.

²⁹⁸ **Schlechtriem/Butler**, s. 204. Yazarlar CISG m. 79/I'de yer alan şartların ekonomik ifa gücü hallerinde de aynen aranacağını haklı olarak ifade etmektedir.

²⁹⁹ **Gillette**, s. 100.

³⁰⁰ **Davies/Snyder**, s. 334.

öngörülmektedir³⁰¹. Ayrıca, genel olarak fiyat dalgalanmalarının da her zaman uluslararası ticarete öngörülebilir olduğu ve her zaman tarafların bunu hesaba katarak hareket edebilecekleri savunulmuştur³⁰².

III. Yeniden Müzakere Yükümlülüğü

Hardship halleri, maddenin lafzının verdiği hareket alanı çerçevesinde, CISG m. 79 kapsamında görülebilir olsa da, uygulamada hardship hallerini genelde takip eden “yeniden müzakere” veya “sözleşmenin uyarlanması” gibi yollar için aynı durum söz konusu değildir. Zira Antlaşma’da, tıpkı hardship hallerinde olduğu gibi, diğer uluslararası özel hukuk metinlerinin çoğunluğunun aksine, bu gibi çözümlerin adı dahi zikredilmemiş veya herhangi bir maddede düzenlenmeye gidilmemiştir³⁰³. Ayrıca, her ne kadar aralarında farklılıklar olmasına rağmen, gerek Müşterek Hukuk gerek Kıta Avrupası Hukukunu benimseyen ülkelerinde hardship benzeri

³⁰¹ **Gillette**, s. 104. Zira yazara göre taraflar hardship hallerinin gerçekleşmiş olabileceğini öngörmüş ve bu konuda müzakerelerde bulunmuşlardır. Öngörülen bir hal ise CISG m. 79 kapsamında asla ifa engeli olamaz.

³⁰² **Davies/Snyder**, s. 334.

³⁰³ **Kulp**, Zehra Betül, Aşırı İfa Güçlüğü: TBK md. 138, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, s. 64.

müesseseler olsa da özellikle “*yeniden müzakere yükümlülüğü*” Müşterek Hukuk sistemini benimseyen ülkelere genel olarak yabancıdır³⁰⁴.

CISG m. 79 hükmü yalnızca hangi hallerin ifa engelleri olduğunu ve buna bağlı olarak ifa edemeden doğan zarara kimin katlanacağını belirlemektedir. Bu bakıdan yeniden müzakere yükümlülüğü veya sözleşmenin uyarlanması gibi ifa edememe haline çözüm getirmeyi amaçlayan müesseseleri içermeyeceği kuşkusuzdur. Bu nedenle CISG içerisinde bu çözüm yollarına hukuki dayanak aranıyorsa m. 79 dışındaki hükümlere bakılmalıdır.

A. Yeniden Müzakere Yükümlülüğüne Hukuki Dayanak Olarak CISG m. 77 Hükmü

Doktrinde bir görüş yeniden müzakere yükümlülüğünün hukuki dayanağını CISG içerisinde kalarak belirlemeye çalışmış ve CISG m. 77’ye işaret etmiştir. İlgili madde sözleşmenin ihlal edildiğini iddia eden tarafın bu ihlalden doğan zarar için alabileceği tüm makul önlemleri almasını emretmektedir. Bu madde özellikle tarafların karşılıklı olarak sahip olması gerektiği düşünülen dürüstlük kuralının

³⁰⁴ **Schwenzer**, Hardship, s. 722 (yazar aynı yerde Kıta Avrupası Hukukunu benimseyen bazı ülkelerde dahi bu yükümlülüğün bulunmadığını ifade etmektedir).

CISG'deki görünümü olarak da ele alınmaktadır³⁰⁵. CISG m. 77'de yer alan “*sözleşme ihlaline dayanan tarafın ihlalden doğan zararı azaltma yükümlülüğü*” dikkate alan görüş sözleşmenin yeniden müzakere edilmesinin de bir “*zararı azaltma hareketi*” olduğu kanaatindedir. Bu görüş, zarar gören tarafın bu zararı azaltmak için ihlal sözleşmeyi ihlal eden tarafla anlaşmaya varması gerektiğini belirtmektedir³⁰⁶.

CISG m. 77 hükmü incelenecek olduğunda sözleşme ihlaline dayanan tarafın “...zararı azaltmak için makul olan bütün önlemleri almak zorunda olduğundan...” bahsedilmektedir. Bahsettiğimiz görüş, tarafların bir ifa engeliyle karşılaştığında yeniden müzakere etmesinin bu maddede bahsedilen *makul önlemler* içerisinde olduğunu savunmaktadır. Kanaatimizce bu görüş metod olarak doğru olup, bu görüşün savunulmasını engelleyebilecek bir durum mevcut değildir. Zira belirtmek gerekir ki madde metninde geçen *makul önlemler* ifadesinin mevcut bir tanımı olmayıp, her somut olay için olayın özelliklerine bakılarak takdir edilecektir³⁰⁷.

³⁰⁵ **Yelkenci**, Işıl, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014, s. 229 (aşağıda “Yelkenci, Dönme” olarak anılacaktır).

³⁰⁶ **Schwenzer**, Hardship, s. 725 (yazar aynı yerde CISG m. 79 kapsamına giren hardship dışındaki diğer ifa edememe sebeplerinde de, tıpkı yukarıda açıklandığı gibi, mümkün olduğu müddetçe tarafların yeniden müzakere ederek zararı azaltmaları gerektiğini belirtmektedir).

³⁰⁷ **Morrissey**, Joseph F./**Graves**, Jack M., International Sales Law and Arbitration: Problems, Cases And Commentary, Wolters Kluwer Law & Business, 2008, s. 287. Ayrıca, makul önlemlerin *makul* sayılabilmesi için meydana gelen zararlar bedel ve

Tartışmanın çözümü için *makul önlemler* ifadesi çerçevesinde taraflardan hangi önlemleri almalarının beklenebileceğidir. Esasen doktrinde CISG m. 77 hükmünün sözleşmeyi ihlal eden borçlunun çok lehine olduğu eleştirisi mevcuttur³⁰⁸. Bu gibi eleştiriler alacaklının alması gereken makul önlemlerin daha dar yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bizce makul önlemlerin (ve dolaylı olarak sözleşmeyi yeniden müzakere etmenin) tazminat talebini etkileyen bir *zorunluluk* olarak getirilmek istenmesinin mantığı da budur. Böylece alacaklı taraf, her ne kadar istemeseler de, tazminat haklarından mahrum kalmamak için, sözleşmeyi müzakere etmek için tekrar görüşmeler yapacaklardır³⁰⁹. Bu nedenden ötürü yeniden müzakere yükümlülüğü hakkında peşin hükme varılmamalı ve sorun m. 77'nin CISG'in genel yapısı ve benimsediği temel ilkelere göre yorumlanması yoluyla (CISG m. 7) çözümlenmelidir.

emek açısından (İng. *Cost and Effort*) orantılı olması gerektiği yönünde bkz. **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 110.

³⁰⁸ Zira madde hükmü ihlal nedeniyle zaten zarara uğrayan alacaklının ek önlemler almasını, hem de bu önlemleri borçlu yararına alması gerektiğini düzenlemektedir. CISG m. 77'ye yapılan bu haklı eleştiri çerçevesinde özellikle müzakere gibi iki tarafın da iş birliğine dayanması gereken bir sürecin yürütülmesinin beklenmesi tarafları oldukça zorlayacaktır (bkz. **Morrissey/Graves**, s. 287).

³⁰⁹ **İnce**, Nurten, Yeniden Müzakere Etme Borcu Mu Kulfeti Mi?, *BATİDER*, C. 33, Sa. 1, 2017, ss.179-208, s. 185.

İlk olarak göz önünde tutulması gereken durum sözleşmenin yeniden müzakere edilmesinin şüphesiz ki sözleşmeyi ayakta tutmaya yaradığıdır. Zira yeniden müzakere yükümlülüğünde taraflardan beklenen sözleşmeyi ayakta tutmaları ve sözleşmeyi ifa engeline göre işler hale getirip devam ettirmeleridir. Öte yandan, CISG'in genelinde sözleşmenin ayakta tutulmasını öngören *favor contractus* ilkesine riayet edildiği bilinmektedir³¹⁰. Bu ilke uyarınca tarafların sözleşmeyi sona erdirmesi ancak en son çare olmalıdır. Bu nedenle CISG'de tarafların yalnızca sözleşmenin kabul edilemez seviyede esaslı bir şekilde ihlal edildiği zaman sözleşmeden kurtulabileceği, bunun dışındaki hallerde sözleşmeyi ayakta tutmaları gerektiği kabul edilmektedir³¹¹.

Öte yandan, *favor contractus* ilkesi yanında, CISG'in geneline hakim olan karşılıklı işbirliği ilkesi de tarafların sözleşmeyi ayakta tutmalarını (en azından bunu

³¹⁰ **Yelkenci**, s. 1339; **Keller**, Bertram, *Favor Contractus: Reading the CISG in Favor of The Contract, Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kirtzer on the Occasion of His Eightieth Birthday* (eds.: Andersen, Camilla B./Schroeter, Ulrich G., 2008, ss. 247-266, s. 247 vd.

³¹¹ **Keller**, s. 258; **Magnus**, Ulrich, *General Principles of UN-Sales Law* (Çev.: Lisa Haberfellner), *Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, Vol. 59, No. 3-4, 1995, 5(9) (yazar özellikle CISG m. 25, 49 ve 64. hükümlerini CISG'de *favor contractus* ilkesinin benimsendiğini ispatlamak için örnek vermektedir) (aşağıda “Magnus, General Principles” olarak anılacaktır).

mümkün olan en iyi şekilde denemeleriyle) öngörmektedir³¹². Zira CISG'in geneline hakim olan amaç karşılıklı zararların asgari, kazançların azami miktarda tutulmaya çalışılmasıdır ve CISG bu amaca tarafları formal yöntemlerden uzak tutup, sorunu kendilerine en uygun yöntemi belirleyerek hızlıca ve birlikte çözmelerini sağlama yoluyla ulaşmaya çalışmıştır³¹³. Bu bakımdan tarafların yeniden müzakere gibi tamamen kendi iradelerine dayanan bir yolla uyuşmazlıklarını çözmesi CISG'in işbirliği ilkesine de uygun olacaktır. Zira CISG'e tabi satım sözleşmesi düzenleyen kişilerin tecrübeli ve nitelikli birer tacir olduğu varsayılmakta ve bu nitelikleri sayesinde kendilerine uyacak en iyi çözüm yolunu belirleyebilecekleri kabul edilmektedir³¹⁴. Bu nedenle tarafların bir ifa engeli gerçekleştiğinde çözüm ilk olarak tarafların karşılıklı iradeleri ve müzakere becerileriyle çözümlenmelidir.

³¹² **Uribe**, Rodrigo Momberg, Change Of Circumstances In International Instruments of Contract Law: The Approach Of The CISG, PICC, PECL AND DCFR, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration 2011/2, Vienna 2011, ss. 233-266, s. 242. Uluslararası ticarete en iyi sözleşmelere alıcı ve satıcıların karşılıklı işbirliğiyle ulaşılacağı ve CISG içerisinde de karşılıklı işbirliği yükümlülüğü bulunduğu yönünde bkz. **Honnold**, International Sales, ss. 614-615.

³¹³ **Morrissey/Graves**, s. 288. Yazarlar Antlaşma'daki bu tutuma örnek olarak olarak CISG m. 47, 48 ve 49'da öngörülen süre uzatma mekanizmalarına işaret etmiştir.

³¹⁴ Aynı yönde bkz.: **DiMatteo**, Hardship, s. 304; **Kessedjian**, s. 418. Yazarlar CISG m. 6'nın da kanyağı olarak tarafların bu üstün nitelikleri ve kendileri için en iyi sözleşmeyi akdedebilme yeteneklerini göstermektedir. Zira ilgili madde taraflara CISG'i uygulamama veya hükümlerini değiştirebilme açısından oldukça geniş bir özgürlük tanımaktadır.

Görüldüğü üzere CISG m. 77 kapsamında bir yeniden müzakere yükümlülüğünün kabul edilmesi CISG'in benimsediği birçok temel ilke ile bağdaşmaktadır. Bu bakımdan biz de iyiniyetli, karşılıklı işbirliği içerisinde olan ve sözleşmeyi ayakta tutmak isteyen tarafların özellikle hardship gibi hallerde³¹⁵ sözleşmeyi nasıl işler hale getirebileceklerini tartışmak için bir araya gelmeleri gerektiğini düşünüyoruz. Bu durum aynı zamanda uluslararası ticaret hukuku uygulaması ile de paralellik gösterecektir. Zira özellikle ICC uygulamasında da bir tarafın sözleşmeyi yeniden müzakere etmekten çekinmesi kıyas yoluyla zararın hafifletilmesi yükümlülüğünün ihlali sayılmıştır³¹⁶. Bu bakımdan CISG m. 77 uyarınca tarafların zararı hafifletmekle yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğün “*makul düzeyde yeniden müzakere etme ve anlaşmayı*” da kapsadığı kabul edilmelidir³¹⁷.

³¹⁵ Yeniden müzakere yükümlülüğünün genel olarak hardship hallerinin usuli bir sonucu olarak kabul edildiği yönünde bkz. **Rimke**, s. 238.

³¹⁶ **Konarski**, s. 417.

³¹⁷ Esasen burada CISG m. 7/II'den hareketle UNIDROIT İlkeleri'nin hardship hükümlerine müracaat etmeyi ve müzakere yükümlülüğü boşluğunu doldurmayı savunan bir görüş de mevcuttur (bkz. **Baysal**, s. 72). Ancak biz konunun, tıpkı hardship hallerinde olduğu gibi, CISG'in ilgili maddesinin lafzıyla çözülebileceğine inanıyor ve bu yöntemi tercih etmiyoruz. Zira, yukarıda da savunduğumuz üzere, CISG m. 77'de geçen *makul önlemler* ifadesi yeniden müzakere yükümlülüğünü kapsayabilecek kadar geniştir. Bu nedenle UNIDROIT İlkeleri'ne müracaat etmeye gerek yoktur.

B. Tarafların Yeniden Müzakere Ederken Anlaşmaya Varamamaları ve Sonuçları

Tarafların CISG m. 77'den doğan yükümlülükleri uyarınca gerçekleştirdikleri müzakere sonucu anlaşmaları halinde herhangi bir sorunla karşılaşmayacaktır. Asıl sorun tarafların yeniden müzakere sonucu bir çözüme ulaşamaması hallerinde sonucun ne olacağıdır. Bu bakımdan karşılıklı anlaşmaya varamayan tarafların CISG m. 77 uyarınca bir yaptırımla karşılaşp karşılaşmayacakları ve sözleşmeyi mahkemeye uyarlatmalarının mümkün olup olmadığı başarısız müzakereler sonrasında tartışılması gereken ihtimallerdir³¹⁸. Zira CISG, her ne kadar yeniden müzakere yükümlülüğünü kabul etse de, bu müzakerelerin başarısızlıkla sonuçlanması halinde sonuçların neler olacağını belirtmemiş olup, bir yol haritası dahi çizmemiştir³¹⁹. Kanaatimizce yeniden müzakere yükümlülüğünün kaynağı CISG m. 77 olduğu için öncelikle bu maddede öngörülen sorumluluk sistemi araştırılmalıdır.

³¹⁸ Zira yeniden müzakere yükümlülüğünün detaylı bir şekilde ele alındığı UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.3'e göre taraflar eğer müzakerelerde çözüme ulaşamazsa iki taraf da sözleşmeye müdahale edilmesi için hakime başvurmaya ehildir. Bu bakımdan çoğunlukla yeniden müzakerelerin başarısız olmasını mahkemelere başvuru izlemektedir (aynı yönde bkz. **Rimke**, s. 238).

³¹⁹ **CISG Advisory Council**, Opinion No. 7, para. 40.

CISG m. 77'ye göre acaklı zararı makul önlemler alarak hafifletmezse sözleşmeye aykırılık nedeniyle talep edebileceği tazminat miktarında önlem almadığı ölçüde azalma meydana gelecektir. Alacaklı zararı hafifletmemek veya tazminat talep edebilmek arasında bir seçim yapmak durumundadır. Maddenin bu hükmü “sözleşmeye aykırılığı talep eden alacaklının borçluyula anlaşmak zorunda mı olduğu?” sorusunu çağrıştıracaktır. Bizce bunun gibi bir zorunluluk lehine yorum yapmak karşılıklı iyiniyet ve rıza üzerine kurulu müzakere müessesesinin karakteriyle örtüşmeyeceği için benimsenmemelidir. CISG m. 77 alacaklı için yalnızca *makul önlemler* alınmasından bahsetmektedir. Şüphesiz ki bu ifade, CISG’de makul olmanın ne anlama geldiğini açıkça tanımlayan bir hüküm olmadığı için yorumlanmaya muhtaçtır³²⁰. Bu durumda CISG m. 77 kapsamındaki *makul önlemlerin ne olduğu*, bir başka deyişle hangi durumda anlaşmaya varılacağına ilişkin yorum, Antlaşmanın öngördüğü biçimde 7. maddede geçen ilkelere göre yapılmalıdır. Bu nedenle, CISG m. 7 de dikkate alınacak olduğunda, şu sonuca ulaşılabilir: eğer ki müzakereler tarafları uluslararası ticarete hakim dürüstlük kurallarına göre *makul bir çözüme* ulaştırmaya elverişliyse alacaklı ve borçlu anlaşmak zorundadır³²¹. Aksi takdirde CISG m. 77 uyarınca borçlunun sözleşmeye

³²⁰ **Clapham**, s. 686. Bu kavramın somut olayın şartları, dürüstlük kuralı ve özellikle sözleşmeye konu olan malların cinsine göre belirlenmesi gerektiği yönünde örnek mahkeme kararı olarak OLG Düsseldorf tarafından 14.01.1994 tarihinde verilen karara erişim için bkz.: <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html>>> (son erişim tarihi: 28.05.2017).

³²¹ Her ne kadar CISG m. 77 uyarınca alınacak önlemin makul olması ile müzakerelerde varılacak sonucun makul olması farklı anlamlara gelse de bizce

aykırı davranışı nedeniyle yol açtığı zararın tamamının tazmin edilemeyecek, alacaklı kendisinin müzakere etme yoluyla azaltabileceği zararı talep edemeyecektir³²². Şüphesiz ki bu durum yalnızca borçlunun hareketleri yüzünden müzakereler sonucu makul bir sonuca varılamaması hipotezinde uygulama alanı bulmayacaktır. Zira açıklanan durumda alacaklı, tıpkı CISG m. 77’de istendiği üzere, koşullar dahilinde makul olan önlemleri almıştır. Bu nedenle sözleşmeye aykırı davranıştan ötürü uğradığı zararın tamamının tazminini talep edebilecektir³²³.

Ayrıca, mevcut CISG hükümlerine göre 79. maddeye giren bir durumda alacaklıyı zorlayabilecek bir yeniden müzakere etme yükümlülüğü olmadığı gibi borçlular açısından zorlayıcı olabilecek bir yeniden müzakere yükümlülüğüne işaret makul çözüme ulaşılmamasının aranması CISG’in ruhuna en uygun olacak çözümdür. Zira CISG’in genelinde taraflar arasında ihtilaflı olabilecek muğlak meseleler *makul olma* ölçütüyle çözüme bağlanmıştır (örnek olarak bkz. CISG m.65, m. 72 v.d.). Buradaki makul olma da yine CISG m.7’de yer alan yorum kuralları çerçevesinde “uluslararası ticarete hakim dürüstlük kuralına göre makul olması” şeklinde anlaşılmalıdır.

³²² Örneğin alacaklı müzakerelerde makul olarak anlaşılsaydı ve bu sayede sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar 10 birim yerine 7 birime indirilebilseydi alacaklı makul müzakereyi kabul etmediği için uğradığı zararın 3 birimlik kısmını talep edemeyecektir.

³²³ Ayrıca borçlunun makul olmayan bir şekilde müzakereleri çıkmaza sokması aynı zamanda CISG m. 80’e girecek olup, borçlu alacaklının tazminat hakkının azaldığını öne sürebilme hakkını da kaybedecektir.

edebilecek bir düzenleme söz konusu değildir. Zira CISG m. 77 yalnızca “*borca aykırılık talebinde bulunan alacaklının alacağı makul önlemlerden*” söz etmektedir. Bir başka deyişle; talepte bulunulan kişinin, yani *borçlunun* değil; talepte bulunan kişinin, yani *alacaklının*, alması gereken önlemlerden bahsetmektedir. Hüküm borçluları zorlayıcı bir dil kullanmamıştır. Ancak borçlunun yeniden müzakere yükümlülüğünü doğurmasa da kanaatimizce CISG m. 80’den doğan bir “*müzakerelerde alacaklı ile işbirliği yapma yükümlülüğünden*” bahsedilebilir. Zira CISG’de bir tarafın diğer tarafın ifada bulunmamasına, bu duruma kendi sebep olduğu müddetçe, dayanamayacağını düzenlenmektedir³²⁴. Bu nedenle; eğer ki bir alacaklı borçlu ile yeniden müzakere teklifinde bulunursa borçlu da makul derecede işbirliğinde bulunmak, müzakereleri uluslararası ticaret hukukuna hakim dürüstlük kurallarına aykırı bir biçimde sonuçsuz bırakmamalıdır. Zira borçlu bu durumda kendi hareketiyle müzakerelerin sonuç vermemesine neden olarak zararın azaltılabilesinin önüne geçecektir. Kendi hareketiyle bu sonuca sebep olduğu için de müzakere yoluyla alacaklının zararı azaltamadığından bahisle sorumlu olduğu tazminat miktarının indirilmesini isteyemez.

Ulaşılan sonuç CISG’in mevcut durumuna uygun olduğu gibi tarafların karşılıklı irade ve işbirliğine dayanması gereken müzakere müessesesinin karakterine de paraleldir. Sırf alacaklı daha az tazminat talep edebilsin diye hiçbir şartta anlaşmayan bir borçlu esasen anlaşmanın genelinde benimsenen *dürüstlük kuralını* ve onun bir yansıması olan m. 80’i ihlal edecektir. Fakat borçlunun bu yükümlülüğü de tıpkı alacaklı için olduğu gibi “*her şartta anlaşma yapmak zorunluluğu*” anlamına

³²⁴ CISG m. 80.

gelmemelidir. Burada da ölçüt borçlunun uluslararası ticaret hukukuna hakim dürüstlük kuralına göre *makul sayılabilecek* davranışlardan kaçınmamış olmasıdır³²⁵. Bir başka deyişle, borçlunun CISG m. 80 nedeniyle alacaklının müzakere yoluyla zararı indiremediği ve uğradığı zararın tamamını talep edemeyeceğini öne sürebilme hakkını kaybetmesi ancak makul davranmama sonucu müzakereleri başarısızlığa uğratması halinde geçerli olur. Aksi takdirde borçlu da alacaklının müzakereler aşamasında her dediğini kabul etmek durumunda kalacaktır.

C. Mevcut Durum Hakkındaki Hukuki Değerlendirmemiz

Gelinen noktada belirtilmelidir ki; borçlunun CISG m. 79'a uygun bir ifa engeli nedeniyle sözleşmeyi ihlal ettiği durumlarda yeniden müzakere yükümlülüğünün taraflara dayatılması mümkün gözükmemektedir. Zira borçlu CISG m. 79'a giren herhangi bir sebepten ötürü ifada bulunamamışsa zaten ifa edememesinden doğan zararın tazmininden tamamen sorumsuzdur, alacaklı hiçbir tazminat talebinde bulunamayacaktır ve CISG m. 77 hükmü anlamsız hale gelecektir. O halde, sözleşme ihlalinin iddia eden tarafın CISG m. 77'den doğan genel bir yeniden müzakere yükümlülüğü olduğundan bahsedilebilirse de, borçlunun CISG m. 79 kapsamında sorumluluktan muaf tutulduğu durumda alacaklı bu yükümlülüğü yerine getirmeye zorlanamayacaktır. Çünkü sözleşmenin ihlal edildiğini iddia eden

³²⁵ Makullük ilkesinin CISG'in tamamında uygulanması gereken genel bir ilke olduğu yönünde bkz. **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 171.

alacaklı zaten CISG m.79 uyarınca tazminat talep etme hakkını tamamen kaybetmiştir; tazminat talebi hiç olmadığı için bu talepte indirim gidilemeyecek ve alacaklıyı zorlayabilecek bir olumsuz hukuki sonuç söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan sözleşmenin ihlal edildiğini öne süren bir alacaklının yeniden müzakere yükümlülüğünü ihlal etmesinin kendisi bakımından *yaptırım* sayılabilecek bir sonuç doğurması (alacaklının hâlâ zararı tazmin etme hakkı bulunduğu ve bunun indirilmesi söz konusu olabileceği için) ancak CISG m. 79 kapsamına girmeyen sebeplerden ötürü borçlunun ifada bulunamadığı hallerde söz konusu olacaktır. Bir başka deyişle, alacaklı ancak borçlunun ifa engeli olmadan sözleşmeye aykırı davrandığı hallerde sözleşmeyi yeniden müzakere etmeye zorlanabilir. Öte yandan, aynı durum borçlu için de geçerlidir. Zira mevcut CISG rejimine göre borçlu da yalnızca tazminat talebini sınırlayabilme hakkının kaybolmaması için yeniden müzakereye zorlanabilmektedir. Bu nedenden ötürü CISG m. 79 uyarınca muaf olduğu bir durumda borçluyu da müzakereye zorlayabilecek olumsuz bir hukuki durum mevcut değildir. Zira borçlu ifa engeliyle zaten tazminat sorumluluğunun tamamından kurtulmuşsa artık alacaklının tazminat talebini sınırlamak ilgisini çekmeyecektir. Bu bakımdan CISG m. 79'un olduğu hallerde yeniden müzakere yükümlülüğü tarafların ortak iradesine dayanan, iradi bir yeniden müzakereden tamamen farksızdır. Çünkü alacaklı ve borçlu açısından sonuç olarak bir fark yoktur: tazminat hakkı ortadan kalkmıştır ve müzakere masasına oturmamak taraflara herhangi bir hak kaybı yaşatmamaktadır. Taraflar yeniden müzakereye zorlanamamaktadır. Çünkü mevcut CISG düzeninde esasen m. 77'den doğan “*makul önlemleri alma*” yükümlülüğü esasen bir külfet niteliğindedir³²⁶.

³²⁶ **Yelkenci**, Dönme, s. 230.

Görüldüğü üzere CISG'in mevcut durumu yeniden müzakere yükümlülüğü açısından oldukça karışık bir haldedir. Alacaklı da borçlu da yalnızca CISG m. 79'a girmeyen sebeplerden ötürü ifada bulunulamaması hallerinde yeniden müzakereye zorlayıcı bir durumla karşı karşıyadır³²⁷. Çünkü tarafları zorlayıcı yasal dayanak CISG m. 77 ve 80 olduğu için, yeniden müzakere yükümlülüğünün ihlali yalnızca tazminat talebi hakkından indirimde bulunulması yaptırımını öngörmekte ve borçlunun tazminat yükümlülüğü bulunmadığı zaman ilgili hüküm zorlayıcılığını yitirmektedir. Bu durum CISG'in mevcut halinin ne kadar da kısır bir uyumsuzluk çözüm sistemine sahip olduğunu da gözler önüne sermektedir. Ancak bu sonuç tıpkı Müşterek Hukuk sistemlerinde olduğu gibi esas olarak tazminat sorumluluğunu kabul eden CISG açısından kaçınılmazdır. Zira eğer ki taraflar yalnızca tazminat hakkının kapsamı üzerinden yeniden müzakere etmeye zorlanırsa tazminat talebi hakkı ortadan kalktığı zaman zorlayıcı bir aygıt da kalmaz. Bu sebepten ötürü yeniden müzakere yükümlülüğünün bir külfet olarak değil yükümlülük olarak getirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Çünkü mevcut durumdan ötürü, borçlu açısından düşünüldüğünde, borcunu ifa engeli olmaksızın ifa etmeyen borçlu yeniden

³²⁷ Esasen bu zorlayıcı durum yalnızca alacaklının tazminat hakkını sınırladığı için yalnızca bir külfet niteliğindedir. Bu bakımdan CISG m. 77'den kaynaklanan yeniden müzakere yükümlülüğü ifa engelleri mevcut değilken bir külfet olup; ifa engelinin mevcut olduğu hallerde ise hiçbir zorlayıcılığı kalmamış, CISG m. 29 uyarınca tarafların iradi olarak sözleşmeyi değiştirmelerinden hiçbir farkı olmayan bir çözüm önerisi haline gelmektedir. Bu bakımdan gerçek anlamda bir yükümlülükten bahsedilememektedir.

müzakere yükümlülüğünden faydalanabilirken, ifa engeli nedeniyle yerine getiremeyen borçlu ise yeniden müzakere yükümlülüğünden faydalanamamaktadır. Öyle ki, mevcut CISG rejimi ifa engeline takılmaksızın borcunu yerine getirmeyen borçluları adeta ödüllendirmektedir. Öte yandan, her ne kadar ifa engellerinin mevcut olmadığı hallerde alacaklının yeniden müzakere yükümlülüğünden bahsedebiliyor olsak da CISG m. 79'a giren haller dışında bir nedenden ötürü ifada bulunamayan borçlunun zaten yeniden müzakereye girişmeyeceği veya bu müzakerelerin sonuca ulaşmayacağı öngörülebilir. Zira borçlu eğer ki CISG m. 79'a girmeyen bir sebepten ötürü borcunu ifa etmediyse bu sebep ya öngördüğü ya bildiği ya da önleyebileceği bir sebeptir. Bir başka deyişle sözleşmeyi ifa edebilecek durumda olup da ifa etmemiştir. Bunun gibi bir borçlunun karşılıklı iyiniyet ve işbirliğine dayanması gereken *yeniden müzakereyi* sonuca ulaştırması oldukça düşük bir ihtimaldir. Zaten sözleşmeyi ayakta tutmak isteyen bir taraf ifa engeli mevcut değilken sözleşmeyi kendiliğinden yerine getirirdi.

Sonuç olarak CISG kapsamında her durumda uygulanabilir bir yeniden müzakere yükümlülüğü söz konusu değildir. Zira mevcut düzenlemeler çerçevesinde tarafları, özellikle ifa engelleri mevcutken, yeniden müzakereye zorlayabilmek mümkün değildir. İfa engellerinin varlığı halinde tarafları yeniden müzakereye zorlayamayan CISG'in yeniden müzakere yükümlülüğünün amacına aykırı düştüğü ortadadır³²⁸. Zira sözleşmeyi devam ettirmek isteyen ama elinde olmayan sebeplerle ifa engeline takılmış bir borçlu alacaklıyı yeniden müzakereye

³²⁸ Özellikle hardship halleri ve yeniden müzakere yükümlülüğünün sıkı ilişkisi hakkında bkz. **Rimke**, s. 238.

zorlayamadığı için sözleşmesel operasyonun sona ermesine katlanmakla yükümlüdür. Aynı durum alacaklı için de geçerlidir. Bu bakımdan en çok ifa engeli nedeniyle sözleşmesel amacının sekteye uğradığı tarafları koruması gereken bir müessese, bu taraflardan başka herkesi korur haldedir. Bu sebepten ötürü mevcut durumun yeniden müzakere yükümlülüğünün doğasına aykırı ve patolojik bir tablo yarattığı düşüncesindeyiz. Kanaatimizce yeniden müzakere yükümlülüğü esasen CISG m. 79'a giren bir sebepten ötürü borçlunun ifada bulunamadığı haller için getirilmelidir. Zira tam da ifa engeli gibi durumlarda taraflar gerçekten ellerinde olmayan bir nedenden ötürü sözleşmenin uygulanamadığı bir durumun içerisine çekilmekte olup bir kere daha sözleşmeyi mevcut duruma göre müzakere ederek ayakta tutmaları beklenmelidir. Bunu başarmanın yolunun da yalnızca tarafların tazminat hakkına dayanan bir uyuşmazlık çözüm sisteminden geçmeyeceği ortadadır. Yeniden müzakere bir külfet olarak değil, kendine has olumsuz sonuçlara bağlanmış gerçek bir yükümlülük olarak CISG'de ele alınmalıdır.

IV. Sözleşmenin Uyarlanması

CISG m. 79 kapsamına hardship hallerinin girip girmediği ve yeniden müzakere yükümlülüğünün varlığının tartışılmasından sonra çözüme kavuşturulması gereken bir mesele de “*CISG kapsamında sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olup*

olmadığı”dır³²⁹. Önemle belirtmek gerekir ki, burada “sözleşmenin uyarlanmasından” kast ettiğimiz durum hardship halleri karşısında sözleşmenin bir yargı organı tarafından değişen şartlara uygun hale getirilmesi anlamına gelen *kazai uyarlamadır*. Zira tarafların birbirine uyan iradeleri ile sözleşmeyi uyarlaması, içeriğini değiştirmesinin her zaman mümkün olduğu CISG m. 29/I’de düzenlenmiştir³³⁰. Fakat, tıpkı hardship mevzuunda olduğu gibi, sözleşmenin kazai uyarlaması konusunu doğrudan ele alan bir CISG maddesi mevcut değildir. Bu nedenle doktrinde uyarlamanın mümkün olup olmadığı konusunda farklılık gösteren görüşler öne sürülmüştür.

Esasen öne sürülen görüşlerden hiçbiri CISG’in kendi içerisinde kalarak sözleşmenin uyarlanabileceğini savunmamaktadır. Bunun sebebi ise CISG içerisinde uyarlamaya izin veren bir maddenin, hatta yorum yoluyla genişletilebilecek bir hükmün dahi bulunmamasıdır³³¹. Bu nedenle uyarlamaya izin veren görüşler meselenin UNIDROIT İlkeleri veya PECL gibi CISG’den daha sonra ortaya çıkan uluslararası özel hukuku yeknesaklaştırma girişimlerine bakılarak çözülmesi gerektiğini savunmaktadır³³². Bu bakımdan mesele adeta “*CISG dışındaki*

³²⁹ Zira örneğin hardship hallerinin özel olarak düzenlendiği UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.3’te yeniden müzakerelerin başarıya ulaşmaması halinde mahkemeye başvurulacağı ve mahkemenin sözleşmeyi uyarlayabileceği açıkça düzenlenmiştir.

³³⁰ Uyarlama çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Baysal**, a.g.e.; **Kulp**, a.g.e.; **Eren**, s. 501 vd.

³³¹ Aynı yönde bkz. **Maskow**, s. 658.

³³² **Baysal**, s. 73; **Schlechtriem**, Workshop.

uluslararası özel hukuku yeknesaklaştırma metinleri CISG'e uygulanabilir mi?" sorusuna dönüşmüştür. Zira CISG'in içerisinde kazai uyarlamaya müsaade eden hükümlerin bulunmadığı, fakat yukarıda anılan diğer uluslararası metinlerde uyarlamaya ilişkin açık maddelerin yer aldığı sabittir.

A. Mevcut CISG Rejiminde Kazai Uyarlamanın Muhtemel Hukuki Dayanakları

Uyarlamaya izin veren görüş CISG m. 79 içerisinde sözleşmenin uyarlanmasına ve hardship hallerine ilişkin bir boşluk olduğunu ve bu boşluğun CISG m. 7/II vasıtasıyla UNIDROIT İlkelerine bakılarak doldurulmasının daha uygun olacağını savunmaktadır³³³. Uyarlamaya izin vermeyen görüş ise CISG kapsamında böyle bir boşluk olmadığını, bu boşlukla esasen uyarlama mevzuunun açıkça Antlaşma dışına bırakıldığını savunmaktadır³³⁴.

³³³ **Garro**, Gap Filling, s. 1184; **Baysal**, s. 72; **Schlechtriem**, Workshop (yazarın ifadelerinden CISG'de sözleşmelerin uyarlanmalarına dair bir boşluk olduğu, ancak uluslararası uygulama ve ulusal hukuklarda uyarlamayı temel ilke sayabilecek kadar oturmuş bir uygulama olmadığı ve bu nedenle *henüz* uyarlamanın CISG m. 7/II yoluyla kabul edilemeyeceğini savunduğu anlaşılmaktadır).

³³⁴ **Baysal**, s. 73.

Öncelikle belirtecek olursak; biz de CISG’in kendi içerisinde kalınarak hakim kararıyla uyarlama yapılmasına yasal dayanak bulunamayacağına ve uyarlamanın ancak diğer uluslararası özel hukuku yekesaklaştırıcı metinlere atıf yapılarak kabul edilebileceğine katılıyoruz. Kanaatimizce CISG içerisinde kalınarak sözleşmenin uyarlanmasına yasal dayanak bulmak mümkün değildir. Bu görüşümüzü desteklemek için, müesseseler arasındaki yakın ilgiden ötürü, hardship halleri ve yeniden müzakere yükümlülüğünü Antlaşma kapsamına sokan hükümleri ayrı ayrı incelemekte fayda görüyoruz³³⁵.

1. CISG m. 79 Hükümü Çerçevesinde Değerlendirme

CISG m. 79 hükmü sözleşmenin bir tarafının ifa edememesinin ifa engeli oluşturan bir durumdan kaynaklandığında sorumlu olmayacağını düzenlemekte ve ifa

³³⁵ Hatta bahsedilen benzerlik ile hardship ve uyarlama konularının yakınlığını da dikkate alan kimi yazarlar bu iki konuyu aynı başlık içerisinde almıştır (bkz. **Baysal**, s. 71 vd.). Ayrıca meselenin hardship ile yakınlığına ilişkin UNIDROIT İlkeleri’nde de sözleşmenin uyarlamasının “*hardship hallerinin bir sonucu*” olarak düzenlenmesi gösterilebilir (bkz. UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.3 [*Effects of Hardship*]). Öte yandan, diğer uluslararası düzenlemelerde de, hardship teriminin kullanılmamasına rağmen, konu “*değişen şartların sonucu*” olarak ele alınmıştır (Örnek olarak bkz. DCFR m. III. – 1:110 [*Variation or termination by court on a change of circumstances*], PECL m. 6.111 [*Change of Circumstances*]).

engeli oluşturan durumların ne olduğunu düzenlemektedir. Madde metninde geçen *ifa engeli* kavramının geniş yorumlanmasıyla hardship hallerinin CISG kapsamında da bir ifa engeli oluşturabileceğini kabul etmiştik. Ancak bu husus yalnızca hardship müessesesinin maddi kısmına ilişkindir, sözleşmenin yeniden müzakere edilmesi ve uyarlanması gibi kavramlar daha çok müessesenin usuli kısmını oluşturmaktadır³³⁶. CISG m. 79 ise ifa engellerinin oluşma şartlarını ve bu halde kimin hangi sebeple sorumlu olacağını düzenlemektedir. Yalnızca tarafları muhatap alan maddede yeniden müzakere veya hakimin sözleşmeyi uyarlaması bir talep hakkı olarak dahi zikredilmemiştir. Sonuç olarak CISG m. 79 ifa engelleri müessesesinin yalnızca maddi boyutunu düzenlemekte olup, usuli bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle maddede hakimin sözleşmeyi uyarlamasına açıkça izin veren veya muğlak olup da yorum yoluyla genişletilebilecek bir hüküm mevcut değildir.

2. CISG m. 77 Hükümü Çerçevesinde Değerlendirme

Yukarıda, yeniden müzakere yükümlülüğünün CISG kapsamında yer alması konusunda CISG m. 77'nin UNIDROIT İlkeleri ("*Hardship Etkileri*" başlıklı) m. 6.2.3 çerçevesinde yorumlanmasına müracaat etmiştik. Zira UNIDROIT İlkeleri'nin anılan maddesi (I ve IV.) fıkalarında kazai uyarlamayı öngörmektedir. Ancak, anılan maddenin yorumda kullanılmasına karşın, CISG m. 77 sözleşmenin taraflarına yeniden müzakere yükümlülüğü yükleyebilecek bir hüküm olsa da, içeriğinden

³³⁶ **Rimke**, s. 238.

hakime sözleşmeyi uyarlama yetkisi verebilecek bir anlam çıkarmak hayli güçtür. Her şeyden önce; sözleşmenin hakim tarafından uyarlanması ve alacaklının borca aykırılıktan doğan zararı azaltmak için önlem alması birbirinden oldukça farklı durumlardır. Zira CISG m. 77’de Antlaşma esasen hakime değil, alacaklı tarafa hitap etmektedir. Hakime sözleşmeye müdahale yetkisi veren bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan, UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.3’te açıkça hakimin nasıl hareket edebileceği ve vereceği kararların neler olabileceği düzenlenirken CISG m. 77’de bunlara dair herhangi bir açıklama mevcut değildir. Mevcut durum yukarıda açıkladığımız gibi olunca tarafların yükümlülüklerini düzenleyen bir maddeden hakimin sözleşmeye müdahale etmesi sonucuna yol açacak bir yorum çıkartmak bizce maddenin anlamını oldukça fazla zorlayacak ve CISG’in temel ilkelerinden olan irade özgürlüğü ilkesine aykırı düşecektir³³⁷. Son olarak CISG m. 77’de tarafların ifa yükümlülükleri değil, tazminat talepleri düzenlenmektedir. Bir başka deyişle maddenin konusu kazai uyarlamanın etkileyeceği ifa yükümlülükleri değil, yalnızca tazminat talebi hakkının sınırlarıdır³³⁸. Maddenin ele aldığı konu bir kazai

³³⁷ CISG’in temel taşlarından birinin irade özgürlüğü olduğu yönünde bkz. **Ferrari**, Franco, Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Vol. 7, 2003, ss. 63-92, s. 82 (aşağıda “Ferrari, Gap-Filling and Interpretation of the CISG” olarak anılacaktır).

³³⁸ Yukarıda bu sebepten ötürü CISG m. 77’den doğan yeniden müzakere yükümlülüğünün tarafları zorlama gücünün oldukça az olduğunu vurgulamıştık (bkz. yukarıda §5(III)).

uyarlama hükmünün ele aldığı konudan tamamen farklıdır³³⁹. Bu bakımdan madde hükmünün, hitap ettiği sùjeler gibi, düzenleme konusu da kazai uyarlamayı içermeye elverişsizdir. Bu nedenlerden ötürü UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.3'e yaptığımız yollamanın sınırını yeniden müzakere yükümlülüğü ile sınırlı tutuyor, kazai uyarlamayı kapsam dışında bırakıyoruz. Zira CISG m. 77 (ve genel olarak tüm CISG) kazai uyarlamayı kaldırmaya elverişli değildir³⁴⁰.

³³⁹ Kanaatimizce bu fark özellikle UNIDROIT İlkeleri m. 6.2.3 ile yapılacak bir kıyaslama ile anlaşılabilir. Zira anılan maddenin IV(b) bendinde açıkça sözleşmesel dengenin hakim tarafından yeniden tesis edilebileceğı zikredilmiştir. Burada sözleşmesel dengeden kast edilen durum ise şüphesiz ki sözleşmeyle üstlenilen edimler arasındaki dengedir (sözleşmesel edimler arasındaki denge ve ekonomik boyutu hakkında detaylı bir inceleme için bkz.: **Diamond**, Peter A./**Maskin**, Eric, An Equilibrium Analysis Of Search And Breach Of Contract I: Steady State, The Bell Journal of Economics, Vol. 10, No. 1, 1979, ss. 282-316).

³⁴⁰ Belirtmek isteriz ki CISG m. 77'de yer alan tazminat hakkının sınırlanması durumunu esasen tarafları yeniden müzakereye zorlayıcı bir aygıt olarak kullanmıştık. Yeniden müzakere müessesesinin hukuki dayanağını aldığı yer CISG m. 77'de yer alan alacaklının zararı azaltma yükümlülüğü olduğu gibi CISG'in geneline işlemiş olan karşılıklı işbirliği ve iyiniyet ilkesidir. Ancak sözleşmenin hakim tarafından uyarlanması taraflar için öngörülen genel yükümlülüklerden veya tazminat hakkının kısıtlanmasından çıkarılamayacak kadar teknik ve detaylı bir meseledir. Zararı azaltmak için alacaklının hakime sözleşmeyi uyarlatmakla yükümlü olması kanaatimizce çok zorlama bir yorum olacağı gibi CISG'in genel ilkelerine de aykırı bir durum teşkil edecektir. Zira hakimi bu madahaleyi yapmaya ehil kılan bir

3. CISG m. 50 Hükümü Çerçevesinde Değerlendirme

CISG m. 50 hükmü de sözleşmenin uyarlanmasına hukuki dayanak olma açısından tartışmalara konu olmuştur. Madde hükmü malların sözleşmeye uygun olmadığı halde semenin sözleşmeye uygun mallarla mevcut mallar arasındaki değer farkı oranında indirilebileceğini düzenlemektedir³⁴¹. Bir görüş CISG m. 50 hükmünü bünyesinde barındırdığı semen indirimi nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasıyla ilişkilendirmiş ve uyarlama için adeta bir sıçrama tahtası olarak kullanmak istemiştir³⁴². Fakat aksi yöndeki bir görüşe göre ise CISG uyarlama mevzuunu göz ardı etmemiş, tam tersine 50. maddede ele almış ve sözleşmenin kazai uyarlamasını bilinçli olarak dışlamıştır³⁴³. Biz yine bu maddenin de yalnızca taraflara hitap etmesi

hüküm mevcut değildir ve irade özgürlüğünün ön planda tutulduğu CISG’de hakim ancak açık bir hüküm sayesinde sözleşmenin içeriğine girebilmelidir.

³⁴¹ **Ziegel**, a.g.e.

³⁴² **Uribe**, s. 242; **Schlechtriem**, Workshop. Bu görüşe göre CISG m. 50’den doğan kazai uyarlama ve CISG m. 7’de yer alan iyiniyet prensibi birlikte ele alınarak tarafların karşılıklı işbirliği yükümlülüğünden bahsedilebilir ve bu yükümlülük nedeniyle taraflar mahkemeye sözleşmeyi uyarlatma borcu altında olabilir (**Uribe**, s. 242).

³⁴³ **Baysal**, s. 73.

ve içeriğindeki çözüm mekanizmasının kazai uyarlamadan farklı olduğu hususlarını göz önünde tutarak uyarlamayı kabul eden görüşe katılmıyoruz³⁴⁴.

Sonuç olarak, kanaatimizce, sözleşmenin kazaî yolla uyarlanmasına dair CISG’de herhangi bir hüküm bulunmamakta olup³⁴⁵, eğer uyarlamanın CISG kapsamında olduğu kabul edilecek olunursa, kaynak CISG’in dışında yer alacaktır. Zira CISG dışındaki bir uluslararası özel hukuk metninin CISG’e etki edebilmesi de ancak CISG m. 7/II vasıtasıyla mümkündür.

³⁴⁴ Bizce CISG m. 50 kapsamında getirilen semende indirim yapma hakkı bir kazai uyarlama olmayıp, yalnızca alıcıya tanınan tek taraflı bir haktan ibarettir. Zira CISG m. 50’nin altında yatan temel mantık alıcının sözleşmeye uygun olmayan mallar için bedelin tamamını ödemesinin adaletsiz olacağıdır (bkz. **Ziegel**, a.g.e.). Bu nedenle CISG m. 50’de yer alan semende indirim yapma hakkı ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması halleri birbirinden çok farklı durumlardır. Bu bakımdan CISG’in bu maddede uyarlamayı ele aldığı için kazai uyarlamayı CISG’in geneline uygulamak mümkün değildir. CISG m. 50’de ele alınan durum kazai uyarlamaya örnek olmayıp, yalnızca bir tarafın kendi iradesi sonucu diğer tarafın sözleşmeye uygun olmayan mal nedeniyle hak etmediği kısmı ödemeyi reddetmesi söz konusudur. Bu bakımdan CISG m. 50’de yer alan semen indirimi sözleşmenin hakim müdahalesiyle uyarlanmasından daha objektif ve matematiksel bir durum olarak göze çarpmaktadır.

³⁴⁵ Aynı yönde bkz. **Maskow**, s. 658.

B. CISG m. 7/II Uyarınca Diğer Uluslararası Özel Hukuk Metinlerini Uygulamak

Uyarılmanın CISG m. 7/II kapsamında uygulama bulacağını savunan görüş istikrarla maddede atıf yapılan “*antlaşmanın temelinde yatan ilkelerin*” UNIDROIT İlkeleri ve PECL gibi uluslararası metinlerde vücut bulduğunu ve bu nedenle anılan metinlerdeki düzenlemelerin uygulanarak CISG’de uyarlamadan bahsedilebileceğini savunmuştur. Fakat CISG m. 7/II uyarınca antlaşmanın temelinde yatan ilkelere müracaat edebilmek için aranan ilk şart meselenin CISG’de düzenlenmiş olup bunun açıkça olmaması şartıdır³⁴⁶. Bu bakımdan “*CISG’de kazai uyarılmanın zımnen düzenlenip düzenlenmediği*” sorusunun cevabı önem arz etmektedir.

Öncelikle yukarı paragrafta yer alan soruyu cevaplayacak olursak; kanaatimizce CISG içerisinde kazai uyarılmanın açıkça düzenlenmemiş olması CISG m. 7/II’de aranan türden bir boşluk oluşturmayıp, bu durum CISG’in kazai uyarlamayı kabul etmediği yönünde anlaşılmalıdır. Zira kazai uyarılma, uyarlamayı benimseyen uluslararası metinlerden de anlaşılacağı üzere, ortaya çıkan olumsuz bir duruma getirilen çözüm yoludur³⁴⁷. Fakat Antlaşma gerek değişen şartların, gerek

³⁴⁶ **Ferrari**, Gap-Filling and Interpretation of the CISG, s. 226.

³⁴⁷ **Rimke**, ss. 238-239. Esasen kazai uyarılma UNIDROIT İlkeleri’ne göre hakimin terich edebileceği çözüm yollarından yalnızca biridir. Zira UNIDROIT İlkeleri 6.2.3/IV’e göre hakim aynı zamanda, makul kaçtığı ölçüde, sözleşmeyi sona erdirebilir.

imkansızlık hallerinin ifa engeli oluşturabileceği halleri tarif etmiş ve bu duruma çözüm olarak yalnızca borçlunun tazminat yükümlülüğünün ortadan kalktığını düzenlemiştir. Bizce bu çözümün ötesine geçerek CISG uyarlama gibi hukuk sistemleri arasında çok fark gösteren bir konuyu zımnen düzenlediğini kabul etmek, özellikle Müşterek Hukuk ve Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasındaki fark gözetildiğinde, Antlaşmayı fazla zorlamak sonucunu doğuracaktır³⁴⁸.

Öte yandan; uyarlama tartışması yapılırken dikkat edilmesi gereken bir nokta kazai uyarlamanın, CISG’i kabul eden devletlerin önemli çoğunluğunun oluşturduğu iki büyük hukuk sistemi olan, Kıta Avrupası ve Müşterek Hukuk sistemleri arasında oldukça farklılık gösteren bir konu olduğudur³⁴⁹. Zira Müşterek Hukuk ülkeleri

³⁴⁸ Esasen CISG kapsamında kazai uyarlama hakkının tanınmasının başlıbaşına Antlaşma’yı oldukça fazla esnetmek anlamına geldiği uyarlamayı benimseyen yazarlarca da ifade edilmiştir (bkz. **Schlechtriem**, Workshop).

³⁴⁹ **Uribe**, s. 238. Ayrıca, Taslak Metin üzerindeki görüşmeler devam ederken Kıta Avrupası Hukuk sistemine dahil olan Fransa’nın değişen şartlar nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesine son derece karşı olduğu da bilinen bir durumdur (bkz. **Schlechtriem**, Workshop). Zira Fransız Hukuku, hardship ve kazai uyarlama müesseselerini, diğer ülkelerinden farklı bir birleşimde çok geç olarak, ancak 10 Şubat 2016’da kabul edilip 01.10.2016’da kabul etmiştir (Ayrıca Fransız Hukuku’ndaki kazai uyarlama ancak tarafların ikisinin de mahkemeden talepte bulunması şartına bağlanmıştır. Tarafların ortak talebi unsuru Fransız Hukuku’ndaki kazai uyarlamayı UNIDROIT İlkeleri’nde düzenlenenden farklı kılmaktadır [bkz. **Knadjian**, Bruno, Hogan Lovells French Legal and Regulatory Update, February 2016. Ayrıca aynı

sözleşmenin kazai uyarlanmasına tamamen yabancı olup, müessesese daha çok Kıta Avrupası Hukuku kaynaklıdır³⁵⁰. Kanımızca; âkit devletler arasında bu kadar farklılık gösteren bir konuda, özellikle CISG gibi hukuklar arası uzlaşma sağlamaya çalışan bir metinde, açık hüküm olmadan sonuca varılması uygun değildir³⁵¹. Bu nedenle kazai uyarlamanın CISG’de düzenlenmemesinin ortada sonradan doldurulacak bir boşluk olduğuna değil, mevzunun Antlaşma’ya tamamen yabancı bir kavram olduğuna ve kabul edilmediğine delil teşkil ettiği görüşüdeyiz.

yönde bkz. **Downe**, Alexis, The Reform Of French Contract Law: A Critical Overview, Revista de Faculdade de Direito UFPR, Vol. 61, No. 1, 2016, ss. 43-68, s. 55]). Bu bakımdan Kıta Avrupası Hukuku içerisinde de müessesenin genelgeçer bir kural olduğu tartışılabilir.

³⁵⁰ Esasen İngiliz Hukuku kazai uyarlamayı tamamen reddederken, Amerikan Hukuku’nda mahkemenin tarafların edimlerini değiştirmek yoluyla sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamasına bir örnek karar mevcuttur. 7 Nisan 1980 tarihinde U.S. District Court for the Western District of Pennsylvania tarafından verilen *Aluminium Co. of America v. Essex Group, Inc.* kararında mahkeme sözleşmede kararlaştırılan bedeli düşürmüştür (kararın detaylı bir incelemesi için bkz. <<<http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/499/53/1871367/>>>[son erişim tarihi: 28.05.2017]). Ancak bu karar daha sonraları verilen yerel mahkeme kararlarınca takip edilmemiş, yerleşik içtihat haline gelememiştir (bkz. **Uribe**, s. 239).

³⁵¹ **Ferrari**, Gap-Filling and Interpretation of the CISG, s. 226.

CISG m. 7/II’de yer alan önşart gerçekleşmeksizin CISG’e tamamen yabancı bir müessesenin UNIDROIT İlkeleri veya başka bir metinde düzenlendiği gerekçe gösterilerek CISG kapsamına sokulması temel hukuk mantığına aykırıdır. Zira âkit devletlerin iradelerinin birleşmelerinden ibaret bir uluslararası antlaşma olan CISG’e sonradan eklemeler yapılması da yine aynı devletlerin iradeleri ile mümkün olmalıdır³⁵². Özellikle uluslararası antlaşma dahi olmayan, CISG ile maddi veya şekli bir hukuki bağlantısı bulunmayan, yalnızca alanında önde gelen hukukçuların bir çalışması olan UNIDROIT İlkeleri’nin CISG’e doğrudan uygulanmasının hukuki metot açısından yerinde olmadığı görüşünderiz³⁵³. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki; CISG m. 7/II yalnızca bir yorum hükmü olup, Antlaşmanın zaten kapsamında olan meselelerin daha iyi kavranması amacına hizmet etmektedir. Antlaşma kapsamında hiç yer almayan müesseselerin sonradan dahil edilmesi ise bu hipotezin tamamen dışında kalmaktadır.

Yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü, kanaatimizce, CISG m. 7/II’nin “*antlaşmada düzenlenmiş olma*” kriteri gerçekleşmemiş olup, UNIDROIT İlkeleri ve PECL gibi diğer uluslararası metinlere atıf yapılarak genişletici yorum yapılamaz, uyarlama CISG kapsamına alınamaz. Zira ilgili uluslararası metinlerin *antlaşmanın temelinde yatan ilkeleri* düzenlediği bir an için kabul edilse dahi bu metinlerin CISG

³⁵² CISG’in kendisinin de taraf iradelerine dayalı bir sözleşme olduğu yönünde bkz.

Honnold, International Sales Law, s. 4.

³⁵³ UNIDROIT İlkeleri’nin hazırlanmasında komisyon üyelerinin ülke temsilcileri olarak değil de kendi fikirlerini savunan hukukçular olarak hareket ettikleri yönünde bkz. **Jenkins**, V.

m. 7/II kanalıyla CISG içerisinde etki edebileceği, anlamını genişletebileceği bir hüküm mevcut değildir. Bir başka deyişle CISG m. 7/II'ye konu olacak bir esas madde Antlaşma'nın kapsamında yer almamaktadır. Bu nedenle uyarlama konusu, CISG m. 7/II'nin düzenlediği üzere, uluslararası özel hukuka göre uygulanacak hukuka bakılarak çözülecektir.

C. Kazai Uyarlamanın CISG'de Mümkün Olmaması

Sözleşmenin hakim kararıyla değişen şartlara uyarlanması hakim in sözleşmeyi tamamlamasının bir alt türü olarak görülmektedir³⁵⁴. Şüphesiz ki sözleşme özgürlüğünün ön planda tutulduğu CISG'de hakim in sözleşmeyi kendi başına tamamlayabilmesi ve tarafların edim dengelerini değiştirebilmesi için açık bir hukuki dayanağının olması gerekir. Taraf iradeleri karşısında kendisini tamamen devre dışına bırakmayı kabul etmiş bir yasal düzenleme olan CISG'in hakim in sözleşmeye müdahale etmesi hususunu ancak açıkça belirterek düzenleme altına alacağını düşünmekteyiz. Bu doğrultuda; yukarıda gösterildiği üzere, ifa engeli karşısında sözleşmenin hakim tarafından uyarlanması için yasal dayanak olmaya en müsait maddeler dahi hakime sözleşmeye etki etme imkanı vermemektedir. Bu nedenle CISG'in kendi hükümleri içerisinde kalınarak kazai uyarlamanın kabul edilmesi mümkün değildir.

³⁵⁴ Aksoy Dursun, s. 22.

Diğer taraftan, sözleşmenin uyarlanması açısından CISG’de yorum yoluyla dahi genişletilebilecek bir hüküm söz konusu değildir ve sonuç olarak CISG m. 7/II’de yer alan zımnen düzenlenmiş olma şartı gerçekleşmemiştir. Bu sebepten ötürü kazai uyarlama konusunda Antlaşma’nın altında yatan temel prensiplere değil, uluslararası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka yönelerek sorun çözülmelidir. Kazai uyarlama açısından UNIDROIT İlkeleri, PECL gibi metinlere atıf yapılmasının ön şartı gerçekleşmemiştir. Bu bakımdan uyarlama konusunda çeşitli hukuk sistemlerinde henüz yeterince yaygın bir uygulamanın olmadığı ve bu uygulama olduğu zaman CISG kapsamında uyarlamadan bahsedilebileceğini savunan görüş de bizce yerinde değildir³⁵⁵. Zira bahsettiğimiz “*zımnen de olsa CISG kapsamında düzenlenmiş olma*” önşartı gerçekleşmediği müddetçe, pozitif CISG düzenlemeleri bakımından, uyarlamanın CISG kapsamında sayılması mümkün değildir. Özellikle UNIDROIT İlkeleri veya PECL CISG’e bu konu hakkında etki edemez³⁵⁶.

³⁵⁵ **Schlechtriem**, Workshop.

³⁵⁶ Öte yandan, itiraf etmek gerekir ki uyarlama hükümlerinin CISG’e uygulanması CISG’i geliştirmekte olan uluslararası özel hukuka daha uygun hale de getirebilirdi (CISG m. 79’un uyuşmazlık çözüm yöntemi hakkındaki eleştirilen için bkz. **Fernando**, a.g.e.). Ayrıca, özellikle UNIDROIT İlkeleri’nde benimsenen hakimın makul olduğu müddetçe sözleşmeyi uyarlayabileceği ölçütü CISG ve UNIDROIT İlkeleri arasında bir uyuşmanın var olduğuna ve uyarlama kabul edilseydi CISG rejimine çok aykırı bir durumun meydana gelmeyeceğini göstermektedir. Zira makullük ölçütü CISG’in de geneline yayılmış ve benimsenmiş bir ilkedir (aynı yönde bkz. **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 171).

Kaldı ki, uluslararası ticaret hukuku uygulaması açısından düşünöldüğönde, sözleşmenin kazai olarak uyarlanması en azından şu an için teamöl haline gelmemiřtir³⁵⁷. ICC Model Klotları'nda *kazai uyarlamadan* veya hakimin sözleşmeye müdahalesinden bahsedilmemiş olması bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Ayrıca en önemli hukuki dayanak olarak kabul edilen UNIDROIT İlkeleri ve PECL'in genel olarak uluslararası ticari teamülleri yansıtır yansıtmadığı dahi tartışmalıdır.³⁵⁸

³⁵⁷ Kanaatimizce aynı durum ulusal hukuklar açısından da geçerlidir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere müessese zaten Müşterek Hukuk sistemine oldukça yabancıdır. Hatta Kıta Avrupası sistemlerinde de, en önde gelen sistemlerden biri olan, Fransız Hukuku'nun dahi çok yeni tarihlerde ve sınırlı şekillerde kazai uyarlamayı benimsediğı görölebilir.

³⁵⁸ Tartışmalar için bkz. **Atamer**, 2005, s. 87 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

CISG m. 79 HÜKMÜNDE DÜZENLENEN HUKUKİ SONUÇLAR

§ 6) CISG m. 79 HÜKMÜNÜN UYGULAMA ŞARTLARI

CISG, bilinçli bir tercih sonucu, ulusal hukuk sistemlerinde kullanılagelen kavramları barındırmamakta olup; bu nedenden ötürü tamamen kendi kendine ve ulusal hukuk sistemlerinden kaynaklanan önyargılardan uzak bir şekilde okunmalıdır³⁵⁹. CISG'in uluslararası mal satım hukukunu birleştirecek bir metin olarak kendi başına ayakta durabilmesi, tamamen kendine özgü yöntemlerle ve uluslararası karakterinin dikkate alınarak yorumlanması istenmiştir. Bu yöntemle değişik hukuk sistemlerinden birini tercih etmeyerek orta yol bulan CISG, aynı zamanda yeni bir sistem yaratmanın Antlaşma'nın yeknesak uygulamasını kolaylaştıracağını düşünmüştür³⁶⁰. Zira bu şekilde *imprévision*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *frustration*, *impracticability* gibi birbirinden farklı özellikler gösteren ulusal hukuk müesseselerine müracaat etmenin önüne geçilmiştir³⁶¹.

³⁵⁹ **Honnold**, International Sales Law, s. 615; **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 168. CISG'in kendini ulusal hukuk bağlarından koparmaya çalışan bir hukuk sistemi olduğu yönünde ayrıca bkz. **Nicholas**, s. 5-20.

³⁶⁰ **Kessedjian**, s. 417.

³⁶¹ **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 170.

Özgün bir metin oluşturmak isteyen CISG uluslararası ticarete etkili olan ilkelere dikkat ederek CISG m. 79 metnini oluşturmuştur. Burada tarifî verilen uygulama şartları uyarınca bir kişinin CISG m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulması için (a) ifa engeli borçlunun kontrolü dışında gerçekleşmeli, (b) ifa engeli öngörülemez olmalı veya (c) ifa engeli önlenemez ve aşılamaz olmalıdır. Madde metninde kullanılan veya ifadesi doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bir görüş bu ifade nedeniyle maddenin lafzî yorumundan yola çıkarak öngörülemez olma ile önlenemez ve aşılamaz olma şartlarının birbirinin alternatif şartları olduğunu iddia etmekteyken³⁶², diğer bir görüş ise ilk görüşü fazla şekilci bir yorum yapmakla eleştirmekte ve bu şartların alternatif değil kümülatif şartlar olduğunu savunmaktadır³⁶³.

Kanaatimizce ikinci görüşe ağırlık verilmelidir. Her şeyden önce, CISG m. 79 genel olarak dar yorumlanması ve mümkün olduğunda borçlunun ifa etmemeden dolayı sorumluluğunun devam etmesi istenmiştir³⁶⁴. Bu açıdan, CISG m. 79'un sorumluluktan kurtarma kapsamını oldukça genişletecek bu gibi yorumlardan kaçınılması gerekir. Bir başka deyişle, maddenin ulaşmak istediği sonuca uygun bir yorum geliştirmek için madde amaca uygun şekilde dar yorumlanmalı veya ifadesi ve

³⁶² **Kessedjian**, s. 417.

³⁶³ **Atamer**, Commentary, s. 1071.

³⁶⁴ Aynı yönde bkz. **Schwenzer**, Commentary, s. 1063; **Schlechtriem/Butler**, s. 204.

Ayrıca, dar yorum ilkesinin altında “ *tarafların pişman oldukları sözleşmelerden kaçmak için ifa engeli müessesesini kullanmalarının önüne geçmek*” olduğu yönünde bkz. **Gillette**, s. 109.

olarak anlaşılmalıdır. Aksi takdirde borçlu önlenemez veya aşamaz bir ifa engelini sözleşmenin kuruluşu anında öngörebilmesine rağmen sözleşme ilişkisine girmesinden dolayı affedilmiş olacaktır. Bir başka deyişle, sözleşmenin ifa edilemeyeceğini bile bile sözleşme ilişkisine girmesine rağmen sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Öte yandan diğer ihtimale göre ise; borçlu öngöremediği bir ifa engelini önleyebilmesine veya aşabilmesine rağmen CISG m. 79'dan faydalanarak sorumluluktan kurtulacaktır. Anlaşılacağı üzere, borçlu adeta öngöremediği ifa engeli gerçekleşikten sonra elinden geleni yapmamasına rağmen sorumluluktan kurtulacak, özensiz hareketinden faydalanacaktır.

Yukarıda anlatılan iki hipotetik durum da maddede geçen *veya* ifadesinin katı bir biçimde yorumlanmasının *ifa engelleri* kavramının altında yatan temel mantıkla çatıştığını göstermektedir. Zira borçlu ya bile bile lades demekte veya ifa engeliyle karşılaştıktan sonra zaten sorumluluktan kurtulacağı için sözleşmeyi ayakta tutmak için elinden geleni yapmamaktadır. Fakat sözleşmeler hukukunda sözleşmeyle bağlı olmayı emreden *pacta sunt servanda* ilkesi kuraldır³⁶⁵. Herkes içinde bulunduğu sözleşmesel ilişkiyi elinden geldiğince ayakta tutmalıdır. Borçlunun hiç ifa edilemeyeceğini bildiği bir sözleşmesel ilişkiye girmesi ya da elinde olduğu halde sözleşmeyi ayakta tutmaması bu ilkeyle çatışacaktır. Bu nedenle bir ifa engelini CISG m. 79 kapsamında bir borçluyu sorumluluktan kurtarması için hem kontrol dışı

³⁶⁵ **Perillo**, s. 7.

gerçekleşmesi, hem öngörülemez olması hem de önlenemez veya aşılamaz olması gerekir³⁶⁶.

Sorumluluktan kurtulma açısından oldukça tartışmalı bir şartlar silsilesi oluşturan CISG m. 79 aynı zamanda bu şartlardan yalnızca ismen bahsetme yoluna gitmiştir. Uygulama şartlarına dair ne ilgili madde içerisinde ne de CISG'in başka bir yerinde herhangi bir tanım mevcut değildir. Bu bakımdan yenilikçi CISG m. 79 metni, bünyesinde barındırdığı her şart için, beraberinde birtakım yorum sorunlarını da beraberinde getirmiştir³⁶⁷. Bu nedenle, özellikle CISG uygulamasının ilk dönemlerinde devlet mahkemeleri tarafından, CISG m. 79'un muğlak dilini çözümlmek için ulusal hukuk teorileri ve içtihadı müracaat edilmiştir. Bu durum devlet mahkemelerinin alıştıkları hukuku uygulamakta ısrarcı olmalarından kaynaklanmakta olup, CISG m. 7'nin öngördüğü normlar hiyerarşisinin ve altında yatan yeknesak uygulama amacının anlaşılmasından kaynaklanmaktadır³⁶⁸. Bu

³⁶⁶ Uygulama şartlarının tamamına kümülatif şart olarak yaklaşan yazarlara örnek olarak bkz. **Morrissey/Graves**, s. 291 vd.; **Reiley**, Eldon H., *International Sales Contracts: The UN Convention and Related Transnational Law*, Durham 2008, ss. 138-139; **Atamer**, *Commentary*, s. 1071.

³⁶⁷ **Gillette**, s. 100.

³⁶⁸ **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 170. Örnek bir durum ABD'de yaşanmıştır. Mahkeme verdiği kararda uygulama şartları bakımından CISG m. 79 ile benzerlik gösteren UCC Art. 2-615 hakkında yerleşmiş olan içtihattan yararlandığını açık bir şekilde belirtmiştir: “...in applying Article 79 of the CISG, the Court will use as a guide caselaw interpreting a similar provision of 2-615 of the UCC...” (US District

bakımdan Antlaşma'nın tek başına yorumlanması ve uluslararası doktrin ve içtihattan yararlanılarak uygulama şartlarının açıklanması önem taşınmaktadır.

Court of Illinois tarafından 06.07.2004 tarihinde verilen 03 C 1154 numaralı *Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co. KG* kararı[karar metnine erişim için bkz.: <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040706u1.html>>>] {son erişim tarihi: 28.05.2017}). Mahkeme ABD içtihadından yararlanma gerekçesi olarak her iki tarafın da bu hususu mahkemeye önermesini göstermiştir. Ancak yine de, CISG'in bağlayıcı karakteri ve yeknesak uygulama amacından ötürü, mahkemenin CISG m. 7 uyarınca uluslararası düzeyde içtihat araştırması yapması ve farklı yargı bölgelerinden konuyla ilgili kararları dikkate alması gerekirdi (aynı yönde bkz. **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 170). Kanaatimizce belki burada mahkeme adına yapılabilecek tek savunma CISG m. 6 bakımındandır. Tarafların karşılıklı olarak ABD içtihadının uygulanmasını önermekle, CISG m. 6 uyarınca, CISG m. 79'un etkilerini değiştirdiği kabul edilebilir (CISG'de taraf iradesinin üstün tutulduğu; tarafların karşılıklı iradeleriyle uygulanacak hukuku seçebileceği, CISG'i devre dışı bırakabileceği veya normların etkilerinin değiştirilebileceği yönünde bkz. **Honnold**, *International Sales Law*, ss. 78-80. Ayrıca, bahsedilen mahkeme kararının detaylı bir eleştirisi için bkz. **Mazzotta**, Francesco G., *Why Do Some American Courts Fail To Get It Right?*, *Loyola University Chicago International Law Review* 2005-2006, Vol. 3, No. 1, ss. 85-115, s. 89 vd.).

Öte yandan, CISG'de normlar hiyerarşisi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Atamer**, 2005, s. 88 vd.

I. İfa Engelinin Kontrol Dışı Gerçekleşmesi

CISG m. 79 kapsamında sorumluluktan kurtulmanın ilk ve en önemli şartı ifa engelinin borçlunun kontrolü dışında gerçekleşmesidir. Zira borçlunun kontrolü altında bir olasılık söz konusuysen bu olasılığı borcunu ifa edebilecek şekilde yönlendirmediyse borçluyu sorumluluktan kurtulmanın bir mantığı yoktur³⁶⁹. Borçlu, ahde vefa ilkesi uyarınca, bağlı bulunduğu sözleşmeyi yerine getirmek için elinden gelen tüm çabayı sarf etmelidir. Bu bakımdan; ahde vefa ilkesine istisna getirilmesinin sebebi borçlunun kontrol edemediği, elinde olmayan sebeplerden ötürü borçluyu sorumlu tutmanın hakkaniyete aykırı olmasıdır³⁷⁰. Bu nedenle borçlu her şeyden önce kontrolü altındaki ihtimallerden sorumlu tutulmalıdır.

³⁶⁹ **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 171. Hatırlatmak gerekir ki, malların sözleşmeye uygun teslim edilmemesi hipotezinin CISG m. 79'a giremeyeceğini savunan yazarların temel aldığı nokta da satıcının her zaman malları kontrolü altında tuttuğu varsayımıydı (bkz. §5[I]).

³⁷⁰ Aynı zamanda hukuk uygulayıcısını ahde vefa ilkesinin dışına iten diğer sebepler borçlunun ifa engeli oluşturan durumu öngörememiş olması veya öngörebilse de olayı veya sonuçlarını önleyememek gibi başka sebepler de mevcuttur. Esasen, doktrinde de dikkat çekildiği üzere, CISG m. 79'da aranan kontrol dışı olma şartı ile ifa engelinin önlenemez ve aşılamaz olması şartı birbirine oldukça yakındır. Bu şartların arasındaki çizgi çoğu zaman belirsizleşir ve biri diğerini ilgilendirir (aynı yönde bkz. **Flambouras**, *Doctrines of Impossibility*, s. 267). Ancak bunlar CISG m. 79 bakımından farklı uygulama şartları oldukları için bu başlık altında değinmiyoruz.

Antlaşma metninde geçen “*kontrolü dışında olması*” ifadesinin ne anlama geldiği doktrinde tartışılmıştır. Bu tartışma içerisinde olan yazarların çoğunluğu bir ifa engelinin borçlunun kontrolü dışında gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit etmek için özellikle borçlunun etki ve kontrol alanına³⁷¹ bakılması gerektiği öne sürülmektedir³⁷². Zira borçlu ancak kendi etki ve kontrol alanına giren konularda üzerine düşeni yapmamaktan dolayı sorumlu tutulmalı, kontrol alanına dahil olmayan bir nedenden ötürü ifade bulunamayan borçlunun tazminat sorumluluğu doğmamalıdır. Bu bağlamda borçlunun kontrol alanının sınırlarını çizebilmek ve CISG m. 79’u anlayabilmek için çeşitli örnekler verilmiştir. Biz de bu örnekleri incelemekte fayda görüyoruz.

³⁷¹ İngilizce literatürde bu kavram için “*sphere of influence*” ve “*sphere of control*” terimleri kullanılmaktadır (bkz. **Schlechtriem**, Anthology, III (3); **DiMatteo v.d.**, CISG Jurisprudence, s. 160; **Schlechtriem/Butler**, s. 201; **Schwenzer**, Commentary, s. 1067; **Gillette**, s. 102; **Flechtner**, Harry, Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) As Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods, Pace International Law Review, Vol. 19, No. 1, Spring 2007, ss. 29-51, s. 39. **Flambouras** ise karakteristik sorumluluk alanı [İng.: *Typical Sphere Of Responsibility*] ve kişisel risk alanı [İng.: *Personal Sphere Of Responsibility*] ifadelerini kullanmayı tercih etmiştir [bkz. **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 266]).

³⁷² **Schlechtriem/Butler**, s. 201.

Alışılmış kontrol dışı ifa engeli örnekleri olan deprem, sel, kasırga gibi aşırı yoğun doğal felaketler ve savaş, politik-ekonomik bunalımlar gibi sosyal hayattan doğan olumsuz durumlar CISG m. 79 kapsamında kontrol dışı sayılır³⁷³. Örneğin, yalnızca borçluyu etkileyen bir grev hali borçlunun kontrol alanı içerisinde sayılmakta ve borçlunun sorumluluktan kurtulması için yeterli gözükmezken, genel grev halleri borçlunun kontrol alanı dışında sayılarak sorumluluktan kurtulması için yeterli gözükmemektedir³⁷⁴. Bir başka örnekte, borçlunun sözleşmenin ifası bakımından kritik öneme sahip bir çalışanın ölmesi hali borçlunun kontrol alanı içerisinde sayılarak borçlunun sorumluluğunun devam ettiği kabul edilirken, tarifi verilen çalışanın genel bir salgın nedeniyle ölmesi halinde bu durumun borçlunun kontrol alanının dışında olduğu ve borçlunun sorumluluğu olmayacağı kabul edilir³⁷⁵. Bir başka örnekte alıcının iflas etmesi sonucu bedeli ödeyememesi halinde iflas borçlunun kontrolü altında sayılarak borçlunun sorumluluğunun devam edeceği kabul edilmişken, iflas halinin müsadere veya devlet eliyle zapt gibi sebeplerden kaynaklanması durumunun borçlunun kontrolünde olmadığı ve bu sebeple bedeli ödeyememeden doğan zararlardan sorumlu olmayacağı kabul edilmiştir³⁷⁶. Yine

³⁷³ **Morrissey/Graves**, s. 292. Kanaatimizce bu klasik örnekler özellikle CISG m. 79'un force majeure müessesesi ile yakınlığından dolayı akla gelen ilk örnekler olmaktadır.

³⁷⁴ **Zeytin**, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku – CISG, Ankara 2015, s. 327; **Gillette**, s. 102; **Yılmaz**, s. 227; **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 267.

³⁷⁵ **Atamer**, Commentary, s. 1043.

³⁷⁶ **Kessedjian**, s. 418.

farklı bir örnekte sözleşmeye konu malların ithalatının devlet tarafından yasaklanmasının satıcının kontrolü dışında olduğu kabul edilmiştir³⁷⁷.

Yukarıda verilen örneklerin amacı tarafların kontrol edebileceği alanın, mümkün olduğu müddette, objektif olarak belirlenmesidir. Bu bakımdan tarafların kontrol edebilecekleri alanın belirlenmesinde tarafların her birinin üstlendiği olağan ticari riskler bu alanın belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır³⁷⁸. Eğer ki bir ifa engeli borçlunun olağan ticaret hayatında aldığı risklerle ilgiliyse veya normal koşullar altında üzerinde iktidarı olan bir alana ilişkinse borçlunun sorumluluğundan

³⁷⁷ International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association tarafından 23.10.2007 tarihinde verilen *Macromex Srl. v. Globex International Inc.* kararı için bkz. <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html>>> (son erişim tarihi: 28.05.2017). Somut olayda Romanya hükümeti tarafından sözleşmeye konu mal olan tavuk ürünleri üzerinde hiçbir önel verilmeden ithal yasağı tesis edilmiştir. Tahkim heyeti daha önce benzerine rastlanmayan ve önceden haber verilmeyen bu durumun kesinlikle satıcının kontrolü dışında olduğunu ve öngörülelemeyeceğini ifade etmiştir (her ne kadar kontrol dışı olma ve öngörülemezlik şartlarının sağlandığını kabul etse de, sözleşmeye konu malların Romanya dışında bir ülkede de teslim edilebileceğini tespit eden tahkim heyeti önlenemezlik ölçütünün gerçekleşmemesi nedeniyle borçlunun sorumluluğuna hükmetmiştir).

³⁷⁸ **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 267; **Gillette**, s. 102 (yazar, haklı olarak, tarafların sözleşmelerine ekledikleri sorumluluk hükümlerinin de bu alanın belirlenmesinde etkili olacağını belirtmiştir).

bahsedilemez. Bu nedenden ötürü; borçlunun işletmesine ilişkin olan, işletmenin genel yönetimine, finansal yapısı veya iş düzenine ilişkin ifa engelleri, kural olarak CISG m. 79 kapsamında *kontrol dışı olma* şartını sağlamadığı için, borçluyu sorumluluktan kurtaramayacaktır³⁷⁹. Bu açıdan, özellikle malları kendisi üreten bir satıcı tüm üretim zincirinin karşılaştığı riskleri kendi bünyesinde toplamaktadır. Buna ham maddenin tedarikçiden alınması ve malların sözleşmeye uygun şekilde teslim edilmesi de dahildir³⁸⁰. Bu bakımdan, genel olarak, işletme organizasyonu, üretim zinciri, malların tedarik edilmesi, işçilerin ifaya hazır bulundurulması, likidite sağlanması ve ödeme aczine düşülmemesi gibi durumlar borçlunun kontrol alanı içerisinde kabul edilmektedir³⁸¹. Bu unsurlardan birine ilişkin bir aksaklık nedeniyle borçlu ifada bulunamazsa, ifa engeli kontrolü dışında kabul edilmediği için, sorumluluğu devam etmektedir.

³⁷⁹ **Lookofsky**, Understanding the CISG, s. 139; **Kessedjian**, s. 418. Borçlunun kontrol alanında kabul edildiği için borçlunun sorumluluğunun devam ettiği ifa engeli örnekleri başarısız ticari girişimler, borçlunun yetersizliği, borçlunun nakit sıkıntısı veya iflası şeklinde çoğaltılabilir (aynı yönde bkz. **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 267).

³⁸⁰ **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 267 (yazar özellikle cins borçları için durumun böyle olduğunu ifade etmekten, uluslararası ticaret piyasasından tamamen silinen bir ürün için aynı durumun söz konusu olmadığını ve borçlunun sorumlu olmayacağını kabul etmektedir); **Schlechtriem/Butler**, ss. 202-203.

³⁸¹ **Schlechtriem/Butler**, s. 201.

Öte yandan, verilen örneklerden anlaşılması gereken bir diğer nokta CISG m. 79 kapsamında bir ifa engelleri kataloğu oluşturulamayacağıdır. Zira ifa engelini oluşturan olaylar yalnızca kendileri oldukları (örneğin bir yangın sadece yangın olduğu) için kontrol edilemez sayılmaz. CISG m. 79'un şartları ve özellikle borçlunun etki alanı dışında olup olmaması durumu her ifa engeli için her olayda incelenmelidir. Örneğin işletmesinde çıkan bir yangın nedeniyle borcunu yerine getiremeyen bir borçlu yalnızca ifa engeli teşkil eden olayın yangın olması nedeniyle sorumluluktan kurtulamaz, bu yangının kontrol alanı dışında olduğunu ispatlaması gerekir³⁸².

³⁸² Aynı örnek için bkz. **Flambouras**, *Doctrines of Impossibility*, s. 267. Bizce; bu yangının borçlunun işletmesinin içinde (örneğin bir çalışanın hatası sonucu) başlaması halinde yangın borçlunun kontrol alanındayken, geniş çerçevede başlayan bir yangının (örneğin bir orman yangını) borçlunun ticari işletmesine de sirayet etmesi halinde yangın kontrol dışıdır.

Öte yandan, yazar bu örnekte gerekli tedbirler alınarak yangının önüne geçilmesinin de sorumluluk açısından önemli olduğunu belirterek ifa engelini önlenemez ve aşılamaz olması şartı ile kontrol dışı gerçekleşme şartının yakınlığına, haklı olarak, dikkat çekmektedir.

II. İfa Engelinin Öngörülemez Olması

Madde metninde aranan ikinci şart ifa engelinin öngörülemez olması şartıdır³⁸³. Zira borçlunun ahde vefa ilkesinden doğan sözleşmeyle bağlı olma borcundan kurtulmasına izin verilen sebeplerden biri de ifa engelinin öngörülemez bir sebepten kaynaklanmasıdır³⁸⁴. Gerçekten de borçlu eğer ki bir ifa engelini öngörebiliyorsa bu ifa engeline karşı önlem alması beklenir³⁸⁵. Eğer ki ifa engelini borçlu öngördüğü halde önlem almadıysa artık onu sorumluluktan kurtarmak faydasız olacak ve borçlu adeta sözleşmeyi yerine getirmediği için ödüllendirilmiş

³⁸³ Şüphesiz ki burada bahsettiğimiz öngörülebilirlik denetimi sözleşmeye aykırı zarardan dolayı sorumluluğun kurucu şartı olmayıp, gerçekleştiği kabul edilen tazminat sorumluluğunu sınırlandırmakta kullanılan bir denetimdir (aynı yönde bkz. **Atamer**, 2005, s. 441; **Birinci Uzun**, s. 159). Bir başka deyişle; sözleşmeye aykırılıktan doğan zarardan sorumluluk bu zararın öngörülebilir olup olmadığına bakılmaksızın çoktan gerçekleşir, ancak bu zarardan doğan sorumluluğun kapsamı zararın öngörülemez yapısından ötürü ortadan kalkar. Tazminat sorumluluğu gerçekleşir, daha sonra bu sorumluluk öngörülebilir zararlar derecesine kadar geriler.

³⁸⁴ Öyle ki, **Atamer** bu nitelikte bir ifa engelini kast ederek “*atipik riziko*” ifadesini kullanmıştır (bkz. **Atamer**, Diğer Haklar, s. 488).

³⁸⁵ Bu önlemler çoğunlukla kendini sözleşmesel sorumluluk rejimi oluşturularak öngörülen ifa engelinin borçlunun sorumluluğundan çıkarılması, başka bir tedarikçi bulunması veya riskin satım bedeline yansıtılması olarak kendini gösterir (bkz. **Atamer**, Commentary, s. 1075).

olacaktır. Zira aslında bu riski öngörüp de önlem almayan borçlu riski kendisi üstlenmiş sayılmalıdır³⁸⁶. Bu bakımdan CISG m. 79’da da borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulması için ifa engelinin öngörülemez olması aranmıştır³⁸⁷.

Öngörülemezlik sözleşmenin kurulması anına bakılarak saptanmalıdır³⁸⁸. Bu durumda; bir ifa engeli, borçlunun kontrol alanı dışında olsa bile, sözleşmenin kurulması anında öngörülebilirse borçlunun ifa etmemeden doğan sorumluluğu devam edecektir³⁸⁹. Bu nedenle sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu, sözleşmenin kurulması anında, ifa engelini makul bir şekilde öngörmesinin kendisinden beklenemeyeceğini ispatlamakla yükümlüdür³⁹⁰.

³⁸⁶ **Schwenzer**, Hardship, s. 719.

³⁸⁷ Genel itibariyle bu şartın gerçekleşmemesinden ötürü CISG’de sorumluluktan kurtulma imkanının düşük olduğu yönünde bkz. **Davies/Snyder**, s. 232.

³⁸⁸ **Atamer**, Commentary, s. 1075; **Gillette**, s. 105; **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 171. Esasen madde metninde “...at the time of the conclusion of the contract...” ifadesi mevcuttur. Bu ifadenin sözleşmenin ifa edildiği anı değil de sözleşmenin bağlayıcı hale geldiği anı kast ettiği yönünde bkz. **Reiley**, s. 138.

³⁸⁹ **Schlechtriem/Butler**, s. 201.

³⁹⁰ **Gillette**, s. 105.

Esasen madde metni burada doğrudan *öngörme* kelimesini kullanmamış olup³⁹¹, *dikkate alma* ifadesine yer vermiştir³⁹². Her ne kadar kavramlar farklı gözükse de, dikkate alma kavramı öngörme olarak yorumlanmıştır³⁹³. Bu bakımdan

³⁹¹ CISG içerisinde öngörme kelimesinin (İng.: *To Foresee*) kullanılmasına bir örnek olarak tazminat sorumluluğunun düzenlendiği m. 74 gösterilebilir (bkz. CISG m. 74, c.2). CISG m. 79’la farklı terimlere yer verildiği açıktır.

³⁹² İng.: *To Take Into Account* (bkz. CISG m. 79/I).

³⁹³ **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 171. Ancak doktrinde bir görüş bu ifade farkının önemli olduğunu vurgulamaktadır (**Davies/Snyder**, s. 332). Bu görüşe göre taraflar kimi zaman öngöremedikleri durumları dikkate alabilirler. Bu nedenle önemli olan öngörebilme yeteneği değil bir durumun dikkate alınabilir olmasıdır. Özellikle Belçika’da 2004 yılında verilmiş olan *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.* kararını referans gösteren bu görüşe göre, davaya konu olayda çelik fiyatının %70 oranında artması öngörülebilir olmasa da dikkate alınabilir. Bu nedenle ham madde fiyatında %70 oranında bir artış dikkate alınamazlık açısından CISG m. 79’un uygulama şartları bakımından yetersiz kalmaktadır. Biz zaten oldukça karmaşık olan CISG sorumluluktan kurtulma sistemini daha da karmaşıktıran bu görüşe katılmıyoruz.

Öncelikle, madde metninde kullanılan *take into account* ifadesi CISG’de başka hiçbir yerde kullanılmamıştır. Bu bakımdan maddenin anlamının tartışmaya açık olduğu, yorumlayıcıya bir hareket alanı bırakıldığı düşünülebilir. Bizce bu hareket alanı CISG m. 79’un ilintili olduğu CISG m. 74’e bakılarak belirlenmelidir. Zira CISG m. 74 sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminat sorumluluğunu düzenlerken, CISG m. 79 ise tam da bu sorumluluğun ortadan kalktığı halleri

CISG anlamında borçlunun bir ifa engelini dikkate alabilecek durumda olması demek borçlunun “*ifa engelini makul bir şekilde öngörebilecek durumda olması*”, ya da “*engeli biliyor veya engeli bilmesini gerektirecek bir durumda olması*” demektir³⁹⁴. Bu durumlardan birini sağlayan borçlu artık ifa engelini öngörmüş (veya maddenin ifadesiyle dikkate almış) olup, tazminat sorumluluğu devam edecektir.

Değişkenler ve bilinmezlerle dolu uluslararası ticarete bir borçlunun neyi öngörüp neyi öngöremeyeceğini saptamak kolay değildir. Zira bir kişi, ne kadar tecrübeli olsa da, elbette beklenmedik olaylarla karşılaşabilir. Bu nedenle borçlunun öngörme yeteneğine belli bir sınır çizilmeli ve borçlu bu sınırın ötesindeki olayları öngöremediği için kınanmamalıdır. Burada CISG hükümlerinin yorumlanmasında sıklıkla kullanılan³⁹⁵ makul olma ölçütü devreye sokulmalıdır³⁹⁶. Buna göre taraflar ancak öngörmeleri kendilerinden makul bir şekilde beklenemeyecek hallerde

düzenlemektedir. CISG m. 74’te ise zararın öngörülebilirliği düzenlenmiş ve doğrudan öngörülebilirlik (İng.: *Foresee*) ifadesi kullanılmıştır. Bizce, maddeler arasındaki paralellik korunmalı ve öngörülebilirlik açısından benzer kriterler oluşmalıdır. Bu açıdan İng. *take into account* ifadesi CISG m. 74 kapsamındaki öngörülebilirlik ifadesi gibi yorumlanmalıdır.

³⁹⁴ **Schlechtriem/Butler**, s. 201.

³⁹⁵ CISG’de makullük ilkesinin (İng.: *Principle of Reasonableness*) genel bir ilke olduğu yönünde bkz. **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 171.

³⁹⁶ CISG’de öngörülemezlik denetimi yapılırken borçluyu bir “*makul üçüncü kişi*” ile kıyaslamaya gidildiği yönünde bkz. **Yılmaz**, s. 229.

tazminattan sorumlu olmayacaktır³⁹⁷. Burada makul bir şekilde öngörmekten kast edilen, olayı öngörmek için harcanan emek ve mali kaynakların makul derecede harcanmasıdır³⁹⁸. Borç ilişkisine göre orantılı bir öngörü bedeli ve çabası düşünülmelidir.

Borçlunun öngörebilme sınırını tayin eden *makul bir biçimde öngörülebilme* kriteri madde metninin muğlaklığı nedeniyle yorumlanmaya muhtaçtır. Zira maddenin bu şekilde kaleme alınmasından ötürü yargı organları önlerine gelen her somut uyuşmazlıkta, olayın ve ifa engeli çeşidinin özelliklerini de dikkate alarak, makul şekilde öngörebilme denetimi yapacaktır³⁹⁹. Bu aşamada *bir borçlunun neyi makul bir biçimde öngörebileceği* sorusunun cevaplanmasında özellikle borçlunun kişisel özellikleri de dikkate alınmalıdır⁴⁰⁰. Buna göre borçlu kendisiyle aynı seviyede ve özelliklerde olan her makul kişi kadar öngörebilme sorumluluğu

³⁹⁷ **Schwenzer**, Hardship, s. 719; **Morrissey/Graves**, s. 292; **Gillette**, s. 105; **Schlechtriem/Butler**, s. 251; **Bridge**, Michael, The International Sale of Goods: Law and Practice, Oxford 2007, s. 597.

³⁹⁸ **Gillette**, s. 107.

³⁹⁹ **Morrissey/Graves**, s. 292. Burada, genel itibariyle, borçlu açısından asıl sınama noktası ifa engelini gerçekten öngörüp öngörmediği değildir. Zira birçok olayda borçlu ifa engeli öngörmemiştir. Ancak CISG m. 79 kapsamında sorumluluğunun sona ermesi için bu sorumluluğun aynı zamanda öngörülemez olması gerekir. Bu nedenle borçlu açısından farazi bir öngörülebilirlik denetimi yapılır (aynı yönde bkz. **Reiley**, s. 138).

⁴⁰⁰ **Gillette**, s. 106; **Atamer**, Commentary, s. 1076.

altındadır. Ancak, eğer ki borçlunun kendi denklerinden daha ileride bir uzmanlığı veya yeteneği varsa kendisinin öngörebilme kapasitesini hesaplarken bu fazladan kudret de göz önünde tutulur⁴⁰¹.

Makul derecede öngörülebilirlik kriterinden ötürü, ticari hayatın olağan seyrinde karşılaşılan ticari riskler de makul olarak öngörülebilir sayılır. Bu noktada sözleşmenin konusu olan ürünün ve üretim biçiminin özellikleri ve ticari ilişkinin yer aldığı bölge bu risklerin belirlenmesinde önemli rol oynar. Örneğin ticaret sektöründe yıllık üretime göre göre fiyat dalgalanmalarının normal karşılandığı bir üretim kolunda borçlunun *ham madde bedelinin aniden arttığına* ilişkin bir savunma yapması öngörülebilirlik kriterine takılacak ve CISG m. 79 kapsamında geçerli bir ifa engeli sayılmayacaktır⁴⁰². Aynı şekilde, doğal felaketlerin sıklıkla yaşandığı bir

⁴⁰¹ **Atamer**, Commentary, s. 1076.

⁴⁰² Örnek olarak Belçika’da 2 Mayıs 1995 tarihinde Rechtbank van Koophandel Hasselt tarafından verilen karar gösterilebilir. Kararda mahkeme dondurulmuş ahududu satımını konu alan sözleşmede ahududu fiyatının aniden artmasını geçerli bir ifa engeli olarak yorumlamamıştır. Gerekçe olarak ahududu fiyatının sürekli değişim gösterdiğini ve bu nedenle tarafların uluslararası piyasadaki değer artışlarını öngörebilecek durumda olduğunu belirtmiştir (karara ulaşmak için bkz.: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950502b1.html>).

Yine başka bir örnek kararda OLG Hamburg demir-molibendum piyasasının dalgalanmalara açık ve spekülatif olduğundan bahisle borçlunun ham madde fiyatının aniden üç katına çıkmasına dayanan ifa engeli savunmasını reddetmiştir (OLG Hamburg’un 28.02.1997 tarihli kararına erişim için bkz.:

bölgede üretim yapan bir satıcının yapmış olduğu sözleşmeyi ifa ederken doğal felaketlerden oluşan bir ifa engeline takılabileceğini öngörebilmesi gerekir⁴⁰³.

Öte yandan, bir borçlunun ifa engelini öngörüp öngörememesi olayın meydana gelme sıklığıyla da ilgilidir. Zira ifa engeli teşkil eden olayın meydana gelme sıklığı arttıkça borçlunun makul bir taraf olarak bu durumu dikkate alma zorunluluğu gündeme gelecektir⁴⁰⁴. Örneğin, borçlunun işletmesinde gerçekleşen ve ifada bulunmasını engelleyen bir grev başlangıçta öngörülemez gibi gözükse de uyuşmazlığı inceleyen hakim somut olayın şartlarına dikkat etmelidir. Örneğin; eğer ki, borçlunun iş kolunda veya iş yaptığı bölgede bu tarz grevler sıklıkla düzenleniyorsa borçlunun bu grevi öngöremeyeceği söylenemez⁴⁰⁵.

<<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

⁴⁰³ Meksika bölgesinde iş yapan bir tarım üreticisinin meşgul olduğu iş kolu ve coğrafi bölgesinden ötürü kasırgayı öngörebileceğine karar veren 30.11.2006 tarihli CAM tahkim kararı için bkz. <<<http://www.unilex.info/case.cfm?id=1149>>> (son erişim tarihi: 28.05.2017). Ayrıca, kasırgaların öngörülebilir kabul edildiği yerlerde dahi normal şiddetinin oldukça üzerinde kasırgaların öngörülemez sayılacağı yönünde bkz. **Yılmaz**, s. 229 (yazar bu duruma örnek olarak El Nino Kasırgası'nı göstermiştir).

⁴⁰⁴ **Gillette**, s. 106.

⁴⁰⁵ Aynı örnek için bkz. **Morrissey/Graves**, ss. 292-293. Bizce yazarın verdiği bu örnek CISG m. 79'da yer alan şartların kümülatif olarak bulunması gerektiğini göstermesi açısından da önemli ve yerinde bir örnektir. Zira, yukarıda *ifa engelinin*

Bir başka örnek olarak ise yukarıda değinmiş bulunduğumuz 2004 tarihli *Raw Materials Inc. v. Manfred Forberich GmbH & Co. KG* kararı gösterilebilir. Anılan kararda mahkemenin önüne gelen olayda Rusya'nın St. Petersburg limanından gelmesi gereken mallar limanın o dönem donması nedeniyle istenilen zamanda teslim noktasına ulaşamamış ve satıcı limanın donmasından dolayı CISG m. 79 uyarınca sorumluluğunun olmadığını iddia etmiştir. Alıcı ise St. Petersburg limanının her sene donduğunu, bunun satıcı tarafından makul bir şekilde öngörülebileceğini, bu nedenle sorumluluğunun hâlâ devam ettiğini öne sürmüştür. Mahkeme ise, limanın her sene donduğunu ve öngörülebileceğini kabul etmekle birlikte, olayın yaşandığı seneki donmanın sonuçlarının öngörülemeyeceğine karar vererek alıcının bu iddiasını reddetmiş ve satıcının sorumluluktan kurtulduğuna karar vermiştir. Zira karar konu olan 2002 kışı son altmış yılın en kötü kışı olmuş ve normalde limanın işler vaziyette kalmasını sağlayan buz kıran gemilerin dahi o sene buza saplanmış. Bu nedenle satıcıdan limanın bu kadar şiddetli donacağını öngörmesini beklemek mahkemeye makul gelmemiş ve satıcı sorumluluktan kurtulmuştur⁴⁰⁶.

kontrol dışı olması bahsinde de anlattığımız üzere grevler aynı zamanda borçlunun kontrolü dışında olmalıdır. Bu açıdan, eğer ki borçlunun ifa edememesine sebep olan grev borçlunun kendi işletmesi içerisinde başlayan ve etki gösteren bir grevse, öngörülemez olsa dahi, borçlunun sorumluluğu devam edecektir. Kontrol dışı gerçekleşme ve öngörülemez olma (veya onun yerini alan önlenemez/aşılabilir olma) şartları aynı anda bulunmalıdır.

⁴⁰⁶ Doktrinde bu kararın öngörülebilirlikten daha çok ifa engelinin önlenemez veya aşılabilir olmasıyla ilişkili olduğunu tartışan görüş de mevcuttur (örneğin **Zeller** bu

konuyu önlenemezlik başlığının altında incelemeyi uygun görmüştür. Bkz. **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 175). Bu görüş uyarınca ifa engelinin meydana gelme sıklığı öngörülebilirlikle ilgiliyken ifa engelinin şiddeti önlenemezlikle ilgilidir. Bu görüşe göre, olayda denizin altmış yıldır hiç olmadığı kadar şiddetli bir şekilde donması önlenemezliğe ilişkindir. Zira liman her sene olduğu gibi 2002 senesinde de donmuş olup ortada öngörülemeyen bir ifa engeli yoktur.

Bizce bu tartışmanın esasında yatan nokta CISG m. 79 kapsamında yalnızca ifa engelini teşkil eden olayın mı öngörülemez olması gerektiği, yoksa ifa engelini teşkil eden olaydan ziyade olayın sonucunun mı öngörülemez olması gerektiğidir. Zira olayda satıcıyı sorumluluktan kurtaran limanın donması olayının öngörülemez olması değil, bu donmanın sonuçlarının bu kadar şiddetli olacağının öngörülemez olmasıdır. Şüphesiz ki hem olayın hem de sonucun öngörülebilirlik açısından değerlendirilmesini savunan görüş daha bütüncül bir yaklaşım sergilemektedir. Kanaatimizce bu görüş benimsenmelidir. Zira, ifa engelinin şiddeti kimi somut olaylarda öyle bir artar ki artık o ifa engeli bambaşka bir olay haline bürünmüştür. Örneğin, yalnızca deniz zemininin buz tutmasına neden olan bir donma ile buz kıran gemilerin saplanmasına sebep olacak bir donma olayı birbirinden tamamen farklıdır. Bu iki vakaya aynı ölçüde öngörülebilirlik denetimini uygulamak ve donmanın her şartta öngörülebileceğini kabul edip borçlunun sorumluluğunu ortadan kaldırmamak hakkaniyete aykırı olacaktır. Zira olaylar aynı gibi gözükse de kimi zaman sonuçları beklenmedik ölçüde farklı durumlar yaratabilmekte olup, ortaya çıkan sonuca göre hareket edilmelidir.

Öte yandan, netice itibariyle tarafları etkileyen ifa engelini teşkil eden olay değil bu olayın meydana getirdiği sonuçtur. Aynı doğrultuda, CISG m. 79'un

uygulama şartları açısından önemli olan nokta ifa engelini teşkil eden olayın tipi değil, bu olayın neden olduğu sonucun tarafların ifa kabiliyetine yaptığı etkidir. Bu nedenle ifa engeli teşkil eden olayın meydana getirdiği sonuçtan ayrı şekilde ele alınması CISG m. 79’la örtüşmeyecektir. Zira, tıpkı bizim olayımızda olduğu gibi, sebep aynı olsa da yarattığı sonuçlar farklı olabilmektedir ve CISG m. 79 bu sonuçla ilgilenir. Önemli olan borçlunun borcunu ifa edemez hale gelmesidir, ifa engelini karakteristik olarak hangi olay olduğu (örnek olayda denizin donması) değildir. Bu bakımdan, ikinci görüş daha pragmatik hareket ettiği gibi, CISG’in altında yer alan ilkelere de daha uygun sonuçlar yaratmaktadır. Bu nedenle bir borçlunun öngörüp öngöremeyeceği nokta yalnızca ifa engelini oluşturan olay değil, hem olay hem de bu olayın yarattığı sonuç olmalıdır. Bu nedenle, mahkeme kararında da benimsendiği üzere, borçlu ifa engelini oluşturan tipik denizin donması olayını öngörse de denizin bu kadar şiddetli donabileceğini öngöremeyeceği için öngörülemezlikten dolayı sorumluluktan kurtulur.

Ayrıca, bizce, hem olayın hem de sonuçlarının öngörülebilirliğini değerlendiren görüş CISG’in katalog ifa engeli oluşumunu reddeden yapısına da uygun düşecektir. Zira CISG genel olarak bir olayın yalnızca o olay olmasından dolayı ifa engeli oluşturmamasını reddetmiş, her somut olayda şartların aranmasını kabul etmiştir (bkz. **Flambouras**, *Doctrines of Impossibility*, s. 267). Bu bakımdan, bir olay yalnızca o tipik olay olması nedeniyle öngörülebilir veya öngörülemez kabul edilmemeli, sonucunun da öngörülemez olduğu somut olayda incelenmelidir. Aynı durum taraflar arasında belirlenen sorumluluk klotlarında da geçerli olmalıdır. Örnek olarak, savaşın ifa engeli olacağına karar verildiyse, bir savaş yaşandığında bu savaşın sonucunun ifayı engelleyeceğinin öngörülebilir olmasına dikkat edilmelidir

III. İfa Engelinin ve Sonuçlarının Önlenemez veya Aşılabilir Olması

CISG m. 79 tarafından aranan bir diğer şart da ifa engelinin veya sonucunun önlenemez veya aşılabilir olmasıdır. Bu açıdan, CISG m. 79 anlamında bir ifa engelinin oluşması için borçlunun kontrol alanı dışında gerçekleşen bir ifa engeli öngörülemez olmalı ve kendisi ve sonuçları aynı zamanda önlenemez ya da aşılabilir olmalıdır. Geline nokta CISG m. 79'un diğer uygulama şartları ile bu başlıkta incelenen ifa engeli şartının ilişkisi hakkındaki açıklamalarımızı hatırlatmak isteriz⁴⁰⁷. Öte yandan, doktrinde de dikkat çekildiği üzere, CISG m. 79'da aranan kontrol dışı olma şartı ile ifa engelinin önlenemez ve aşılabilir olması şartı birbirine

(örneğin, güney sınırında savaş yaşanmasından ötürü Türkiye'de savaşın öngörülebileceğini ve bu nedenle Ankara'da yaşanan bir patlamanın Ankara'da iş yapan bir borçlu açısından ifa engeli olamayacağı kabul edilemez. Zira coğrafi olarak uzak bir savaşın başkente sirayet edeceği öngörülemezdir.).

Sonuç olarak, gerçekleşme sıklığı da öngörülebilirlik açısından önemli olduğu için (bkz. **Gillette**, s. 106), bir ifa engelinin öngörülebilirliğinin tespitinde hem ifa engelini meydana getiren olayın, hem de bu olaya bağlı olarak sonucunun gerçekleşme sıklığına dikkat ederek öngörülebilirlik denetimi yapılmalıdır. Fakat bu daha çok teorik bir tartışma olup, hangi görüş kabul edilirse edilsin olayda satıcının sorumluluğunun kalktığı ortadadır. Ayrıca, bu tartışma bizlere CISG m. 79'da aranan şartların birbiri ile ne kadar yakın ve ilgili olduğunu göstermektedir.

⁴⁰⁷ Bkz. yukarıda §6(I-II).

oldukça yakındır. Bu şartların arasındaki çizgi çoğu zaman belirsizleşir ve biri diğerini ilgilendirir⁴⁰⁸.

Önlenemez olma ve aşılamaz olma kavramları birbirinden farklı anlamlara gelmektedir. Zira bir ifa engelinin önlenmesi⁴⁰⁹ demek ifa engelinin gerçekleşmemesi için, haliyle, ifa engelinden önce yapılan faaliyetleri kast ederken; ifa engelinin aşılması⁴¹⁰ ise, doğal olarak, ifa engeli gerçekleştikten sonra yapılan faaliyetleri kast eder⁴¹¹. Gördüğü üzere CISG m. 79 sorumluluktan kurtulmak isteyen borçluya hem ifa engelinin oluşumundan önce hem de ifa engelinin oluşumundan sonra (bir bakıma tüm sözleşmesel ilişki boyunca) bir temkin ve tedbir yükümlülüğü yüklemektedir. Bu bakımdan, taraflar sözleşmenin kurulduğu andan itibaren ifada bulunmaları için önemli olan unsurları kontrolü altında tutmalı ve ifayı engelleyebilecek olayları önlemeli, olaylar bir kere gerçekleştikten sonra da bunların ifa kabiliyetine zarar vermemesi için elinden geleni yapmalıdır⁴¹². Aksi takdirde sorumsuzluğunu iddia edemeyecektir.

⁴⁰⁸ Aynı yönde bkz. **Flambouras**, *Doctrines of Impossibility*, s. 267. Çoğu zaman kontrol dışında olan bir ifa engeli zaten önlenemez veya aşılamaz bir ifa engeli olarak kendisini gösterir; ya da önlenebilir veya aşılabılır bir ifa engeli zaten genellikle borçlunun kontrolü altındadır.

⁴⁰⁹ Madde metninde İng. *To Avoid* kelimesi kullanılmıştır.

⁴¹⁰ Madde metninde İng. *To Overcome* kelimesi kullanılmıştır.

⁴¹¹ **Reiley**, s. 139.

⁴¹² **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 171.

Tıpkı diğer uygulama şartlarında olduğu gibi, CISG ifa engelini önleme ve aşma yükümlülüğünün içeriğini tanımlamamıştır. Bu bakımdan, sorumluluktan kurtulmak isteyen borçluya yüklenen bu ödevin içeriğinin bir şekilde belirlenmesi gerekir. Bu noktada makul olma ilkesi, CISG’in genel ilkelerinden biri olarak görülerek⁴¹³, ifa engelini önleme ve aşma yükümlülüğünün yorumlanmasında kullanılmıştır⁴¹⁴. Bu nedenle, bir borçlu sorumluluktan kurtulmak için ifa engelini önlemek veya üstesinden gelmek için elinden gelen tüm makul önlemleri almalı ve çabayı sarf etmek zorunda olup; aynı şekilde kendisinden alması beklenen önlemler de makul düzeyde olmalıdır⁴¹⁵. Diğer bir ifadeyle, borçlu ifa engelini önlenmesi için veya etkilerinin sözleşmeyi etkilememesi için belli başlı makul önlemleri almış olmalıdır⁴¹⁶. Burada da makul olmaktan kastedilen ifa engelini önleme ve aşma maliyetinin makul seviyede olmasıdır⁴¹⁷.

⁴¹³ Aynı yönde bkz. **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 171.

⁴¹⁴ **Kessedjian**, s. 417; **Reiley**, s. 139; **Schwenzer**, Hardship, s. 719.

⁴¹⁵ **Schlechtriem/Butler**, s. 202; **Gillette**, s. 108.

⁴¹⁶ **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 171. Bu açıdan, örneğin müessese dışında gerçekleşen bir yangında eğer en temel yangın önlemleri alınsaydı yangın ifayı engellemeyecek idiyse, sözü geçen yangın CISG m. 79 kapsamında bir ifa engeli oluşturamayacaktır (aynı örnek için bkz. **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 267. Ek olarak belirtmek gerekir ki, burada “*müessese dışında gerçekleşen bir yangın*” olarak belirtilmesinin sebebi örnek içerisinde tutarlılığı korumak ve “*kontrol dışı olma*” şartına ilişkin tartışmaları bertaraf etmektir).

⁴¹⁷ **Gillette**, s. 108.

Önlenemezlik veya aşılamazlık noktasında özellikle sözleşmenin normal seyrine uygun hareket edilmesi de büyük önem taşır. Örneğin, vade anında ifası mümkün olan bir edimin vadeden sonra gerçekleşen bir ifa engeli nedeniyle ifa edilemez hale gelmesi borçluyu sorumluluktan kurtarmayacaktır⁴¹⁸. Çünkü borçlu edimi zamanında yerine getirseydi ifa engelinden etkilenmeyecek, bir başka deyişle, ifa engelini önlemiş olacaktı. Öte yandan, bir borçlu, olayda CISG m. 79’a uygun bir ifa engeli mevcut olmasına rağmen, elinden geldiğince ifada bulunmalı; edimin türü müsait olduğu müddetçe, mümkün olan kısmı ifa etmelidir⁴¹⁹.

Uygulamada en çok karşılaşılan durum olan malların borçluya yabancı sebeplerle yok olması, tedarikçi aksaklığı nedeniyle malların teslim edilememesi,

⁴¹⁸ **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 171. Yazar burada Macaristan’lı alıcı ve Yugoslavya’lı satıcı arasında BM tarafından uygulanan yaptırımlar nedeniyle gerçekleşen bir uyuşmazı örnek gösterir. Olayda BM yaptırımlarının, her ne kadar diğer ifa engeli unsurlarını taşısa da, vadeden sonra gerçekleşmesi nedeniyle borçluyu sorumluluktan kurtarmayacağını kabul eder (“*Buyer was in default before the sanctions became effective, he could have and should have paid at a date when payment was possible and his status of being a defaulting party cannot be changed by a later force majeure*” şeklinde hüküm veren Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest’in 10.12.1996 tarihli kararının çevirisine ulaşmak için bkz. <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961210h1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

⁴¹⁹ **Gillette**, s. 108. Bu hal özellikle ifa engelinin borcun yalnızca bir kısmını etkilediği hallerde önem arz etmektedir.

işletme içi aksaklıklar ve fiyat dalgalanmaları özellikle işlemekte olduğumuz uygulama şartının kapsamına girip girmeme bakımından çok tartışılmıştır. Bu gibi durumlarda ifa engelini önlemesi için veya aşması için borçludan makul ölçüde nelerin beklenebileceğinin tespiti istenmiştir. Burada uygulamada sıklıkla karşılaşılan özel durumlara ilişkin açıklamalarda bulunmakta fayda vardır⁴²⁰.

Öncelikle belirtmek gerekir ki malların yok olduğu durumlarda satıcıdan yok olan malların yerine yenisini koyması, ikame mal ile borcunu ifa etmeye çalışması beklenmektedir. Bu nedenle, eğer ki satıcı yok olan malların yerine yenisini koyarak ifa edebilecek durumda ise ifa engeli önlenemez kabul edilmemekte ve satıcının sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir⁴²¹. Ayrıca, satıcının malları kendi tedarikçisinden tedarik edememesi halinde piyasada bulunan başka bir tedarikçiye yönelerek aynı (veya en azından benzer) kalitede ikame malları tedarik edip alacaklıya teslim ederek borcunu ifa etmesi makul bir çaba olarak görünmüş ve borçlulara yüklenen bir ödev haline gelmiştir⁴²². Ham maddede görülen Fiyat

⁴²⁰ Sıklıkla karşılaşılan bu gibi durumlar hakkında da hakimin somut olaydaki şartları incelemesi ilkesi halen geçerlidir. Diğer bir ifade ile, CISG m. 79 kapsamında bir olay her şart altında aynı derecede önlenemez veya aşılamaz değildir. Her somut olay kendisini çevreleyen vakalarla birlikte incelenerek ifa engelini önlenemez ve aşılamaz olup olmadığı hakkında araştırma yapılmalıdır (aynı yönde bkz. **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 267)

⁴²¹ **Gillette**, s. 110.

⁴²² **DiMatteo v.d.**, s. 160. Ayrıca, aynı yönde CIETAC tarafından 30.11.1997 tarihinde verilen bir karar için bkz.

dalgalanmaları da aynı şekilde tarafların üstesinden gelemeyeceği bir ifa engeli olarak öngörülmemiş ve fiyat dalgalanması nedeniyle ifada bulunamayan borçlunun sorumluluğu devam etmiştir⁴²³. Öte yandan, özellikle satıcı açısından, borçlunun ifa etmesini sağlayan üretim zincirinin ve personelinin hazır bulundurulması ile işletme içi organizasyon gibi hususlar da, borçlunun kontrolü altında oldukları için, bu alanlarda meydana gelebilecek ifa engellerinin genel olarak borçlu tarafından

<<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/971130c1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). Fakat eğer ki taraflar sözleşmede malın tedarik edileceği yeri özel olarak belirtmişse veya bir parça borcu söz konusu ise bu tedarikçinin veya parça borcuna konu malın yok olması durumunda borçlunun sorumluluğu sona erecektir (bkz. **Gillete**, s. 108). Ayrıca, başka tedarikçiden mal temin edilmesi veya malların başka bir teslim noktasına götürülmesi gibi durumlarda da *makul olma* kriterinin unutulmaması ve maliyetin göz önünde tutulması gerektiği yönünde bkz. **Schwenzer**, Hardship, s. 719.

⁴²³ **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, ss. 267-268. Öte yandan, fiyat dalgalanmalarının iş yapılan sektöre göre aynı zamanda öngörülebilir sayıldığı halleri de unutmamak gerekir (bu konuda örnek olarak yukarıda da bahsettiğimiz [bkz. yukarıda §6{II}] Belçika’da 2 Mayıs 1995 tarihinde Rechtbank van Koophandel Hasselt tarafından verilen karar gösterilebilir. Zira mahkeme ahududu fiyatlarının sürekli dalgalanma gösterdiğini ve dalgalanmaların artık öngörülebilir hale geldiğini vurgulamıştır). Ayrıca; genel olarak malî sıkıntıların, ödeme farklı bir kurda yapılacak olsa bile, önlenebilir ve aşılabilir sayıldığı yönünde bkz. **Schlechtrim/Butler**, s. 203.

önlenebilir veya aşılabılır olduğu kabul edilmektedir⁴²⁴. Bu gibi işletme içi meydana gelen ifa engellerine örnek olarak özellikle borçlunun işçilerinin grevleri gösterilmektedir. Doktrinde borçlunun grevi önleyebilmek için elinden geleni yapması gerektiği, grevi önlemeye elverişli ise, işçilerin ücretlerini arttırmasının dahi borçludan beklenebilecek makul bir önlem olarak görülmüştür⁴²⁵. Ayrıca, bir sözleşmede malların teslim edileceği yerle ilgili olarak ithalat yasağı gibi bir ifa engeli söz konusu ise; borçludan malları başka bir yerde teslim etmesini beklemek de makul ölçüde kabul edilmiştir⁴²⁶.

Son olarak, madde metninde düzenlenen “*ifa engelinin ve sonuçlarının*” önlenemez veya aşılamaz olması dikkate değer bir durumdur. Zira bu ifade ile CISG m. 79’dan faydalanmak isteyen bir borçlunun ifa engelinin kendisini önlemesi, bunu önleyemiyorsa en azından sonuçlarının üstesinden gelmesi gerekmektedir. Diğer bir

⁴²⁴ **Schlechtriem/Butler**, s. 201. Yazarlar likidite sıkıntısı, aciz durumu gibi genel olarak işletmenin kendisinden kaynaklanan mali sıkıntıların da bu bağlamda borçluyu sorumluluktan kurtaramayacağı görüşündedir.

⁴²⁵ **Schlechtriem/Butler**, s. 207.

⁴²⁶ **Schwener**, Hardship, s. 719; **Gillette**, s. 109. Benzer bir olay hakkında International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association tarafından verilen 23.10.2007 tarihli *Macromex Srl. v. Globex International Inc.* kararı için bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html>. Mahkeme olayda Romanya’da kuş gribi nedeniyle uygulanan tavuk ithali yasağını kontrol dışı ve öngörülemez bulmasına rağmen tavukların başka bir yerde teslim edilebileceğine karar vermiş ve CISG m. 79’un uygulanamayacağını belirtmiştir.

deyişle, CISG m. 79 uyarınca geçerli bir ifa engelinin hem kendisi hem de yarattığı sonuçlar önlenemez veya aşılamaz nitelikte olmalıdır. Bu noktada kontrolü dışında gerçekleşen bir genel grev halinden engellenen borçlunun durumu örnek gösterilebilir. Zira borçlu ifa engelinin kendisini (yani genel grev halini) önleyemese de alama da işgücünün dış kaynaklardan sağlanmasıyla (İng. *Outsourcing*) yeni işgücü elde edebilir ve bu ifa engelinin sonuçlarının üstesinden gelebilir⁴²⁷. Başka bir örnek ise malı tedarikçiden almayıp doğrudan kendisi üreten ve fırtına nedeniyle üretimde bulunamayan bir çiftçi borçlunun durumu olabilir. Her ne kadar borçlu çiftçi ifa engelinin kendisini (yani fırtınayı) önleyemese de başka bir üreticiden aynı ürünün alınarak karşı tarafa satılması ile bu ifa engelinin sonuçlarını aşabilir⁴²⁸.

IV. İfa Edememe Hali İle İfa Engeli Arasında İlliyet Bağı Olması

CISG m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulmanın son şartı ise gerçekleşen ifa engeli ile ifa edememe hali arasında bir illiyet bağının olmasıdır. Buna göre; ifa engeli teşkil eden olay borçlunun kontrolü dışında gerçekleşme, öngörülemez olma, önlenemez veya aşılamaz olma şartlarını sağlasa bile ancak borçlunun ifa edebilme kabiliyetini esaslı biçimde etkilediği durumlarda borçlu CISG m. 79'dan

⁴²⁷ **Morrissey/Graves**, s. 293. Yazar burada işgücünün yabancı ülkelere sağlabildiği halde dahi borçlunun sorumluluğunun devam edeceğini ifade etmektedir.

⁴²⁸ **Morrissey/Graves**, ss. 293-294.

yararlanarak borçtan kurtulur⁴²⁹. Bu nedenden ötürü, sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun ifa engelinin varlığını ispat etmesi kendiliğinden sorumluluğu ortadan kaldırmaz, aynı anda bu ifa engelinin kendisinin üstlendiği edimi yerine getirmesini nasıl etkilediğini de, diğer şartlarla birlikte kümülatif olarak, ortaya koyması gerekir⁴³⁰.

İllyet bağı şartı en temel mantık kuralları uyarınca her somut olayda kendiliğinden aranması gereken bir şart olduğu gibi⁴³¹, ayrıca madde metninde de “*engelden kaynaklanma*”⁴³² ifadesiyle kendine yer bulmuştur. Bu noktada doktrinde ve verilen kimi mahkeme kararlarında da madde metninde geçen “*engelden*

⁴²⁹ **Enderlein/Maskow**, s. 320; **Atamer**, Commentary, s. 1078; **Gillette**, s. 102.

⁴³⁰ **Liu**, Chengwei, Force Majeure Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law (Force Majeure), 2005, 4.6. Yazar burada ispat yükünün sorumluluktan kurtulmak isteyen tarafın üzerinde olduğunu belirtmektedir (aynı yönde bkz. **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 272. Örnek karar olarak Court of Arbitration of the ICC International Chamber of Commerce tarafından 1992 tarihinde Avusturya ve Bulgaristan’lı taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında verilen 1992/7197 sayılı karara erişmek için bkz.: <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927197i1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

⁴³¹ **Tallon**, s. 582; **Liu**, 4.6.

⁴³² CISG m. 79/I: “...*due to an impediment*...”.

kaynaklanma” ifadesinin ifa engeli ile sözleşmenin ifa edilememesi arasındaki illiyet bağına, sebep-sonuç ilişkisine işaret ettiğine dikkat çekilmiştir⁴³³.

Madde içinde aranan illiyet bağı şartı uyarınca ifa kabiliyetine yapılan her türlü etki borçluyu sorumluluktan kurtarmaz, yalnızca *esaslı bir etkileme* bunu başarabilir⁴³⁴. Bizce de bir ifa engelinin sözleşmenin ifa edilmemesine sebep olduğunu iddia edebilmek için ifa engeli ile borca aykırılık arasındaki ilişki ciddi düzeyde olmalı, ifa kabiliyetiyle uzak bir alaka içerisinde olan ifa engelleri borçlunun sorumluluktan kurtulması için yeterli olmamalıdır. Bu bakımdan hakim her somut olayda ifa engeli ile ifa edememe durumu arasında ciddi bir ilişki olup olmadığını inceleyerek karar vermek durumundadır⁴³⁵.

⁴³³ Aynı yönde bkz. **Liu**, 4.6. Örnek karar olarak International Centre for Dispute Resolution of the American Arbitration Association tarafından 23.10.2007 tarihinde verilen *Macromex Srl. v. Globex International Inc.* kararına ulaşmak için bkz. <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071023a5.html>>>____[son erişim tarihi: 28.05.2017]). Mahkeme bu kararında sorumluluktan kurtulma şartlarını sıralamış ve tıpkı bizim yaptığımız gibi nedensellik bağıni dördüncü unsur olarak saymıştır: “*This requirement essentially requires a showing of causality between the impediment and the non-performance. The non-performance of the contract must be 'due to' the impediment.*”.

⁴³⁴ **Gillette**, s. 102.

⁴³⁵ **Liu**, 4.6; **Tallon**, s. 582.

Borcun birbirinden farklı ve ayrı sebeplerden ötürü ifa edilemediği hallerde borçlunun sorumluluğu tartışma konusu olmuştur. Doktrinde bir görüş borçlunun sözleşmeden kurtulması için sözleşmeye aykırılık durumunun yegane sebebinin ifa engeli olması gerektiğini savunmaktadır⁴³⁶. Bu görüş uyarınca bir ifa engeli, borçlunun borca aykırılığa sebep olmaya elverişli davranışının önüne geçse bile, borca aykırılığa tek başına sebep olmadığı için CISG m. 79 uygulama alanı bulamamakta ve borçlunun sorumluluğu devam etmektedir⁴³⁷. Örnek olarak; malları hatalı paketleyen bir alıcı malları teslim ederken kontrolü dışında, öngörülemeyen ve aşılabilir bir kaza meydana gelir ve mallar bu kaza nedeniyle zarar görürse, bu görüşü savunan yazarlara göre, borçlunun sorumluluğu devam edecektir. Zira borca aykırı duruma sebep olan tek durum malları yok eden kaza değildir, mallar hatalı paketlenmesi için kaza olmasaydı dahi sözleşmeye aykırılık meydana gelecektir. Bu nedenle borçlunun sorumluluğunun devam etmesi gerekmekte olup, hakimler takdiren dahi tazminat miktarını indirmemelidir. Bir başka örnekte ise; vade zamanında ifada bulunmayacağını önceden açıklayan bir borçlunun elindeki mallar

⁴³⁶ **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 272.

⁴³⁷ **Tallon**, s. 582; **Schwenzer**, Commentary, ss. 1069-1070 (yazar her ne kadar sorumluluktan kurtulmak için ifa engelini sözleşmeye aykırılığı oluşturan yegane sebep olması gerektiğini savunsun da borca aykırı davranış olmadığı halde dahi ifa engelini sözleşmenin ifa edilmesinin önüne geçeceği hallerde artık CISG m. 79'un uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bu bakımdan yazar borçlunun sorumluluğunu farazi duruma göre tayin etmektedir.).

önlenemez nitelikte bir yangın nedeniyle yok olsa dahi, ileride sözleşmeye aykırı davranacağı kesinleştiği için, sorumluluktan kurtulamayacaktır⁴³⁸.

Öte yandan, aksi yönde bir görüş ise borçlunun bir ifa engeli neticesinde sorumluluktan kurtulabilmesi için bu ifa engelini sözleşmeye aykırılığın yegane kaynağı olmasını aramamaktadır⁴³⁹. Anılan görüşe göre önemli olan sözleşmeye aykırılık ve ifa engelleri göz önüne alındığında sonuç olarak borçluya yansıyan durumdur. Zira ifa engelini mevcut olduğu bir durumda borçlunun sözleşmeye aykırılığı nedeniyle alacaklının zararında bir artış söz konusu değildir. Bu bakımdan, verilen örnek için, malların yanlış paketlenmesinin alacaklının zararını arttırıp arttırmadığı büyük önem arz etmektedir. Eğer ki borca aykırı davranış alacaklının zararı arttırmadıysa faraziye üzerinden borçlunun sorumluluğunun devam ettirilmesi anlamsız olacaktır. Bu nedenle hem borçlunun borca aykırı davranışı hem de CISG m. 79'a uygun bir ifa engelini mevcut olduğu bir durumda sözleşmeye aykırı durumun *son raddede* hangi sebeple meydana geldiği tespit edilmelidir. Dolayısıyla, bir ifa engeli meydana geldiği zaman, önüne geçtiği ölçüde, kendinden önceki tüm borca aykırı davranışları bünyesinde sindirecek ve borçluyu sorumluluktan kurtaracaktır. Özellikle geç ifa dahi ifa engeli karşısında etkisiz olacak ve ifa engeli ispat edildiği takdirde borçlu sorumluluktan kurtulacaktır. Bir başka deyişle, borcun zamanında yerine getirilmesinin sonucu değiştirmeyeceği tespit edilirse (örneğin

⁴³⁸ **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 272.

⁴³⁹ **Enderlein/Maskow**, s. 320; **Atamer**, Commentary, s. 1079.

mallar zamanında teslim edilseydi dahi ifa engeli nedeniyle yok olacağı durumu) borçlu sorumluluktan kurtulacaktır⁴⁴⁰.

Kanaatimizce ikinci görüşe ağırlık verilmelidir. Zira tartışmada benimsenen bakış açısı “*zaten ifa engeli olmasaydı da borca aykırılık meydana gelecekti*” şeklinde değil, “*zaten sözleşmesel yükümlülükler yerine getirilseydi de ifa engeli nedeniyle sözleşmeye aykırılık meydana gelecekti*” şeklinde olmalıdır. Bir diğer ifadeyle, borçlu zaten faydasız kalacak bir harekette bulunmadığı için cezalandırılmamalı ve sorumluluğu devam etmemelidir. Bu noktada borçlunun borca aykırı davranışı ile ifa engeli arasındaki ilişki önem taşımaktadır. Borçlunun borca aykırı davranmadığı halde dahi ifa engeli, tek başına ve borca aykırılığın mevcut olduğu aynı derecede, sözleşmeye aykırılığı meydana getirecek idiyse artık borçlunun borca aykırı davranmamasının sözleşme ilişkisi açısından bir önemi kalmamaktadır. Zira borçluya yansıyan sonuç değişmemekte ve borca aykırı davranış ifa engeli tarafından yutulmaktadır⁴⁴¹.

⁴⁴⁰ **Atamer**, Commentary, s. 1079; **Enderlein/Maskow**, s. 320.

⁴⁴¹ Geline aşamada belirtmek gerekir ki **Schwenzer** tarafından savunulan görüşe katılmıyoruz. Yazar ifa engelinin borçluyu sorumluluktan kurtarması için yegane sebep olması gerektiğini savunurken; ifa engelinin borca aykırı davranışı yuttuğu halde, yegane sebep olmasa da, borçluyu sorumluluktan kurtardığını savunmaktadır (**Schwenzer**, Commentary, ss. 1069-1070). Halbuki bu iki durumda da borçluya yansıyan sonuç değişmemekte ve sözleşme ilişkisinin gerçekte ulaştığı sonuç fark göstermemektedir. Tamamen hayali bir durum esas alınarak bir borçlu sorumluluktan kurtulurken, diğer borçlu sorumlu olmaya devam etmektedir. Bizce bu durum

Öte yandan, unutulmamalıdır ki CISG m. 79 kapsamında düzenlenen ifa engeli kendisi gerçekleşmeden önce borçlu tarafından yapılan olumlu-olumsuz tüm hareketleri devredışı bırakmaktadır. Bu durum CISG m. 79’da bahsi geçen ifa engelinin *kontrol dışı, önlenemez veya üstesinden gelinemez olmasından* kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan, borçlunun bir ifa engeli nedeniyle sorumluluktan kurtulması için zaten bu ifa engelinin sözleşmeye etki etmemesi için elinden gelen tüm çabayı sarf etmiş olması gerekecektir⁴⁴². Bu çabayı sarf etmiş bir borçluyu hâlâ

hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Zira iki borçlunun da edimi ifa engeli nedeniyle sekteye uğramış ve borçluya yansıyan durum aynı olmasına rağmen borçlular farklı derecede sorumlu tutulmuştur. Yazar eğer ki ifa engelinin borca aykırı davranışı yuttuğu halde sorumluluğun devam etmediğini kabul ediyorsa ifa engelinin borca aykırılığı yutmadığı halde de sorumluluğun devam etmediğini kabul etmelidir. Zira CISG m. 79’da yapılan tanım gereği, ifa engeline sebep olmadıkça, ifa engeli tarafından yutulamayan bir borca aykırılık düşünülemez. Çünkü, borca aykırı davranış ifa engelinin sebebi olmadıkça, CISG m. 79’da düzenlenen ifa engeli zaten kontrol dışı gerçekleşmiş ve borçlu tarafından önlenememiş, aşılammış ve öngörülememiştir.

⁴⁴² Bu noktada doktrinde yer alan bir örnek oldukça açıklayıcıdır: eğer ki borçlu gemide yer alan malları ulaşması gereken limana girişin imkansız olması nedeniyle zamanında teslim edemezse gecikmeden doğan zarardan sorumlu değildir. Ancak borçlu bu gecikme esnasında malların gemideyken zarar görmesini engellemek için gerekli önlemleri almayı ihmal ettiyse (örneğin bozulma riski altındaki malları soğuk bölümlerde muhafaza etmediyse) bu ihmal nedeniyle malların zarar görmesinden

sözleşmeden sorumlu tutmanın bir faydası kalmayacaktır. Eğer borçlu elinden gelen çabayı sarf etmediyse zaten CISG m. 79 uyarınca sorumluluktan kurtulamayacak ve sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olduğu kısmı alacaklıya ödeyecektir. Aksi görüş kabul edildiği halde, zaten oldukça istisnai uygulanacak olan bir ifa engeli hükmü tamamen anlamsız hale gelecektir.

V. Kusursuzluğun Belirleyici Olmaması

CISG’de genel itibariyle Kıta Avrupası sistemlerinde benimsenen kusur sorumluluğu ilkesi reddedilmiş, kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir⁴⁴³. Bu bakımdan; CISG uyarınca sözleşmeye aykırılıktan sorumluluk, sözleşme ihlalini gerçekleştiren tarafın kusurundan ari olarak, objektif bir vaka olarak tarif edilir⁴⁴⁴. Bu nedenle; borçlu sorumluluktan kurtulmak için kusursuz olduğunu ispat etse de fayda

sorumludur (bkz. **Atamer**, Commentary, s. 1078, yazar ayrıca sözleşmeyle teslim edilmesi üstlenilen malın cins borcu veya parça borcu olmasının da sorumluluğu belirleyici olduğunu savunmaktadır. Zira, eğer ki bir cins borcu üstlenilmişse alacaklı her halde ifa engeli nedeniyle yok olan malların tedarik edilmesinden sorumlu olmaya devam edecektir.).

⁴⁴³ **Honnold**, International Sales Law, s. 620; **Schwenzer/Hachem**, ss. 472-476; **Davies/Snyder**, s. 326.

⁴⁴⁴ **Enderlein/Maskow**, s. 173.

etmez⁴⁴⁵. Borçlu yalnızca yukarıdaki başlıklarda açıklanan şartların kendisinde gerçekleştiğini ispat edebildiği belli hallerde sorumluluktan kurtulur, zira kusur unsuru sorumluluğun kurucu bir unsuru değildir⁴⁴⁶. Bir başka deyişle; kusur, sorumluluğun şartlarından olmadığı için, kusursuzluk da sorumluluktan kurtulmanın şartlarından olamaz. CISG m. 79 hükmü, bünyesinde belirlediği şartlarla sorumluluğun ortadan kalktığı hallerin sınırını kusurdan uzak bir şekilde çizmiştir. Bu sebepten ötürü kusurlu bir kişi CISG m. 79’da düzenlenen şartları bünyesinde taşıdığı için sorumluluktan kurtulabilir veya kusursuz bir kişi CISG m. 79’da yer alan şartları sağlayamadığı için sorumlu olmaya devam edebilir⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ **Liu**, 4.6.

⁴⁴⁶ **Enderlein/Maskow**, s. 173; **Köroğlu**, s. 793; **Huber**, Peter, CISG: Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları (Çev.: Başoğlu, Başak), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (ed. Atamer, Yeşim), İstanbul 2008, ss. 267-285, s. 268; **Schwenzer/Fountoulakis/Dimsey**, s. 583. Ayrıca, borçlu CISG m. 80’de yer alan “sözleşmeye aykırılık halinin karşı taraf nedeniyle gerçekleştiği” hipotezini ispat ederek de sorumluluktan kurtulur. Zira bu iki madde CISG’de sorumluluktan kurtulma bölümünü oluşturan yegane maddelerdir. Hatta CISG m. 80 uyarınca sorumluluktan kurtulma, uygulama şartının tabiatı nedeniyle, çok daha geniş bir kurtulmadır. Zira CISG m. 79’da yalnızca tazminat sorumluluğundan kurtulunurken, CISG m. 80 uyarınca sözleşmeye dair her türlü hakkını kaybeder. Ancak bu maddede de sorumluluktan kurtulan borçlunun kusur durumu araştırılmaz (bkz. yukarıda §3[V]).

⁴⁴⁷ **Honnold**, International Sales Law, s. 20.

VI. Uygulama Şartlarını İspat Yüğü

CISG'in Tazminat sorumluluğundan kurtulmayı düzenleyen CISG m. 79 hükmü açıkça ifa engelinin gerçekleştiğinin borçlu tarafından ispatlanması gerektiğini düzenlemektedir. Bu bakımdan doktrinde de ifa engelinin sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu tarafından ispatlanması gerektiği ittifakla kabul edilmektedir⁴⁴⁸. Aynı şekilde değişik merciler tarafından verilen yargı kararlarında da borçlunun ifa engelinin varlığını ispat etmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁴⁹. Bu yükümlölük CISG m. 79/T'de yer alan bütün şartların borçlu tarafından tek tek

⁴⁴⁸ **Schlechtriem/Butler**, s. 207; **Enderlein/Maskow**, s. 321; **Liu**, 4.6; **Lookofsky**, Understanding the CISG, s. 138; **Ayanoğlu Morali**, s. 304; **DiMatteo v.d.**, s. 159; **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 272; **Sert**, s. 244; **Gillette**, s. 109.

⁴⁴⁹ BGH tarafından verilen 9.01.2002 tarihli kararı (kararın içeriğı için bkz. **Perales Viscasillas**, Pilar, Battle of the Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, Vol. 6, No. 2, 2002, ss. 217-228); Court of Arbitration of the ICC International Chamber of Commerce tarafından verilen 1992 tarihli 1992/7197 numaralı karar (erişim için bkz.: <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/927197i1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]); OLG Hamburg tarafından verilen 28.02.1997 tarihli demir-molybdenum kararı (erişim için bkz.: <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

ispatlanması gerektiği şeklinde tezahür etmektedir⁴⁵⁰. Bu açıdan CISG’de borçlu karineten sorumlu kabul edilmekte, borçlu yalnızca ifa engeli halini ispat ettikten sonra sorumluluktan kurtulmaktadır⁴⁵¹. Bu bakımdan CISG m. 79 hükmü Antlaşma’nın diğer maddelerinden farklılık göstermektedir. Zira CISG m. 79 hükmü ispat yükünün açık bir şekilde düzenlendiği tek hükümdür⁴⁵².

İspat yükünü düzenleyen tek hüküm olması 79. maddeyi CISG’in diğer maddelerindeki ispat yükünün belirlenmesi için adeta bir sıçrama tahtası haline getirmektedir. Zira CISG’in diğer düzenlemelerinde ispat yükünün düzenlenmemiş olması CISG’in ispat yükünü düzenlemediği ve kapsam dışı bırakarak tarafları ulusal hukuklara yönlendirdiği yönünde fikirlere dayanak oluşturmuştur. Ancak bu gibi tartışmalarda CISG m. 79 hükmü ispat yükünü düzenlemiş olmasıyla *CISG’in aslında ispat yükünü düzenlediği ancak her madde için açıkça belirlemediği* düşüncesinin oluşmasına katkı sağlamıştır⁴⁵³. Bu bakımdan ispat yükünün kimde

⁴⁵⁰ ; **Gillette**, s. 105; **Schlechtriem/Butler**, s. 207 (yazarlar üçüncü kişinin ifa engeline takılması hipotezine dayanarak sorumluluktan kurtulmada üçüncü kişinin ifa engeline düştüğünün ispatının da borçluda olduğuna dikkat çekmektedir).

⁴⁵¹ **Schlechtriem/Butler**, s. 200.

⁴⁵² **Gillette**, s. 100.

⁴⁵³ **Liu**, 4.6. Bu metodun kullanıldığı örnek bir mahkeme kararı için bkz. Tribunale di Vigevano tarafından verilen 12.07.2000 tarihli *Rheinland Versicherungen v. S.r.l. Atlarex and Allianz Subalpina S.p.A* kararı paras. 22-23 (erişim için bkz. <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). Mahkeme malların sözleşmeye uygunluğuna ilişkin bir uyuşmazlıkta

olduğunun, CISG m. 7/II uyarınca, lehine durum sağlayanın bu durumu ispat etmekle yükümlü olduğu gibi, Antlaşma'nın genel ilkelerine dayanarak, her madde için ayrı ayrı tespit edilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁵⁴.

Özellikle tazminat sorumluluğunun temel dayanağını olan CISG m. 74 hükmünde, CISG m. 79'un aksine, ispat yükünün kimde olduğuna ilişkin açık bir hüküm mevcut değildir. Ancak doktrinde CISG m. 7/II uyarınca konunun ele alındığı

ispat yükünün CISG m. 4'te açıkça kapsam dışına itilmemiş olmasını ve m. 79'da açıkça düzenlenmiş olmasını temel almıştır. Mahkeme CISG m. 38 ve 39 hakkında ulan önündeki uyuşmazlıkta ispat yükünün CISG'de sessiz olarak düzenlendiğini ve CISG m. 7/II uyarınca CISG'in temel aldığı genel ilkelere göre belirlenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Daha sonra mahkeme *“bir hukuki durumdan faydalanan kişinin onun varlığını ispatla mükellef olduğunu”* genel ilke kabul ederek ispat yükünü sorumluluktan kurtulmak isteyen borçluya yıkmıştır. Biz de mahkemenin izlediği hukuki metod ve sonuca katılıyoruz.

Bir başka mahkeme kararında ise, yine aynı ilke gereğince, malların sözleşmeye uygunluğu bahsinde muayene yükümlülüğünü yerine getirmedi normalden fazla süre isteyen borçlunun bu ek süreyi hukuka uygun hale getiren sebepleri ispatlanması istenmiştir (HG Zurich tarafından verilen 30.11.1998 tarihli karar (erişim için bkz.: <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981130s1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017])).

⁴⁵⁴ Aynı yönde bkz. **DiMatteo v.d.**, ss. 172-174 (yazar CISG m. 74'te ispat yükünün belirlenmemiş olması halini CISG m. 79/I ve CISG m. 7/II yardımıyla aşmakta ve zararı ispat yükünü tazminatta menfaati olan alacaklıya yıkmaktadır); **Liu**, 4.6.

ancak açıkça düzenlenmediği ifade edilmiş ve ispat yükünün borçluda olduğu kabul edilmiştir⁴⁵⁵. Bizce de bu görüş, alacaklının zararın ispatından menfaat sağlayacak kişi olmasından ötürü, yerindedir. Bu doğrultuda CISG'in tazminat sorumluluğu rejimi de oldukça sağlam bir mantıksal temele oturmaktadır: sözleşmeye aykırılık meydana geldiğinde alacaklı taraf zararını ispat etmekle mükelleftir. Borçlu ise buna karşılık borca aykırı davranışını *affettirecek* ifa engeli hallerini ispatlamaya çalışacaktır. Bu tablo, kanaatimizce, sözleşmeler hukukunun temel mantığına uygun ve dengeli gözükmektedir.

§ 7) BORÇLUNUN SORUMLULUKTAN KURTULMASI VE ALACAKLININ SEÇİMLİK HAKLARININ DURUMU

I. Borçlu İfa Engeli Sayesinde Tazminat Sorumluluğundan Kurtulur

CISG m. 79/I'de düzenlenen şartları haiz bir ifa engeli borçlunun bünyesinde gerçekleştiği zaman borçlu, madde metninde anıldığı şekilde, sorumlu olmayacaktır⁴⁵⁶. Madde metninde yalnızca *sorumlu olunmayacağı* düzenlenmekte olup, *sorumlu olmama halinin içeriğini* açık bir şekilde belirtilmemiştir. Ancak, özellikle de ifa engelinden tazminat talebi dışındaki diğer hakların etkilenmeyeceğini

⁴⁵⁵ **Magnus**, s. 293.

⁴⁵⁶ İng.: *Not Liable*.

zikreden CISG m. 79/V hükmü çerçevesinde⁴⁵⁷, sorumlu olunmayan borcun sözleşmeye aykırılıktan doğan zarardan ötürü alacaklıyı tazmin borcu (CISG m. 74) olduğu kabul edilmektedir⁴⁵⁸. Bu bakımdan borçlu bir ifa engeli nedeniyle borcunu yerine getiremediği vakit *bu ifa engeli nedeniyle gerçekleşen ifa edememenin yol açtığı zararı tazmin borcundan* sorumlu olmamaktadır. Bir diğer ifadeyle, borçlu sözleşmeye aykırı hareketinin sebebi olarak şartları CISG m. 79’da belirtilen ifa engelini gösterebildiği anda alacaklı tazminat talep edebilme hakkını kaybetmektedir.

Gelinen aşamada dikkat çekilmesi gereken nokta ifa engelini gerçekleşmesinin sözleşmenin varlığına ve geçerliliğine bir etki etmemesidir⁴⁵⁹. Bu bakımdan, borçlunun ifa kabiliyeti ifa engeli nedeniyle azalmış ve borçlu bu nedenle sözleşmeye aykırı bir durum meydana getirirse de borçlunun borcu varlığını sürdürmekte ve sözleşme ayakta kalmaya devam etmektedir⁴⁶⁰. Bu nedenle ifa engelini meydana geldiği durumlarda sözleşmenin geçersiz hale geldiği veya

⁴⁵⁷ CISG m. 79/V: “*Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention*”.

⁴⁵⁸ **Honnold**, International Sales Law, s. 614; **Nicholas**, s. 5-17.

⁴⁵⁹ **Davies/Snyder**, s. 331.

⁴⁶⁰ **Schlechtriem/Butler**, s. 201. Bizce CISG’in bu yapısı özellikle Müşterek Hukuk sistemleriyle olan yakınlığına dikkat çekmektedir. Zira imkansızlık hallerinin sözleşmenin geçerliliğine etki etmesi durumunun daha çok Kıta Avrupası Hukuk Sistemi’ni benimseyen ülkelerde mevcut olduğunu yukarıda da belirtmiştik (bkz. yukarıda §1[I]{A}).

borcun sona erdiği iddia edilemeyecektir. Alacaklının alacak hakkı hâlâ varlığını sürdürmekte ve borçlu borcunu ifa etmekle yükümlü olmaya devam etmektedir⁴⁶¹.

II. Diğer Sözleşmesel Hakların İfa Engeli Karşısındaki Durumu

CISG m. 79/V hükmü, tazminat sorumluluğundan kurtulan borçlunun bu avantajlı durumu karşısında alıcının sözleşmeye aykırılıktan doğmuş bulunan diğer haklarının ne durumda olacağını düzenler. Bu nedenle **Honnold**'a göre; CISG m. 79 hükmünün en iyi şekilde anlaşılması için, madde incelenirken önce I. ve V. fıkralara bakılmalı ve daha sonra II, III ve IV. fıkralar inceleme konusunu oluşturmalıdır⁴⁶². Zira yazara göre sözleşmesel hakların akıbetini asıl bu iki fıkra hükmü belirlemekte, diğer fıkralar yalnızca bazı özel durumları düzenleme altına almaktadır. Bizce de bu tespit doğrudur. Çünkü esasen CISG m. 79/I çeşitli özellikler belirtme yoluyla *hangi durumların ifa engeli oluşturacağı* sorusunu yanıtlarken, CISG m. 79/V ise tazminat

⁴⁶¹ Bu konu aynı zamanda CISG m. 79/V kapsamına girmektedir. Zira alacaklının aynen ifa talebi de tazminat dışı bir sözleşmesel hak olarak bu maddenin kapsamındadır. Öncelikle belirtebiliriz ki, anılan fıkra hükmü gereği aynen ifa talep edebilme hakkı, kural olarak, ifa engelini varlığından etkilenmeyecektir. Bu kuralın istisnaları için aşağıda bkz. §7(II)[B].

⁴⁶² **Honnold**, International Sales Law, s. 613.

talebi dışındaki hakların ifa engelinden etkilenmeyeceğini düzenleyerek *ifa engellerinin hukuki sonuçlarının ne olacağı* sorusunu yanıtlamaktadır⁴⁶³.

İncelemekte olduğumuz CISG m. 79/V hükmü açıkça borçlunun CISG m. 79/I'e göre tazminat sorumluluğundan kurtulmasının alıcının tazminat dışındaki haklarını etkilemeyeceğini düzenlemektedir. Bir anlamda bu sayede CISG, ifa engellerinin etki alanını yalnızca tazminat sorumluluğu ile sınırlandırmış, diğer sözleşmesel borçların ise ifa engellerinden etkilenmeden ayakta kalmasını sağlamıştır⁴⁶⁴. Zira CISG kapsamında sözleşmeye aykırı davranışa maruz kalan tarafın, sözleşmeye aykırılığın şiddetine göre⁴⁶⁵, borçluya karşı birçok hakkı

⁴⁶³ **Flambouras**, Comparative Remarks, 4.

⁴⁶⁴ **Honnold**, International Sales Law, s. 614.

⁴⁶⁵ **Atamer**, Genel Bakış, s. 230 (yazar CISG'de belirleyici ölçütün esaslı ihlal olduğunu vurgulamaktadır). Belirtmek isteriz ki sözleşmeye aykırılık haline bağlanan değişik sonuçlar CISG'de yeknesak sözleşmeye aykırılık halinin kabul edilmediği şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira CISG'in burada öngördüğü değişik sonuçların hepsi aynı hipotezin sonucu olarak meydana gelir: borçlunun sözleşmeye aykırı hareketi. Burada doğan seçimlik haklar borca aykırı hareketin sebebini teşkil eden değişik hipotezler değil, bu yeknesak hareketten doğan ve hareketin şiddetine göre değişen farklı sonuçlardır (CISG'in bu ayrımı yalnızca hukuki sonuçlar bakımından yaptığı yönünde bkz. **Birinci Uzun**, s. 157). Örneğin alacaklının CISG m. 49/I(a) (alıcı ise) veya CISG m. 64(I)(a) (satıcı ise) uyarınca sözleşmeyi feshedebilmesinin en önemli şartlarından birisi borçlunun sözleşmeye esaslı derecede aykırı (İng. *Fundamental Breach*) olmasıdır. Eğer ki sözleşmenin ihlali *esaslı ihlal* şiddetine ulaşmadıysa,

mevcuttur ve madde hükmüne göre bu haklardan tazminat hakkı dışındakiler ifa engelinden etkilenmeden varlığını sürdürmeye devam eder⁴⁶⁶. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, tazminat sorumluluğunun ortadan kalktığı tartışmadan uzak olsa da, burada ortadan sorumluluk yalnızca 79/I uyarınca sözleşmeye aykırı davranıştan doğan zararın giderilmesi sorumluluğudur. Zira eğer ki borçlu aynı zamanda CISG m. 79/IV uyarınca ifa engelini geç bildirdiği için alacaklıya zarar vermişse bu zararı tazmin etme yükümlülüğü hukuki niteliği farklı olması sebebiyle ayakta kalır ve alacaklı bunu talep edebilir⁴⁶⁷.

CISG m. 79/V hükmünün getirilmesinin sebeplerinden biri de aynı zamanda CISG'in kendisinin farklı hukuk sistemleri arasında bir orta yol olması ve ifa engellerinin değişik hukuk sistemlerini bağdaştırmasındandır. Zira farklı hukuk sistemlerinde ifa engelleri için farklı teoriler savunulmuştur. Ayrıca, farklı durumlar için farklı teoriler öngörüldüğü gibi; aynı durumlara da farklı teoriler uygulanmıştır. CISG m. 79 da yeknesak uygulama ve ulusal hukuklarda yer alan dogmalardan kopuş amacı ile farklı ifa engelleri teorilerini tek bir potada eritmeyi denemiştir. Bu alacaklı tazminat talebi veya bedelde indirim gibi diğer haklara yönelmekle yetinecektir (aynı yönde bkz. **Graffi**, s. 338.

⁴⁶⁶ **Atamer**, Diğer Haklar, s. 489; **Vilus**, s. 254.

⁴⁶⁷ **Köroğlu**, Belin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Sa. 1-2, Ankara 2013, ss. 775-804, s. 793. Ayrıca, CISG m. 79/I ve 79/IV'te bahsedilen tazminat sorumluluklarının farklı olduğu yönünde bkz. **Magnus**, s. 306; **Ayanoğlu Morali**, s. 304.

nedenle (özellikle Müşterek Hukuk ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde benimsenen bu teorilerin uygulama şartları, ve borcun hukuki geçerliliğine etkilerindeki farklılıklardan ötürü) CISG m. 79/V getirilerek bir orta yol bulunmuş ve tazminat dışındaki haklar da ifa engeline takılan borçlu karşısında öne sürülebilir kılınmıştır⁴⁶⁸. Ancak belirtmek gerekir ki CISG m. 79/V düzenlemesi özellikle dönme ve aynen ifa taleplerini ilgilendirmektedir⁴⁶⁹. Biz de bu bakımdan özellikle bu hakların ifa engeliyle ilişkisini irdelemekte fayda görüyoruz.

A. Alacaklının Seçimlik Hakları ve Genel Olarak İfa Engelleri Karşısındaki Durumları

CISG’de öngörülen sorumluluk sistemi uyarınca taraflar her türlü sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı sorumlu olacaktır. Sözleşmesel edimin yerine getirilmediği her yerde sorumlu olmayı kabul eden tarafların bu edimlere uygun davranmadıkları zaman, uygun davranmama olgusunun şiddetine göre, sözleşmenin

⁴⁶⁸ **Vilus**, s. 254. Yazar burada özellikle force majeure halinin bir borçluyu sorumluluktan kurtarıken, *impracticability* ve *imprévision* hallerinin borçlunun borcunu ortadan kaldırdığına dikkat çekmektedir. Zira yazara göre oldukça farklı olan bu hallerin tek bir hipotezle düzenlenmeye çalışılması karışıklıklara neden olacağı için hatalıdır.

⁴⁶⁹ **Ayanoğlu Moralı**, s. 304. **Honnold**, International Sales Law, s. 640.

diğer tarafında bulunanın çeşitli hakları gündeme gelecektir⁴⁷⁰. Önemle belirtmek isteriz ki; her türlü sözleşme ihlalinde tarafların tazminat sorumluluğu gündeme gelecek olup, CISG’de özellikle tazminat sorumluluğu açısından sözleşme ihlalinin belli bir şiddete ulaşması şartı aranmamıştır⁴⁷¹. Bu bakımdan sözleşmeye aykırı bir davranış halinde, her iki tarafın da, ilk ve en önemli haklarının tazminat talebi olduğu savunulabilir. Zira her türlü sözleşme ihlalinde gündeme gelebilen tazminat talebi hakkı, aşağıda bahsedilecek diğer hakların aksine, alacaklının her seçimlik hakkıyla yan yana ve eş zamanlı olarak öne sürülebilen, oldukça işlevsel bir haktır⁴⁷². Öte yandan, alacaklıların sözleşmeye aykırı bir davranış karşısında aynen ifayı talep etme ve (esaslı ihlal olması halinde) sözleşmeyi feshetme hakları da mevcuttur.

⁴⁷⁰ Aynı yönde bkz. **Atamer**, Armağan, s. 336; **Schlechtriem**, Civil Panel, para. 2; **Birinci Uzun**, s. 158 (yazarlar bu bakımdan CISG’e tabi sözleşmelerdeki her türlü taahhüdün bir garanti sorumluluğu yüklediğini ifade etmektedir). Sözleşmeye aykırılığın çeşidine göre değil, şiddetine (esaslı ihlal olup olmamaya) göre seçimlik hakların değiştiği yönünde bkz. **Enderlein/Maskow**, s. 173; **Graffi**, s. 338; **Atamer**, Genel Bakış, s. 230.

⁴⁷¹ **Lorenz**, Alexander, Fundamental Breach Under the CISG, Pace Essay Submission, 1998, II (D) (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]); **Graffi**, s. 338. Kanaatimizce bu durum CISG’de benimsenen kusursuz sorumluluk ilkesinin de bir yansımasıdır (CISG’de kusursuz sorumluluk ilkesinin benimsendiğine dair bkz. **Honnold**, International Sales Law, s. 620).

⁴⁷² **Zeller**, Unification, s. 57 (yazar özellikle aynen ifa talebiyle birlikte tazminat talep edilebileceğine dikkat çekmektedir); **Birinci Uzun**, s. 157.

CISG’de alacaklının sözleşmeye aykırılığa karşı öne sürebileceği diğer seçimlik haklar ise genel olarak; ikame mal talep edilmesi, maldaki ayıbın tamirle giderilmesi, satım bedelinde indirim ve faiz talebi gibi CISG’in muhtelif maddelerinde düzenlenen haklardır⁴⁷³. Bu hakların esasen sözleşmenin feshedilmesi, aynen ifa ve tazminat taleplerinden farkı alacaklının sözleşme içerisinde bulunduğu (alıcı veya satıcı olarak) konuma göre kullanılıp kullanılamamasıdır. Zira, örneğin ikame malların teslimi (CISG m. 46/II) yapısı gereği mal teslim ediminin alacaklısı olan alıcı tarafın elinde olan bir haktır⁴⁷⁴. Ancak zaten konumuz olan CISG m. 79/V hükmü sözleşmenin alıcı ve satıcı taraflarına da eşit uygulandığı için, öne sürülebilecek hak çeşitleri farklılık gösterse de, maddenin etkisi iki taraf için de aynıdır: tazminat dışındaki seçimlik haklar ifa engelinden etkilenmez⁴⁷⁵. Bir başka deyişle; borçlu, borca aykırı hareketinin nedeninin ifa engeli olduğunu göstererek

⁴⁷³ **Lookofsky**, Joseph, Understanding the CISG: Third (Worldwide) Edition (Understanding the CISG), Kluwer Law International 2008, s. 110 vd.; **Birinci Uzun**, s. 157; **Zeller**, Unification, s. 57; **Köroğlu**, s. 793; **Graffi**, s. 338

⁴⁷⁴ **Graffi**, s. 338.

⁴⁷⁵ CISG m. 79’un genelinde olduğu gibi, beşinci fıkranın da alıcı ve satıcıya eşit uygulanacağı yönünde bkz. **Köroğlu**, s. 793 (yazar aynı zamanda CISG m. 79/V hükmünün CISG m. 79/I ve II hükümlerinde düzenlenen ifa engelleri hallerine de eşit uygulanacağını haklı olarak belirtmiştir). Ancak, üstlenilen edimlerin niteliğinden ötürü, diğer hakların saklı kalması hususu önemini daha çok satıcının sözleşmeye aykırı davranışta bulunması halinde gösterir ve bu nedenle CISG m. 79/V hükmü daha çok alıcılar için geçerlidir (bkz. **Nicholas**, ss. 5-18 - 5-19).

alacaklının seçimlik haklarını kullanmasını engelleyemez⁴⁷⁶. Bu bağlamda, kural olarak, iki tarafın da ifa engelinden sonra tazminat talebi dışındaki her türlü hakkı saklı kalmaktadır⁴⁷⁷. Paralel olarak, ifa engeli karşısında alacaklının bedelde indirim hakkı ve faiz talep etme hakları da ifa engelinden etkilenmeyecek, ayakta kalacaktır⁴⁷⁸. Burada özellikle bedelde indirim hakkının varlığını koruması tazminat talebi hakkını yitiren alacaklının mali olarak avantajlı duruma getirilmesinde ikinci bir alternatif olması yönüyle önemlidir⁴⁷⁹. Zira bu sayede alacaklı tazminat talep ederek aktif elde etmese de vermekle yükümlü olduğu miktarda azalmaya giderek pasiften kurtulmaktadır. Ancak bu durum, bedel ödeme borcunun yapısından ötürü, daha çok alıcı konumunda bulunan alacaklıları ilgilendirmektedir.

⁴⁷⁶ Sözleşme ihlalinde bulunan borçlu tarafın alacaklının seçimlik haklarını kullanmasını engelleme hakkı CISG m. 37’de tanınmıştır. Bu maddeye göre yalnızca satıcı konumdaki borçlular sözleşmeye aykırılığı gidererek alıcı konumdaki alacaklıların seçimlik haklarını kullanmalarını engelleyebilirler (detaylı bir inceleme için bkz. **Gündoğdu**, Fatih, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’na [CISG] Göre Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkı, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı [Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan-C.II], C. 15, Sa. 1, ss. 639-660, s. 640 vd.).

⁴⁷⁷ **Nicholas**, s. 5-17.

⁴⁷⁸ **Atamer**, Diğer Haklar, s. 507; **Gillette**, s. 112; **Nicholas**, s. 5-18; .

⁴⁷⁹ **Morrissey/Graves**, s. 295.

Son olarak, taraflar birbiriyle bağdaşmayan seçimlik hakları birarada kullanamazlar. Bu durum CISG'in 46/I ve 62. hükümleriyle açıkça hüküm altına alınmıştır. Örneğin aynen ifa talebinde bulunan bir alacaklı aynı zamanda sözleşmeyi dönme hakkını kullanamaz⁴⁸⁰. Bu durum ifa engeli gerçekleştikten sonra da böyledir. Borçlunun ifa engeline takılmış olması alacaklının tüm seçimlik haklara aynı anda müracaat edebileceği anlamına gelmez, bu yönde bir sonuç doğurmaz.

B. CISG m. 79 Hükümünün Aynen İfa Talebi Hakkıyla İlişkisi

CISG, Müşterek Hukuk sistemlerinden ayrılarak, sözleşmeye aykırı davranış halinde taraflar için aynen ifa talebini de sözleşmesel seçimlik haklar arasında düzenlemiştir⁴⁸¹. Bu bakımdan sözleşmeye aykırı davranışa maruz kalan alacaklı sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle uğradığı zararın tazmin edilmesi talebinin yanında sözleşmesel borcun tıpkı sözleşmede üstlenildiği gibi yerine getirilmesini de

⁴⁸⁰ **Shen**, Jianming, Declaring the Contract Avoided: The U.N. Sales Convention in the Chinese Context, New York International Law Review, Vol. 10, No. 1, Winter 1997, ss. 7-57, s. 31.

⁴⁸¹ **Pearce**, David/**Halsan**, Roger, Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28, No. 1, 2008, ss. 73-98, s. 75; **Zeller**, Unification, s. 57; **Birinci Uzun**, s. 158. Ancak doktrinde CISG'te temel talep hakkının tazminat talebi olduğu ve bu nedenle İngiliz Hukuk Sistemi'ne benzer bir durum olduğu ifade edilmektedir (bkz. **Huber**, s. 268).

talep edebilir. Ancak bu talepte bulunurken özellikle CISG m. 28 ve CISG m. 79/III'te yer alan hükümleri göz önünde tutmak durumundadır⁴⁸².

CISG'de borçlunun aynen ifa borcundan kalıcı olarak ne zaman kurtulacağı düzenlenmemiştir⁴⁸³. Paralel olarak, ifa engeli gerçekleştiği zaman aynen ifa talebinin akıbetinin ne olacağı CISG m. 79'da da açıkça düzenleme altına alınmamıştır. Esasen, hukuk sistemlerinin arasındaki farktan ötürü, aynen ifa hakkının da ifa engeli gerçekleştiğinde ortadan kalktığı CISG m. 79/V'te düzenlenmesi fikri CISG'in hazırlık aşamasında görüşülmüş; ancak bu fikir yeteri kadar taraftar bulamamış ve sonuç olarak reddedilmiştir⁴⁸⁴. Bu bakımdan, bir taraf ifa engeline takılarak sözleşmeye aykırı davranışının zararını tazmin etmekten kurtulmuşsa da, hâlâ söz konusu borcu ifa etmekle yükümlüdür. Bir başka deyişle, CISG m. 79 uyarınca gerçekleşen ifa engelleri borçlunun aynen ifa borcunu ortadan kaldırmaz, bu borç hukuken varlığını sürdürmeye devam eder⁴⁸⁵. Zira aynen ifa talebi ve ifa edemeden doğan zararın tazmini talepleri birbirlerinden farklı talepler

⁴⁸² Bkz. yukarıda §3(IV) ve aşağıda §8(I).

⁴⁸³ **Schwenzer**, Commentary, s. 1080.

⁴⁸⁴ **Nicholas**, s. 5-18; **Rimke**, s. 218. Yazarlara göre bu teklifin reddedilmesinin sebebi bu durumun özellikle aynen ifa hakkına bağlı ikincil hakların da (örneğin faiz talebi) ifa engeliyle düşmesine sebep olacağından korkulmasıdır.

⁴⁸⁵ **Zeller**, Damages Under the CISG, s. 169. Bu nedenden ötürü, ifa engeli ortadan kalkınca hukuki varlığını sürdüren borcun talep edilebilirliği tekrar canlanır (aynı yönde bkz. **Atamer**, Commentary, s. 1092).

olup aralarında bir organik bağ bulunmadığı gibi bunların varlıkları da birbirininkine bağlı değildir⁴⁸⁶.

Her ne kadar CISG m. 79/V hükmünün lafzı ifa engeli hallerinde aynen ifa talebinde bulunulabileceğini destekler gibi gözükse de⁴⁸⁷, özellikle borcun fiziken imkansızlaştığı hallerde hükmün makul şekilde sınırlandırılması gerektiği ve aynen ifanın talep edilemeyeceği savunulmaktadır⁴⁸⁸. Bu bakımdan ifa engelinin varlığını sürdürdüğü dönem boyunca alacaklının aynen ifa talebinde bulunamayacağı tartışmasızdır⁴⁸⁹. Ayrıca; eğer ki ifa engeli ortadan kalktıktan sonra borçlunun aynen

⁴⁸⁶ **Atamer**, Diğer Haklar, ss. 491-492 (Zira yazara göre CISG m. 79 hükmü yalnızca tazminat talebini düzenleyerek aynen ifa talebini kendi kapsamına almamıştır ve bu nedenle [diğer tüm seçimlik haklarda da olması gerektiği gibi] her hak kendi özel CISG maddesine göre inceleme yapılması yoluyla değerlendirilmelidir [bkz. **Atamer**, Diğer Haklar, s. 508]).

⁴⁸⁷ **Gillette**, s. 112.

⁴⁸⁸ **Huber**, s. 274; **Rimke**, s. 237; **Gillette**, s. 112; **Nicholas**, s. 5-18 (yazar elinde olmayan sebeplerden ötürü ifada bulunamayan tarafın tazminattan sorumlu tutulmazken aynen ifaya zorlanmasının mantıksız olacağı yönünde haklı bir eleştiride bulunmuştur); **Flambouras**, Comparative Remarks, 4 (yazar ifa engelinin zaten borçlunun ifada bulunmasının önüne geçtiği için ifa engeli olarak (İng. *Impediment*) anıldığını haklı olarak ifade etmektedir).

⁴⁸⁹ **Atamer**, Commentary, s. 1092; **Honnold**, International Sales Law, s. 614; **Nicholas**, s. 5-18. Zira borçlunun özellikle borcun imkansızlaşması yüzünden ifada bulunamadığı hallerde aynen ifa talebinde ısrarcı olmak “*akıl dışı*” sayılacaktır

ifa ile yükümlü olduğu edim başlangıçta üstlenilenden farklı bir hal aldıysa, sözleşme kurulduğu anda üstlenilenden aşırı derecede değiştiyse veya kendisinden borcun ifa edilmesinin talep edilmesi fedakarlık sınırlarını zorlayacaksa da aynen ifanın talep edilmesi, gayrimakul olacağı için, mümkün olmayacaktır⁴⁹⁰. Bu konu hakkında CISG m. 79/III bahsinde yapmış olduğumuz açıklamalara işaret etmekle yetiniyoruz⁴⁹¹.

C. Sözleşmeden Dönme Hakkı İle İlişkisi

Alacaklı taraf borçlunun davranışı nedeniyle sözleşmeden beklediği faydadan esaslı bir şekilde mahrum kalmışsa CISG m. 25 kapsamında sözleşme esaslı bir şekilde ihlal edilmiş olur ve CISG m. 49 ve 64. maddeleri uyarınca alacaklının sözleşmeden dönebilmesi gündeme gelir⁴⁹². Burada özellikle bir alacaklının sözleşmeden neyi bekleyebileceği ve bir tarafın nasıl esaslı bir şekilde bundan

(**Serozan**, Rona, Borçlar Hukuku: Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2009, s. 132 [aşağıda “Serozan, Borçlar Genel” olarak anılacaktır]).

⁴⁹⁰ **Schwenzer**, Commentary, s. 1080; **Nicholas**, s. 5-16; **Flambouras**, Comparative Remarks, 4; **Atamer**, Commentary, ss. 1092-1093.

⁴⁹¹ Aşağıda §8(I).

⁴⁹² **Toker**, Ali Gümrah, Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali, MHB Yıl: 33 Sa. 1, 2013, ss. 213-250, s. 214.

mahrum kalabileceği tartışmalara konu olmuştur⁴⁹³. Bu nedenden ötürü, diğer seçimlik hakların aksine, sözleşmeyi feshedebilme hakkının doğması için sözleşmeye aykırı davranıştan doğan zararın belli bir ciddiyete erişmiş olması gerekir.

Öte yandan, alacaklının tazminat talebi dışındaki hakları CISG m. 79/V hükmüyle korunduğundan özellikle sözleşmeden dönme hakkının da korunduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁴. Bu durum özellikle borçlunun borcunun ifa engeline rağmen varlığını sürdürmesi, ancak ifa engeli varken (veya belli şartlar altında ifa engeli ortadan kalktıktan sonra da) kendisinden aynen ifanın talep edilememesi halini ilgilendirir. Zira borç varlığını sürdürmektedir. Alacaklı sözleşmeyle bağlı kalmaktadır. Fakat alacaklı aynen ifayı talep edememektedir. Bu olumsuz durumdan alacaklıyı kurtaracak olan mekanizma CISG m. 49 ve 64'te yer alan sözleşmenin esaslı ihlalinde uygulama alanı bulan sözleşmeden dönme hakkıdır.

CISG m. 79/V karşısındaki hukuki tablo açıklanacak olursa; borçlu ifa engeli nedeniyle yerine getiremediği borçtan doğan zarardan sorumlu değildir. Ancak alacaklı borçlunun yerine getiremediği borcun aynen ifasını, kural olarak, ifa engeli ortadan kalktıktan sonra isteyebilir. Öte yandan, eğer ki borçlunun ifa edememe halinin devamı boyunca yaşanan gecikme sözleşmenin esaslı ihlali seviyesine gelirse

⁴⁹³ Bu kavramlara dair tartışmalar hakkında daha fazla bilgi almak için bkz. Atamer, Genel Bakış, s. 236 vd.; **Graffi**, s. 339 vd.; **Shen**, s. 11 vd.; **Toker**, s. 221 vd.

⁴⁹⁴ **Zeller**, Unification, s. 57; **Nicholas**, s. 5-18; **Schwenzer**, Commentary, s. 1080; **Gillette**, s. 112; **Honnold**, International Sales Law, s. 614.

alacaklı sözleşmeyi sona erdirebilir⁴⁹⁵. Öyle ki; ifa edilmeme durumu CISG m. 25 kapsamında bir esaslı ihlal seviyesine gelir ve sözleşmeden bir kere dönülürse, ifa engeli daha sonra ortadan kalksa dahi, dönme geçerliliğini korur ve sözleşme geçerlilik kazanmaz⁴⁹⁶. Sözleşme alacaklının dönme beyanıyla kalıcı olarak ortadan kalkmıştır. Esasen aynı hukuki tablo ICC Model Force Majeure Klozu 2003/VIII’de görülmektedir. Zira anılan fıkraya göre eğer ki gecikme nedeniyle sözleşmeden beklenen fayda esaslı ölçüde alınamazsa taraflar sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir⁴⁹⁷.

Son olarak belirtmek isteriz ki alacaklının ifa engeli karşısında korunmakta olan sözleşmeden dönme hakkı yalnızca CISG m. 25’e dayanan dönme hakkı değildir. Alacaklının CISG düzenlemesinden doğan dönme haklarının tamamı kendisini korumaktadır. Bu bakımdan dönme hakkının kullanılmasının bu hakkın CISG m. 25, 47, 49, 63, 64, 72 ve 73 ile ilişkili olmasının bir önemi yoktur⁴⁹⁸. Dönme hakkı genel olarak koruma altındadır. Fakat alacaklı dönme hakkını kullandığı zaman, taraflar CISG m. 81-84 hükümlerine tabi olacağı için, alıcı borçludan elde ettiği edimleri ve faydaları da borçluya döndürmek mecburiyetinde olur⁴⁹⁹.

⁴⁹⁵ **Atamer**, Diğer Haklar, s. 506; **Gillette**, s. 112; **Schwenzer**, Commentary, s. 1080.

⁴⁹⁶ **Schwenzer**, Commentary, s. 1080.

⁴⁹⁷ **Atamer**, Commentary, s. 1092.

⁴⁹⁸ **Honnold**, International Sales Law, s. 614.

⁴⁹⁹ **Vilus**, s. 256; **Honnold**, International Sales Law, s. 614.

§ 8) CISG m. 79 HÜKMÜNE İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLAR

I. Borçlunun Üçüncü Kişi Nezdinde Gerçekleşen İfa Engeli Nedeniyle Sorumluluktan Kurtulması Hali

CISG m. 79/I ifa engelinin borçlunun kendi şahsında gerçekleşmesi hipotezinden bahsetmektedir. Ancak özellikle işbölümü ve uzmanlaşmanın arttığı 21. yy. ekonomilerinde bir kişinin başka bir kişi yardımına gerek duymadan ifada bulunması oldukça istisnaidir⁵⁰⁰. Çoğu kez borçlu birbirini takip eden operasyonlar ve çeşitli sektörlerden değişik çalışanlarla yapılan iş birliği sonucu üstlendiği borcu ifa eder. Bu uç uca eklenen ifalar sonucu edimini ifa eden borçlunun durumu yardım aldığı kişilerin de borcunu ifa edebilmesine bağlıdır. Bir başka deyişle, çoğunlukla borçlunun ifa kabiliyeti sözleşmesel borcunu ifa etmek amacıyla temas kurduğu üçüncü kişilerin durumlarından etkilenir. Bu aşamada belirtmek gerekir ki CISG'in selefi olarak görülen ULIS'te buna benzer bir hükme rastlanmamaktaydı. Fakat ULIS uygulamasının ilerleyen yıllarında git gide yaygınlaşan alt müteahhit ve outsourcing uygulamaları CISG m. 79/II gibi bir hükme duyulan ihtiyacı arttırmıştır⁵⁰¹. Sonuç

⁵⁰⁰ **Eren**, s. 639.

⁵⁰¹ **Atamer**, Commentary, s. 1080. CISG m. 79/II'nin karşılığı halihazırda UNIDROIT İlkeleri'nde de mevcut değildir (detaylı bir mukayese için bkz. **Garro**, Alejandro M., Exemption Of Liability For Damages: Comparison Between Provisions Of The CISG [Art. 79] And The Counterpart Provisions Of The

olarak borçluların üçüncü kişilerle olan bu gibi bağları nedeniyle CISG m. 79/II hükmü getirilmiştir. M. 79/II hükmü ile Antlaşma adeta ifa yardımcısından sorumluluğu da kabul ettiğini göstermiştir⁵⁰².

CISG m. 79/II hükmü borçlunun üçüncü kişiler nedeniyle ifa edemediği haldeki sorumluluğunu belirlerken önemli bir sınır çizmektedir. Zira borçlunun üçüncü kişilerle olan ilişkisi nedeniyle ifada bulunamadığı hallerde hiçbir şekilde sorumluluktan kurtulamayacağını kabul etmek borçluya çok katı bir sorumluluk rejimi öngörürken, bu imkanın çok geniş tanındığı haller ise borçluya fazla kolay bir şekilde sözleşmesel borçlardan kaçabilme imkanı tanıyacaktır. Bu iki halin de sözleşmesel taraflardan biri aleyhine hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı için CISG m. 79/II bir orta yol bulmaya çalışmış ve borçlunun bizzat ifa engeline takılması halinden daha ağır uygulama şartları öngörmüştür⁵⁰³. Bu bakımdan söylenebilir ki, tıpkı borçlunun bizzat bünyesinde gerçekleşen ifa engeli nedeniyle

UNIDROIT Principles [Art. 7.1.7] [Comparison], An International Approach To The Interpretation Of The United Nations Convention On Contrats For The International Sale Of Goods (1980) As Uniform Sales Law (ed. Felemegas, John), New York 2007, ss. 236-246 [aşağıda “Garro, Comparison” olarak anılacaktır]).

⁵⁰² **Öz**, M. Turgut, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 1 (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı), 2013, ss. 3-17, s. 14.

⁵⁰³ **Ayanoğlu Morali**, s. 304; **Gillette**, s. 109.

sorumluluktan kurtulmasında olduğu gibi, borçlunun üçüncü kişi bünyesinde gerçekleşen ifa engeli nedeniyle sorumluluktan kurtulması da dar yorumlanmalı ve istisnai olarak uygulanmalıdır⁵⁰⁴.

Belirtmek gerekir ki CISG m. 79/II yalnızca ifa engelinin kaynaklandığı kişi bakımından bir farklılık yaratmaktadır. Diğer bir ifadeyle, ikinci fıkrada düzenlenen hipotezin birinci fıkradakinden farkı ifa engelinin gerçekleştiği kişidir. İlk fıkrada ifa engelinin bizzat borçluda gerçekleştiği hal düzenlenmişken, ikinci fıkrada ifa engelinin borçluyla birlikte sözleşmeyi ifa amacıyla temasa geçilen üçüncü kişinin bünyesinde gerçekleştiği hal düzenlenmektedir⁵⁰⁵. Bu bakımdan CISG m. 79/I hakkında yukarıda yaptığımız diğer genel kurallar geçerliliğini korumaktadır. Özellikle *sorumlu olunmayan* borç tıpkı ilk fıkrada olduğu gibi borca aykırılıktan doğan tazminat sorumluluğudur. Aynı şekilde kusur üçüncü kişi nedeniyle ifa edememe halinde de kurucu unsur olmayıp, borçlunun özellikle üçüncü kişiyi seçmede, emir vermede ve kontrol etmede dikkatli davranması veya kusursuz olması onu sorumluluktan kurtarmak için yeterli değildir⁵⁰⁶.

⁵⁰⁴ **DiMatteo v.d.**, s. 158; **Schlechtriem/Butler**, s. 204; **Schwenzer**, Commentary, s. 1079.

⁵⁰⁵ Ancak, madde metninden de anlaşılacağı üzere, sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlu ifa engelinin üçüncü kişi nezdinde gerçekleştiğinin yanında kendisinde de gerçekleştiğini ispatlamak zorundadır. Bu nedenden ötürü CISG m. 79/II hükmünün adeta bir “*çifte force majeure*” olduğu ifade edilmektedir (**Lookofsky**, Understanding the CISG, s. 143).

⁵⁰⁶ **Atamer**, Commentary, s. 1079.

Son olarak, hükmün uygulama şartlarına geçmeden önce, borçlunun sözleşmesel sorumluluğunu sınırlandıran bir diğer hüküm olan CISG m. 80'nin yorumlanmasında gösterdiği işleve değinmekte fayda vardır. CISG m. 80 hükmü borca aykırı durumun oluşmasına neden olan alacaklının bu borca aykırılıktan ötürü borçludan herhangi bir talepte bulunamayacağını düzenlemektedir. CISG m. 80 kapsamında bir borca aykırılığa alacaklının neden olması bu durumun bizzat alacaklı tarafından gerçekleştirilmesi anlamına gelmez. Borca aykırı durum alacaklının CISG m. 79/II kapsamında sorumlu olacağı bir kişi tarafından gerçekleştirildiğinde de bu hareket alacaklı tarafından gerçekleştirilmiş sayılır⁵⁰⁷. Ayrıca, eğer ki alacaklı borçluya ifa sırasında belli bir üçüncü kişiden yardım alınmasını şart koşmuşsa (örneğin alacaklının kardeş şirketi, alacaklının tercih ettiği taşıyıcı veya bankası) ve borçlu alacaklı tarafından seçilen ifa yardımcısı nedeniyle ifada bulunamamışsa CISG m. 79/II hükümlerinden ziyade CISG m. 80'e dayanarak da sorumluluktan kurtulabilir⁵⁰⁸. Bu durum borçluya özellikle ispat yükü açısından bir kolaylık sağlayacaktır. Zira borçlu CISG m. 79/II'ye dayanarak sorumluluktan kurtulmak istediği zaman hem kendisinde hem de sözleşmeyi ifa amacıyla temas ettiği üçüncü kişide ifa engelleri şartlarının mevcut olduğunu ispatlamaya çalışacakken, CISG m. 80'e dayanmak istediğinde yalnızca ifa edememesinin alacaklı tarafından seçilen üçüncü kişiden kaynaklandığını ispatlaması yeterli olacaktır.

⁵⁰⁷ **Schwenzer**, Commentary, s. 1090. Yazar bu noktanın CISG m. 80'de açıklanmadığını, zira Antlaşma'nın kaleme alındığı Viyana Konferansı'nda bu konunun tartışma olmadan kabul edildiğini belirtmektedir.

⁵⁰⁸ **Schlechtriem/Butler**, s. 207; **Atamer**, Commentary, ss. 1082-1083.

A. CISG m. 79/II Kapsamında Üçüncü Kişi Kavramı

CISG m. 79/II hükmünde bir borçlunun ifada bulunamamasının üçüncü kişiden kaynaklanması hipotezi düzenlenmektedir. Ancak CISG üçüncü kişi ifadesinin tanımını yapmış olmayıp, hangi üçüncü kişilerin borçlunun risk alanı içerisinde olduğu veya hangi üçüncü kişilerin hareketlerinden borçlunun sorumlu olmayacağı belirsizdir⁵⁰⁹. Bu durum genellikle tedarikçiler ve ham madde sağlayıcıları vasıtasıyla ifada bulunan satıcılar açısından önemlidir⁵¹⁰. Bu açıdan doktrinde özellikle kimlerin CISG m. 79/II kapsamında borçludan ayrı bir üçüncü kişi kabul edilebileceği belirlenmeye çalışılmıştır.

Şüphesiz ki borçlunun kendi emri altında çalıştırdığı işçileri üçüncü kişi kapsamına girmemektedir⁵¹¹. Bu bakımdan, işçilerinin herhangi bir hareketinden ötürü ifada bulunamayan borçlu CISG m. 79/II uyarınca değil; CISG m. 79/I uyarınca sorumluluktan kurtulmaya çalışacaktır. Bu bakımdan, işçi grevlerinin en önlenemez ve kontrol dışı sayıldığı durumlarda dahi söz konusu ifa edememe durumu borçlunun kendi işçilerinden kaynaklandığı için sorumluluktan kurtulma CISG m. 79/II'deki şartlara uygunlukla değil CISG m. 79/I'e şartlara uygunluğa göre

⁵⁰⁹ **Gillette**, s. 110; **Schlechtriem/Butler**, s. 201.

⁵¹⁰ **Schlechtriem/Butler**, s. 201.

⁵¹¹ **Gillette**, s. 110; **Flambouras**, *Doctrines of Impossibility*, s. 267; **Schlechtriem/Butler**, s. 206; **CISG Advisory Council Op. No. 7**, para. 17.

belirlenir⁵¹². Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki borçlunun da işçilerinin de kusuruna bakılmaz, yalnızca CISG m. 79/I'deki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılır⁵¹³.

Satıcının malları üçüncü kişiden tedarik ederek alacaklıya karşı ifade bulunduğu durumlarda tedarikçinin üçüncü kişi kapsamında sayılıp sayılamayacağı özellikle tartışma konusu olmuştur. Zira maddenin taslak halinde alt müteahhit olarak geçen ifade, daha sonra üçüncü kişi haline gelmiştir. Bu terim değişikliği nedeniyle üçüncü kişi ifadesinin alt müteahhit ifadesinden geniş olduğu ve tedarikçileri de

⁵¹² **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 267; **Schlechtriem/Butler**, s. 207.

⁵¹³ Aynı yönde bkz. **Schlechtriem/Butler**, s. 206. Zira borçlunun sorumluluğunun belirlenmesinde kusur kurucu unsur olmadığı gibi, borçlu altında çalışan işçiler için farklı bir düzenleme mevcut değildir. Borçlunun sorumluluğu onun altında çalışan işçilerin kusurundan bağımsız olarak meydana gelir. İşçilerin kusursuzluğu borçlunun sorumluluktan kurtulmasına sebep olmaz. Öte yandan zaten borçlu kendi işletmesine dahil olan öğelerin tamamından kendisiymiş gibi sorumludur (bkz. **Lookofsky**, Understanding the CISG, s. 139). Bir başka deyişle borçlunun çalıştırdığı işçiler borçlunun kendisi kabul edilir. Nitekim CISG Danışma Kurulu da borçlunun kendi risk alanına dahil olan kişilerin ve özellikle kendi personelinin borçlunun kendisi olarak kabul edildiğini ve CISG m. 79/I hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiştir (bkz. **CISG Advisory Council**, Opinion No. 7, m. 2.2 [a]). Bu açıdan işletme sahibinin emir ve komuta altına aldığı işçi de borçlunun işletmesine dahil olup, işçilerin hareketlerinden doğan sorumluluğa ilişkin olarak özel bir hüküm getirilmemiş olması doğaldır.

kapsayabileceği savunulmuştur⁵¹⁴. Ancak belirtmek gerekir ki satıcıya ham madde veya yarı mamul mal sağlayan tedarikçiler CISG m. 79/II kapsamında üçüncü kişiler olmayıp, bunlardan kaynaklanan ifa engelleri CISG m. 79/I hükmüne tabidir⁵¹⁵. Zira CISG’de tedarikçiyi seçme riskinin de satıcıya ait olduğu, burada gerçekleşecek bir eksikliğin veya hatanın da satıcıya ait olduğu ve bu nedenle söz konusu durumun satıcıyı sorumluluktan kurtaramayacağı kabul edilmektedir⁵¹⁶. Sonuç olarak alt müteahhit ve tedarikçiler satıcının kendi risk alanına dahil olup, bunlardan

⁵¹⁴ **Atamer**, Commentary, s. 1080. Halbuki yazarın da haklı olarak belirttiği üzere, CISG m. 79/II’nin taslak halindeki *alt yüklenici* (subcontractor) ifadesi yerine *üçüncü kişi* ifadesinin kullanılmasının sebebi alt yüklenici kavramının kimi hukuk sistemlerinde mevcut olmaması ve bu durumun yol açabileceği karışıklıkların önlenmesidir.

⁵¹⁵ **Ayanoğlu Moralı**, s. 303; **Schwenzer**, Commentary, ss. 1078-1079; **Gillette**, s. 110.

⁵¹⁶ **Gillette**, s. 110. Yazar bu durumun “*tedarik riskini*” (İng.: *Acquisition Risk*) üstlenen satıcının tedarikçi seçiminin kontrolü dışında olmaması ile de paralel olduğunu haklı olarak vurgulamaktadır (tedarik riskinin, özellikle cins borcu teşkil eden mallara ilişkin, kural olarak satıcıda olduğu yönünde bkz. **Schwenzer**, Commentary, s. 1075; **Schlechtriem/Butler**, s. 204; **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 268). Ancak, tedarik riski tedarikçiyi seçebilme kabiliyeti nedeniyle satıcıya yüklendiği için, tedarikçinin monopol olduğu veya seçme şansının bulunmadığı durumlarda tedarikçiden kaynaklanan sorunların da CISG m. 79/II kapsamında ifa engeli teşkil edebileceği kabul edilmektedir (aynı yönde bkz. **CISG Advisory Council**, Op. No. 7, para. 18; **Schwenzer**, Commentary, s. 1079).

kaynaklanan bir ifa engeli meydana geldiğinde CISG m. 79/II yoluyla sorumluluktan kurtulmak mümkün değildir⁵¹⁷.

CISG m. 79/II kapsamında sayılabilen üçüncü kişiler kendilerini özellikle üçüncü kişinin sözleşmenin bir kısmını borçlu adına ifa ettiği hallerde görülür. Örneğin sözleşmenin bitirici işlemlerini⁵¹⁸ borçlu adına gerçekleştiren alt müteahhit, üretilen malların borçluya ulaştırılması amacıyla bağımsız taşıyıcıya verildiği zamanki taşıyıcı, ödemenin gerçekleştirilmesini paranın havale edilmesi yoluyla sağlayan banka, sözleşmeye konu malları saklaması için müracaat edilen antrepocu ve alt müteahhit CISG m. 79/II kapsamında üçüncü kişi kabul edilir⁵¹⁹. Zira bu hallerde sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun üçüncü kişiler üzerinde tam bir kontrol ve emir verme yetkisi olmayıp CISG m. 79/II tarafından aranan da budur. Paralel olarak; önemli olan husus sözleşmenin bir kısmını veya tamamını borçlu adına yerine getiren üçüncü kişinin CISG m. 79/II kapsamında bir üçüncü kişi sayılabilmesi için onun borçludan ayrı ve bağımsız olması gerektiğidir⁵²⁰.

⁵¹⁷ Sert, s. 244; **CISG Advisory Council**, Op. No. 7, para. 18.

⁵¹⁸ İng. *Finishing Work*.

⁵¹⁹ Gillette, s. 110; Atamer, Commentary, s. 1081; Ayanoğlu Moralı, s. 304.

⁵²⁰ **CISG Advisory Council**, Op. No. 7, para. 17: İng. *Separate and Distinct*. Bu bakımdan Danışma Kurulu da borçlunun kendi işçisinin üçüncü kişi olarak kabul edilmeyeceğini ve CISG m. 79/I uyarınca sorumluluktan kurtulunup kurtulunmadığının araştırılması gerektiği görüşündedir.

Üçüncü kişiler hakkında yaptığımız açıklamalara ek olarak belirtmek gerekir ki, borçludan ayrı ve bağımsız kabul edilen her üçüncü kişinin nezdinde gerçekleşen ifa engeli CISG m. 79/II’de aranan uygulama şartını sağlamaz. Aşağıda da ayrıca belirtileceği üzere⁵²¹, CISG m. 79/II yalnızca ifa amacıyla temasta bulunan üçüncü kişilerin takıldığı ifa engelleri borçlu üzerinde yarattığı etki nedeniyle borçluyu sorumluluktan kurtarabilecektir. İfa amacıyla temas edilmemiş kişilerin bünyesinde gerçekleşen ifa engeli borçlunun sorumluluğunu etkilemeyecektir. Bu bakımdan, bu bölümde yapılan açıklamaların yalnızca *CISG kapsamında kimin borçludan ayrı bir üçüncü kişi kabul edildiğinin sınırını çizmek* amaçlı olduğunu belirtmekte fayda vardır. Zira CISG m. 79/II kapsamında aranan şartlar uç uca eklenmesi gereken kümülatif şartlardır.

B. Uygulama Şartları

Bir borçlunun üçüncü kişi nezdinde gerçekleşen ifa engeli nedeniyle sorumluluktan kurtulmasının şartları CISG m. 79/II’de belirtilmiştir. Aranan şartlar genel olarak borçlunun kendisinde birinci fıkrada aranan genel sorumluluktan kurtulma şartlarının bulunması, üçüncü kişinin de aynı şartları sağlamakta olması ve üçüncü kişiyle sözleşmenin ifa edilmesi amacıyla temas edilmiş olması şeklinde sayılabilir. Belirtmek gerekir ki fıkrada aranan bu şartlar kümülatif şekilde kaleme alınmıştır. Bu bakımdan bir borçlunun sorumluluktan kurtulması için maddede

⁵²¹ Bkz. aşağıda §8(I)[B]{2}.

aranan şartların, özellikle de borçlunun ve üçüncü kişinin CISG m. 79/I’de yer alan şartları sağlamasının, somut olayda aynı anda mevcut olması gerekmektedir⁵²².

1. İfa Engeli Şartlarının Borçluda ve Üçüncü Kişi Nezdinde Aynı Anda Var Olması

İlk olarak, maddenin (a) bendinde açıkça CISG m. 79/I fıkrasına yollamada bulunulmuştur. Bu bakımdan gerek borçlunun gerek üçüncü kişinin bünyelerinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesi gereken ifa engelinin uygulama şartları CISG m. 79/I’deki şartlarla tıpatıp aynıdır⁵²³. Bu nedenle yukarıda CISG m. 79/I’i incelerken ifa engellerinin uygulama şartlarına dair yaptığımız açıklamaların tamamı bu başlık altında da geçerliliğini korumaktadır. Bu sebepten ötürü; ilk fıkradan yararlanan CISG m. 79/II hükmüne göre CISG m. 79/I’de yer alan kontrol dışı olma, öngörülemmez olma, önlenemez veya aşılamaz olma şartları hem borçluda hem de üçüncü kişide aynı anda gerçekleşmelidir⁵²⁴. Bir başka deyişle, CISG m. 79/II kapsamındaki ifa engeli hem borçlunun kendisinin hem de üçüncü kişinin

⁵²² **Atamer**, Commentary, s. 1080; **Ayanoğlu Morali**, s. 304; **Schwenzer**, Commentary, s. 1079.

⁵²³ **Schwenzer**, Commentary, s. 1079; **Morrissey/Graves**, s. 294.

⁵²⁴ **Morrissey/Graves**, s. 294.

kontrolü dışında gerçekleşmeli, ikisi tarafından da öngörülememiş olmalı ve ikisi tarafından da önlenemeyecek veya aşılamayacak karakterde olmalıdır⁵²⁵.

Daha önce İngiliz alıcı ve Alman satıcı arasında gerçekleşen ve OLG Hamburg'un 28.02.1997 tarihli kararıyla çözüme kavuşturulan uyuşmazlık CISG m. 79/II'nin uygulanışı açısından da önemli noktaları içinde barındırır⁵²⁶. Olayda Alman satıcı, İngiliz alıcıya satacağı demir-molibendumları Çinli bir tedarikçiden elde etmektedir. Ancak satıcı tedarikçisinden, demir-molibendum fiyatının aniden üç katına çıkması nedeniyle, malı hiçbir zaman elde edememiş ve bu nedenle alıcıya gerekli teslimatta bulunamamıştır. Mahkeme verdiği kararda satıcının CISG m. 79/II'den doğan sorumluluktan kurtulma iddiasını reddetmiştir⁵²⁷. Mahkeme bu kararını satıcının Çinli tedarikçinin nezdinde de CISG m. 79/I şartlarının gerçekleştiğini ispatlayamaması üzerine kurmuştur⁵²⁸. Bir bakıma OLG Hamburg bu

⁵²⁵ Sert, s. 244.

⁵²⁶ OLG Hamburg'un 28.02.1997 tarihli kararına erişim için bkz.: <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970228g1.html>>> (son erişim tarihi: 28.05.2017).

⁵²⁷ Mahkeme verdiği kararda aynı zamanda demir-molibendum piyasası oldukça spekülatif olup, esnek fiyatları içinde barındırdığı için üç katına çıkan fiyatların borçlu açısından aşırı fedakarlık gerektirecek bir bedel olmadığından bahisle fiyat artışı itirazını da reddetmiştir (**DiMatteo v.d.**, s. 160).

⁵²⁸ Esasen OLG Hamburg'un bu kararı tartışılabilir. Zira mahkeme her ne kadar olaydaki Çinli tedarikçinin satıcının kendi tedarikçisi olduğunu ve tedarik riskinin satıcıda olduğunu kabul etse de CISG m. 79/II'nin uygulanabilirliğini tartışmaya

kararıyla CISG m. 79/II'de yer alan şartların sorumluluktan kurtulmayı talep eden tarafça ispatlanması gerektiğini kabul etmiştir⁵²⁹.

2. Üçüncü Kişiyle Sözleşmenin İfası Nedeniyle Temas Edilmiş Olma

CISG m. 79/II hükmünün uygulanmasının belki de en önemli şartı ifa engelinin bünyesinde gerçekleşen üçüncü kişiye borçlu tarafından asıl sözleşmenin ifa edilmesi amacı ile temas edilmiş olması şartıdır. Bu unsur sorumluluğundan kurtulmak istenen asıl sözleşme ile borçlunun bu sözleşmeyi ifa edebilmek amacıyla üçüncü kişi ile gerçekleştirdiği ikinci sözleşme arasında bir organik bağ olması gerektiğine işaret etmektedir⁵³⁰. Bu bakımdan, bu uygulama şartının sağlanması için, sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun ifa edememesi, üçüncü kişinin kendi

devam etmiştir. Bu akıllara mahkemenin tedarikçiyi CISG m. 79/II kapsamında bir üçüncü kişi olarak görüp görmediği sorusunu getirmektedir. Unutulmamalıdır ki satıcının ham madde veya yarı mamul mal aldığı tedarikçisi CISG m. 79/II kapsamında üçüncü kişi olarak kabul edilmemekte olup, borçlu bu tedarik edemeden kaynaklanan ifa edememe riskini tamamen kendi üzerinde taşımaktadır.

⁵²⁹ İspat yükünün borçluda olduğu yönündeki açıklamalarımız için ayrıca bkz. yukarıda §6(VI).

⁵³⁰ **Atamer**, Commentary, s. 1081.

üzerine düşen edimi ifa etmemesinden kaynaklanmalıdır⁵³¹. Bu nedenle, özellikle üçüncü kişinin asıl sözleşmenin bir kısmını ifa edecek olan bir alt müteahhit olması durumu özellikle CISG m. 79/II kapsamına girmektedir⁵³².

Bu şart özellikle CISG m. 79/II hükmünün getiriliş amacı ile de örtüşmektedir. Zira yukarıda da belirtildiği üzere zaten CISG m. 79/II hükmü ULIS döneminde yükselen outsourcing ve altmüteahhit uygulamaları nedeniyle getirilmiştir. Bu nedenle borçluyu sorumluluktan kurtarabilecek üçüncü kişiler asıl sözleşmeyle alakasız bir üçüncü kişi değil; borçlunun sorumluluğundan kurtulmak istediği asıl borcu yerine getirmek için temasa geçtiği üçüncü kişilerdir. Üçüncü kişi ve borçlu arasındaki sözleşme ile asıl sözleşme arasında amaçsal bir bağlantı olmalı, üçüncü kişiyle asıl sözleşmeye hakim konseptle alakalı olarak temas edilmiş olunmalıdır.

Önemle belirtmek gerekir ki, bu şartın uygulanmasının altında yatan mantık borçluyu üçüncü kişiyi seçmedeki riskin altına sokmak değildir. Bu bakımdan üçüncü kişinin alanında monopol olması veya başka bir kişinin seçilebilmesinin mümkün olması CISG m. 79/II'nin şartlarının sağlanması açısından önemsizdir⁵³³. Başka bir üçüncü kişi seçilebilecek veya seçilemeyecek olsa da borçlu sorumluluktan kurtulmak için bu başlık altında anlattığımız tüm sorumluluktan kurtulma şartlarını yerine getirme yükümlülüğü altındadır. Zira bu maddenin altında yatan asıl mantık borçlunun kontrolü altında olmayan bir sebep gerçekleştiği için sorumluluktan

⁵³¹ **Morrissey/Graves**, s. 294.

⁵³² **Schwenzer**, Commentary, s. 1078.

⁵³³ **Schwenzer**, Commentary, s. 1078.

kurtulmasıdır. Burada borçlu tarafın kontrolünde olmayıp onu sorumluluktan kurtaran durum ise üçüncü kişinin borcunu ifa edememesi halidir⁵³⁴. Başka bir üçüncü kişinin seçilip seçilemeyeceği değildir. Aynı nedenlerden ötürü sözleşmenin ifa edilmesi için temas edilen üçüncü kişi borçlunun kendisince, bambaşka bir üçüncü kişi tarafından veya bizzat asıl satım sözleşmesinin alacaklısı tarafından seçilmişse de CISG m. 79/II'nin uygulama şartları açısından bir fark yaratmaz⁵³⁵.

C. CISG m. 79/II ile TBK m. 116'nın Karşılaştırılması

CISG m. 79/II hükmü üçüncü kişi nezdinde gerçekleşen ifa engellerinin asıl borçluya olan etkisini düzenlemiştir. TBK m. 116 ise borçlunun ifada bulunmak için müracaat ettiği yardımcı kişilerin alacaklıya verdiği zarardan sorumluluğu ele almaktadır. Bu nedenle doktrinde TBK m. 116 ile CISG m. 79/II hükümlerinin büyük ölçüde benzer olduğu ve aynı konuyu ele aldıkları savunulmaktadır⁵³⁶. Zira CISG m. 79/II'de kast edilen üçüncü kişiler borçlunun üstlenmiş olduğu edimin ifasını bıraktığı yardımcı kişilerdir⁵³⁷.

⁵³⁴ **Morrissey/Graves**, s. 294.

⁵³⁵ Ancak elbette üçüncü kişinin alacaklı tarafından seçildiği durumlarda CISG m. 80'in de uygulama alanı bulabileceği de unutulmamalıdır §8(I).

⁵³⁶ **Öz**, s. 8; **Köroğlu**, s. 788.

⁵³⁷ **Sert**, s. 244 (yazar edimin üçüncü kişiye bırakılması durumunun kısmen veya tamamen olabileceğine dikkat çekmektedir).

CISG m. 79/II hükmüne göre; borçlunun sözleşmenin ifasını üçüncü bir kişiye bıraktığı takdirde eğer ki üçüncü kişi nedeniyle sözleşmeye aykırı bir durum olursa borçlunun sorumluluğu ancak ifa engeli halinin hem borçluya hem de üçüncü kişiye ayrı ayrı uygulanabileceği halde ortadan kalkar⁵³⁸. TBK m. 116 ise borçlunun borcun yerine getirilmesi sırasında yanında çalışanlar nedeniyle karşı tarafın uğradığı zararlardan sorumlu olduğunu düzenlemekte olup, yalnızca tarafların önceden yapabilecekleri bir sorumsuzluk anlaşması ile borçlunun bu maddeden kaynaklanan sorumluluktan kurtulabileceğini düzenlemiştir⁵³⁹. Zira TBK m. 116'dan doğan sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirerek kurtulmanın mümkün olmadığı kabul edilmektedir⁵⁴⁰.

Maddelerdeki sorumluluktan kurtuluş sistemindeki farklardan ötürü TBK m. 116 hükmünün CISG m. 79/II'ye göre borçluya daha ağır bir kusursuz sorumluluk yüklediği savunulmaktadır⁵⁴¹. Zira CISG m. 79/II uyarınca ifa engeli hem borçluda hem de üçüncü kişide mevcut ise borçlu tazminat yükümlülüğünden kurtulmaktadır.

⁵³⁸ **Schwenzer/Fountoulakis/Dimsey**, s. 584. İfa engeli şartlarının hem borçlu hem de üçüncü kişide aranmasından ötürü CISG m. 79/II hükmünün *çifte force majeure* olarak tanımlanabileceğine dair bkz. **Lookofsky**, Understanding the CISG, s. 143. Ayrıca, hem borçlunun hem de üçüncü kişinin ifa engeline takıldığıının ispatlanmasının bir kurtuluş kanıtı olduğuna dair bkz. **Zeytin**, ss. 329-330.

⁵³⁹ **Sert**, s. 245.

⁵⁴⁰ **Eren**, s. 642; **Köroğlu**, s. 788.

⁵⁴¹ **Öz**, s. 15.

Ancak TBK m. 116'da ise borçlu yalnızca borcu kendi ifa etseydi de zaten kaçınılmaz bir şekilde meydana gelecek olan veya sözleşmeye açık sorumsuzluk hükmünün konulduğu hallerde sorumluluktan kurtulmaktadır⁵⁴². Ancak maddelerin öngördüğü sorumluluk rejimlerinin ortak olarak benimsediği bir husus şüphesiz ki tarafların sözleşmelerine koyabilecekleri özel hükümlerle üçüncü kişinin hareketlerinden sorumlu olmayacaklarını kararlaştırabilmeleridir⁵⁴³.

II. İfa Engelinin Geçici Süreyle Var Olmasının Sonuçları

CISG m. 79'de kastedilen anlamda meydana gelen bir ifa engelinin iki noktada önemli etkileri olacaktır: ifa edemeden doğan tazminattan dolayı

⁵⁴² **Ayanoğlu Moralı**, s. 291; **Eren**, s. 642; **Öz**, s. 15 (yazar bu durumun kanunda açıkça yer almayıp ancak doktrin tarafından geliştirildiğine dikkat çekmektedir).

⁵⁴³ CISG'e göre sözleşmeye koyulacak bir sorumsuzluk kaydıyla üçüncü kişinin eylemlerinden hiç sorumlu olunmamsının mümkün olduğu yönünde bkz. **Atamer**, Commentary, s. 1079 (ayrıca, CISG m. 6'dan doğan genel irade özgürlüğü sayesinde, taraflar CISG m. 79/II hükmünün hiç uygulanmayacağını da kararlaştırabilirler [bkz. yukarıda §3{III}]).TBK m. 116/II hükmü ise açıkça sorumsuzluk kayıtlarına geçerlilik tanımıştır. Ancak sorumsuzluk kayıtlarına *lex contractus*un uygulanacağı ve Türk Hukuku'nun *lex contractus* olduğu hallerde TBK m. 115 ve 116 hükümlerinin dikkate alınacağı yönünde bkz. **Ayanoğlu Moralı**, s. 291.

sorumluluğa etki ve aynen ifa talebine olan etki. Madde hakkında yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde bir tarafın ifa engeline takıldığı durumda tazminat sorumluluğundan kalıcı olarak kurtulacağı anlaşılabacaktır. Zira ifa engeli geçici veya kalıcı mahiyette olsa da, CISG m. 79/I'in lafzından da anlaşılabacağı üzere, borçlunun doğan zarardan hiçbir zaman sorumlu olmayacağı açıktır. İsterse ifa engeli yalnızca bir gün varlık gösterip kaybolsun, borçlu ifa engeliyle illiyet bağı içerisinde bulunan hiçbir zararı tazmin etmek zorunda değildir⁵⁴⁴. Borçlu ifa engeline takıldığında tazminat ödeme borcu bu ifa engelinin var olduğu sürenin uzunluğundan bağımsız olarak ortadan kalkacaktır.

Öte yandan, bir ifa engelinin mevcudiyet gösterdiği dönemde alacaklı da bu ifa engeliyle bağlı olup, ifa engeli mevcutken borcun aynen ifasını talep edemez⁵⁴⁵. Zira CISG m. 79 kapsamında anılan ifa engeli zaten borçlunun ifada bulunmasını engelleyen, dışarıdan gelen ve ifayı imkansızlaştıran bir güç olduğu için *ifa engelidir*⁵⁴⁶. Bir başka deyişle, aynen ifa talebinde bulunmak için ifa engelinin ortadan kalkmasını beklemek zorundadır. Zaten CISG m. 79/III bünyesinde

⁵⁴⁴ **Enderlein/Maskow**, s. 320; **Ayanoğlu Morali**, s. 304.

⁵⁴⁵ **Atamer**, Commentary, s. 1092; **Honnold**, International Sales Law, s. 614; **Nicholas**, s. 5-18. Ayrıca, CISG m. 79 kapsamında gerçekleşen bir ifa engeli borçlu açısından ifa etme yükümlülüğünü ortadan kaldırırken, aynı zamanda taraflar açısından daha önce karşı taraftan elde etmiş oldupu edimleri elinde tutamama ve iade etme sonucuna yol açar (aynı yönde bkz. **Gillette**; s. 112; **Honnold**, International Sales Law, s. 611).

⁵⁴⁶ **Flambouras**, Comparative Remarks, 4.

tartışmalara konu olan husus tazminat yükümlülüğü veya ifa engeli mevcutken aynen ifa talebinin öne sürülebilirliği değil, ifa engeli ortadan kalktıktan sonraki durumlarda aynen ifa talebinin akıbetinin ne olacağıdır.

CISG m. 79/III'e dair en tartışmalı mesele, CISG m. 79/V'te düzenlendiği üzere, bir borçlunun ifa engeline takılmasının alacaklının tazminat talebi dışındaki haklarını etkilememesi ve ifa engelini borcun geçerliliğini etkilememesinden ötürü hukuken varlığını sürdürmeye devam etmesidir⁵⁴⁷. Zira borç halen varlığını sürdürdüğü için, bir ifa engeli ortadan kalktığında borçlunun borcunu aynen ifa etme yükümlülüğü canlanmaktadır⁵⁴⁸. Öte yandan ifa engelini ifayı gerçek anlamda ve kalıcı olarak imkansızlaştığı hallerde alacaklının artık aynen ifa talebinde bulunamayacağı açıktır⁵⁴⁹. Ancak ifa engelini geçici bir süre varlık göstermesi ve daha sonra ortadan kalkmasından sonra borcun sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ifa edilmesinin oldukça zor hale geldiği durumlarda aynen ifa borcunun talep edilebilirliği, madde metninde açıkça düzenlenmediği için⁵⁵⁰, üzerinde özellikle düşünülmesi gereken bir noktadır.

⁵⁴⁷ **Schlechtriem/Butler**, s. 207; **Kurtulan**, s. 208.

⁵⁴⁸ **Atamer**, Commentary, s. 1092.

⁵⁴⁹ **Nicholas**, s. 5-18; **Kessedjian**, s. 418.

⁵⁵⁰ Esasen bu nokta CISG m. 79'un selefi olarak kabul edilen ULIS m. 74/II'de düzenlenmişken, CISG'de kapsam dışı bırakılmıştır. Zira ULIS m. 74/II açıkça ifada ifa engeli nedeniyle yaşanan gecikmenin ifayı sözleşmeden öngörülenden aşırı derecede zorlaştırdığı halde borçlunun borcundan kalıcı olarak kurtaracağını düzenlemekteydi. Ayrıca, ULIS m. 74/II hükmü CISG'de yer almasa da, CISG m.

Meselenin daha iyi anlaşılabilmesi için bir örnek olay kurgulanabilir⁵⁵¹: bir satıcı ve alıcı yalnızca satıcının tek fabrikasında üretilebilecek bir ürünün satımı konusunda anlaşmışlardır. Satıcının fabrikasında çıkan ve tamamen öngörülemeyen, kontrol dışı olan ve önlenemeyen bir yangın nedeniyle satıcının sözleşmedeki teslim tarihinden üç ay sonraya kadar bir daha üretim yapamayacağı anlaşılmıştır. Her ne kadar satıcı vade sonrası geçerli olan üç aylık gecikmeden doğan zarardan sorumlu olmayacaksa da üç ay sonra yangının etkisi geçtiğinde yine borçluya anlaşılan malı satmakla yükümlüdür. Fakat özellikle üç ay sonra bu malın fiyatının aşırı yükselmesi gibi bir durumda satıcıdan aynen ifanın talep edilmesi borçluya hakkaniyete aykırı bir yük bindirebilir. Zira ifa engeli varlığını yitirse bile söz konusu borca olan etkisi devam edebilir ya da ifa engeli varlığını kaybettikten sonra borç başlangıçta üstlenilenden daha ağır bir hale gelebilir. İşte CISG m. 79/III tam da bu gibi durumları düzenlemek için kaleme alınmıştır. Bu bakımdan belirtmek gerekir ki;

79/III'le aynı sonuca varılması gerektiği ve ifa engelinden sonra şartların ifayı aşırı derecede zorlaştırdığı hallerde alacaklının aynen ifa talebinde bulunamaması gerektiği yönünde bkz. (**Atamer**, Commentary, s. 1092).

⁵⁵¹ Aynı örneğin daha detaylı bir tasviri için ayrıca bkz. **Nicholas**, Barry, Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Bender Matthew (Nina M. Galston & Hans Smith edt.) International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, New York 1984, ss. 5-1 – 5-24, s. 5-15. Geçici ifa engellerine örnek olarak borçlunun bulunduğu ülkede ambargo uygulamalarında bulunulması hali de gösterilebilir (bkz. **Schlechtriem/Butler**, s. 207).

CISG m. 79/III hükmünün odak noktası tazminat hakkı değil, aynen ifa talebinin ifa engeli ile olan ilişkisidir.

Öncelikle, halihazırda aynen ifayı talep etme hakkının kalıcı olarak düştüğü halleri açıkça düzenleyen bir maddesi mevcut değildir⁵⁵². CISG maddelerinin kaleme alındığı Viyana Konferansı’nda Norveç delegasyonu tarafından ifa engelini ortadan kalkmasından sonraki aynen ifa talebinin kalıcı olarak sona ermesini düzenlemek üzere CISG m. 79/III’e ekleme yapılması teklif edilmiştir⁵⁵³. Teklifte ifa engelinden sonra aynen ifa hakkının düşmesinin şartı olarak “*ifa engeli ortadan kalktıktan sonra ifanın borçluyu sorumlu tutmanın açıkça gayrimakul olacağı seviyede şiddetli bir şekilde değişmesi*” hükmünün eklenmesi öngörülmüştür. Ancak bu teklif özellikle *imprévision* gibi ulusal hukuk teorilerinin CISG kapsamında uygulama alanı bulmaması için reddedilmiştir⁵⁵⁴.

⁵⁵² Aynı yönde bkz. **Schwenzer**, Commentary, s. 1080. CISG’de aynen ifa talebinin öne sürülebilmesine dair yalnızca iç hukuk kurallarına gönderme yapan CISG m. 28 hükmü mevcuttur. Esasen bu konuda iç hukuka müracaat edilmesinin sebebi, genel olarak, CISG’in Kıta Avrupası ve Müşterek Hukuk ülkeleri arasında bir mutabakat olmasıdır. Zira, Müşterek Hukuk sistemlerinde aynen ifa yalnızca tazminatın anlamsız olacağı hallerde istenebildiği için, anılan hukuk sistemlerinin aynen ifa müessesesine bakışı oldukça farklıdır (aynı yönde bkz. **Zeller**, Unification, ss. 55-56).

⁵⁵³ **Nicholas**, s. 5-16.

⁵⁵⁴ **Schwenzer**, Commentary, s. 1080; **Nicholas**, s. 5-16.

Ancak Norveç delegasyonunun teklifi reddedilse de, yukarıda verdiğimiz örnekteki gibi hakkaniyete aykırı durumlara çözüm getirebilmek için fıkra metninden “*yalnızca*” ifadesi silinmiştir. Madde hükmünde yapılan bu değişiklik, ifa engelinin varlığını yitirdiği zaman dışlanmayarak yalnızca ifa engelinin var olduğu zaman aralığı düzenlenir hale getirilmiştir⁵⁵⁵. Bir anlamda, yapılan bu değişiklik CISG bilinçli bir boşluk bırakmıştır. Doktrinde CISG’in bu yöntemle, kural olarak aynen ifayı talep etme hakkı geçerli olmakla birlikte, oldukça zorlayıcı ve hakkaniyete aykırı durumlarda aynen ifa talebinin de düşürülmesi için açık kapı bırakmak istediği ifade edilmektedir⁵⁵⁶.

Yukarıda açıkladığımız yasalaşma geçmişinden sonra, aynen ifa talebinin ifa engeli nedeniyle ortadan kalkmasına dair bırakılan boşluğun doldurulması için doktrinde kimi ölçütler öne sürülmüştür. Kanaatimizce, her ne kadar reddedilmiş olsa da, Norveç delegasyonu tarafından teklif edilen yasa maddesinin etkisi bu ölçütlerde kendisini göstermektedir. Zira öne sürülen görüşler “*sözleşmenin aynen kararlaştırıldığı gibi ifa edilmesinin borçluyu ‘fedakarlık sınırlarından öteye’ taşıması*” veya “*ifa engeli ortadan kalktıktan sonra şartların borçluyu sorumlu*

⁵⁵⁵ Kaldırılması kabul edilen “*only*” ifadesi madde metninde “*has effect*” teriminden hemen sonra yer almaktaydı. Bu doğrultuda madde metni değiştirilmeden önce “*Bu maddede düzenlenen ifa engeli yalnızca ifa engeli var olduğu zaman etkisini gösterir*” anlamına gelmekteyken, yapılan değişiklik sonrası “*Bu maddede düzenlenen ifa engeli ifa engeli var olduğu zaman etkisini gösterir*” anlamına gelmektedir.

⁵⁵⁶ **Nicholas**, s. 5-16.

tutmayı açıkça mantıksız kılacak şekilde şiddetli bir seviyede değişmesi” gibi şartlarla aynen ifa talebinin kalıcı olarak düşeceğini kabul etmektedir⁵⁵⁷. Biz de bu gibi hallerde ifa engeli ortadan kalktıktan sonra da aynen ifa talebinde bulunulamayacağı ve borçlunun bu borcundan kurtulduğu görüşündeyiz.

Sonuç olarak; CISG m. 79/I gereği bir ifa engeli gerçekleştiği zaman, bu ifa engelini kalıcı veya geçici olmasına bakılmaksızın, borçlu alacaklıyı ifa engeli nedeniyle doğan zarardan dolayı tazmin etme borcundan kalıcı olarak kurtulur. Ancak, kural olarak, aynen ifa borcu devam eder. Bir başka deyişle, kural olarak, aynen ifayı engellemekte olan ifa engeli ortadan kalktıktan sonra aynen ifa borcu alacaklı tarafından tekrar talep edilebilir hale gelecektir⁵⁵⁸. Öte yandan, aynen ifa borcundan kurtulmayı açıkça düzenlemeyi reddeden ancak ifa engelini etkisini de *yalnızca* varlık gösterdiği zaman aralığıyla sınırlamayan CISG’in amacı aynen ifa yükünden kurtulmayı *mümkün fakat istisnai* kılmaktır⁵⁵⁹. Bu bakımdan, yasada bulunan bilinçli boşluktan ötürü, bir borçlu geçici nitelikte bir ifa engeline takıldığı zaman ancak istisnai hallerde aynen ifa borcundan kalıcı olarak kurtulacaktır.

⁵⁵⁷ **Flambouras**, Comparative Remarks, 4; **Schwenzer**, Commentary, s. 1080; **Nicholas**, s. 5-16; **Atamer**, Commentary, ss. 1092-1093 (yazar burada ayrıca ifa engeli etkisinde belli bir süre geçmesinin de zaten başlı başına bir hardship halini meydana getireceğini ve bunun da aynen ifa borcundan borçluyu kurtaracağını ifade etmektedir).

⁵⁵⁸ **Davies/Snyder**, s. 331; **Atamer**, Commentary, s. 1092.

⁵⁵⁹ Aynen ifa borcundan kurtulmanın istisnai olduğu yönünde bkz. **Schwenzer**, Commentary, s. 1080.

Kanaatimizce CISG m. 79/III'te bulunan boşluğu dolduruken de CISG'in genelinde kullanılan makullük ilkesinden⁵⁶⁰ yardım alınmalıdır. Bu doğrultuda, ifa engeli meydana gelip ortadan kalktıktan sonraki şartlarda borçluyu sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ifaya zorlamak makul olmayacaksa borçlu aynen ifa borcundan tamamen kurtulacaktır⁵⁶¹. Bir başka deyişle, ifa engelinden sonra borçlu aynen ifada bulunurken ifa aşırı zorlaştığı için borçlu makul olmayan bir seviyede fedakarlığa katlanmak zorunda kalacaksa borçlu ifa engeli ortadan kalksa da borcun sözleşmede kararlaştırılan haliyle aynen ifa edilmesi borcundan kurtulur⁵⁶².

⁵⁶⁰ CISG'in genelinde makullük ilkesinin kullanıldığına dair bkz. **Zeller**, *Damages Under the CISG*, s. 171.

⁵⁶¹ Bu fikrimiz ifa engelinin geçici olup sonradan ortadan kalkması hipotezine ilişkindir. Zira, özellikle borcun fiziken imkansız hale gelmesinden kaynaklanan, kalıcı karakterli ifa engellerinde ifa engeli her zaman aynen ifa talep edilebilmesinin önüne geçmektedir (aynı yönde bkz. **Nicholas**, s. 5-18). Zira ifa engelini *ifa engeli* haline getiren husus, borçlunun ifa engeli nedeniyle ifada bulunamamasıdır. Bu bakımdan ifa engeli varlığı söz konusu olduğu müddetçe alacaklı aynen ifa talebinde bulunamayacaktır (aynı yönde bkz. **Schlechtiem/Butler**, s. 208; **Schwenzer**, *Commentary*, s. 1080).

⁵⁶² Alman Reichsgericht tarafından verilen bir kararda; satıcının üretim yaptığı değirmen yangın sonucu büyük zarar görmüş, bir buçuk yıl sonra değirmenin tamir edilmesi neticesinde alacaklı aynen ifa talebinde bulunmuş ve mahkeme “*gecikme nedeniyle aynen ifa talebinin tabiatının değiştiğini ve bu nedenle kabul edilemez*

İfa engelinin vücut bulup uzun süre boyunca ifada bulunulmamasına yol açması aynı zamanda alacaklı ve borçlunun sözleşmeden dönme hakkını da etkilemektedir. İlk olarak, eğer ki ifa engeli ortadan kalktıktan sonra şartlar aşırı derecede kötüleşmişse, kendisinden makul olmayacak derecede fedakarlıkta bulunması istendiği için aynen ifa borcundan kurtulan borçlu bu doğrultuda sözleşmeyi feshedebilir⁵⁶³. Öte yandan alacaklılar açısından ise; her ne kadar ifa engeli varlık gösterdiği sürece alacaklı sözleşmenin aynen ifasını talep edemese de, ifa edememe hali eğer CISG m. 25 anlamında sözleşmenin esaslı ihlali sayılabilecek seviyede uzun sürerse, (sözleşmede satıcı veya alıcı pozisyonunda olmasına bağlı olarak) CISG m. 49/I(a) veya CISG m. 64/I(a)'dan doğan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir ve kendisini sözleşmeyle bağlı kalmaktan kurtarabilir⁵⁶⁴. Hatta, eğer ki dönme beyanı ifa etmeme halinin sözleşmenin esaslı ihlali seviyesine ulaştığı anda geçerli olarak yapılmışsa, ifa engelinin sonradan ortadan kalkması bu dönme beyanının haklılığını veya geçerliliğini etkilemez⁵⁶⁵. Sözleşme taraflara tanınan yasal haklar çerçevesinde feshedilmiş olur.

Son olarak eklemek gerekir ki; bir geçici ifa engeli oluşur ve onun etkisi devam ederken ifayı kalıcı olarak engelleyen bir ifa engeli de ek olarak meydana

olduğunu” belirterek aynen ifa talebini reddetmiştir (karara ulaşmak için bkz.

Atamer, Commentary, s. 1092 ve oradaki d.n. 224’te yer alan yazar).

⁵⁶³ Aynı yönde bkz. **Atamer**, Commentary, s. 1093.

⁵⁶⁴ **Atamer**, Commentary, s. 1092; **Schwenzer**, Commentary, s. 1080.

⁵⁶⁵ **Schwenzer**, Commentary, s. 1080.

gelirse, borçlu ilk gerçekleşen geçici ifa engeli daha sonra ortadan kalksa dahi, aynen ifa yükümlülüğünden kalıcı olarak kurtulur⁵⁶⁶. Bu bağlamda, ikinci (kalıcı) ifa engeli birinci (geçici) ifa engelinin önüne geçtiği için, ikinci ifa engelinin ortadan kalkmasının hukuki sonuca bir etkisi olmayacaktır.

III. Bildirim Yükümlülüğü İle Bildirimdeki Gecikmeden Sorumlu Olma

İfa engelleri çoğunlukla, sözleşmeyi ifa etmek amacıyla kurdukları varsayılan taraflarca, istenmeyen ve sözleşmeyle ulaşılmak istenen amacı sekteye uğratan hallerdir. Bu nedenle tarafların *istenmeyen sürprizlerle* karşılaşmamaları için CISG m. 79/IV uyarınca ifa engeline takılan borçlu taraf alacaklıya bu durumu öğrendikten veya öğrenmesi gereken andan itibaren vakitlice bildirmekle yükümlüdür⁵⁶⁷. Burada

⁵⁶⁶ **Schlechtriem/Butler**, s. 208.

⁵⁶⁷ **Morrissey/Graves**, s. 294; **Liu**, 7. Esasen bu hüküm CISG m. 79'un selefi olan ULIS m. 74'te karşılık bulmuş bir yükümlülük değildi. Ancak yine de birlikte taraflar arasında var olması beklenen iyiniyet prensibi gereği diğer tarafa ifa engelinin bildirilmesi gerektiği dile getiriliyordu (aynı yönde bkz. **Tallon**, s. 585; **Honnold**, International Sales Law, s. 618. Ayrıca; Türk Hukuku'nda da mülga kanun BK döneminde aynı şekilde borçlunun borcun imkansızlaştığını, TMK m. 2'den doğan bir yükümlülük olarak, alacaklı tarafa bildirmesi gerektiği savunuluyordu [bkz. **Ayanoğlu Morali**, s. 303]. Ancak halihazırda Türk Hukuku'nda bu tartışma sona ermiş, kanun koyucu TBK m. 136/II'de açıkça borçluya bildirim yükümlülüğü

CISG'in genelinde olduğu gibi makul süre içerisinde karşı tarafa bu bildirimin ulaştırılması aranmıştır. Makul süre somut olayın şartlarına ve uluslararası ticaretteki iyiniyet ilkesine göre belirleneceği için kimi zaman bildirim yükümlülüğu derhal bildirme halini dahi alabilir⁵⁶⁸.

Bildirim yükümlülüğün doğmasında ifa engelinin geçici veya kalıcı mahiyette tezahür etmiş olması herhangi bir fark yaratmaz. Geçici veya kalıcı olsa da, her ifa engeli alacaklıya bildirilmek zorundadır⁵⁶⁹. Öte yandan, bildirim yükümlülüğünün söz konusu olması için ifa engelinin kesin surette gerçekleşmesi gerekmekte; bir başka deyişle, CISG m. 79/I'de yer alan şartları sağlayan bir ifa engelinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, örneğin önlenebilecek durumda olan ifa engellerini borçlu bildirmek zorunda olmayıp, esasen kendisinden beklenen hareket bu ifa engellerini önlemeye çalışmasıdır⁵⁷⁰. Ancak ifa engelinin gerçekleşmiş olması şartı kesinlikle *“ifa engelinin kapsamını belirleyebilmek için sonuçlarının da beklenmesi gerektiği”* şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira doktrinde ifa engelinin gerçekleştiğinden emin olduktan sonra (ifa engelinden en az zararla etkilenebilmesi

yüklemiştir). Bu bakımdan CISG, uluslararası ticaretin uygulamasını da göz önünde bulundurarak, bu yükümlülüğün varlığını açıkça kabul etmekte fayda görmüştür. Öte yandan anılan bildirim yükümlülüğünü düzenleyerek, aşağıda detaylıca inceleneceği üzere, borçlunun bu yükümlülüğünü ihmal etmesinin olumsuz sonuçlarına da sınır çizmiştir.

⁵⁶⁸ **Liu**, 7.

⁵⁶⁹ **Flambouras**, *Doctrines of Impossibility*, s. 271; **Liu**, 7.

⁵⁷⁰ **Tallon**, s. 585.

için) alacaklıya bu bildirimin yapılması gerektiği ve hatta iyiniyet ilkesinin gerekirse arka arkaya iki adet bildirimde bulunulmasını emrettiği ifade edilmektedir⁵⁷¹.

Madde metninde her ne kadar bildirmekten bahsedilse de, aranan bildirim CISG'in diğer maddelerinde düzenlenen diğer bildirim yükümlülüklerinden farklıdır. Bir başka deyişle; bildirimin (ifa engeli bilindikten veya bilinilebilecek andan sonra) yalnızca makul süre içerisinde yollanmasından bahsedilmemiş, makul bir süre içerisinde karşı tarafa varması gerektiği düzenlenmiştir⁵⁷². Bir bakıma CISG, bildirimin yollanma anını atlamış ve doğrudan sonuca yönelerek karşı tarafa varması gerektiğini düzenlemiştir⁵⁷³. Bu nedenden ötürü CISG m. 79/IV'te varma teorisinin

⁵⁷¹ **Liu**, 7. Yazar ilk bildirim ifa engelinin gerçekleştiğinin haber edilmesini, ikinci bildirim ise bu ifa engelinin kesinleşmiş sonuçlarının ne olduğunu konu alacaktır. Kanaatimizce ifa engeli karşı tarafa bildirildikten sonra sonuçlar daha da ağırlaşır, borçlu bu gelişmeyi de alacaklı tarafa iletme ve onun ifa engeli hakkındaki bilgisini güncel tutmakla mükelleftir. Zira burada amaç alacaklının ifa engelinden olabildiğince haberdar olması ve olumsuz etkilerini azaltacak önlemler alabilmesine izin verilmesidir.

⁵⁷² Fıkra metninde geçen “*makul süre*” ifadesinin CISG’de düzenlenen diğer sürelerle paralellik arz ettiği yönünde bkz. **Morrissey/Graves**, s. 294.

⁵⁷³ Her ne kadar durum bu şekilde olsa da, temel mantık kuralları ve gündelik hayat tecrübeleri gereği, makul süre içerisinde varması gereken bir bildirim aynı zamanda makul bir süre içerisinde yollanmış olmalıdır. Bu nedenle, kanaatimizce, borçlular sonuç olarak ifa engelinin öğrendikleri veya öğrenmeleri gereken andan itibaren makul süre içerisinde bu bildirimi yollamak zorundadır.

benimsediği ifade edilmektedir⁵⁷⁴. Zira CISG m. 79/IV hükmü, bildirimler hakkındaki genel düzenleme olan CISG m. 27'den ayrılarak, yapılacak bildirimin geçerli kabul edilebilmesi için karşı tarafa varması gerektiğini öngörmüştür⁵⁷⁵.

CISG m. 27'de yer alan bildirimin karşı tarafa ulaşmaması durumunda meydana gelen olumsuz sonuçlara kimin katlanacağını belirleyen genel risk paylaşımı kuralından ayrılan CISG m. 79/IV, bildirimin varması gerektiğini düzenleyerek, açıkça bildirimin ulaşmamasından veya gecikmesinden kaynaklanan olumsuz sonuçlara ifa engeline takılan borçlunun katlanacağını öngörmüştür⁵⁷⁶. Bu bakımdan, borçlular ifa engelini öğrendikleri veya öğrenmeleri gereken andan itibaren başlayacak bir makul süre içerisinde bu durumun alacaklı tarafından öğrenilmesinden sorumludur. Burada bildirimi makul sürede karşı tarafa ulaştıramayan borçlunun katlanacağı olumsuz sonuç ise alacaklının ifa engelinden *geç haberdar olmasından* doğan zarardır.

⁵⁷⁴ **Vilus**, s. 255; **Liu**, 7 (yazar bu durumun özellikle UNIDROIT İlkeleri m. 7.1.7 ve PECL m. 8: 108(3)'le paralellik yarattığını belirtmektedir); **Tallon**, s. 586 (yazar bu şekilde CISG m. 79/IV hükmünün CISG bünyesinde icap ve kabul beyanlarıyla sözleşmenin kurulmasında benimsenen sisteme yaklaştığını dile getirmektedir).

⁵⁷⁵ **Tallon**, s. 586; **Schlechtriem/Butler**, s. 208; **Liu**, 7 (yazar bu durumu betimlemek için “*effective upon receipt*” ifadesini kullanmıştır); **Flambouras**, *Doctrines of Impossibility*, s. 272; **Ayanoğlu Moralı**, s. 302.

⁵⁷⁶ **Vilus**, s. 255; **Liu**, 7; **Flambouras**, *Doctrines of Impossibility*, s. 272.

Madde metninden de anlaşılabacağı üzere, ifa engeline takılan borçlu alacaklının bu durumu geç öğrenmesi nedeniyle uğradığı zarardan sorumludur. Bir başka deyişle, borçlu bildirim zamanında ve taşınması gereken nitelikleri haiz vaziyette alacaklıya ulaştırılsaydı önlenilecek olan zararları tazminle yükümlü olacaktır⁵⁷⁷. Bu bağlamda, ifa engeli bildirimini karşı tarafa geç ulaştıran borçlu hâlâ ifa engeline dayanabilir ve asıl borcu yerine getirememekten doğan sorumluluktan kurtulabilir, ancak başka bir zarar kaleminden (bildirimin alacaklıya geç ulaşmasından) ötürü sorumluluğu devam edecektir⁵⁷⁸. Zira burada bildirim yükümlülüğü ihlal edildiği için ödenmesi gereken tazminat CISG m. 79/I'e konu olan sözleşmeye aykırılıktan doğan zarar için ödenen tazminattan farklıdır⁵⁷⁹.

Önemle dikkat çekmek gerekir ki burada borçlunun ifa engeli nedeniyle borcu ifa edemediği için başta oluşan zarardan sorumluluktan kurtulamaması gibi bir durum söz konusu değildir. Borçlu yalnızca bu durumu geç bildirdiği, ifa engeli alacaklı tarafından geç öğrenildiği için ortaya çıkan zararlardan sorumlu olacaktır⁵⁸⁰. Bu açıdan, ifa edemeden doğan zarar çok yüksek olsa da eğer ki geç bildirim

⁵⁷⁷ **DiMatteo v.d.**, s. 158.

⁵⁷⁸ **Liu**, 7; **Morrissey/Graves**, s. 295; **Vilus**, s. 255.

⁵⁷⁹ **Ayanoğlu Morali**, s. 304; **Köroğlu**, s. 793 (yazar bu gerekçeden ötürü aynı zamanda, tazminat sorumluluğundan kurtulunmuş olsa da, haber vermeyen doğan zararın da CISG m. 79/V hükmü sayesinde ayakta kalacağı ve bundan dolayı borçlunun sorumluluğunun devam edeceğini haklı olarak savunmaktadır).

⁵⁸⁰ **Tallon**, s. 586; **Schlechtriem/Butler**, s. 208.

herhangi bir zarara yol açmamışsa, borçlu bildirim yükümlülüğünü ihlal etmiş olsa bile herhangi bir tazminat sorumluluğu meydana gelmeyecektir⁵⁸¹.

Kanaatimizce yukarıda açıklanan durum aynı zamanda CISG m. 79/IV’te düzenlenen bildirim yükümlülüğünün ifa engelinden yararlanmak için aranan bir uygulama şartı olmadığını da kanıtlamaktadır. Zira eğer ki bu bir uygulama şartı olsaydı (örneğin CISG m. 39’da ayıptan faydalanmak isteyen alıcıya öngörüldüğü gibi), borçlu Antlaşma’da aranan bildirimde bulunmadığı müddetçe ifa engelinden faydalanma hakkını tamamen yitirirdi. Ancak CISG m. 79 bu metodu benimsememiş; bildirim yükümlülüğü ihlal edilmiş olsa da, ifa engelinin ve borçlunun sorumluluktan kurtulmasının hukuken devam edeceğini fakat bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde doğan zarardan sorumlu olunacağını düzenlemiştir. Bizce maddede bildirim yükümlülüğü ihlal edildiği zaman yalnızca “*gecikmeden doğan zarardan sorumlu olmanın*” anlamı budur. Bu nedenle önemle belirtmek isteriz ki bildirim yükümlülüğü ihlal edilse de ifa engeli sayesinde sorumluluktan kurtulma hali devam edecektir. Ancak, eşyanın doğası gereği, bildirim yükümlülüğü ihlal edilmeye devam edildikçe zarar da büyüyeceği için sorumluluk tekrar kendiliğinden ortaya çıkacaktır⁵⁸².

⁵⁸¹ **Morrissey/Graves**, s. 295.

⁵⁸² Bu durumda alacaklının en fazla *ifa engeli bildiriminin zamanında ulaştırılsaydı içinde bulunacağı konuma* gelene kadar tazmin edileceği, fazlasının tazmin edilmeyeceği yönünde bkz. **Flambouras**, *Doctrines of Impossibility*, s. 272.

CISG m. 79/IV düzenlemesinde aranan bildirim belirli nitelikleri haiz olması beklenen, mevsuf bir bildirimdir. Şöyle ki; ifa engeline takılan borçlu taraf bu durumu alacaklıya bildirmekle birlikte ifa engelinin kendi ifa edebilme kapasitesine nasıl bir olumsuz etkide bulunduğunu da bildirmelidir⁵⁸³. Bu bağlamda özellikle ifa engelinin kapsama alanı (borçlanılan edimi tamamen veya kısmen engellemesine göre) ve kalıcı bir ifa engeli olup olmadığı özellikle bu bildirimde yer almalıdır⁵⁸⁴. Muğlak, belirsiz ve soyut bir ifa engeli bildirimi CISG m. 79/IV'te aranan bildirim değildir. Somut ve belirli bir bildirim yapılması yoluyla alacaklının da kendi önlemlerini alabilmesi için kendisini hazırlayabilmesi aranmıştır⁵⁸⁵. Ek olarak, madde hükmünde bildirimle dair herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Bu nedenden ötürü, yukarıdaki noktaları barındırdığı müddetçe, yazılı olmadan da ifa engeli bildiriminin yapılabileceği kabul edilmektedir⁵⁸⁶. Ayrıca, borçlu ifa engeli bildiriminde aynı zamanda sözleşmenin uyarlanması veya (satıcı ise) ikame mal ile ifade bulunmayı teklif edebilir. Bu gibi tekliflerin ayıp bildirimi ile birlikte olmasına herhangi bir hukuki engel yoktur⁵⁸⁷.

⁵⁸³ **Schlechtriem/Butler**, s. 208; **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 271; **Liu**, 7; **Vilus**, s. 255;

⁵⁸⁴ **Tallon**, s. 586; **Liu**, 7.

⁵⁸⁵ **Liu**, 7.

⁵⁸⁶ **Flambouras**, Doctrines of Impossibility, s. 271.

⁵⁸⁷ **Schlechtriem/Butler**, s. 208; **Tallon**, s. 586 (yazar ayrıca alacaklının bu bildirimle birlikte sunulan bu gibi tekliflerin kabul edilmesinin zorunlu olmadığını haklı olarak ifade etmektedir).

Son olarak bahsedilmesi gereken durum borçlunun ifa engelini alacaklıya bildirme yükümlülüğünü de ifa engeli nedeniyle yerine getirememesi halidir. Zira, örneğin borçlunun edimini ifa edememesine yol açan bir genel grev halinde her türlü haberleşme kanallarını işleten (posta teşkilatı, internet ve telekomünikasyon sağlayıcıları vs.) işçiler de bu greve katılırsa borçlu doğal olarak bu durumu karşı tarafa bildiremeyecektir. Bu gibi durumlarda doktrinde yine CISG m. 79/I'deki şartların ayrıca bildirimde bulunma borcu açısından da araştırılması gerektiği ve eğer ki şartlar sağlanıyorsa borçlunun, asıl borcun yerine getirilmemesinden doğan sorumluluğun yanında, bildirim yükümlülüğünde bulunamamaktan doğan sorumluluktan da kurtulacağı savunulmaktadır⁵⁸⁸. Bildirim yükümlülüğünü zaten ifa engeli nedeniyle yerine getirememiş bir borçludan bu ifa engelini bildirmesi beklenemez.

IV. İfa Engelinin Borcun Yerine Getirilmesini Kısmen Engellemesi Hali

İfa engellerinden bazıları borcun tamamını etkilememekte, borçlunun üstlendiği edimin yalnızca belli bir kısmını engellemektedir⁵⁸⁹. CISG kapsamında ifa engelinin sözleşmenin ifa edilmesinin yalnızca bir kısmını etkilediği duruma dair

⁵⁸⁸ Tallon, s. 586.

⁵⁸⁹ Örneğin, satışı üzerinde anlaşılan bir malın devlet düzenlemesiyle ithalatının (tamamen yasaklanmadan) sınırlandırılması, kota koyulması halleri buna örnektir (aynı yönde bkz. **Honnold**, International Sales Law, s. 637; **Davies/Snyder**, s. 331).

herhangi bir açıklama mevcut değildir⁵⁹⁰. Ancak özellikle borcun bir kısmını ifa edebilecek bir pozisyonda olan borçluyu sözleşmesel borcu yerine getirme sorumluluğundan tamamen kurtarmak CISG'in diğer hükümleri karşısında bir tezata yol açacaktır⁵⁹¹. Zira CISG hükümleri uyarınca borçlunun borcunu yerine getirmesi için, ifa engellerine rağmen, elinden gelen makul çabayı göstermesi gerekir. Bu bakımdan borçlu ifa kısmen ifa engeline takılmışsa ifa engeline takılmayan kısmı ifa etmekle mükelleftir⁵⁹².

Borçlu ifa engelinden etkilenmeyen kısmı ifa edebilecek halde olduğu halde ifa etmiyorsa borca aykırı davranmış olur. Zira CISG m. 79'da kullanılan dil, borcun ifa engeline takılmasını borcu tamamen sona erdiren bir neden olarak düzenlememiştir⁵⁹³. Buna paralel olarak ifa engelinden etkilenmeyen kısım ayakta kalmakta ve borçlu bu kısmı ifa etmeyerek sözleşmeyi ihlal etmiş olmaktadır. Borcun diğer kısmının ifa engeline takılmasının herhangi bir önemi yoktur⁵⁹⁴.

⁵⁹⁰ **Tallon**, s. 588; **Honnold**, International Sales Law, s. 638; **Davies/Snyder**, s. 331.

⁵⁹¹ **Davies/Snyder**, s. 331.

⁵⁹² **Gillette**, s. 109; **Honnold**, International Sales Law, s. 638..

⁵⁹³ **Davies/Snyder**, s. 331.

⁵⁹⁴ İfa engeline takılan kısmın borcun kalan kısmı için gerekli olması (örneğin borcun kalan kısmının hazırlık hareketi olması veya kalan kısım ile bağlantılı bulunması) hali farklıdır. Kanaatimizce bu gibi bir durumda kalan kısmın da ifa engeline takılmış olduğundan ve borçlunun tamamen sorumluluktan kurtulacağı kabul edilmelidir. Örneğin, malın teslim edilmesinde ifa engeline takılan bir borçludan malın paketlenmesi konusunda üstlendiği edimi yerine getirmesi veya bundan doğan zararı

Şüphesiz ki yalnızca ifa engelinden etkilenen kısım için ifa yükümlülüğünün olmaması halini yalnızca bu kısım için sorumluluktan kurtulma hali takip eder. Bu bakımdan borçlu ancak borcun ifa engeline takılan kısmının yerine getirilmemesinden doğan zararın tazmininden kurtulmaktadır⁵⁹⁵. Aynı zamanda borcun bir kısmı ifa engeline takılmış olsa bile alacaklının sahip olduğu (bedelde indirim, aynen ifa talebi, dönme vb.) tüm seçimlik haklar geçerliliğini korumaktadır⁵⁹⁶.



karşılamaşının talep edilmesi mantıksız olacaktır (aynı yönde bkz. **Honnold**, International Sales Law, s. 639).

⁵⁹⁵ **Davies/Snyder**, s. 331; **Honnold**, International Sales Law, s. 638.

⁵⁹⁶ **Honnold**, International Sales Law, s. 638 vd.

SONUÇ

Kıta Avrupası ve Müşterek Hukuk sistemleri arasında köprü vaziyetinde olan CISG özellikle ifa engelleri ve sorumluluktan kurtulma noktalarında kendine has bir yapıya sahiptir. Antlaşma'nın yürürlüğe girdiğinden bu yana belki de en çok tartışılan düzenleme olan CISG m. 79 hükmü CISG'in ifa engellerine bakışını yansıtmaktadır. Madde hükmünün anlamı hakkında süren tartışmalar, maddenin kapsamının hâlâ belirlenemiyor olması ve iç hukukumuzda dâhil olması gibi durumlar bu alanda bir çalışma gerçekleştirmekte teşvik edici olmuştur.

CISG uyarınca taraflar birbirlerine, sözleşmede yer alan her edim için, adeta bir garanti taahhüdünde bulunmaktadır. Bu bakımdan CISG'de sorumluluğun oldukça sıkı olduğu söylenebilse de bu sorumluluk mutlak olmayıp, sorumluluğun en önemli istisnası CISG m. 79 hükmüdür. CISG'in genel itibariyle belki de en problemli maddesi olarak gözüken bu madde borçluların borca aykırı davranışlarından doğan tazminat sorumluluklarından kurtulmalarını sağlamaktadır.

Madde hükmünün yaptığı kendine özgü ifa engelleri tanımı ve herhangi bir ulusal hukuk doktrinine atıf yapmaması bazı tartışmaları beraberinde getirmiştir. Özellikle madde hükmünün içerisinde hardship hallerinin de mevcut olup olmadığı hususu ile CISG kapsamındaki ifa engellerinin yeniden müzakere yükümlülüğü veya kazai uyarılma yollarıyla çözüme kavuşturulup kavuşturulmayacağı konuları oldukça farklı görüşlere konu olmuştur. Bu durumun sebebi bahsi geçen konuların

Müşterek Hukuk ve Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde oldukça farklı ele alınmış olması ve CISG'in lafzının net olmamasıdır. Ancak günümüzün gelişen sözleşmeler hukuku karşısında biz hardship halleri ve (tarafları zorlama kabiliyeti tartışmalı olan) yeniden müzakere yükümlülüğü hallerinin CISG kapsamında geçerli olduğunu kabul ediyor, sözleşmenin kazai uyarlanmasını ise CISG'e yabancı bir çözüm yolu olarak görüp reddediyoruz. Şüphesiz ki bu tablo CISG'in kendisinden daha sonra kaleme alınan uluslararası özel hukuku yeknesaklaştırıcı metinlerden daha geride kaldığını göstermektedir.

CISG 79 hükmü ile borçludan, sözleşmenin başından sonuna kadar, borcunu ifa etmesi için elinden gelen çabayı göstermesi istenmektedir. Hüküm borçlu için; sözleşmenin en başında bu ifa engellerini öngörebilmesini, sözleşme kurulduktan sonra ifa engelinin gerçekleşmesini önlemek için faaliyette bulunmasını ve ifa engeli gerçekleşikten sonra da bu durumun üstesinden gelmek için en uygun davranışlarda bulunmasını öngörür. Kanaatimiz CISG'in, özellikle başka tedarikçiden mal temin etmek veya malın teslim edildiği konumu değiştirmek gibi oldukça özveri isteyen önlemlerin alınmasını makul ve gerekli görmesi sebebiyle, sözleşmeyle ulaşılmak istenen amacı ayakta tutmaya çalıştığı şeklindedir.

CISG'in Türk-İsviçre Hukuku'ndan farklılık gösterdiği önemli bir nokta da bünyesinde barındırdığı yeknesak borca aykırılık ve (ona eşlik eden) yeknesak borçtan kurtulma hipotezleridir. Zira CISG uyarınca bir borçlu borcuna aykırı davrandığı zaman; bu borca aykırı davranışın temerrüt, ayıplı ifa gibi türlerine dikkat edilmeksizin sözleşmenin ihlal edildiği kabul edilmekte olup borçlunun sorumluluğu

doğmaktadır. Bu bakımdan, borcun dışına çıkan borçlu CISG uyarınca her daim sorumludur. CISG bu borç dışına çıkışın tipiyle ilgilenmez, sebebiyle ilgilenir. Eğer ki bünyesinde belirlenen (CISG m. 79 ve 80) ve her sözleşmeye aykırılık haline aynen uygulanan sorumluluktan kurtulma hipotezlerinden birine uygun bir şekilde borcun dışına çıkıldıysa, borçlunun sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Bu bakımdan CISG’de borcun dışına *nasıl* çıkıldığı değil, *hangi sebepten ötürü* çıkıldığı önemlidir.

Sonuç olarak CISG ile yeni bir kusursuz sorumluluk ilkesi hukukumuzda girmiştir. Zira CISG’de, Türk-İsviçre Hukuku’ndan oldukça farklı bir şekilde, kusur sorumluluğun kurucu unsurlarından birisi olarak ele alınmamıştır. Bir başka deyişle, CISG bir borçluyu sorumluluktan kurtarıken onun hukuken kınanabilir olup olmadığına bakmamakta, daha objektif bir vaka denetimi yapmaktadır. Aradığı şartlar mevcut ise borçluyu sorumluluktan kurtarmakta, değilse sorumluluğa hükmetmektedir. Bu bakımdan, sorumlulukta kurucu unsur olmayan kusur, sorumluluktan kurtulmakta da etkili değildir. Ayrıca CISG m. 1 ve m. 6 gereği, taraflar CISG’i açıkça uygulama dışı bırakmamışsa, CISG sözleşmelere kendiliğinden uygulanır. Bu sebepten ötürü CISG m. 79 ile ulusal hukukumuzda, tarafların kusur durumuna bakmaksızın onları sorumluluktan kurtaran, yeni bir ifa engeli girmiştir.

KAYNAKÇA*

Aksoy Dursun, Sanem, Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul 2008.

Altunkaya, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005.

Anık, Gülgün, Uluslararası Eşyaların Satışı Sözleşmelerine İlişkin 1980 Tarihli Viyana Antlaşmasının 25. Maddesine Göre Sözleşmelerin Esaslı İhlalleri, TBBD, Sa. 4, 1995, ss. 485-495. (erişim için bkz.: <<<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1995-19954-918>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017])

Atamer, Yeşim M., Borçlunun CISG m. 79 Uyarınca Tazminat Sorumluluğundan Kurtulması Halinde Alacaklının Diğer Taleplerinin Akıbeti Ne Olur?, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, Prof. Dr Aydın Zevkliler’e Armağan [Cilt I] Özel Sayısı, 2013, ss. 487-509. (“Atamer, Diğer Haklar”)

Atamer, Yeşim M., Commentary of Arts. 79 and 80 CISG, UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG) (eds. Kröll, Stefan/Mistelis, Loukas/ Perales Viscasillas, Pilar), München 2011, ss. 1054-1107. (“Atamer, Commentary”)

Atamer, Yeşim M., İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, ss. 217- 260. (“Atamer, Armağan”)

* Birden fazla eserine atıf yapılan yazarların metindeki anılışları parantez içerisinde gösterilmiştir.

Atamer, Yeşim M., Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG’ın İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış, Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (ed. Atamer, Yeşim), İstanbul 2008, ss. 221-265. (“Atamer, Genel Bakış”)

Atamer, Yeşim M., Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul 2005. (“Atamer, 2005”)

Aubrey, Michael D., Frustration Reconsidered: Some Comparative Aspects, International & Comparative Law Quarterly, Vol. 12, No. 4, 1963, ss. 1165-1188.

Ayanoğlu Moralı, Ahu, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması’nın Öngördüğü Sorumluluktan Kurtulma Sistemi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 1 (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması’nın [CISG] Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı), 2013, ss. 289-310.

Azfar, Fareya, The Force Majeure ‘Excuse’, Arab Law Quarterly, Vol. 26, No. 2, 2012, ss. 249-253.

Baysal, Başak, Sözleşmenin Uyarlanması: BK m. 138 – Aşırı İfa Güçlüğü, İstanbul 2009.

Bergsten, Eric E./**Miller**, Anthony J., The Remedy of Reduction of Price, American Journal of Comparative Law, Vol. 27, 1979, ss. 255-277. (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bergsten.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017])

Birinci Uzun, Tuba, CISG Uygulamasında Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması, DEÜHFD, C. 16, Sa. 1, 2014, ss. 151-192.

Bridge, Michael, The International Sale of Goods: Law and Practice, Oxford 2007.

Butler, E. Allison, A Practical Guide To The CISG: Negotiations Through Litigation, 2007 (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/butler6.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Butler, Practical Guide”)

Butler, Petra, CISG and International Arbitration: A Fruitful Marriage?, International Trade & Business Law Review, Vol. XVII, 2014, ss. 322 – 357 (erişim için bkz.: <<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2738236>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Buz, Vedat, Borların İfası ve İfa Edilmemesi, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu: Makaleler-Tebliler (ed.: İnceolu, Murat), İstanbul 2012, ss. 91-111.

CISG Advisory Council, Opinion No. 7, Wuhan 2007 (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op7.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Clapham, Jason, Recent Trends In Commodities Arbitrations, Journal of International Arbitration, Vol. 30, No. 6, Kluwer Law International 2013, ss. 665-688.

Clive, Eric, European Initiatives (CFR) and Reform of Civil Law in New Member States: Differences between the Draft Common Frame of Reference and the Principles of European Contract Law, Juridica International Law Review, Vol. XIV, 2008, ss. 18-26 (erişim için bkz.: <<<http://www.juridicainternational.eu/?id=12719>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

alışkan, Yusuf, Milletlerarası Tahkimde Ahde Vefa ve Akdin Değişen şartlara Uyarlanması Prensiplerinin Uygulanması, MHB, Yıl 24, Sa. 1-2 (Prof. Dr. Sevin

Toluner'e Armağan Özel Sayısı), 2004, ss. 365-377 (erişim için bkz.: <<<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmhohb/article/view/1019002625/1019002213>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Davies, Martin/**Snyder**, David V., International Transaction in Goods: Global Sales in Comparative Context, Oxford 2014.

Declercq, P.J.M., Modern Analysis Of The Legal Effect Of Force Majeure Clauses In Situations Of Commercial Impracticability, Journal Of Law And Commerce, Vol. 15, 1995, ss. 213-255.

Diamond, Peter A./**Maskin**, Eric, An Equilibrium Analysis Of Search And Breach Of Contract I: Steady State, The Bell Journal of Economics, Vol. 10, No. 1, 1979, ss. 282-316.

DiMatteo, Larry A., Contractual Excuse Under the CISG: Impediment, Hardship, and the Excuse Doctrines, Pace International Law Review, Vol. 27, No. 1, Spring 2015, ss. 258-305 (erişim için bkz.: <<<http://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1351&context=pilr>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (DiMatteo, Hardship)

DiMatteo, Larry A./**Dhooge**, Lucien J./**Greene**, Stephanie/**Maurer**, Virginia G./**Pagnattaro**, Marisa Anne, International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence, New York 2005. ("DiMatteo v.d., ...")

Doğan, Gülmelahat, Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, TBBD, Sa. 111, 2014, ss. 9-36 (erişim için bkz.: <<<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014-111-1358>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Downe, Alexis, The Reform Of French Contract Law: A Critical Overview, Revista de Faculdade de Direito UFPR, Vol. 61, No. 1, 2016, ss. 43-68 (erişim için bkz.: <<<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46003/27886>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Drago, Thomas J./**Zoccolio**, Alan F., Be Explicit: Drafting Choice of Law Clauses in International Sale of Goods Contracts, The Metropolitan Corporate Counsel, No. 9, 2002 (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/zoccolillo1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Eiselen, Siegfried, CISG Case Presentation (Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.) (erişim için bkz.: <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Eiselen, Siegfried, Unresolved Damages Issues of the CISG: A Comparative Analysis, Comparative and International Law Journal of Southern Africa, Vol. 1, 2005, ss. 32 – 46 (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eiselen5.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Eiselen, Unresolved Damages”)

Enderlein, Fritz/**Maskow**, Dietrich, International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Oceana Publications 1992 (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, Ankara 2016.

Fernando, Rohan, CISG UNIDOROIT Principles and PECL Compared, 2015 (erişim için bkz.: <<<https://www.linkedin.com/pulse/cisg-unidroit-principles-pecl-compared-rohan-fernando>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Ferrari, Franco, Gap-Filling and Interpretation of the CISG: Overview of International Case Law, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, Vol. 7, 2003, ss. 63-92 (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari11.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Ferrari, Gap-Filling and Interpretation of the CISG”)

Ferrari, Franco, What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods?: Why One has to Look Beyond the CISG, International Review of Law and Economics, Vol. 25, 2005, ss. 314-341 (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ferrari15.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Flambouras, Dionysios P., Comparative Remarks on CISG Article 79 & PECL Articles (6:111, 8:108), An International Approach To The Interpretation Of The United Nations Convention On Contratcts For The International Sale Of Goods (1980) As Uniform Sales Law (ed.: Felemegas, John), New York 2007, ss. 499-505 (erişim için bkz. <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/peclcomp79.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Flambouras, Comparative Remarks”)

Flambouras, Dionysios P., The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus Sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis, Pace International Law Review, Vol. 13, No. 2, Fall 2001, ss.

261-293 (erişim için bkz.:

<<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flambouras1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Flambouras, Doctrines of Impossibility”)

Flechtner, Harry, Article 79 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) As Rorschach Test: The Homeward Trend and Exemption for Delivering Non-Conforming Goods, Pace International Law Review, Vol. 19, No. 1, Spring 2007, ss. 29-51 (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/flechtner7.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Garro, Alejandro M., The Gap-Filling Role Of The UNIDROIT Principles In International Sales Law: Some Comments On The Interplay Between The Principles and The CISG Gap Filling, Tulane Law Review, Vol. 69, 1994-1995, ss. 1149-1190. (“Garro, Gap Filling”)

Garro, Alejandro M., Exemption Of Liability For Damages: Comparison Between Provisions Of The CISG (Art. 79) And The Counterpart Provisions Of The UNIDROIT Principles (Art. 7.1.7), An International Approach To The Interpretation Of The United Nations Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (1980) As Uniform Sales Law (ed. Felemegas, John), New York 2007, ss. 236-246 (erişim için bkz.:

<<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni79.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Garro, Comparison”)

Gillette, Clayton P., Advanced Introduction to International Sales Law, Cheltenham 2016.

Girsberger, Daniel/**Zapolskys**, Paulius, Fundamental Alteration Of The Contractual Equilibrium Under Hardship Exemption, Jurisprudence, Vol. 19, No. 1, 2012, ss. 121-141 (erişim için bkz. <<https://www.mruni.eu/upload/iblock/434/7_Girsberger.pdf>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Graffi, Leonardo, Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention, International Business Law Journal, No. 3, Paris 2003, ss. 338-349 (erişim için bkz.: <<<https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/graffi.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Gündoğdu, Fatih, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na (CISG) Göre Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkı, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, Sa. 1 (Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan Özel Sayısı-Cilt II), 2016, ss. 639-660.

Honnold, John, The 1964 Hague Conventions and Uniform Laws on the International Sale of Goods, The American Journal of Comparative Law, Vol. 13, No. 3, Summer 1964, ss. 451-453.

Honnold, Jonh O., Uniform Law For International Sales Under The 1980 United Nations Convention, Kluwer International 2009. ("Honnold, International Sales Law")

Huber, Peter, CISG: Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları (Çev.: Başoğlu, Başak), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (ed. Atamer, Yeşim), İstanbul 2008, ss. 267-285.

İnce, Nurten, Yeniden Müzakere Etme Borcu Mu Kulfeti Mi?, BATİDER, C. 33, Sa. 1, 2017, ss.179-208.

Jansen, Nils/**Zimmermann**, Reinhard, Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, No. 4, 2011, ss. 1-38 (erişim için bkz.: <<<https://academic.oup.com/ojls/article/31/4/625/1480026/Contract-Formation-and-Mistake-in-European>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Jenkins, Sarah Howard, Exemption for Nonperformance: UCC, CISG, UNIDROIT Principles: A Comparative Assessment, Tulane Law Review, Vol. 72, 1998, ss. 2015-2030 (erişim için bkz.: <<<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/jenkins.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Kaplan, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 2007.

Katsivela, Marel, Contracts: Force Majeure Concept or Force Majeure Clauses?, Uniform Law Review, Vol. 12, No.1, 2007, ss. 101-120 (erişim için bkz.: <<<http://109.168.120.21/siti/Unidroit/index/pdf/XII-1-0101.pdf>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Keller, Bertram, Favor Contractus: Reading the CISG in Favor of The Contract, Sharing International Commercial Law Across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kirtzer on the Occasion of His Eightieth Birthday (eds.: Andersen, Camilla B./Schroeter, Ulrich G., 2008, ss. 247-266 (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/keller1.pdf>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Kessedjian, Catherine, Competing Approaches to Force Majeure and Hardship, International Review of Law and Economics, No. 25, 2005, ss. 415-433.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku: Genel Hükümler (Yeni Borçlar Kanunu'na Göre), Ankara 2015.

Knadjian, Bruno, Hogan Lovells French Legal and Regulatory Update, 2016 (erişim için bkz.: <<<http://www.hoganlovells.com/en/publications/french-legal-and-regulatory-update-1-18-2016>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Konarski, Hubert, Force Majeure and Hardship Clauses in International Contractual Practice, International Business Law Journal, No. 4, 2003, ss. 405-428.

König, D., "Voraussehbarkeit des Schadens als Grenze vertraglicher Haftung" in Das Haager Einheitliche Kaufgesetz und das Duetsche Schuldrecht, Kolloquim zum 65. Geburtstag von Ernst v. Caemmerer, Karlsruhe 1973 (**Zeller**, Damages Under the CISG, s. 167'den naklen).

Köroğlu, Belin, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG) Madde 79 ve 80 Kapsamında Sorumluluktan Kurtulma, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, Sa. 1-2, Ankara 2013, ss. 775-804 (erişim için bkz.: <<http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_25.pdf>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Kulp, Zehra Betül, Aşırı İfa Güçlüğü: TBK md. 138 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara 2015.

Kurtulan, Gökçe, Türk Hukukunda İfa İmkansızlığı ve Aşırı İfa Güçlüğü Kurumlarının Karşılaştırılması, BATİDER, C. XXXII, Sa. 3, 2016, ss. 193-248.

Küçükgüngör, Erkan/**Emiroğlu**, Haluk, Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Gabin), AÜHFD, C. 53, Sa. 1, 2004, ss. 77-87 (erişim için bkz.: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/279/2527.pdf>).

Liu, Chengwei, Force Majeure Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL and Case Law, 2005 (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu6.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Lookofsky, Joseph, Understanding the CISG: Third (Worldwide) Edition, Kluwer Law International 2008. (“Lookofsky, Understanding the CISG”).

Lookofsky, Joseph, Impediments and Hardship in International Sales: A Commentary on Catherine Kessedjian’s “Competing Approaches to Force Majeure and Hardship”, International Review of Law and Economics, Vol. 25, 2005, ss. 434-445 (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lookofsky17.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Lookofsky, Commentary on Kessedjian”)

Lorenz, Alexander, Fundamental Breach Under the CISG, Pace Essay Submission, 1998 (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Magnus, Ulrich, CISG Uyarınca Tazminat-Faiz-Sorumluluktan Kurtulma (Çev.: Cüneyt Süzel), Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) (ed. Atamer, Yeşim), İstanbul 2008, ss. 287-307.

Magnus, Ulrich, General Principles of UN-Sales Law (Çev.: Lisa Haberfellner), Rabels Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Vol. 59, No. 3-

4, 1995, (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/magnus.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Magnus, General Principles”).

Marek, Rebecca H., Continuity for Transatlantic Commercial Contracts After the Introduction of the Euro, *Fordham Law Review*, April 1998, ss. 1985-2031 (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/Marek.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Maskow, Dietrich, Hardship And Force Majeure, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 40, No. 3 (Summer), 1992, ss. 657-669 (erişim için bkz.: <<https://www.trans-lex.org/126400/_/maskow-dietrich-hardship-and-force-majeure-40-amjcompl-1992-at-657-et-seq/>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Mazzotta, Francesco G., Why Do Some American Courts Fail To Get It Right?, *Loyola University Chicago International Law Review*, Vol. 3, No. 1, 2005-2006, ss. 85-115 (erişim için bkz.: <<<http://lawecommons.luc.edu/lucilr/vol3/iss1/5/>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Morrissey, Joseph F./**Graves**, Jack M., *International Sales Law and Arbitration: Problems, Cases And Commentary*, Wolters Kluwer Law & Business 2008.

Ndulo, Muna, The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 38, No. 1 (January), 1989, s. 1-25.

Nicholas, Barry, Impracticability and Impossibility in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (eds.: Bender, Matthew/Galston, Nina M./Smith, Hans), New York 1984, ss. 5-1 – 5-24 (erişim için

bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Nicholas, Barry, Force Majeure and Frustration, American Journal of Comparative Law, Vol. 27, 1979, ss. 231-245 (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/nicholas.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Nicholas, Force Majeure and Frustration”)

Oğuz, Arzu, Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (Lex Mercatoria) – UNIDROIT İlkeleri'nin Lex Mercatoria Niteliği, AÜHFD, C. 50, Sa. 3, 2001, ss. 11-53.

Oğuz, Arzu, Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, AÜHFD, C. 49, Sa. 1-4, 2000, ss. 31-65.

Oğuzman, M. Kemal/**Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler-Cilt1, İstanbul 2016.

Öz, M. Turgut, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 1 (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması'nın (CISG) Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Sempozyumu Özel Sayısı), 2013, ss. 3-17.

Pearce, David/**Halson**, Roger, Damages for Breach of Contract: Compensation, Restitution and Vindication, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28, No. 1, 2008, ss. 73-98 (erişim için bkz.: <<<http://eprints.whiterose.ac.uk/3518/1/pearced1.pdf>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Perales Viscasillas, Pilar, Battle of the Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002, Vindobona Journal of International Commercial Law and

Arbitration, Vol. 6, No. 2, 2002, ss. 217-228 (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perales2.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017])).

Perillo, Joseph M., Force Majeure And Hardship Under The Unidroit Principles Of International Commercial Contracts, Tulane Law Review, Vol. 5, 1997, ss. 5-28 (erişim için bkz.: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/perillo3.html>).

Rapsomanikas, Michael G., Frustration of Contract in International Trade Law and Comparative Law, Duquesne Law Review, 1979-1980, ss. 551-605 (erişim için bkz.: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rapsomanikas.html>).

Reiley, Eldon H., International Sales Contracts: The UN Convention and Related Transnational Law, Durham 2008.

Rimke, Joern, Force Majeure and Hardship: Application In International Trade Practice With Specific Regards To The CISG and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Kluwer 1999-2000, ss. 197-243 (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/rimke.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017])).

Saliba, Aziz T., Rebus Sic Standibus: A Comparative Survey, Murdoch University Electronic Journal of Law, Vol. 8, No. 3, 2001 (erişim için bkz.: <<<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/2001/18.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017])).

Schlechtriem, Peter, 50 Years of the Bundesgerichtshof (Federal Supreme Court of Germany) A Celebration Anthology from the Academic Community: Uniform Sales Law in the Decisions of the Bundesgerichtshof (ev.: Todd J. Fox), (erişim için bkz.:

<<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/schlechtriem3.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Schlechtriem, Anthology”)

Schlechtriem, Peter, Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application And Much More (ed. Flechtner, Harry M.), Journal of Law & Commerce, Vol. 18, 1999, ss. 191-258 (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/workshop.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Schlechtriem, Workshop”)

Schlechtriem, Peter, Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof), Civil Panel VII March 24, 1999, Index No. VIII ZR 121/98, Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Kluwer Law International 2000-2001, ss. 383-407 (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cases/990324g1.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Schlechtriem, Civil Panel”)

Schlechtriem, Peter/**Butler**, Petra, UN Law On International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods, Heidelberg 2009.

Schwenzer, Ingeborg, Commentary on Arts. 79-80, Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) (eds.: Schlechtriem, Peter/Schwenzer, Ingeborg), Oxford 2010, ss. 1062-1094.

Schwenzer, Ingeborg, Force Majeure And Hardship In International Sales Contracts, Victoria University of Wellington Law Review, April 2009, ss. 709-725 (erişim için bkz.: <<<http://www.austlii.edu.au/nz/journals/VUWLawRw/2008/39.pdf>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]). (“Schwenzer, Hardship”)

Schwenzer, Ingeborg/**Fountoulakis**, Christiana/**Dimsey**, Mariel, International Sales Law: A Guide To The CISG, Portland 2012.

Schwenzer, Ingeborg/**Hachem**, Pascal, The CISG: Success and Pitfalls, The American Journal of Comparative Law, Vol. 57, 2009, ss. 457-478.

Serozan, Rona, BK Tasarısı'nın Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi, HPD, 2006, ss. 38-51 (erişim için bkz.: <<<https://www.ronaserozan.com/blank-yar7x>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Serozan, Rona, Borçlar Hukuku: Genel Bölüm: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2009. ("Serozan, Borçlar Genel")

Sert, Selin, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul 2013.

Shen, Jianming, Declaring the Contract Avoided: The U.N. Sales Convention in the Chinese Context, New York International Law Review, Vol. 10, No. 1, Winter 1997, ss. 7-57. (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/shen.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017])

Southerington, Tom, Impossibility of Performance and Other Excuses in International Trade, Faculty of Law of the University of Turku, Private Law Publication Series, Vol. 55, 2001 (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/southerington.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Tallon, Denis, Commentary on the International Sales Law (eds. Bianca, Cesare Massimo/Bonell, Michael Joachim), Milan 1987, ss. 572-595 (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/tallon-bb79.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat, Borçlar Hukuku-Genel Hükümler, İstanbul 2016.

Toker, Ali Gümrah, Viyana Satım Sözleşmesi (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali, MHB, Yıl: 33, Sa. 1, 2013, ss. 213-250. (erişim için bkz.: <<<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhmohb/article/view/5000180194/5000160469>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Uribe, Rodrigo Momberg, Change Of Circumstances In International Instruments of Contract Law: The Approach Of The CISG, PICC, PECL AND DCFR, Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration Vol. 2, Vienna 2011, ss. 233-266. (erişim için bkz.: <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/uribe.pdf>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

UNIDROIT, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Rome 2016. (erişim için bkz.: <<<http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Vilus, Jelena, Provisions Common to the Obligations of the Seller and the Buyer (eds.: Sarcevic, Petar/Volken, Paul), International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Oceana 1986, ss. 239-264. (erişim için bkz.: <<<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/vilus.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Yelkenci, Işıl, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, ss. 1333-1372.

Yelkenci, Işıl, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014, s. 229 (“Yelkenci, Dönme”).

Yılmaz, Süleyman, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması [CISG] Uyarınca Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara 2013.

Zeller, Bruno, CISG And The Unification Of The International Trade Law, New York 2007. (“Zeller, Unification”)

Zeller, Bruno, Damages Under The Convention On Contracts For The International Sale Of Goods, Oxford 2009. (“Zeller, Damages Under the CISG”)

Zeytin, Zafer, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hukuku – CISG, Ankara 2015.

Ziegel, Jacob, Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Toronto 1981 (erişim için bkz. <<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/ziegel50.html>>> [son erişim tarihi: 28.05.2017]).

Zimmerman, Reinhard, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996.

ÖZET

Çalışmamızda Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG), borçlunun sözleşmeye aykırı davranışından doğan tazmin yükümlülüğünün istisnasını düzenleyen CISG m. 79 hükmü ele alınmıştır. İlk bölümde normun nasıl bir tarihsel birikimin sonucu olarak günümüzdeki haline kavuştuğu ve CISG'in genel tablosunda nasıl bir yer işgal ettiği incelenmiştir. İkinci bölümde ise CISG m. 79'un sınırları keşfedilmeye çalışılmış ve özellikle aşırı ifa güçlüğü (hardship), yeniden müzakere yükümlülüğü ve kazai uyarlama gibi hallerin CISG kapsamında olup olmayacağı araştırılmıştır. Üçüncü ve son bölümde ise maddenin öngörmüş olduğu sorumluluktan kurtulma rejiminin uygulama şartları ve hükmün hukuki sonuçları irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Viyana Mal Satım Sözleşmesi, CISG, aşırı ifa güçlüğü, yeniden müzakere yükümlülüğü, sözleşmenin uyarlanması, tazminat sorumluluğundan kurtulma.*

ABSTRACT

In our study; Article 79 of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), which stipulates the exemption from damages in case of contractual breach, is examined. In the first chapter; historic background of the norm is studied as to discover how did the Article gained its current form and its place in the general systematic of CISG. Second chapter is dedicated to drawing a line around CISG Art. 79's sphere of application and question the applicability of hardship, duty to renegotiation and judicial alteration of the contract under CISG regime. In the third and final chapter, prerequisites that are essential for the Article's application and the legal consequences of norm are analyzed.

Keywords: *Vienna Convention on Sale of Goods, CISG, hardship, duty to renegotiation, alteration of the contract, exemption from liability.*