

T.C.
İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
EKONOMİ HUKUKU YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**CISG UYGULAMASINDA SÖZLEŞMENİN İHLALİ HALİNDE
ALICININ HAKLARI VE ÖZELLİKLE ALICININ TAZMİNAT TALEP
ETME HAKKI**

HAZIRLAYAN: Yavuz DAYIOĞLU

108615056

DANIŞMAN: Doç. Dr. Yeşim Müride ATAMER

İSTANBUL 2010

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	vi
KAYNAKÇA	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ KISIM CISG’ın Düzenleme ve Uygulama Alanı

BİRİNCİ BÖLÜM CISG’ın Düzenleme Alanı

I. Genel Olarak.....	6
II. CISG’ın Düzenleme Alanı Dışında Bıraktığı Konular	7
III. CISG’ın Yorumlanması	8

İKİNCİ BÖLÜM CISG’ın Uygulama Alanı

I. Menkul Mal Satımı	10
II. CISG’ın Uygulanmayacağı Sözleşmeler	11
III. CISG’ın Uygulanabilmesi İçin Gereken Ön Koşullar	12
A- CISG’ın Doğrudan Uygulanması	12
1. Taraf İşyerlerinin Farklı Âkit Ülkelerde Bulunması	12
2. Taraf İşyerlerinin Farklı Âkit Ülkelerde Bulunduğunun Bilinmesi	13
B- CISG’ın Dolaylı Olarak Uygulanması	13
C- CISG Uygulamasının Taraf İradeleri ile Sınırlandırılması	14

İKİNCİ KISIM CISG Kapsamında Satıcının Yükümlülükleri

BİRİNCİ BÖLÜM Mal ve Belgeleri Teslim Etme Yükümlülüğü

I. Genel Olarak	17
II. Malları Teslim Etme Yükümlülüğü	17
III. Belgeleri Verme Yükümlülüğü	19
IV. Malın Teslimiyle İlgili Diğer Yükümlülükler	19

İKİNCİ BÖLÜM Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Etme Yükümlülüğü

I. Genel Olarak	22
II. Sözleşmeye Uygunluğun Sözleşme Uyarınca Saptanması (CISG md.35 f.1)	22
III. Sözleşmeye Uygunluğun CISG Uyarınca Saptanması (CISG md.35 f.2)	23
IV. Muayene ve İhbar Külfeti	23

ÜÇÜNCÜ KISIM
Satıcının Yükümlülüklerini İhlal Etmesinin Sonuçları

BİRİNCİ BÖLÜM
Sözleşmenin İhlali

I. CISG Sisteminde İfa Engelleri	26
II. CISG'in İfa Engelleri Sisteminde Kusurun Rolü	28
III. Sözleşmenin Esaslı Biçimde İhlal Edilmesi	29
A- Esaslı İhlal Kavramı	29
B- Esaslı İhlalin Varlığı İçin Gereken Koşullar	30
C- Esaslı İhlal Örnekleri	35

İKİNCİ BÖLÜM
Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları

I. Genel Olarak	38
II. Satıcıya Ek Süre Verilmesi (<i>Nachfrist</i>).....	39
III. Alıcının İfayı Talep Etme Hakkı	42
A- Genel Olarak	42
B- Aynen İfa Talebi	43
1. İfa Etmeme	43
2. Aynen İfa Talebinin Sınırları	43
C- Malın Yenisi ile Değiştirilmesini Talep Etme Hakkı	45
D- Ayıbın Giderilmesini Talep Etme Hakkı (Tamir Talebi)	46
IV. Semen Tenzilini Talep Etme Hakkı	46
A- Genel Olarak	46
B- Koşulları	47
C- Tenzil Miktarının Hesaplanması	49
V. Sözleşmeden Dönme Hakkı	51
A- Genel Olarak	51
B- Koşulları	52
C- Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları	55
VI. Alıcının Seçimlik Haklarının Satıcı Tarafından Engellenmesi	57

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı

I. Genel Olarak	61
II. CISG Tazminat Sisteminin Temel İlkeleri	63
A- Tam Tazmin İlkesi	63
1. Genel Olarak	63
2. Tam Tazmin Sistemi ile Korunan Menfaatler	64
B- Zararı Aşan Tazminata Hükmedilmemesi İlkesi	66
C- Kusursuz Sorumluluk İlkesi	67
D- Öngörülebilirlik İlkesi	68
E- Para İle Tazmin İlkesi	69
III. Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkının Kapsamı	69
A- Alıcının Tazminat Talebinin Koşulları	69
1. Genel Olarak	69
2. Satıcının Sözleşmesel Bir Yükümlülüğünü İhlal Etmiş Olması	71
a) Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlal Edilmesi	71
b) Sözleşme Öncesi Görüşmelere İlişkin Yükümlülüklerin İhlal Edilmesi (<i>Culpa in Contrahendo</i>).....	72
3. Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlalinden Dolayı Bir Zararın Doğmuş Olması	72

a) Genel Olarak	72
b) Maddi Olmayan Zararların (<i>Non-Material Loss</i>) Tazmini Sorunu	73
4.Sözleşmenin İhlalini Teşkil Eden Davranış İle Zarar Arasında Nedensellik Bağıının Bulunması	75
5. Sorumsuzluk Sebeplerinden Birinin Var Olmaması.....	76
6. Zararın İspat Edilmesi.....	76
7. Sözleşmeye Aykırılığın Satıcıya İhbar Edilmiş Olması.....	77
B- Talep Edilebilecek Zararlar.....	78
1. Genel Olarak.....	78
2. İfa Etmeme Zararı.....	78
3. İfa Etmeme Zararına Refakat Eden Zararlar.....	80
4. Devam Eden Zararlar	83
C- Tazminat Talebinde Zamanaşımı.....	87
D- Tazminatı Ödeme Yeri ve Para Birimi.....	88
IV. Alıcının Zararlarının Hesaplanması.....	89
A- Kural: Zararın Somut Yöntemle Hesaplanması.....	89
1. İfa Etmeme Zararının Hesaplanması.....	89
2. İfa Etmeme Zararına Refakat Eden Zararların Hesaplanması.....	89
3. Devam Eden Zararların ve Özellikle Yoksun Kalınan Kârın Hesaplanması.....	90
4. Zararın Hesaplanacağı An	93
B- İkame Mal Alımında Zararın Hesaplanması	94
C- Soyut Yöntemle Zararın Hesaplanması	99
V. Zararı Azaltma Külfeti	104
VI. Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması	111
A- Genel Olarak	111
B- Öngörülebilirlik İlkesi	112
1. CISG Tazminat Sisteminde Öngörülebilirlik	112
2. Öngörülebilirlik İlkesinin Tarihsel Gelişimi	114
3. Öngörülebilirlik Değerlendirmesi	118
a) Öngörü Neye İlişkin Olmalıdır?	118
b) Öngörülebilirlik İlkesinin Tarihsel Gelişimi	119
c) Öngörünün Ölçütü	120
d) Öngörünün Zamanı	122
4. Öngörülebilir Olduğu Kabul Edilen Zarar Kalemleri	122
C- Sorumluluğun Taraf İradeleri İle Sınırlandırılması	125
1. Genel Olarak	125
2. Götürü Meblağ Uygulaması (<i>Agreed Sums</i>).....	126
3. Sorumluluğun Sınırlandırılması	128
VII. Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma.....	129
A- Genel Olarak	129
B- Koşulları	130
1. Satıcının Kontrolü Dışında bir Engelin Olması	130
2. Engelin Öngörülemez Olması.....	132
3. Engelin ve Sonuçlarının Kaçınılmaz Olması	133
4. Kontrol Dışı, Öngörülemez ve Kaçınılmaz Engelin Sözleşme İhlaline Sebep Olması	134
5. Alıcıya İhbarda Bulunulması.....	135
C- Aşırı İfa Güçlüğü.....	135
D- Üçüncü Kişilerin Fiilerinden Sorumluluk	137
E- Engelin Geçici Olması	137
F- Tazminat Sorumluluğunun Kalkması.....	138
G- Satıcının Sözleşmeyi İhlal Etmesine Alıcının Sebep Olması	139
VIII.Tazminat Talep Etme Hakkının Seçimlik Haklarla Olan İlişkisi.....	140
A- Genel Olarak.....	140

B- Tazminat Talebi ve İfayı Talep Etme	141
C- Tazminat Talebi ve Semen Tenzili.....	141
D- Tazminat Talebi ve Sözleşmeden Dönme.....	144

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
CISG ve Türk Hukukunun Karşılaştırılması

I. Genel Olarak.....	146
II. İfa Engelleri ve Alıcının Seçimlik Hakları Bakımından	147
A- İfa Engelleri.....	147
B- Alıcının Seçimlik Hakları	150
1. İfayı Talep Hakkı.....	150
2. Semen Tenzili Hakkı.....	151
3. Sözleşmeden Dönme Hakkı	152
III. Tazminat Talebi Bakımından	154
A- Genel Olarak.....	154
B- Çeşitli İfa Engelleri Temelinde Talep Edilebilecek Zararlar Bakımından	155
1. Kötü İfa ve İfa İmkânsızlığı	155
2. Temerrüt ve Özellikle Sözleşmeden Dönme Halinde	155
3. Ayıplı İfa.....	160
C- Alıcının Diğer Seçimlik Hakları ile İlişkisi Bakımından.....	161
D- Tazminat Talebinde Kusurun Rolü Bakımından.....	162
E- Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması Bakımından	163
F- Tazminat Sorumluluğunun Ortadan Kalkması Bakımından.....	164
G- Bazı Tazminat Hesaplaması Yöntemleri Bakımından.....	165
IV. Türk Hâkiminin CISG'ı Uygulaması.....	166
SONUÇ	168

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
Am.J.Comp.L	American Journal of Comperative Law
All . E.R	The All England Law Reports (İngiltere)
Amstgericht	Yerel Mahkeme (Almanya)
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bger	Bundesgericht (İsviçre Federal Mahkemesi)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BM	Birleşmiş Milletler
BK	Borçlar Kanunu
Bkz	Bakınız
C	Cümle
C.	Cilt
Cc	Code Civil (Fransız Medeni Kanunu)
Ch	Chapter
Cir	Circuit
CISG-Online	İnternet-Veribankası, Basel Üniversitesi
Cour de Cassation	Fransız Temyiz Mahkemesi
Dn	Dipnot
Ed./Eds.	Editor/Editors
Ex	Court of Exchequer: Exchequer Reports
HG	Handelsgericht (İsviçre Ticaret Mahkemeleri)
H.L.	House of Lords (İngiltere)
İBD	İstanbul Barosu Dergisi
ICC	International Chamber of Commerce
Int'l	International
Int. Rev. L.&Eco	International Review of Law and Economics (ABD)
J. L & Com.	Journal of Law and Commerce (ABD)
Karş.	Karşılaştırınız
LG	Landgericht (Alman Alt Derece Mahkemesi)
MHAD	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MHB	Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NJCL	Nordic Journal of Commercial Law
N.	Kenar Numarası
N.D.	Northern District
OGH	Oberster Gerichtshof (Avusturya Yüksek Mahkemesi)
OLG	Oberlandesgericht (Alman İstinaf Mahkemesi)
Pace Int'l L. Rev.	Pace International Law Review (ABD)
Para	Paragraf
Rabelsz	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Almanya)
Rechtbank	Eyalet Mahkemesi (Belçika)
s.	Sayfa
S.	Sayı
Sec.	Section
Sekretarya Şerhi	UNCITRAL Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods prepared by the Secretariat, ("Secretariat Commentary"), UN DOC. A/CONF. 97/5
UCC	Uniform Commercial Code (ABD Yeknesak Ticaret Kanunu)
UNIDROT	Institut International pour l'Unification du Droit Prive/International Institute for the Unification of Private Law

US Ct. App.	United States Court of Appeals
US Dist. Ct.	United States District Court
Vd.	ve devami
V.J.I. Com. Law & Arb	Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration
W. L. Rev.	Washington Law Review

KAYNAKÇA

- Akman, Galip Sermet: Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.
- Altunkaya, Mehmet: Edimin Baştaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.
- Aral, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara, 2011.
- Atamer, Yeşim M.: Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Bası, İstanbul 2005. (CISG)
- Atamer, Yeşim M.: Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, YD 1996, c. 22.
- Atamer, Yeşim M.: Birleşmiş Milletler Satım Hukukunun Uluslararası Uygulama Alanı, İBD 1995, C. 69, S. 10-11-12, s. 551-568. (İBD)
- Atamer, Yeşim M.: Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı-Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183'ün Farklı Okunması Gereği, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s. 131-167.
- Baker, JH: An Introduction to English Legal History, 4th Edition, 2002.
- Bamberger, H. Georg/Roth, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1–610, CISG, 2. Aufl., München, Beck (2007). (Bamberger/Roth/İşleyen)
- Basedow, Jürgen: Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG, International Review of Law and Economics, September 2005, S. 25, s. 487-500.
- Baur, K., Minderung und Wwandelung beim Kauf nach Schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Hamburg, 1928.
- Baysal, Başak: Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009.
- Bergsten, Eric E./Miller,Anthony J.: The Remedy of Reduction of Price, American Journal of Comparative Law, 1979, S. 27, s. 255-277.
- Berman, Harold J.: Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade, 63 Columbia Law Review (1963), s. 1413-1439.
- Bernasconi, Christophe: The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1), Netherlands International Law Review, S. 46, (1999), s. 137-170. (International Law Review 1999)
- Bernstein, Herbert /Lookofsky Joseph: Understanding the CISG in Europe, Second Edition, Copenhagen 2003. (Understanding the CISG in Europe)
- Bianca C. M./Bonell M. J.: Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè Milan 1987. (Bianca/Bonell/İşleyen)
- Buz, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

Bianca, Massimo C./Grundmann, Stefan: EU Sales Directive Commentary, Intersentia Antwerp-Oxford-New York 2002.

Blasé, Friedrich/ Höttler, Philipp: Claiming Damages in Export Trade on Recent Developments of Uniform Law, Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2004-2005, Pace International Law Review, ed. Sellier European Law Publishers 2006.

Bouteiller, Christophe: The Evaluation of Intangibles: Advocating for an Option Based Approach, <http://www.departments.bucknell.edu/management/apfa/Hamburg%20Papers/Bouteiller.pdf>. (çevrimiçi, 11.02.2010).

Bridge, Michael: Contractual Damages for Intangible Loss: a Comparative Survey” (1984) 62 Canadian Bar Review, s. 323-370.

Bridge Michael: The Nature and Consequences of Avoidance of the Contract Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods, 10 International Law Review of Wuhan University (2008-2009), s. 118-128, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bridge1.pdf> (çevrimiçi 16.03.2010)

Brunner, Christoph: UN-Kaufrecht-CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Bern 2004.

Burrows, Andrew: Remedies for Torts and Breach of Contract (3rd ed), 2005.

Cavin, P, Vente-Echange-Donation, in Traité de Droit privé suisse, vol. VII, t. I/1, Fribourg, 1978.

De Geest, Gerrit: 4610 Penalty Clauses and Liquidated Damages, Encyclopedia of Law and Economics Volume I, The History and Methodology of Law and Economics, Edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 1999, s. 141-161.

De Ly, Filip: Opting Out: Some Observations on the Occasion of the CISG’s 25th Anniversary, Quo Vadis CISG? Celebrating the 25th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Ed. Franco Ferrari, 2005 (*Quo Vadis CISG?*)

Demircioğlu, Huriye Reyhan: Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.

DiMatteo, Larry A./ Dhooge, Lucien J./ Grene, Stephanie/ Maurer, Virginia G./ Pagnattaro, Marisa Anne: International Sales Law A Critical Analysis of CISG Jurisprudence, 2006.

DiMatteo, Larry A./ Dhooge, Lucien J./ Grene, Stephanie/ Maurer, Virginia G./ Pagnattaro, Marisa Anne: The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence, Northwestern Journal of International Law and Business (Winter 2004), s. 299-440 (*Northwestern*)

DiPalma, Maryellen: Nachfrist under National Law, the CISG, and the UNIDROIT and European Principles: A Comparison, International Contract Adviser (Kluwer), Vol. 5, No. 1 (Winter 1999), s. 28-38, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/DiPalma.html> (çevrimiçi 14.04.2010)

Nuray Ekşi, Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation, MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, C. 19-20, S. 1-2, İstanbul 2001, s. 263-291.

Enderlein, Fritz/ Maskow, Dietrich: International Sales Law, 1992.

Enderlein, Fritz: Rights and Obligations of the Seller Under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, *International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures*, Petar Sarcevic & Paul Volken eds., 1996, s.133-201. (*Dubrovnik Lectures*)

Eörsi, Gyula: A Propose the 1980 Vienna Convention on Contract for the International Sale of Goods, 31 *Am. J. Com. L.*, s. 333-353 (1983).

Eren, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 12. Bası, İstanbul, 2010.

Erdem, H. Ercüment: *Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu*, *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletler arası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s. 105-163, (*Tazminat*)

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

Erdem, Ercüment: Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi), *BATİDER* 1992, s. 25-105 (*Batider 1992*)

Ergüne, Serkan: Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkansızlık Halleri ve Sonuçları, *İÜHFİM* 2004, c. LXII, sy.1-2.

Farnsworth, E. Allan: Damages and Specific Relief, *American Journal of Comparative Law* 1979, S. 27, s. 247-253. ((27) *Am J Comp L* 1979.)

Farnsworth, E. Allan: Legal Remedies for Breach of Contract, 70 *Columbia Law Review* 1970, s.1145-1147.

Faust, F.: *Hadley v. Baxendale*-An Understandable Miscarriage of Justice, *Journal of Legal History* 15 (1994), s. 41-72.

Ferrari, Franco: Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law, 53 *Louisiana Law Review* (March 1993), s. 1257-1269. (*Louisiana Law Review*)

Ferrari, Franco (Ed.): *The CISG and Its Impact on National Legal Systems*, Sellier European Law Publishers, Munich 2008.

Ferrari, Franco: CISG Case Law: A New Challenge for Interpreters? VI. Recourse to Foreign Case Law: Methodological Issues, 17 *Journal of Law and Commerce*. (1999) (*Law and Commerce* 1999)

Ferrari, Franco: *Hadley v Baxendale v Foreseeability under Article 74 CISG*, *Contract Damages Domestic and International Perspectives*, Edited by Djakhongir Saidov and Ralph Cunnington, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008 (*Foreseeability*)

Ferrari, Franco: Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention-25 Years of Article 25 CISG, *Journal of Law and Commerce*, Spring, 2006, S. 25, s. 489-508.

Flambouras, Dionysios P.: The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis, 13 *Pace International Law Review* (Fall 2001), s. 261-293. (*13 Pace Int'l L. Rev.* (Fall 2001))

Flechtner, Harry M.: Recovering Attorneys' Fees as Damages under the U.N. Sales Convention: A Case Study on the New International Commercial Practice and the Role of Case Law in CISG Jurisprudence, with Comments on *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co.*, 22 *Northwestern Journal of International Law & Business* (2002) s. 121-159.

Flechtner Harry M.: Buyers' Remedies in General and Buyers' Performance-Oriented Remedies, *Journal of Law and Commerce*, 2005-06, S. 25, s. 339-347. (25 *J. L&C. (2005-2006)*)

Fombrun Charles J.: Reputation: Realizing Value from the Corporate Image, Boston, MA, Harvard Business School Press, 1996.

Galston, Nina M./Smit, Hans: International Sales The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Parker School of Foreign and Comparative Law Columbia University, New York 1984 (Galston/Smit/*İşleyen*)

Gardberg, Naomi A.: Reputatie, Reputation, Réputation, Reputazione, Ruf: A Cross Cultural Qualitative Analysis of Construct and Instrument Equivalence, 9 *Corporate Reputation Review* 39, 2006, s. 1-23.

Girsberger Daniel: The Time Limits of Article 39 CISG, *Journal of Law and Commerce*, S. 25, (2005-2006), s. 241-251.

Goode, Roy/ Kronke, Herbert/ McKnedrick, Ewan/ Wool, Jeffrey, *Transnational Commercial Law International Instruments and Commentary*, August 2004

Gotanda, J. Yukio: Supplemental Damages in Private International Law: The Awarding, First Edition, December 1998.

Gotanda, J. Yukio: Awarding Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: A Matter of Interpretation, 36 *Georgetown Journal of International Law* (Fall 2004), s. 61-112. (36 *Georgetown J. Int'l L. (Fall 2004)*)

Graffi Leonardo: Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention, *International Business Law Journal*, 2003, No. 3, s. 338-349.

Günay, Cevdet İlhan: Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2002.

Hachem, Pascal: Fixed Sums in CISG Contracts, 13 *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (1/2009), s. 217-228. (13 *Vin J. Int'l C. L&A (2009)*)

Havutçu, Ayşe: Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995.

Heiderhoff, Bettina: CISG'in Uygulama Alanı: Konu Bakımından (Çeviren: Ajda Gençsoy), *Milletlerarası Satım Hukuku: Milletler arası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)*, Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s. 25 vd.

Hergüner, Ümit: Applicability of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Sales Contrats Concluded by Turkish Companies and Their Affiliates Abroad, Murat Sarıca Armağanı, İstanbul 1988, s.95-100.

Honnold, John O.: Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention, Edited and Updated by Harry M. Flechtner, Fourth Edition, Wolters Kluwer Law & Business, The Hague, 2009 (*Uniform Law*)

Huber, Peter/ Mullis, Alastair: The CISG. A New Textbook for Students and Practitioners, Sellier European Law Publishers, 2007.

Huber, Peter: CISG-The Structure of Remedies, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, S. 71, s. 13-34. (*RabelsZ 2007*)

Kastely Amy H.: The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention, *Washington Law Review*, 1988, S. 63, s. 607-651.

Katz Avery W.: Remedies for breach of contract under the CISG, *International Review of Law and Economics*, 2006, S. 25, s. 378-396.

Koch, Robert: The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), *Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, 1998, s. 177-354.

Kocayusufpaşaoğlu, N./Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, A.: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 3, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5. Bası, İstanbul, 2009. (*Serozan İfa Engelleri*)

Koizol, Helmut: Reduction in Damages According to Article 77 CISG, *25 Journal of Law and Commerce (2005-2006)*, s. 385-391.

Kruisinga, Sonja: (Non-)conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?, *Intersentia, Antwerp-Oxford-New York 2004*.

Lee, Pey-Woan: Contract Damages, Corrective Justice and Punishment, *The Modern Law Review*, Volume 70 No:6, November 2007, s. 887-907.

Liu, Chengwei: Effects Of Avoidance: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and Case Law <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu12.html> (çevrimiçi, 19.03.2010).

Loewe, Roland: The Sphere of Application of the UN Sales Convention, Presentation at the 1997 Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot on the CISG, *Pace International Law Review*, Vol. X (1998), S. 79-88, (*Pace International 1998*)

Lookofsky, Joseph: Consequential Damages in CISG Context, *19 Pace International Law Review (Spring 2007/1)*, s. 63-88. (*19 Pace Int'l L. Rev. 2007*)

Lookofsky, Joseph: *Understanding the CISG in Scandinavia*, 2. Edition, Copenhagen 2002.

Lookofsky, Joseph: *Understanding the CISG*, Third (Worldwide) Edition, Copenhagen 2008. (*Understanding the CISG*)

Magnus, Ulrich: CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma (Çeviren: Cüneyt Süzel) Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s. 287-307. (*Tazminat*)

Magnus Ulrich: The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG-General Remarks and Special Cases, *Journal of Law and Commerce*, 2005-2006, S. 25, s. 423-436.

Mohs, Florian/Zeller, Bruno: Commentary Penalty and Liquidated Damages Clauses in CISG Contracts Revisited, *MEALEY'S International Arbitration Report*, Vol. 21, No. 6 (June 2006).

Murphey, Jr., Arthur G.: Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley, 23 Wash. J. Int'l L. & Econ. (1989), s. 415-474.

Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal: Devletler Hususi Hukuku, 17. Bası, İstanbul 2009. (*Nomer/Şanlı*)

Official Records: United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees, United Nations, New York 1981.

Oser/Schönenberger, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Das Obligationenrecht, I. Teil, 2. Auflage, Zürich 1929; 2. Teil, 2. Aufl., Zürich 1936; 3. Teil, 2. Aufl., Zürich 1945.

Oğuzman, M. Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden geçirilmiş 6. Bası, İstanbul 2009.

Özsunay, Ergun: 1980 Tarihli “Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Anlaşması” (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları, İBD 78/3 (2004), s. 906-959.

Pauly, Clemens: The Concept of Fundamental Breach as an International Principle to Create Uniformity of Commercial Law, Journal of Law and Commerce, 2000, S. 19, s. 221-240.

Perillo, Joseph: M., Robert J. Pothier's Influence on the Common Law of Contract, Texas Wesleyan Law Review, Forthcoming <http://ssrn.com/abstract=610601> (çevrimiçi-12.04.2010)

Piliounis, Peter A.: The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (*Nachfrist*) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?, Pace International Law Review, Spring 2000, S. 12, s. 1-46. (*Pace Int'l L. Rev. 2000*)

Racine, Jean-Baptiste/ Sautonie-Laguionie, Laura/Aline Tenenbaum/Guillaume Wicker: European Contract Law Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules, Produced by Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française and Société de Législation Comparée, Edited by Bénédicte Fauvarque-Cosson and Denis Mazeaud, Sellier European Law Publishers, Munich 2008.

Raczynska, Magdalena: Recovability of the Buyer's Lost Resale Profit Under CISG, Nordic Journal of Commercial Law, 2007/2, s. 1-11. (*NJCL 2007/2*)

Reilly, RF/ Schweihs, RP: Valuing Intangible Assets, New York, McGraw-Hill, 1999.

Reisoğlu, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010.

Saidov, Djakhongir: Standards of Proving Loss and Determining the Amount of Damages, 22 Journal of Contract Law (March 2006), s.1-76. (*22 J. Cont. L. 2006*)

Saidov, Djakhongir: Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Pace International Law Review 2002, s. 307-377. (*Pace Int'l L. Rev. 2002*)

Saidov, Djakhongir: Damage to Business Reputation and Goodwill under the Vienna Sales Convention, (D Saidov & Ralph Cunnington (eds), Contract Damages: Domestic and International Perspectives, Oxford, 2008. (*Reputation*)

Saidov, Djakhongir: The law of Damages in International Sales: The CISG and other international instruments, Oxford, 2008. (*Damages*)

Schlechtriem, Peter/ Butler, Petra: UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods, Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2009.

Schlechtriem, Peter: Non-Material Damages Recovery Under the CISG? 19 Pace International Law Review (Spring 2007/1), s. 89-102. (*Pace Int'l L. Rev.* 2007)

Schlechtriem, Peter: Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Volume 9, Vienna 1986. (edited by. Peter Doralt, Helmut H. Haschek) (*Uniform Sales Law*)

Schlechtriem, Peter/ Schwenger, Ingeborg: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) 1st. English Edition Oxford 1998. (Schlechtriem/Schwenger/*İşleyen First Edition*)

Schlechtriem, Peter/ Schwenger, Ingeborg: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) Third Edition Oxford 2010. (Schlechtriem/Schwenger/*İşleyen*)

Schwenger, Ingeborg: Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, 39 Victoria University of Wellington Law Review (April 2009).

Schwenger, Ingeborg/Manner, Simon: The Pot Calling the Kettle Black: The Impact of the Non-Breaching Party's (Non-) Behaviour on its CISG-Remedies, Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday, Wildy, Simmonds & Hill Publishing (2008).

Schwenger, Ingeborg/Hachem, Pascal: The Scope of the CISG Provisions on Damages, (Djakhongir Saidov & Ralph Cunnington (eds), Contract Damages: Domestic and International Perspectives, Oxford 2008, s. 91-105.

Schneider, Eric C.: Measuring Damages under the CISG, Pace International Law Review, 1997, s. 223-237. (*Pace Int'l L. Rev.* 2002)

Scott, Robert E.: In (Partial) Defense of Strict Liability in Contract, Michigan Law Review 2009, Volume: 107 Issue: 8, 1381-1396 (*Michigan Law Review*)

Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods Prepared by the Secretariat ("Secretariat Commentary"), UN DOC. A/CONF. 97/5, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Official Records <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644> (*Sekretarya Şerhi*)

Serozan, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2006.

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007 (*Dönme*)

Serozan, Rona: Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler), İÜHF 2000, cilt LVIII, s. 231-248 (İÜHF 2000).

Stanislas, G., Le droit de résolution dans le contrat de vente-Sanction de l'inexécution des obligations contractuelle, Genève, 1977.

Staudinger/Magnus: Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetz, Berlin: Wiener UN-Kaufrecht (CISG), Neubearbeitung 2005 (Staudinger/Magnus)

Sutton, Jeffrey S.: Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods, 50 Ohio State Law Journal 1989, s. 737-752. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/sutton.html> (çevrimiçi- 13.04.2010) (*Ohio Law Journal-1989*)

Şenocak, Zariye: Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara, 1995.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 5. Baskı, İstanbul 2008.

Tekinay, S. Sulhi/Akman, Servet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: Borçlar Hukuku, İstanbul 1993.

Tiryakioğlu, Bilgin: 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi, AÜHFD, S. 41, 1989-1990, s. 192-205 (*AÜHFD 1989-1990*)

Tiryakioğlu, Bilgin: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.

Toker, Ali Gümrah: 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005.

Topuz, Seçkin/Canbolat, Ferhat: Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi, AÜHFD C. 57 S. 3 2008, s. 673-718.

Treitel, Guenter H.: Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account, Oxford 1988.

Treitel, Guenter H.: Frustration and Force Majeure, Second Edition, London 2004.

Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963.

Vékás, Lajos: The Foreseeability Doctrine in Contractual Damage Cases, 43 Acta Juridica Hungarica (2002) Nos. 1-2, s. 145-174. (*Acta Juridica Hungarica (2002)*)

Vidmar, Neil/W. Wolfe, Matthew: Punitive Damages, The Annual Review of Law and Social Science 2009.5, s. 179-199.

Viscasillas, Pilar Perales: The *Nachfrist* Remedy, "Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (Collation of Papers at UNCITRAL SIAC Conference 22-23 September 2005, Singapore), s. 89. bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales6.html> (çevrimiçi 15.04.2010)

Virgo, Graham: The Principles of the Law of Restitution, New York 1999.

Yovel, Jonathan: The Seller's Right to cure a Failure to Perform: An Analytic Comparison of the Respective Provisions of the CISG and the PECL, Nordic Journal of Commercial Law, 2005/1, s. 1-19.

Walt Steven: For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention, Texas International Law Journal, 1991, S. 26, s. 211-251.

Winship, Peter: Exemptions under article 79 of the Vienna Sales Convention, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck, 68. Jahrgang 2004, s. 495-510. (*RabelsZ 2004*)

Yavuz Cevdet/Faruk Acar/Burak Özen: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2009.

Yavuz, Cevdet: Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul 1989. (*Ayıp Sorumluluğu*)

Zeller, Bruno: Fundamental Breach and the CISG-a Unique Treatment or Failed Experiment?, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2004, S. 8, s. 81-94.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, İzmir 2010.

Ziegel, Jacob S./ Samson, Claude: Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Toronto July 1981.

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

Zwart, Sara G.: The New International Law of Sales: A Marriage Between Socialist, Third World, Common and Civil Law Principles, *North Carolina J. Int. Law and Com. Reg.*, 1988, S. 13, s. 109-123.

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html

www.cisg-online.ch

<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html>

www.kazanci.com.tr

GİRİŞ

20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuk biliminin önemli dallarında milletlerarası düzeyde uyumlaştırma çalışmalarının başladığı ve hâlihazırda bu hukuk uyumlaştırma projelerine devam edildiği bir gerçektir. Milletlerarası alanda uyumlaştırma projelerine konu edilen hukuk dallarından birisi olan satım hukuku ise şüphesiz bu konuda önemli bir yere sahiptir¹.

Satım hukukuna ilişkin uyumlaştırma çalışmalarının temelleri 1929 yılında atılmaya başlanmakla beraber² uyumlaştırma çalışmalarının en başarılısı 11 Nisan 1980 tarihinde Birleşmiş Milletler (“BM”) bünyesinde Viyana’da toplanan konferans sonucunda 42 ülke temsilcisi tarafından kabul edilen ve 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe giren Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması-(*CISG*)³ olmuştur. Gerçekten CISG, bugün 76 ülkede⁴ milletlerarası mal satımlarında uygulanan en önemli hukuki metinlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. CISG’in dünya ticaretine hâkim konumdaki ülkelerin çoğu tarafından kabul edilmesinin yanı sıra ticaret hayatının merkezini oluşturan satım sözleşmesine ilişkin maddi hukuk kuralları içermesi ve satım hukukuna ilişkin doğan ihtilaflar bakımından Antlaşmaya taraf ülkelerde

¹ C. M. Bianca/M. J. Bonell/*Bonell*, Commentary on the International Sales Law The 1980 Vienna Sales Convention, Giuffrè Milan 1987, N. 1.1.

² 1929 yılında Berlin’de bulunan ve eski adı *Kaiser Wilhelm Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht* (Kaiser Wilhelm Yabancı ve Milletlerarası Özel Hukuk Enstitüsü) olan enstitünün başkanı Alman hâkim Ernst Rabel *Recht des Warenkaufs* isimli iki ciltlik bir kitap hazırlamış ve bu eser satım hukukunun uyumlaştırma çalışmalarının temelini oluşturmuştur. Hatta Rabel ve eseri sonraları birçok kez yüceltilmiş ve Amerikalı ünlü hukukçu Prof. E. Allan Farnsworth, Rabel’in çalışmalarını yürüttüğü Berlin şehrini satım hukukuna ilişkin uyumlaştırma çalışmalarının beşiği olarak tanımlamıştır. Bkz. Peter Schlechtriem, Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Volume 9, Vienna 1986 (edited by. Peter Doralt, Helmut H. Haschek), s. 17 ve orada dn. 2.

³ Bu kısaltma Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında BM Antlaşması başlığının İngilizcedeki karşılığı olan *Convention on Contracts for the International Sale of Goods* başlığının kısaltması olup, milletlerarası literatürde çoğunlukla Antlaşmayı ifade etmek için kullanıldığından bu çalışmada da tercih edilmiştir. Bu kısaltmanın Türk doktrininde kullanılmasına ilişkin olarak bkz. Yeşim Atamer, Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, 1. Bası, İstanbul 2005, s. 7.

⁴ Antlaşmaya taraf ülke sayısı 18 Ocak 2011 tarihi itibarıyla BM resmi verilerine istinaden verilmiştir. Antlaşmaya taraf ülkelerin tam listesi için bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (çevrimiçi 18.01.2011)

yeknesak bir uygulamanın yerleşmesini hedeflemesi de CISG'in hukuk uyumlaştırması sürecinde sahip olduğu önemi işaret etmektedir.

CISG esas olarak milletlerarası menkul malların satımına ilişkin sözleşmelere uygulanacak maddi hukuk kurallarını içeren önemli bir hukuk kaynağıdır. Bu kurallar ise Antlaşmaya taraf ülkelerin iç hukuklarının bir parçası haline gelmiştir. CISG'in bir diğer özelliği ise dünya üzerinde uygulana gelen iki ana hukuk sistemini, diğer bir ifadeyle *common law* ve *civil law*⁵ sistemlerini özellikle ifa engelleri kurumu bakımından bir araya getirmiş olması ve her iki hukuk sisteminin uygulandığı ülkelerde milletlerarası satım sözleşmelerine yeknesak normların uygulanmasının yolunu açmış olmasıdır. CISG, Avrupa Birliği⁶ ("AB") başta olmak üzere bölgesel ve ulusal satım hukuku sistemlerini⁷

⁵ *Common Law-Civil Law* ayırımı, mukayeseli hukuk alanında hukukun kaynakları kriterine göre yapılmış bir ayırım olup, özel hukuk alanında ülkelerin hukuk sistemleri bu ayırımı tabi tutularak incelenmektedir. Bu ayırımı göre hukuk kurallarının kaynağında parlamento veya benzeri bir kurumun olduğu ülkelerin (Türkiye de dâhil olmak üzere Kara Avrupa'sı ve Latin Amerika ülkeleri) *civil law* sistemini; hukuk kurallarının kaynağında yargıçlar tarafından verilen kararlar ve bu yönde oluşan içtihatların olduğu ülkelerin (Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere, Kanada, Hindistan, Yeni Zelanda ve Avustralya) ise *common law* sistemini benimsemiş olduğu kabul edilmektedir. CISG'in bu iki hukuk sisteminin bir sentezi olduğu göz önüne alındığında, CISG'in daha iyi anlaşılabilmesi için çalışmada zaman zaman iki hukuk sistemine atıf yapılma ihtiyacının hâsıl olduğu sonucuna varılabilecektir. Çalışmada anılan hukuk sistemlerine ilişkin kurallar ve kurumlar hakkında açıklama ve karşılaştırma yapılırken bu ayırım esas alınmıştır.

⁶ CISG'in AB hukuku üzerindeki etkilerinin görülebileceği hukuki metinlere örnek olarak Tüketim Mallarının Satımı ve Tüketim Mallarına İlişkin Garantilerin Belirli Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Yönergesi verilebilir. Bu kapsamda örneğin anılan Yönergenin Sözleşmeye Uygunluk (*Conformity with the Contract*) başlıklı maddesi CISG sisteminde m. 35 ve devamında düzenlenen Malların Sözleşmeye Uygunluğuna ilişkin hükümlerle benzerlik göstermektedir. Yönerge ile CISG'in detaylı karşılaştırması için bkz. Massimo C. Bianca/Stefan Grundmann (eds.), *EU Sales Directive Commentary*, Intersentia Antwerp-Oxford-New York 2002.

⁷ Örneğin CISG, Almanya'da Medeni Kanunun (*Bürgerliches Gesetzbuch*) Borçlar Hukuku kısmında 2002 yılında yapılan reform, Fransa'da Medeni Kanunun (*Code Civil*) tüketici satımlarına ilişkin hükümlerinde değişiklik öngören *Consumer Sales Acte Décret n.78-464*, İspanya'da tüketicinin korunmasına ilişkin 1984 yılında yürürlüğe giren *Ley General Para La Defensa De Los Derechos De Los Consumidores Y Usuarios* gibi kanun değişikliklerine ilham kaynağı olmuştur. CISG'in ulusal hukuk sistemleri üzerindeki etkisi hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Franco Ferrari (Ed.), *The CISG and Its Impact on National Legal Systems*, Munich 2008; Aynı şekilde CISG, Finlandiya'da mal satımlarına ilişkin *Kauppalaki 1987* ve 1994 yılında tadil edilen 1978 Tüketicinin Korunması Kanunu ile İsveç'te mal satımlarına ilişkin *Köplag 1990* ve tüketici satımlarına ilişkin *Konsumentköplag 1999* ile yapılan reformların da ilham kaynağı olmuştur. CISG'in İskandinav ulusal satım hukuku sistemleri üzerindeki etkilerine ilişkin detaylı çalışma için bkz. Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG in Scandinavia*, 2. Edition, Copenhagen 2002.

etkilemiş ve milletlerarası mal satımlarında uygulanacak yeknesak kuralların oluşumuna büyük katkıda bulunmuştur.

Uzun süre CISG'a taraf olmayan Türkiye'de ise öncelikle 14 Nisan 2009 tarih ve 27200 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5870 sayılı uygun bulma kanununu kabul edilmiş ve daha sonra 7 Nisan 2010 tarih ve 27545 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 11 Mart 2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile katılma belgesinin tevdi edilmesine karar verilmiş ve 1 Ağustos 2010 tarihinde katılma belgesi tevdi edilmiştir. Böylece Türkiye'nin Antlaşmaya âkit ülke haline gelmesi için iç hukukta yapılacak tüm formaliteler yerine getirilmiştir. CISG m. 99 f. 2 uyarınca Antlaşma Türkiye bakımından katılma belgesinin tevdi edildiği 1 Ağustos 2010 tarihinden itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girecektir. Dolayısıyla CISG, yabancılik unsuru taşıyan milletlerarası menkul mal satımları bakımından Türkiye'de uygulama alanı bulacak ve Türk satım hukukunun bir parçası haline gelecektir.

Bu çalışmanın konusunu CISG sisteminde alım satım sözleşmesinin satıcı tarafından ihlal edilmesi halinde alıcının satıcıya karşı sahip olduğu haklar ve özellikle tazminat talep etme hakkı oluşturmaktadır. Bu kapsamda alıcının sahip olduğu haklar genel olarak Üçüncü Kısım, İkinci Bölüm'de; tazminat talep etme hakkı ise çalışmanın inceleme konusuna esas teşkil etmesinden ötürü diğer haklardan ayrı olarak Üçüncü Kısım, Üçüncü Bölüm'de mercek altına alınmıştır.

Her ne kadar bu çalışmanın asıl amacı, alıcının CISG sisteminde sahip olduğu tazminat talep etme hakkına ilişkin detaylı bir inceleme yapılması olsa da, bu amaca ulaşılması ve alıcının tazminat talep etme hakkının daha iyi anlaşılabilmesi öncelikle CISG'ın düzenleme ve uygulama alanı ve daha sonra satıcının CISG uyarınca üstlendiği yükümlülüklerle ve nihayet bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi konularına değinilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede Birinci Kısım'da CISG'ın düzenleme ve uygulama alanı kaleme alınmıştır. İkinci Kısım'da satıcının yükümlülükleri, Üçüncü Kısım'da ise satıcının yükümlülüklerini ihlal etmesi konuları ele alınmaya çalışılmıştır.

Yukarıda değinildiği üzere CISG, âkit ülkelerin iç hukuklarının parçası haline gelmiş maddi hukuk kuralları içeren bir metindir. Bu bağlamda CISG’ın Türkiye bakımından yürürlüğe girmesi üzerine Antlaşma hükümlerinin Türk hâkimleri tarafından da uygulanması zorunlu hale gelecektir. Ancak çalışmamızın ilgili bölümlerinde aktarıldığı üzere CISG sistemi ve özellikle tazminat sistemi Türk hukukundan farklı temellerde yükselmekte ve önermeler içermektedir. CISG ve Türk hukukunun bu şekilde farklı yaklaşımlar içinde olması ise her iki sistemin karşılaştırılması gerekliliğini ortaya çıkaracaktır. Her ne kadar bu çalışma, anılan sistemlerin tüm yönleriyle karşılaştırılmasını kendisine hedef olarak seçmemiş olsa da, satım sözleşmesinin ihlali halinde alıcının sahip olduğu haklar ve özellikle tazminat talep etme hakkı bakımından CISG ile Türk hukuku arasındaki benzerlikler ve farklılıkların genel hatlarıyla takdim edilmesinde fayda görülmüştür. Çalışmanın Üçüncü Kısım Dördüncü Bölümü bu amaca özgülenmiştir. Ayrıca bu bölümde Türk hâkiminin CISG hükümlerini nasıl uygulayacağı üzerinde durulacaktır.

Nihayet CISG sistemi içerisinde satım sözleşmelerinin kurulması, alıcının yükümlülükleri ve sözleşmeyi ihlal etmesi konuları bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Yirmi yılı aşkın bir süredir milletlerarası satım hukukunda önemli rol oynayan CISG sistemine ilişkin bugüne kadar sayısız akademik çalışmanın yapılmış olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bugün CISG’a ilişkin milletlerarası alanda akademik çalışmaların çokluğu bu konuda adeta bağımsız milletlerarası bir doktrinin gelişmesine yol açmıştır. Bu kapsamda çalışmada kullanılan “doktrin” kavramı ile CISG’a ilişkin çeşitli ülkelerdeki akademisyenlerin ileri sürdüğü görüşlerin kastedildiğini belirtmek gerekir.

Çalışmanın kaleme alınışında faydanılan “doktrin” tarafından benimsenen görüş ve yaklaşımların yanı sıra, CISG uygulamasına ilişkin çeşitli ülke mahkemeler ve hakemler tarafından verilmiş kararların da önemli bir yeri bulunmaktadır. Keza CISG’ın bugüne kadar çeşitli ülkelerdeki yargı mercileri

tarafından verilen yaklaşık 2500 rapor edilmiş kararın⁸ esasına ilişkin olarak uygulanmış olması CISG'in milletlerarası arenada sahip olduğu önemi ispat eder nitelikte olup, bu yargı kararlarının irdelenmesi çalışmanın inceleme konusu bakımından elzem niteliktedir. Bu kapsamda CISG'a tabi olan uyuşmazlıklarda çeşitli ülkelerde verilen yargı kararları bakımından İsviçre'deki Basel Üniversitesi tarafından işletilen ve CISG'a ilişkin kararların yer aldığı "CISG-Online" isimli web sitesinden faydalanılmıştır⁹.

⁸ Raporlanmış karar sayısına ilişkin bilgi New York'ta bulunan *Pace Law School* tarafından sunulan veri tabanından edinilmiş olup, anılan karar sayısı 22 Şubat 2010 tarihi itibarıyla belirlenmiştir. Bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/case-annotations.html> (çevrimiçi 27.06.2010)

⁹ Anılan web sitesi için bkz. www.cisg-online.ch

BİRİNCİ KISIM

CISG'in Düzenleme ve Uygulama Alanı

BİRİNCİ BÖLÜM

CISG'in Düzenleme Alanı

I. Genel Olarak

CISG esas olarak “milletlerarası niteliğe sahip mal satım sözleşmelerine” uygulanacak maddi hukuk kurallarını düzenler. Dolayısıyla CISG’in düzenleme alanının sınırları çizilirken hangi mal satım sözleşmelerinin “milletlerarası” niteliğe sahip olduğu sorusunun öncelikle cevaplanması gerekir¹⁰. CISG m. 1 satım sözleşmelerinin milletlerarası niteliğinin belirlenmesi için sözleşme taraflarının işyerlerinin iki farklı âkit ülkede bulunmasını basit bir kriter olarak belirlemiştir¹¹. CISG, iş yerleri iki farklı âkit ülkede bulunan taraflar arasındaki mal satımını milletlerarası satım olarak kabul etmektedir¹². Buna karşılık tarafların iş yerleri aynı ülkede ise satım sözleşmesi; tarafların tabiiyeti, ifa yeri, sözleşmenin kurulduğu yer bakımından yabancılik unsuru içerse dahi, CISG’in uygulanması yönünden milletlerarası satım olarak kabul edilemeyecektir¹³. CISG, milletlerarası mal satım sözleşmelerine uygulanacak ulusal hukukun tespit edilmesine ilişkin devletler özel hukuku kuralları içeren bir antlaşma niteliğinde değildir¹⁴.

¹⁰ Bianca/Bonell/*Jayme*, Art. 1 N. 1.1.

¹¹ John O. Honnold, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, edited and updated by Harry M. Flechtner, Fourth Edition, Wolters Kluwer Law & Business, The Hague, 2009, § 40.

¹² Bilgin Tiryakioğlu, 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları İle İlişkisi, *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 41, 1989-1990, s. 194.

¹³ Larry A. DiMatteo/Lucien J. Dhooge/Stephanie Greene/Virginia G. Maurer/Marisa Anne Pagnattaro, *International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge 2006, s. 9.

¹⁴ Yabancılik unsuru taşıyan bir sözleşmeye uygulanacak hukuku tayin etme amacı güden ve bu yönde devletler özel hukuku kuralları içeren milletlerarası antlaşmalardan en önemlilerinden biri hiç şüphesiz Akdi Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında 19 Haziran 1980 Tarihli

II. CISG'in Düzenleme Alanı Dışında Bıraktığı Konular

CISG milletlerarası satım hukukuna ilişkin doğabilecek her türlü sorunun çözümü için tasarlanmamıştır. Satım hukukuna ilişkin bazı hususlar CISG tarafından hiçbir şekilde düzenlenmemiş ve bunlardan kaynaklanan sorunların çözümlenmesi ulusal hukuklara bırakılmıştır¹⁵. CISG tarafından hiçbir şekilde düzenlenmemiş konuların başında CISG m. 4'te belirtildiği üzere sözleşmenin, sözleşme hükümlerinin (örneğin cezai şart, götürü tazminata ilişkin sözleşme klozları) ve sözleşmeye uygulanacak teamüllerin geçerliliği gelir. Yine satım konusu malların mülkiyetinin geçmesi sorunu da Antlaşmanın düzenleme alanı dışındadır. CISG m. 5 ise satım konusu mal nedeniyle alıcının veya üçüncü kişinin ölmesi veya yaralanmasından dolayı satıcının sorumluluğunun¹⁶ Antlaşmada düzenlenmediğini açıkça hüküm altına almıştır. Buna karşılık, satım konusu malın alıcının malvarlığında meydana getirdiği zararlar m. 5 kapsamında değildir¹⁷. Dolayısıyla alıcı, satıcının teslim ettiği mal sebebiyle malvarlığında meydana gelen zararların tazmin edilmesini şüphesiz CISG kapsamında satıcıdan talep edebilecektir. CISG metninde açıkça düzenleme dışı bırakıldığı belirtilmeyen ve fakat yine boşluk oluşturan haller de bulunmaktadır. Bu hallere temsil ilişkisi¹⁸, zamanaşımı¹⁹, alacağın temliki, borcun nakli, teselsül, cezai şart, uygulanabilir faiz oranı²⁰ gibi hususlar örnek olarak verilebilir. Bu hususlara ilişkin uyuşmazlıklar da yine forum ülkesinin devletler özel hukuk kuralları gereği tayin edilecek ulusal hukuk uyarınca çözümlenecektir. Bunlara ek olarak CISG, Türk- İsviçre hukuku dahil bazı hukuk sistemlerinde kabul edilen başlangıçtaki

Avrupa Topluluğu Tüzüğü "European Community Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations Rome 19 June 1980"dır. Detaylı bilgi için bkz. Bilgin Tiryakioğlu, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.

¹⁵ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 32.

¹⁶ CISG ölüm ya da yaralanmaya yol açan malın imalatçısının sorumluluğu hakkında da herhangi bir düzenleme içermemektedir. Dolayısıyla imalatçının sorumluluğu uygulanacak ulusal hukuka göre tayin edilecektir. Bkz. Honnold, *Uniform Law*, § 72.

¹⁷ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 34.

¹⁸ Honnold, *Uniform Law*, § 66.

¹⁹ Zamanaşımı sürelerine ilişkin olarak bkz. OGH 7.9.2000, CISG-Online N. 642.

²⁰ Filip De Ly, Opting Out: Some Observations on the Occasion of the CISG's 25th Anniversary, Quo Vadis CISG? Celebrating the 25th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Ed. Franco Ferrari, 2005, s. 41.

imkânsızlık konusunda da herhangi bir düzenleme içermemektedir²¹. Öte yandan CISG, başlangıçtaki imkânsızlık hallerinde sözleşmenin geçerli biçimde kurulmuş olduğunu ve fakat ifa edilmemesi nedeniyle satıcının sorumlu olacağını kabul etmiştir²². Yani Antlaşma ile başlangıçtaki imkânsızlık Borçlar Kanunu (“BK”) m. 20’de olduğu gibi sözleşmenin geçerliliği sorunu olarak görülüp butlan yaptırımına tabi kılınmamış, aksine sözleşmesel sorumluluk hali olarak öngörülmüştür.

III. CISG’in Yorumlanması

CISG hükümlerinin ne şekilde yorumlanacağı m. 7 f. 1’de açıkça hüküm altına alınmıştır²³. Buna göre, CISG hükümlerinin yorumlanmasında Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacak olup, otonom bir yorumun yapılması gerekir. Yorum yapılırken ulusal hukuklardaki geleneksel yorum ilkelerine ve yöntemlerine başvurulmamalı; Antlaşmada kullanılan kavramlara, ulusal hukuklarda yer alan kavramlar ile aynı anlam atfedilmemelidir²⁴. Zira Antlaşma farklı ulusal hukuk sistemlerinden etkilenmiş olmasına rağmen milletlerarası seviyede düzenlenmiş ve üzerinde uzlaşma sağlanmış bir hukuk metnidir²⁵. CISG hükümleri yorumlanırken gözetilmesi gereken diğer bir ilke CISG’in yeknesak şekilde uygulanmasının korunmasıdır. Her ne kadar uygulamada tüm hâkimlerin CISG hükümlerini aynı şekilde yorumlaması zor gözükse de, mahkemeler

²¹ Türk hukukunda baştaki imkânsızlık hakkında detaylı bilgi için bkz. Mehmet Altunkaya, Edimin Baştaki İmkânsızlığı, s. 153 vd., Ankara 2005.

²² Peter Huber/Alastair Mullis, The CISG A new textbook for students and practitioners, Sellier European Law Publishers 2007, s. 24.

²³ CISG’in yorumlanmasına ilişkin olarak Antlaşma metninde sadece m. 7 hükmü yer almamaktadır. CISG m. 8 hükmü de bir yorum hükmüdür. CISG m. 8 tarafların beyanlarının ve diğer davranışlarının ne şekilde yorumlanacağını düzenlemektedir. Bununla birlikte m.7’deki genel yorum ilkesi âkit ülkelere ve bu ülkelerin mahkemelerine yönelik bir hüküm iken, m. 8 sözleşme taraflarına yönelik uygulanacak yoruma ilişkin ilkeler içermektedir. Keza m.7 hükmü CISG’da yer alan hükümlerin; m.8 hükmü ise tarafların beyanları ve davranışlarının ne şekilde yorumlanacağını düzenlemektedir. International Sales The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods Nina M. Galston, Hans Smit (Eds.)/Gyula Eörsi, Parker School of Foreign and Comparative Law Columbia University, New York 1984, §2.02.

²⁴ Honnold, *Uniform Law*, § 86; OGH 23.05.2005, CISG-Online N.1041; BGH 02.03.2005, CISG-Online N.999.

²⁵ Bonell/Bianca/Bonell, Art. 7 N. 2.2.1.

mukayeseli hukuk kapsamında yabancı mahkeme kararlarının ve doktrinin ikna edici bir otoritesinin (*persuasive authority*) olduğunu gözetmeli ve bu kaynaklardan karşılaştırmalı yorum yoluyla yararlanmalıdır²⁶. CISG hükümlerinin yorumlanmasında gözetilecek üçüncü temel ilke milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının gözetilmesidir. Dürüstlük kuralı m. 7 metninde anlamı ve kapsamı belirsiz bir şekilde hüküm altına alınmıştır²⁷. Dolayısıyla yukarıda anılan yorum ilkeleri çerçevesinde dürüstlük kuralına da CISG'a uygun otonom bir anlam verilecektir. Bununla birlikte dürüstlük kuralı aslında CISG'ın yorumlanmasında başvurulacak ilkelere birisi olarak sınırlı bir role sahiptir. Keza, dürüstlük kuralı CISG hükümlerinin önünde gelen bir üst kural olarak tasarlanmamıştır²⁸.

²⁶ Huber/Mullis, s.8; Başka ülke mahkemelerinin CISG uygulamasına ilişkin olarak verdikleri kararlarını dikkate alan mahkeme kararlarına örnek olarak bkz. Tribunal di Vigevano, 12.07.2000, CISG-Online N. 493.

²⁷ Peter Schlechtriem/Ingeborg Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) Third Edition Oxford 2010*, Art. 7 para. 17.

²⁸ Huber/Mullis, s. 8.

İKİNCİ BÖLÜM

CISG’ın Uygulama Alanı

I. Menkul Mal Satımı

CISG m. 1’de ifade edildiği üzere CISG “mal satımı sözleşmelerine” uygulanır. CISG’in uygulama alanı bulacağı satım sözleşmelerine konu mal tanımına Antlaşma metninde yer verilmemiştir. Bununla birlikte CISG m. 2’de Antlaşmanın uygulama alanı dışında bıraktığı mal türleri açıkça belirtilmiştir. CISG kapsamında değerlendirilen satım konusu mallar taşınır mallardır. “Mal” kavramı belirli bir hacmi olan ve sözleşmenin ifası anında nakledilebilir taşınır malları ifade etmektedir²⁹. Dolayısıyla taşınmaz mal veya fikri mülkiyet hakları, patent, lisans ya da markanın satımına ilişkin sözleşmeler Antlaşmanın uygulama alanı dışında kalmaktadır³⁰. Bunlara ek olarak CISG m.2 d bendinde menkul kıymet (özellikle hisse senetleri, tahviller), kambiyo senedi, para, gemi, tekne³¹, hava yastıklı taşıtları veya hava taşıtları ile elektrik enerjisi satımının açıkça Antlaşmanın uygulama alanı dışında tutulduğu hüküm altına alınmıştır.

CISG metninde Antlaşma hükümlerinin uygulanacağı satım sözleşmesinin tanımı yapılmamıştır. Ancak özellikle CISG m. 30 ve m. 53 hükümleri dikkate alındığında satım sözleşmesi; bir tarafın (satıcı) malları teslim etmek, mallara ilişkin belgeleri vermek ve malların mülkiyetini geçirmekle; diğer tarafın (alıcı) ise semeni ödemek ve malları teslim almakla yükümlü olduğu sözleşme olarak tanımlanabilecektir³².

²⁹ Roland Loewe, The Sphere of Application of the UN Sales Convention, Presentation at the 1997 Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot on the CISG, Pace International Law Review, Vol. X (1998), s. 80.

³⁰ Loewe, s. 82.

³¹ Deniz taşıtları bakımından boyutunun ve kullanım amacının dikkate alınması suretiyle bir ayırımın yapılması konusunda bkz. Ali Gümrah Toker, 11 Nisan 1980 Tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005, s. 94.

³² Schlechtriem/Schwenzer/Slechtriem, Art. 1 para. 14; Joseph Lookofsky, Understanding the CISG, Third (Worldwide) Edition, Copenhagen 2008, s. 17.

CISG m. 3 f. 1 uyarınca imal edilecek veya üretilecek malların satımına ilişkin sözleşmeler de kural olarak satım sözleşmesi sayılır. Bununla birlikte bu tür sözleşmelerin CISG kapsamında satım sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için malı sipariş eden tarafın (alıcının) imalat veya üretim için gerekli olan malzemelerin esaslı bölümünü (*substantial part*) temin etmemiş olması gerekir³³.

II- CISG'ın Uygulanmayacağı Sözleşmeler

CISG m. 3 f. 2 uyarınca mal temin eden tarafın ediminin ağırlıklı olarak işgücü veya diğer bir hizmetin sağlanmasından ibaret olan karma sözleşmelere CISG hükümleri uygulanmaz. Bunun dışında CISG m. 2 uyarınca kişisel veya ailevi ihtiyaç veya ev ihtiyacı için yapılan mal satımları (tüketici satımları)³⁴, açık artırma ve cebri icra yahut diğer kanun gereği yapılan satımlar da açıkça Antlaşmanın uygulama alanı dışında tutulmuştur. CISG'in taraflardan birinin mal karşılığı mal verme borcu olan takas gibi sözleşmelere³⁵, satım unsuru içermeyen hizmet sözleşmelerine yahut franchise sözleşmeleri veya distribütörlük sözleşmeleri gibi ileride münferit satım sözleşmelerinin akdedilmesini öngören çerçeve sözleşmelere uygulanmayacağı doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir³⁶.

³³ Detaylı bilgi için bkz. Toker, s. 97 vd.; Bettina Heiderhoff, CISG'in Uygulama Alanı: Konu Bakımından, Milletlerarası Satım Hukuku: Milletler arası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s. 25 vd.

³⁴ Tüketici satımlarının CISG kapsamı dışında bırakılmasının başlıca nedenleri arasında tüketici satımlarının birçok ülkede kamu düzeninden sayılan kanunlarla düzenlenmiş olduğu ve tüketici satımlarının çoğu kez milletlerarası nitelikte olmayacağı düşüncesi yer almaktadır. Bkz. Ercüment Erdem: Uluslararası Mal Satışlarında 11 Nisan 1980 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin Uygulama Alanı, İzmir Barosu Dergisi 54, 1989/1, s. 94.

³⁵ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 24.

³⁶ Lookofsky, *Understanding the CISG*, s. 18; Loewe, s. 87; OLG Koblenz, 17.09.1993, CISG-Online N. 281: Bununla birlikte distribütörlük sözleşmesi çerçevesinde yapılan münferit satım sözleşmeleri CISG'a tabi olacaktır.

III. CISG’ın Uygulanabilmesi İçin Gereken Ön Koşullar

A- CISG’ın Doğrudan Uygulanması

1. Taraf İşyerlerinin Farklı Âkit Ülkelerde Bulunması

CISG m. 1 f. 1 a bendi uyarınca bir satım sözleşmesinin milletlerarası olarak nitelendirilebilmesi için ön koşul taraf işyerlerinin (*place of business*) farklı iki âkit ülkede bulunmasıdır. Taraf işyerlerinin farklı âkit ülkelerde bulunması halinde Antlaşma hükümleri otomatik olarak (doğrudan) uygulama alanı bulacaktır³⁷. Bu noktada tarafların vatandaşlığı, tacir olup olmadıkları, sözleşmenin adî veya ticarî nitelikte olması dikkate alınmayacaktır³⁸. CISG metninde “işyeri” kavramı tanımlanmamıştır. Ancak doktrinde sözleşme tarafının mesleki faaliyetlerini düzenli bir şekilde fiilen ve ağırlıklı olarak yürüttüğü yerin işyeri olduğu kabul edilmektedir³⁹. Bu yerin ticaret merkezi olması ise gerekmez⁴⁰. Taraflardan birinin birden fazla işyerinin bulunması halinde işyerinin bulunduğu ülkenin tespitinde CISG m. 10 a bendi uyarınca sözleşme ve ifasıyla en yakın irtibat içinde bulunan işyeri esas alınacaktır. Bununla birlikte m. 10 en yakın irtibatlı işyerinin tespit edilmesinde tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında bildikleri ve dikkate aldıkları hususların da dikkate alınacağını açıkça hüküm altına almıştır⁴¹. Taraf işyerlerinin tespit edilmesinde sözleşmenin kurulma anı esas alınacaktır.

³⁷ Sözleşme taraflarından birisinin yahut her ikisinin de iş yerinin bulunmaması halinde CISG m. 10 b bendi uyarınca tarafların mutlak meskenlerinin farklı iki âkit ülkede bulunması sözleşmenin milletlerarası niteliğe sahip olması bakımından esas alınacaktır.

³⁸ Ergun Özsunay, 1980 Tarihli “Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Anlaşması” (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları, İstanbul Barosu Dergisi 78/3 (2004); Tarafların her ikisinin de aynı vatandaşlığa sahip olması ve fakat işyerlerinin farklı âkit ülkelerde bulunması halinde dahi CISG hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

³⁹ Ercüment Erdem, Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi), BATİDER 1992, s. 44; Honnold, *Uniform Law*, § 43; Toker, s. 36 vd.

⁴⁰ Erdem, *İzBD* 1989, s. 94; Bianca/Bonell/Jayme, Art. 1 N. 1.3.; Toker, s. 37.

⁴¹ Özsunay, *İBD* 78/3 (2004), s. 917; Erdem, *İzBD* 1989, s. 95; Dolayısıyla taraflardan birisinin şubesi yoluyla sözleşmeyi imzalaması, sözleşmeyi şubenin ifa edecek olması hallerinde

2. Taraf İşyerlerinin Farklı Âkit Ülkelerde Bulunduğunun Bilinmesi

CISG m. 1 f. 2 uyarınca tarafların işyerlerinin farklı âkit ülkelerde bulunduğu sözleşmeden veya sözleşmenin kurulması sırasında yahut öncesinde yapılan görüşmelerden ya da verilmiş bilgilerden anlaşılmadıkça, taraf işyerleri farklı âkit ülkelerde bulunsada dahi Antlaşma hükümleri uygulanmayacaktır. Bu hüküm ile sözleşmenin CISG'a tabi olacağını bilmeyen sözleşme tarafının korunması amaçlanmıştır. Böylece CISG'ın uygulama alanı her iki tarafın da objektif olarak⁴² sözleşmenin milletlerarası niteliği konusunda bilgi sahibi olduğu hallerle sınırlandırılmıştır⁴³.

CISG'ın doğrudan uygulanırlığına ilişkin bu şartlar yalnızca Antlaşmaya taraf ülke mahkemeleri için bağlayıcı olacaktır. Diğer bir ifadeyle Antlaşma tarafı olmayan bir ülke (örneğin Birleşik Krallık) mahkemesi nezdinde sözleşmeden doğan uyuşmazlığa ilişkin bir dava açılması halinde, taraf işyerleri iki farklı âkit ülkede bulunsada dahi, anılan mahkeme CISG hükümlerini doğrudan uygulamakla yükümlü olmayacaktır⁴⁴.

B- CISG'ın Dolaylı Olarak Uygulanması

Satım sözleşmesinin taraflarından birisinin veya her ikisinin de işyerinin âkit ülkelerden birinde bulunmaması halinde Antlaşma hükümleri, m. 1 f. 1 b bendi uyarınca ancak forum ülkesinin devletler özel hukuku kurallarının, âkit bir

şubenin bulunduğu yer satım sözleşmesi bakımından ilgili tarafın işyeri olarak kabul edilmelidir. (aktaran Bianca/Bonell/Rajski, Art. 10 N. 2.1.)

⁴² Tarafların milletlerarası bir sözleşme akdettikleri konusunda bilgi sahibi olmalarının tespitinde objektif kriter uygulanacaktır. Diğer bir ifadeyle makul ve mantıklı bir insanın sözleşme görüşmelerinden veya verilen bilgilerden sözleşmenin milletlerarası nitelikte olduğunun farkına varabilecek durumda olması halinde, taraflar durumun farkında olmasalar bile satım sözleşmesi hakkında CISG hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Christophe Bernasconi, The Personal and Territorial Scope of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Article 1), 46 Netherlands International Law Review (1999), s. 146.

⁴³ Bianca/Bonell/Jayme, Art. 1 N.2.4; Toker, s. 53; Erdem, *BATİDER* 1992, s. 45.

⁴⁴ Tiryakioğlu, *AÜHFD* 1989-1990, s. 195; Toker, s. 42.

ülke hukukunu uygulanacak hukuk olarak tayin etmesi halinde uygulama alanı bulabilecektir⁴⁵.

Bununla birlikte, CISG m. 1 f. 1 b bendinde hüküm altına alınan dolaylı uygulanırlığın yoğun bir şekilde eleştirilmesi⁴⁶ üzerine CISG metnine dâhil edilen m. 95⁴⁷ dolaylı uygulanırlığa önemli bir istisna getirmiştir. Gerçekten CISG m. 95 ile âkit ülkelere dolaylı uygulanırlık hükmüne çekince koyma hakkı tanınmış ve böylece Antlaşmanın uygulama alanı çekince koyan ülkeler⁴⁸ bakımından daraltılmış, ulusal hukukların uygulama alanı genişletilmiştir⁴⁹.

C- CISG Uygulamasının Taraf İradeleri İle Sınırlandırılması

CISG, ancak sözleşme taraflarının sözleşmeden kaynaklanan bir uyuşmazlığa Antlaşmanın uygulanmayacağını kararlaştırmamış olmaları (*opting-*

⁴⁵ Bianca/Bonell/*Jayme*, Art. 1 N.2.4; Örneğin işyeri Londra’da bulunan alıcı ile işyeri Quebec’te bulunan satıcı arasında akdedilmiş bir satım sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlık Kanada’da dava konusu edildiğinde, Kanada mahkemesi (forum ülkesi mahkemesi) doğrudan CISG hükümlerini ihtilafa uygulayamayacaktır. Zira taraflardan birinin (alıcının) işyeri âkit olmayan bir ülkede (Birleşik Krallık) yer almaktadır. Buna mukabil, Kanada hukukunun devletler özel hukuku kuralları gereği uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk olarak Kanada hukukunun tayin edilmesi halinde, uyuşmazlığa Kanada hukuku, dolayısıyla CISG hükümleri uygulanabilecektir. Bkz. Lookofsky, *Understanding the CISG*, s. 15.

⁴⁶ CISG m. 1 f. 1 b bendi hükmüne ilişkin ileri sürülen eleştiriler hakkında bkz. Gyula Eörsi, A Propos the 1980 Vienna Convention on Contract for the International Sale of Goods, 31 Am. J. Com. L. s.333, 353 (1983).

⁴⁷ CISG m. 95’in Türkçe çevirisi şu şekildedir; “*Her Devlet onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edilmesi sırasında, bu Antlaşmanın 1. Maddesinin 1. Fıkrasının b bendi ile bağlı olmayacağını beyan edebilir.*”

⁴⁸ 18 Mayıs 2009 tarihi itibarıyla CISG m. 95 uyarınca çekince koyan ülkelerin başında Amerika Birleşik Devletleri ve Çin Halk Cumhuriyeti bulunmaktadır. Avrupa’da ise Çek Cumhuriyeti ve Slovakya m. 95 uyarınca Antlaşmaya çekince koymuş ülkelerdir. Bkz. <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html> (çevrimiçi 17.10.2009)

⁴⁹ Bu kapsamda örneğin işyeri New York’ta bulunan satıcı ile işyeri Londra’da (âkit olmayan Birleşik Krallık) bulunan alıcı arasında akdedilmiş bir satım sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlığın New York mahkemelerinde dava konusu edilmesi halinde, New York mahkemesi, kendi devletler özel hukuku kurallarının uygulanacak hukuk olarak New York eyalet hukukunu tayin etmiş olması halinde dahi CISG hükümlerini uygulamak zorunda olmayacaktır. Zira Amerika Birleşik Devletleri CISG m.1 f. 1 b bendinde yer alan dolaylı uygulanırlık hükmüne m. 95 kapsamında çekince koymuş bulunmaktadır. Dolayısıyla New York hâkimi uyuşmazlığa kendi hukukunu uygularken CISG hükümlerini değil, ulusal satım ilişkin New York eyalet hukukunda yer alan hükümlere başvuracaktır. Ancak tabi ki, tarafların sözleşmeden doğan ihtilaflara CISG’in uygulanmasını kararlaştırmamış olması gerekir. Benzer bir örnek için bkz. Erdem, *BATİDER 1992*, s. 48.

out) halinde kendiliğinden uygulama alanı bulabilecektir⁵⁰. Gerçekten CISG m. 6'ya göre sözleşme tarafları, aralarındaki sözleşmede özel bazı CISG hükümlerinin uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri (*derogation*) gibi Antlaşma hükümlerinin doğurabileceği etkileri de değiştirebilirler⁵¹. CISG m. 6 ile taraflara böyle bir imkânın tanınması, milletlerarası satımlara uygulanacak kuralların birincil kaynağı olan irade özerkliği ilkesinin CISG kapsamında da benimsendiğine işaret etmektedir⁵². CISG m. 6 aynı zamanda Antlaşmanın hükümlerinin emredici olmadığını aksine yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğunu göstermektedir⁵³. Bununla beraber, CISG m. 6 ile taraflara CISG'ı uygulanacak hukuk olarak belirleme imkânı (*opting-in*) tanınmamıştır. Dolayısıyla sözleşme tarafları ancak âkit bir ülkenin hukukunu sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmeleri halinde CISG'ın uygulanmasını sağlayabilecektir⁵⁴. Zira CISG hükümleri, bir ülkenin Antlaşmaya taraf olmasıyla kendiliğinden iç hukuk kuralları haline gelir⁵⁵. Bununla birlikte tarafların aralarındaki sözleşmenin doğrudan CISG hükümlerine tabi olacağını kararlaştırmasıyla CISG hükümlerini

⁵⁰ Huber/Mullis, s. 60.

⁵¹ Bununla birlikte CISG'ın bazı maddelerinde tarafların bu hükümlere istisna getiremeyeceği yönünde emredici düzenlemelere de yer verilmiştir. Örneğin CISG m. 12 uyarınca CISG m. 11'de hüküm altına alınan şekil serbestisi prensibine taraflardan birinin işyerinin bulunduğu âkit ülkenin m. 96 uyarınca çekince koymuş olması halinde tarafların buna rağmen şekil serbestisini benimsemelerinin mümkün olmadığı açıkça hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere irade özerkliği bizzat CISG tarafından sınırlandırılmıştır.

⁵² Franco Ferrari, 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*, September 2005, s. 323; Bianca/Bonell/Jayme, Art. 6 N. 2.1.

⁵³ Schlechtriem/Schwenzer/Slechtriem, Art. 6 para. 8 ; Tiryakioğlu, *AÜHFD 1989-1990*, s. 202.

⁵⁴ Örneğin alıcı ve satıcı sözleşmenin Fransız hukukuna tabi olacağı üzerinde anlaşmaya varmışlarsa, Fransa CISG'a âkit bir ülke olduğu için CISG, Fransız hukukunun bir parçası olarak uygulanacaktır. (Örnek için bkz. Tiryakioğlu, *AÜHFD 1989-1990*, s. 202). Buna karşılık Fransa'da bulunan satıcı ile Rusya'da bulunan alıcının aralarındaki sözleşmeye mal satımına ilişkin İsveç kanununun (*Swedish Sale of Goods Act of 1990*) uygulanacağını kararlaştırmış olması halinde, her iki tarafın işyerleri farklı âkit ülkelerde bulunuyor olsa da, CISG hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır. Zira taraflar sözleşmede açıkça ilgili İsveç ulusal mevzuatının uygulanmasını kararlaştırmıştır. Hâlbuki taraflar uygulanacak hukuk olarak İsveç hukukunu kararlaştırmış olsalardı, İsveç'in Antlaşmaya taraf olmasıyla birlikte İsveç hukukunun bir parçası haline gelmiş olan CISG hükümleri uygulama alanı bulacaktı. (aktaran, Lookofsky, *Understanding the CISG*, s. 27.)

⁵⁵ Bianca/Bonell/Jayme, Art. 6 N. 2.3.3; Staudinger /Magnus, Art. 6 N. 2; OGH, 09.03.2000, CISG-Online N. 573.

(uygulanacak hukuk olmaktan ziyade) sözleşmenin bir parçası haline getirmelerinde sakınca bulunmamak gerekir⁵⁶.

CISG hükümlerinin satım sözleşmesine uygulanmaması için tarafların bu konuda iradelerinin uyuşması gerekmektedir. Bu konuda tarafların iradelerinin açıkça⁵⁷ veya zımni⁵⁸ olarak uyuşması yeterlidir. Tarafların bununla birlikte sözleşmeye hangi hukukun uygulanacağını belirtmiş olmaları aranmaz. CISG hükümlerinin uygulanmayacağını açıkça veya zımni olarak kararlaştırılmış olması halinde sözleşmeye forum ülkesinin devletler özel hukuku kuralları uyarınca tayin edilecek ulusal hukuk kuralları uygulanır. Forum ülkesinin devletler özel hukuku kuralları âkit bir ülkenin hukukunu uygulanacak hukuk olarak tayin ederse, bu takdirde sözleşmeye CISG dışında o ülkenin maddi hukuk normları uygulanacaktır⁵⁹. Zira taraflar baştan CISG’ın aralarındaki sözleşmeye uygulanmayacağını kararlaştırmıştır.

⁵⁶ Huber/Mullis, s. 66; Toker, s. 131 vd.; Nuray Ekşi, Kanunlar İhtilafı Alanında Incorporation, MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, C. 19-20, S. 1-2, İstanbul 2001, s. 286.

⁵⁷ Tarafların sözleşmeye “*bu sözleşmeye CISG hükümleri uygulanmaz*” veya “*bu sözleşmeye Alman hukukunun, CISG dışındaki hükümleri uygulanır*” şeklinde bir ifade eklemiş olmaları halinde açık irade uyuşmasının var olduğu sonucuna varılacaktır. Bkz. Ümit Hergüner, Applicability of the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods to Sales Contrats Concluded by Turkish Companies and Their Affiliates Abroad, Murat Sarıca Armağanı, İstanbul 1988, s. 95, 99. Aynı şekilde sözleşmede “*The Vienna Convention of 1980 on International Sales Contracts shall not apply to this Contract*” şeklinde bir ifadenin bulunması CISG’ın uygulanmaması yönünde açık irade uyuşmasını göstermektedir. (aktaran, Bianca/Bonell/Jayme, Art. 6 N. 2.2.)

⁵⁸ CISG m. 6’da tarafların zımni şekilde CISG hükümlerinin uygulanmayacağını kararlaştırabilecekleri yönünde bir ifade yer almamaktadır. Bununla birlikte bu durum CISG’ın uygulanmayacağını her zaman açıkça kararlaştırılması gerektiği anlamına gelmemektedir. Örneğin tarafların aralarındaki sözleşmeye âkit olmayan bir ülke hukukunun uygulanmasını kararlaştırması, taraf iradelerinin CISG’ın uygulanmasını istemedikleri yönünde olduğu şeklinde yorumlanabilecektir. Bkz. Galston/Smit/Winship, § 1.02; Bununla birlikte tarafların örneğin Fransız veya Alman hukukunu seçmiş olmaları, sözleşmeye *Code de Civil* veya BGB kurallarının uygulanacağı anlamına gelmez. Böyle bir halde CISG, ilgili iç hukukun bir parçası olarak uygulama alanı bulacaktır. Doktrinde genel kabul edilen görüş uyarınca sözleşmeye belirli bir iç hukukun uygulanmasını hedefleyen tarafların bunu açıkça (örneğin İsviçre Borçlar Kanunu, Alman BGB ve HGB kuralları vb.) kararlaştırmaları gerekir. Bkz. Özsunay, *İBD* 78/3 (2004), s. 955; Atamer, *İBD*, s. 566; Toker, s. 128; Tiryakioğlu, *AÜHFD* 1989-1990, s. 202; Hergüner, s. 99.

⁵⁹ Honnold, *Uniform Law*, § 126.

İKİNCİ KISIM

CISG Kapsamında Satıcının Yükümlülükleri

BİRİNCİ BÖLÜM

Mal ve Belgeleri Teslim Etme Yükümlülüğü

I. Genel Olarak

CISG'in uygulama alanı bulacağı satım sözleşmesi taraflarından satıcının yükümlülükleri CISG'in "Malların Satımı" başlıklı 3. Kısımının "Satıcının Yükümlülükleri" başlıklı 2. Bölümünde m. 30 ve devamında yer alan maddeleri altında düzenlenmiştir. CISG m. 30 satıcının başlıca yükümlülüklerinin neler olduğunu belirtmektedir. Buna göre satıcı; alıcı ile aralarındaki sözleşme ve Antlaşmada öngörüldüğü şekilde malları alıcıya teslim etmek, mallara ilişkin belgeleri alıcıya vermek ve malların mülkiyetini alıcıya geçirmekle yükümlüdür. Şüphesiz bu yükümlülükler sözleşmede aksinin kararlaştırılmadığı veya hiçbir düzenleme olmadığı hallerde söz konusu olacaktır. Zira Antlaşma hükümleri yedek hukuk kuralı niteliğindedir⁶⁰.

II. Malları Teslim Etme Yükümlülüğü

Satıcının ilk ve temel yükümlülüğü malları alıcıya teslim etmektir (*to deliver*)⁶¹. CISG anlamında "teslim" kavramı satıcının, malların zilyetliğinin alıcı tarafından edinilebilmesi için yapması gereken eylemleri içerir⁶². Malların teslimi

⁶⁰ CISG m. 30'da satıcının yükümlülüklerinin taraflar arasındaki sözleşmede öngörülmesi şeklinde bir ifadenin kullanılması, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin CISG'a nazaran öncelikli olarak uygulanacağını, diğer bir ifadeyle CISG'in yedek hukuk kuralları içerdiğini işaret etmektedir. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Huber/Widmer, Art. 30 para. 1; DiMatteo/Dhooge/Greene/Maurer/Pagnattaro, s. 101.

⁶¹ Sekretarya Şerhi, Art. 29 N.1. Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods Prepared by the Secretariat ("Secretariat Commentary"), UN DOC. A/CONF. 97/5, United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 March-11 April 1980, Official Records <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=644>.

⁶² Schlechtriem/Schwenzer/Huber/Widmer, Art. 30 para. 2.

için malların mülkiyetinin veya zilyetliğinin alıcıya devri gerekmez⁶³. CISG sisteminde malın teslimi, hasarın intikali ve malın sözleşmeye uygun olmaması sorunlarından bağımsız olarak kaleme alınmıştır⁶⁴. Diğer bir ifadeyle satıcının teslim yükümlülüğünü yerine getirmesinde satım konusu malın sözleşmeye uygun olması ön koşul olarak aranmaz⁶⁵. Böylece sözleşmeye uygun olmayan bir malın teslim edilmiş olması halinde dahi, malın teslimi yükümlülüğü yerine getirilmiş kabul edilir⁶⁶. Dolayısıyla malın teslim edilmiş ve fakat sözleşmeye aykırı olması halinde, alıcının hiç teslim etmeme halinde başvurabileceği hukuki yaptırımlar uygulama alanı bulmayacaktır⁶⁷. Bununla birlikte, bu durum satıcının malları sözleşmeye uygun şekilde teslim etme yükümlülüğünün varlığını etkilemeyecek olup, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi CISG m. 35 vd. hükümlerinin ihlali sonucunu doğuracaktır. CISG kapsamında malın teslimi yükümlülüğü satıcı tarafından tek taraflı olarak gerçekleştirilecek bir eylem (ya malları nakletmek ya da alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak) olarak düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için alıcının herhangi bir eylemde bulunması gerekmez⁶⁸.

Malların satıcı tarafından teslim edilmesi yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğinin tespit edilmesinde iki unsur dikkate alınacaktır. Buna göre malların ifa yerinde (m. 31) ve ifa zamanında (m. 33) alıcıya teslim edilmesi gerekir⁶⁹.

⁶³ Galston/Smit/Schlechtriem, §6.02.

⁶⁴ Atamer, *CISG*, s. 136.

⁶⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Huber/Widmer, Art. 31 para. 30.

⁶⁶ Bianca/Bonell/Lando, Art. 31 N. 2.3.

⁶⁷ CISG m. 49 f. 1 b bendi uyarınca malların hiçbir şekilde teslim edilmemiş olması halinde alıcıya malların sözleşmeye uygun olarak teslim edilmesi için satıcıya m. 47'de belirtilen süreyi (*Nachfrist*) tanımak ve bu sürenin sonunda sözleşmeyi ortadan kaldırmak hakkı verilmiştir. Malın teslim edilmiş olması ve fakat sözleşmeye uygun olmaması halinde ise alıcı ancak Antlaşmada kendisine tanınan diğer hukuki imkânlardan faydalanabilecektir. Bkz. aşağıda 3. Kısım 2. Bölüm II.

⁶⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Huber/Widmer, Art. 31 para. 5.

⁶⁹ Honnold, *Uniform Law*, § 211; Detaylı bilgi için bkz. H. Ercüment Erdem, *Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu*, Milletlerarası Satım Hukuku: Milletler arası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s. 105 vd.

III. Belgeleri Verme Yükümlülüğü

CISG m. 30'da satıcının ikinci esas yükümlülüğü olarak mala ilişkin belgelerin verilmesi öngörülmüştür. CISG m. 34'te belgelerin verilmesi yükümlülüğüne ilişkin bir takım düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre satıcının mala ilişkin belgeleri teslim etme yükümlülüğünün olup olmadığı, böyle bir yükümlülüğün varlığı halinde hangi belgelerin ne şekilde, ne zaman ve nerede alıcıya verileceği öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye, taraflar arasındaki alışkanlıklar veya teamüller yahut m. 7 f. 1'de belirtilen dürüstlük kuralına göre tespit edilecektir⁷⁰. Dolayısıyla belgelerin verilmesi yükümlülüğünün ifa yeri ve zamanı açısından malların teslim yeri ve zamanına ilişkin CISG m. 31 ve m. 33 uygulama alanı bulmayacaktır. CISG m. 34 hangi belgelerin alıcıya verilmesi gerektiği konusunda herhangi bir düzenleme içermemektedir. Ancak uygulamada bu belgelerin genelde malın gümrükten çekilmesi, taşıyıcı ve sigortacıya taleplerin yöneltmesini sağlayan belgeler, ithalat ruhsatları gibi belgeler olduğu görülmektedir⁷¹.

IV. Malın Teslimiyle İlgili Diğer Yükümlülükler

Satıcının malın ve mala ilişkin belgelerin teslimine ilişkin CISG m. 30'da belirtilen yükümlülüklerinin yanı sıra diğer bazı yükümlülükleri de söz konusu olabilecektir. Satıcı bakımından "ek" yükümlülük niteliğinde⁷² olan bu yükümlülüklerin başında alıcıya ihbarda bulunma yükümlülüğü gelir. Buna göre malların gönderilmesini öngören bir sözleşmede (gönderme borcunun varlığı halinde) mallar ayırt edici işaretler konulmak suretiyle, taşıma belgeleriyle veya

⁷⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Huber/Widmer, Art. 30 para. 5; Erdem, *Tazminat*, s. 153; Lando, belgelerin, m. 7 f. 1 dürüstlük kuralı gereği herhalde malların varlığı tarihinde alıcı tarafından alınmasını ve gümrükten çekmesini sağlamaya elverişli zamanda ve şekilde verilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. Bianca/Bonell/Lando, Art. 34 N.2.2; Ayrıca belgelerin, malın teslim alınması için zaruri olduğu hallerde, en geç bu ana kadar belgelerin alıcıya verilmiş olması hakkında bkz. *Sekretarya Şerhi*, Art. 32 N. 2.

⁷¹ Huber/Mullis, s. 127; Satıcının teslim etmekle yükümlü olduğu belgelerin neler olduğu konusunda örnekler için bkz. *Sekretarya Şerhi*, Art. 32 N. 2; Schlechtriem/Schwenzer/Huber/Widmer, Art. 34 para. 2.

⁷² *Sekretarya Şerhi*, Art. 30 N. 1.

başka bir şekilde açıkça sözleşmeye tahsis edilmemişse (özülenmemişse)⁷³, satıcı göndermeyi alıcıya bildirmekle ve malları özel olarak belirlemekle yükümlüdür. Yine gönderme borcu içeren bir satımda satıcı, taşımanın kararlaştırılan yere kadar, koşulların gerektirdiği⁷⁴ nakil araçlarıyla⁷⁵ ve böyle bir naklin mutat şartlarına uygun biçimde⁷⁶ gerçekleşmesi için gerekli sözleşmeleri akdetmekle yükümlüdür. Aksi halde satıcı teslim yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemiş sayılır⁷⁷. Bunun dışında yine gönderilecek borçların varlığı halinde satıcı, malların taşınması ile ilgili sigortayı yaptırmak zorunda değilse, alıcının talebi üzerine, böyle bir sigortanın yapılması için gereken bütün bilgileri alıcıya vermekle yükümlüdür⁷⁸. Görüldüğü üzere CISG kapsamında satıcının genel bir sigorta yükümlülüğü bulunmamaktadır⁷⁹. Böyle bir yükümlülük ancak taraflar arasındaki sözleşmeden, alışkanlıklardan veya teamüllerden doğabilecektir⁸⁰. Nihayet satıcının malı teslim etme yükümlülüğü çerçevesinde malı tartmak, saymak, ölçmek gibi diğer yükümlülükleri söz konusu olabilecektir. Satıcının bu çerçevede malı paketleme yükümlülüğünün bulunması malın ayıpsız olarak alıcıya ulaştırılması amacına hizmet eder⁸¹. Satıcının bu yükümlülüğüne aykırı

⁷³ Malın paketlenmiş olması ve üzerine alıcıya ilişkin bilgilerin yazılmış olması, taşıma senesinde alıcının isminin yazılı olması veya konişmentoda alıcının gönderilen olarak gösterilmiş olması, taşıyıcı tarafından düzenlenen bir taşıma senesinde alıcının malları teslim almaya yetkili kişi olarak belirlenmiş olması malın sözleşmeye tahsis edilmiş olduğu hallere örnek olarak verilebilecektir. Bkz. Atamer, *CISG*, s. 175, 176 ve orada dn. 233 ve 234; Schlechtriem/Schwenzer/Huber/Widmer, Art. 32 para. 4.

⁷⁴ Nakliyat için dikkate alınması gereken koşullara malların türü ve miktarı, paketleri, satıcı ile alıcı arasındaki mesafe, nakliyat için elverişli araçlar, mevsim, mevcut nakliyat ilişkileri örnek olarak verilebilecektir. Bkz. Fritz Enderlein, *Rights and Obligations of the Seller Under the UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, International Sale of Goods: Dubrovnik Lectures, Petar Sarcevic & Paul Volken eds., 1996, s. 148, 149.

⁷⁵ Örneğin çabuk bozulabilir nitelikteki mallar için derin dondurucusu bulunan vagonların seçilmesi, malın cinsine göre değişmekle birlikte hızlı nakliyatın gerçekleştirilmesine elverişli havayolu veya hızlı tren gibi ulaşım yollarının kullanılması, koşulların gerektirdiği nakil araçlarının kullanıldığını göstermektedir. Bkz. Enderlein, *Dubrovnik Lectures*, s. 149.

⁷⁶ Bu kapsamda satıcı nakliye rotası olarak olağan rotayı tercih etmelidir. Olağan rotanın bulunmaması halinde ise en kestirme rotayı seçmelidir. Bkz. Bianca/Bonell/Lando, Art. 32 N.2.3.1.

⁷⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Huber/Widmer, Art. 32 para. 16; Bianca/Bonell/Lando, Art. 32 N.2.3.1.

⁷⁸ Bu bilgilerin edinilmesi halinde en yakın zamanda bu bilgiler alıcıya verilmelidir. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Huber/Widmer, Art. 32 para. 31.

⁷⁹ Bianca/Bonell/Lando, Art. 32 N.2.4.

⁸⁰ Atamer, *CISG*, s. 174 ve orada dn. 229.

⁸¹ Atamer, *CISG*, s. 171.

davranması sonucu malın zarar görmesi halinde ise malın ayıplı ifası nedeniyle satıcının sorumluluğu söz konusu olacaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

Sözleşmeye Uygun Mal Teslim Etme Yükümlülüğü

I. Genel Olarak

CISG m. 35 ilâ m. 40 arasında satıcının sözleşmeye uygun mal teslim etme yükümlülüğü düzenlenmiştir. CISG m. 35 malların sözleşmeye uygunluğu (*conformity*) bakımından yeknesak bir düzenleme içermektedir. Diğer bir ifadeyle CISG ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk ile genel sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğu ayrı hükümlerde düzenleyen birçok ulusal hukuk sisteminden ayrılmış ve *common law* sistemindeki gibi ayıba karşı tekeffülü genel sözleşmeye aykırılık kuralları içinde kabul etmiştir. Malların sözleşmeye uygunluğu bakımından gizli/açık ayıp ayırımı yapılmamıştır⁸². Ayrıca CISG sisteminde sözleşmede kararlaştırılan maldan başka bir malın teslim edilmiş olması (*aliud*) kötü ifa olarak kabul edilmiş ve ulusal hukuklardaki ayıplı ifa-*aliud* ifa şeklinde bir ayırım yapılmamıştır⁸³.

II. Sözleşmeye Uygunluğun Sözleşme Uyarınca Saptanması (CISG m.35 f.1)

CISG m. 35 f. 1 malın sözleşmeye uygunluğu konusunda öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye bakılması gerektiğini ve malın sözleşmeye uygunluğu konusunda sözleşme hükümlerinin öncelikle gözetilmesini düzenler. Buna göre teslim edilecek malın miktar, kalite ve tür olarak sözleşmeye uygunluğu öncelikle taraflar arasındaki sözleşmede belirtilen özellik ve tanımlara göre belirlenecektir⁸⁴. Malın sözleşmeye uygunluğu denetiminde başvurulacak sözleşmesel özelliklerin neler olduğu bir yorum sorunudur ve sözleşmede buna

⁸² Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 35 para. 5 ; Sonja Kruisinga, (Non) conformity in the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a uniform concept?, Intersentia, Antwerp-Oxford- New York, 2004, s. 26.

⁸³ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 35 para. 10; Enderlein, *Dubrovnik Lectures*, s. 141; Bianca/Bonell/Will, Art. 46 N. 2.1.1.1; Atamer, *CISG*, s. 181-183; BGH, 03.04.1996, CISG-Online N. 135.

⁸⁴ Özsunay, *İBD 78/3 (2004)*, s. 927; Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 67.

ilişkin hükümler CISG m. 8 f. 1 uyarınca⁸⁵ yorumlanmalıdır⁸⁶. Teslim edilecek malın özellikleri taraflarca açıkça veya zımni şekilde düzenlenmiş olabilir⁸⁷.

III. Sözleşmeye Uygunluğun CISG Uyarınca Saptanması (CISG m. 35 f.2)

CISG m. 35 f. 2, taraflar arasındaki sözleşmede herhangi bir düzenleme yapılmamış olması halinde malların ne zaman sözleşmeye uygun olacağına ilişkin bir takım kriterler saymıştır. Buna göre sözleşmeye uygun bir malın varlığından bahsedilebilmesi için malın aynı türden malların mutata olarak tahsis edildiği olağan kullanım amacına uygun olması, alıcının aradığı özel bir kullanım amacına uygun olması, satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip olması ve ilgili türden mallar için mutata sayılan şekilde paketlenmiş olması gerekir.

IV. Muayene ve İhbar Külfeti

Alıcı, CISG m. 38 uyarınca satıcıdan teslim aldığı malları koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek külfeti altındadır. Antlaşma metninde alıcı tarafından muayenenin nasıl yapılacağı belirtilmemiştir. Dolayısıyla bu konuda öncelikle taraflar arasındaki sözleşmeye, burada bir hüküm yoksa taraflar arasındaki teamüllere bakılmak gerekir. Ancak taraflar arasındaki teamüller de muayenenin nasıl yapılması gerektiği konusunda bir açıklık getirmiyorsa muayenenin en azından “makul” olması gerekir⁸⁸. Şüphesiz makul bir muayeneden ne anlaşılması gerektiği somut olayın özelliklerine göre değişecektir⁸⁹. Benzer şekilde muayenin yapılması gereken

⁸⁵ CISG m. 8 f. 1 uyarınca “Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın.”

⁸⁶ Bianca/Bonell/*Bianca*, Art. 35 N.2.1; Krusinga, s. 29.

⁸⁷ Bu konuda örneğin tarafların belirli bir ticaret dalına ilişkin standart normlara atıf yapması açık bir düzenleme olarak kabul edilmelidir. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/*Schwenzer*, Art. 35 para. 6; Satıcı tarafından mala ilişkin verilen reklamlarda vaad ettiği özellikler dahi malın m. 35 f. 1 uyarınca sözleşmeye uygunluğunun tespit edilmesinde dikkate alınabilecektir. Bkz. Bianca/Bonell/*Bianca*, Art. 35 N.2.3; aynı yönde Atamer, *CISG*, s. 185 ve orada dn. 293.

⁸⁸ Huber/Mullis, s. 151; Makul bir muayene şüphesiz uzmanlık gerektirecektir ancak çok pahalı ve masraflı da olmaması gerekir. Bkz. LG Paderborn, 25.06.1996, CISG-Online N. 262.

⁸⁹ Huber/Mullis, s. 151; Atamer, *CISG*, s. 224.

“koşulların izin verdiği kısa süre” de somut olayın özelliklerine göre tespit edilecektir⁹⁰.

Alıcı teslim aldığı malları muayene ettikten sonra malların sözleşmeye aykırı olduğunu tespit ettiği veya tespit etmesi gerektiği hallerde ise CISG m. 39 f.1 gereği makul süre içerisinde sözleşmeye aykırılığı ve türünü belirtmek suretiyle⁹¹ satıcıya ihbarda bulunma külfeti altındadır. Alıcının ihbarda bulunma külfeti sözleşmeye aykırılığı saptadığı (yani muayenenin yapılıp, ayıbın tespit edildiği an)⁹² veya saptaması gerektiği tarihten (yani muayene için aranan varsayımsal sürenin sona erdiği an)⁹³ itibaren başlar. İhbarın yapılması gereken “makul” süre ise yine somut olayın özelliklerine göre tespit edilmek gerekir⁹⁴. Ancak her halükarda alıcının ihbarda bulunma külfeti CISG m. 39 f. 2 uyarınca malların fiilen kendisine teslim edildiği tarihten itibaren 2 yıllık hak düşürücü süreye tabidir⁹⁵. Bununla birlikte tarafların aralarındaki sözleşme ile bu süreyi değiştirmeleri (uzatmaları veya kısaltmaları) ve başka bir garanti süresi öngörmeleri her zaman mümkündür.

⁹⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 38 para. 15; muayenenin yapılması gereken sürenin tespit edilmesinde başvuru kriterlere malın türü, alıcının durumu ve işletmesinin hacmi örnek olarak verilebilir. Bkz. OGH, 27.08.1999, CISG-Online N. 485.

⁹¹ Dolayısıyla, malların sözleşmeye aykırı olduğu (HG Zürich, 21.09.1998, CISG-Online N. 416), makinelerin düzgün şekilde çalışmadığı (HG Zürich, 17.02.2000, CISG-Online N. 637), malların kötü kalitede olduğu (Rechtbank van Koophandel Kortrijk, 16.12.1996, CISG-Online N. 530) şeklindeki ihbarlar alıcının ihbar külfetini yerine getirmesi bakımından yeterli değildir. Öte yandan ihbarın içeriği bakımından abartılı bir beklenti içinde de olunmamalıdır. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 39 para. 6.

⁹² Atamer, CISG, s. 230.

⁹³ Atamer, CISG, s. 231.

⁹⁴ Bu sürenin yaklaşık 1 ay olarak (*noble month*) kabul edilebileceği yönünde Schlechtriem/Schwenzer/Schwenzer, Art. 38 para. 14 ; BGH, 08.03.1995, CISG-Online N. 144; BGH, 03.11.1999, CISG-Online N. 475; OG Luzern, 08.01.1997, CISG-Online N. 228; Böyle bir sürenin her olayda kabul edilmesinin mümkün olamayacağı yönünde bkz. Atamer, CISG, s. 233; CISG m. 39 kapsamında yapılacak ihbarın tabi olacağı süreler hakkında detaylı bilgi için bkz. Daniel Girsberger, The Time Limits of Article 39 CISG, Journal of Law and Commerce S.25., (2005-2006), s. 241-251; Satım konusu malın kavun olması sebebiyle (çabuk bozulabilir bir mal) ihbarın birkaç gün içerisinde yapılması gerektiği yönünde bkz. Rechtbank Breda, 16.01.2009, CISG-Online N. 1789; sezon mallarında da bu sürenin kısa olması gerektiği yönünde bkz. Amstgericht Augsburg, 29.01.1996, CISG-Online N. 172.

⁹⁵ Huber/Mullis, s. 162; Girsberger, 25 J. L&Com (2005-2006), s. 248; Bu sürenin zamanaşımı süresi olmadığı ve Türk-İsviçre hukukunun bu düzenleme karşısındaki durumuna ilişkin detaylı bilgi için bkz. Atamer, CISG, s. 234 vd.

İhbar külfetinin yerine getirilmemesinin en önemli sonucu ise alıcının sözleşmeye aykırılığa dayanamayacak olmasıdır. Diğer bir anlatımla, gereken sürede ihbar külfetini yerine getirmeyen alıcı, CISG m. 45 ile kendisine tanınan ve aşağıda incelenmiş olan seçimlik haklarını kural olarak kullanamaz. Alıcı bu kapsamda satıcıdan uğradığı zararları da talep edemeyecektir⁹⁶. Öte yandan bu kuralın en önemli istisnası CISG m. 44'te düzenlenen alıcının makul bir özrünün bulunmasıdır. Buna göre alıcının gerekli sözleşmeye aykırılık ihbarını yapmamış olmasında makul bir özrü varsa, alıcı en azından semenin tenzilini ve yoksun kalınan kâr hariç uğradığı zararların tazmin edilmesini talep edebilecektir. Alıcının özrünün makul olup olmadığı ise şüphesiz somut olayın özelliklerine göre tespit edilecektir⁹⁷. Nihayet tarafların sözleşmede belirli bir ihbar süresi öngörmüş ve böylece m. 39'un aksi bir düzenlemeyi kabul etmiş olmaları, m. 44'te yer alan özür istisnasını da bertaraf edecektir. Bu durumda alıcı sözleşmede kararlaştırılan ihbar süresini makul bir özründen dolayı kaçırmış olduğu iddiasında bulunamayacaktır⁹⁸.

⁹⁶ Bianca/Bonell/Sono, Art. 39 N. 2.2.; Huber/Mullis, s. 164; Enderlein, *Dubrovnik Lectures*, s. 171; Herbert Bernstein/Joseph Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, Kluwer Law International, Second Edition, 2003, s. 89; Honnold, *Uniform Law*, § 259.

⁹⁷ Honnold, *Uniform Law*, § 261; Zarar 25 Şubatta meydana gelmekle birlikte, alıcının uzman bilirkişiden ayıba ilişkin raporu ancak 3 Mayıs'ta alması ve 8 Mayıs'ta satıcıya karşı talepte bulunması halinde alıcının makul bir özrü vardır. Zira uzman bilirkişi raporunu "makul" ihbar süresini geçirecek şekilde teslim etmiştir. Bkz. OLG Saarbrücken, 17.01.2007, CISG-Online N.1641.

⁹⁸ Kruisinga, s. 117.

ÜÇÜNCÜ KISIM

Satıcının Yükümlülüklerini İhlal Etmesinin Sonuçları

BİRİNCİ BÖLÜM

Sözleşmenin İhlali

I. CISG Sisteminde İfa Engelleri

CISG hükümleri incelendiğinde ifa engelleri⁹⁹ bakımından, Türk-İsviçre hukukunun aksine sözleşmeye aykırılığın sebeplerine göre bir ayırımı yapılmamış olduğu görülmektedir. Diğer bir anlatımla objektif/subjektif imkânsızlık, önceki/sonraki imkânsızlık, temerrüt, ayıplı ifa, *aliud* ifa veya eksik ifa gibi kurumlara Antlaşma sisteminde ayrıca yer verilmemiş ve bunların hepsi “sözleşmeye aykırılık” (*breach of contract*) kavramı altında toplanmıştır¹⁰⁰. Keza bu yaklaşım 45 f. 1 hükmünden de anlaşılmaktadır¹⁰¹. CISG ifa engelleri sisteminin sözleşmeye aykırılığın sebeplerine ilişkin bir ayırım yapmamasında *common law* hukuk çevresinin büyük etkisi bulunmaktadır. Gerçekten İngiliz hukukundaki *warranty* kurumu, borçlunun (satıcının) sözleşme ile üstlendiği tüm yükümlülükleri bir garanti taahhüdü olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla gerek ifa etmeme, gerek geç ifa, gerekse ayıplı ifa hallerinin hepsi sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. Yine asli veya tali yükümlülüklerin ihlal edilmesi İngiliz hukukunda hiçbir ayırım olmaksızın sözleşmeye aykırılık teşkil eder¹⁰². İşte CISG ile tıpkı *common law* sisteminde olduğu gibi yeknesak bir sözleşmeye aykırılık sistemi kabul edilmiş ve hukuki olgular aşamasında bir

⁹⁹ Alman hukuk doktrininde borç ilişkilerinin ifa edilmemesi, ifa engelleri yani “*Erfüllungshindernisse*” veya “*Leistungshindernisse*” şeklinde nitelendirilmektedir. Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2010, s. 984 ve orada dn. 2. “İfa engelleri” kavramı Türk doktrininde Serozan tarafından kullanılmaktadır. Bkz. genel olarak, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Cilt 3, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5. Bası, İstanbul 2009, § 11.

¹⁰⁰ Erdem, *BATİDER* 1992, s. 76; *Bianca/Bonell/Will*, Art. 45 N. 2.1.2.

¹⁰¹ CISG m. 45 hükmü f. 1 aynen şu şekilde başlamaktadır: “*Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşma’dan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmese ...*”

¹⁰² Detaylı bilgi için bkz. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations-Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, s. 803 vd.

ayırım yapılmamıştır¹⁰³. Bu yönüyle CISG, Türk-İsviçre hukukundan önemli ölçüde farklılık göstermektedir¹⁰⁴.

Sözleşmeye aykırılığın sebepleri bakımından herhangi bir ayırım yapmamış olan CISG, sözleşmeye aykırılık halinde alıcının seçimlik haklarını aynen ifa, malın yenisi ile değiştirilmesini veya maldaki ayıbın giderilmesini talep etme şeklinde düzenlenen ifa talebi (CISG m. 46), sözleşmeden dönme (CISG m. 49) ve semenin tenzili (CISG m. 50) olarak belirlemiştir. Buna ek olarak CISG bu seçimlik haklarıyla birlikte veya tek başına alıcının tazminat talep etme hakkını (CISG m. 74-77) genel olarak düzenlemiştir. Böylece CISG hukuki sonuçlar bakımından dörtlü bir ayırımı gitmiştir¹⁰⁵. Alıcının ifa talebini sözleşmenin ihlali sonucunda başvurulabilecek asli yaptırımlardan birisi olarak düzenleyen CISG bu bakımdan *common law* hukuk çevresine kıyasla *civil law* sistemine yaklaşmış gözükmektedir. Zira *civil law* sisteminde sözleşmenin ihlalinde alıcının aynen ifayı talep etmesi yaptırımların merkezine oturtulmuş iken; *common law* sisteminde sözleşmenin ihlalinin asli yaptırımı olarak tazminat kabul edilmiştir¹⁰⁶. Aynen ifanın talep edilmesi veya sözleşmeden dönülmesi ise bazı istisnai hallere özgülenmiştir¹⁰⁷. Buna karşılık CISG aynen ifa talebine bir takım sınırlamalar

¹⁰³ Bianca/Bonell/Will, Art. 45 N. 2.1.; Enderlein, *Dubrovnik Lectures*, s. 187; OGH, 11.03.1999, CISG-Online N. 524.

¹⁰⁴ Atamer, *CISG*, s. 281 vd.; İfa Engelleri Hukuku bakımından CISG ile Türk-İsviçre hukuk sisteminin karşılaştırılması hakkında bkz. aşağıda 3. Kısım 4. Bölüm II A.

¹⁰⁵ Atamer, *CISG*, s. 486.

¹⁰⁶ Erdem, *BATİDER 1992*, s. 77; E. Allan Farnsworth, Damages and Specific Relief, *American Journal of Comparative Law* (1979), S.27, s. 247 vd.; Atamer, *CISG*, s. 320; Jürgen Basedow, Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG, *International Law and Economics* (September 2005), S.25, s. 492.

¹⁰⁷ Guenter H. Treitel, *Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account*, Oxford 1988, s. 75; Avery W. Katz, Remedies for breach of contract under the CISG, *International Review of Law and Economics* (2006), S.25 s. 384; Genel olarak bkz. Basedow, *Int. Rev. L.&Eco.* (September 2005), S.25, s. 492-493; Sara G. Zwart, The New International Law of Sales: A Marriage between Socialist, Third world, Common and Civil Law Principles, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* (1988), S.13, s. 120; Amerikan UCC § 2-711(2)(b) ve § 2-716 uyarınca alıcı, malların eşi benzerinin bulunmaması veya diğer uygun hallerde aynen ifayı talep edebilecektir; İngiliz *Sale of Goods Act 1979* § 52(1) uyarınca önceden belirlenmiş (parça borcu) niteliğindeki malların varlığı halinde ve sözleşmenin özelliklerine uygun olan bir çözüme kanaat getirdiği takdirde hâkim aynen ifaya hükmedebilecektir. Ancak malların belirlenmiş olmamasına rağmen (cins borcu), alıcının uygun şekilde tazmin edilmemesi halinde aynen ifaya hükmedilebileceği konusunda bkz. *Sky Petroleum Ltd. v. VIP Petroleum Ltd.*, [1974] 1 All E.R. 954, 956.

getirmiş ve böylece *civil law* ile *common law* sistemleri arasında bir orta yol bulunmaya çalışılmıştır¹⁰⁸.

Hangi sözleşme ihlallerinde alıcı tarafından hangi seçimlik hakların kullanılacağına tespiti bakımından CISG kendisine sözleşmenin “esaslı” biçimde ihlal (*fundamental breach*) edilmiş olup olmadığını kriter olarak seçmiştir. Buna göre alıcı, sözleşmeden dönme veya malın yenisi ile değiştirilmesi şeklindeki ifa talebine ancak sözleşmenin satıcı tarafından esaslı şekilde ihlal edilmiş olması halinde başvurabilecektir¹⁰⁹. Alıcının diğer seçimlik hakları bakımından ise sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş olması aranmamıştır.

II. CISG’ın İfa Engelleri Sisteminde Kusurun Rolü

CISG sisteminde sözleşmenin satıcı tarafından ihlal edilmesi üzerine alıcının sahip olduğu tazminat talep etme hakkı dahil diğer seçimlik haklarını kullanabilmesi için satıcının kusurlu olması aranmamıştır. Satıcının sorumluluğu bakımından kusursuz sorumluluk öngören CISG bu yönüyle *common law* sisteminden etkilenmiş olup¹¹⁰, sözleşmeden doğan sorumluluğu kural olarak kusur sorumluluğu olarak düzenleyen Türk-İsviçre hukukundan¹¹¹ farklılık göstermektedir.

CISG, satıcının sözleşmeye aykırılıktan dolayı kusurdan bağımsız olarak sorumlu olduğunu öngörmekle birlikte ifa etmemenin satıcının denetimi dışında

¹⁰⁸ Bu sınırlama CISG m. 28’de düzenlenmiştir. Buna göre alıcı tarafından aynen ifayı talep etme hakkının somut olayda kullanılması, aynı ya da benzer durumlarda uyumsuzluğa bakan hâkimin hukukuna göre de aynen ifaya hükmedilebilecek olması ön koşuluna bağlanmıştır. Bkz. aşağıda 3. Kısım 2. Bölüm III B.

¹⁰⁹ Robert Koch, The Concept of Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), Pace Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 1998 s. 184; Leonardo Graffi, Case Law on the Concept of "Fundamental Breach" in the Vienna Sales Convention, International Business Law Journal, (2003) No. 3, s. 338.

¹¹⁰ Bernstein/Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, s. 117.

¹¹¹ Eren, s. 985; Serozan, *İfa Engelleri*, § 11 N. 5; M. Kemal Oğuzman/ M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, gözden geçirilmiş 6. Bası, İstanbul, 2009, s. 342 vd; Öte yandan CISG sistemi ile Türk-İsviçre hukukunun kusurdan bağımsız sorumluluk bakımından birbirine yaklaşmakta olduğu da göz ardı edilmemelidir. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda 3. Kısım 4. Bölüm II A.

kalan bir engelden kaynaklanması halinde satıcının sorumsuzluğuna ilişkin bir takım düzenlemeler içermektedir¹¹². CISG satıcının sorumsuzluğunu düzenlerken sözleşmeye aykırılık türlerine göre bir ayırım yapmamış ve yine satıcının kusurunun var olup olmadığı ile ilgilenmemiştir¹¹³. Yani sözleşmeye aykırılıkta olduğu gibi sorumluluğun ortadan kalkması açısından da yeknesak bir düzenleme getirilmiştir¹¹⁴. Bununla birlikte Antlaşmada düzenlenen sorumsuzluk halleri yalnızca alıcının tazminat talep etme hakkını kullanmasına engel olacak şekilde kabul edilmiştir. Yoksa sorumsuzluk hallerinin varlığı alıcının ifayı veya semenin tenzilini talep ya da sözleşmeden dönme şeklindeki seçimlik haklarını kullanmasına engel teşkil etmemektedir¹¹⁵.

III. Sözleşmenin Esaslı Biçimde İhlal Edilmesi

A- “Esaslı İhlal” Kavramı

Yukarıda değinildiği üzere sözleşmeye aykırılık halinde alıcıya malın yenisi ile değiştirilmesini talep etme ve sözleşmeden dönme hakkı ancak sözleşmenin satıcı tarafından esaslı surette ihlal edilmiş olması halinde tanınmıştır¹¹⁶. Görüldüğü üzere Antlaşma özellikle taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin ortadan kaldırılmasını her türlü sözleşmeye aykırılık halinde değil, ancak ve istisnai bazı hallerde kabul etmiştir¹¹⁷. İşte CISG bu istisnai halleri “esaslı ihlal” kriterini kullanarak tespit etmektedir¹¹⁸.

¹¹² Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 100; Sorumsuzluk halleri esas itibarıyla CISG m. 79’da düzenlenmiş olup, aşağıda detaylı bir biçimde ele alınmıştır. Bkz. aşağıda 3. Kısım 3. Bölüm VIII.

¹¹³ Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 N. 2.6.2.

¹¹⁴ Atamer, *CISG*, s. 314.

¹¹⁵ Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 N. 2.10.1; Honnold, *Uniform Law*, § 435.4, § 435.5.

¹¹⁶ Honnold, *Uniform Law*, § 181.2.

¹¹⁷ CISG sisteminde sözleşmeden dönme hakkının istisnai hallerde kabul edilmiş olmasının arkasında yatan gerekçelere alıcının sözleşmeden dönme hakkı incelenirken detaylı bir şekilde yer verilecektir. Bkz. aşağıda 3. Kısım 2. Bölüm V.; Bu bölümde amaç “esaslı ihlâl” kavramının içeriği ve kapsamının irdelenmesidir.

¹¹⁸ Will, sözleşmenin esaslı ihlali kriteri için aynen şu ifadeyi kullanmaktadır: “ ... *purports to separate a non-fundamental and a fundamental breach of contract. The distinction is of cardinal importance for the system of remedies, because it can determine the life or death of the contract.*” Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 25 N.1.

Sözleşmenin “esaslı ihlali” halinde özellikle dönme hakkının kullanılmasına ilişkin CISG düzenlemesi esas olarak *common law* ve kısmen Fransız hukukundan esinlenilerek kaleme alınmıştır¹¹⁹. Fakat bugün doktrinde CISG m. 25’te yer alan “esaslı ihlal” kavramının ulusal hukuklardan farklı bir anlama sahip olduğu ve zaten bu kavramın otonom yapıya sahip Antlaşmanın yorumuna ilişkin ilkeler ışığında ulusal hukuklardan bağımsız olarak yorumlanması gerektiği görüşü çoğunlukla kabul edilmektedir¹²⁰. “Esaslı ihlal” doktrinde ve bazı yargı kararlarında da belirtildiği üzere muğlak bir kavramdır¹²¹. Bu sebeple “esaslı ihlal” kavramının anlaşılabilmesi için onu oluşturan unsurların irdelenmesi gerekir. “Esaslı ihlal” her iki sözleşme tarafı bakımından da geçerli olmakla birlikte, çalışmamızın inceleme konusuna sadık kalınmak suretiyle alıcının perspektifinden ele alınacaktır.

B- Esaslı İhlin Varlığı İçin Gereken Koşullar

CISG m. 25’te hüküm altına alınan tanım uyarınca “esaslı ihlal” için bulunması gereken koşullardan ilki ve en önemlisi¹²² satıcının sözleşmeden, taraflar arasındaki teamül veya Antlaşmadan doğan herhangi bir yükümlülüğünü

¹¹⁹ Huber, *RabelsZ* 2007, s. 25; “Esaslı ihlal” kriterine İngiliz hukukunda özellikle 1962 yılında İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından *Hong Kong Fir Shipping Co. Ltd. v. Kawasaki Kaisha Ltd.* davasına ilişkin verilen kararda başvurulmuştur. Mahkeme, taraflar arasındaki çarterparti’de yer alan hüküm uyarınca çartererin elde etmesi gereken menfaatten önemli ölçüde (*substantially*) mahrum kalıp kalmadığının tespitinde “Esaslı İhlal” kriterinin dikkate alınacağına hükmetmiştir. Bkz. Lord Diplock (1962), 1 All. E.R. 474, 488 I, 489 H; *Common law* ve Fransız hukuk sistemlerindeki esaslı ihlal yaklaşımının tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 293.

¹²⁰ Bianca/Bonell/*Will*, Art. 25 N.2; Ziegel’e göre Antlaşmayı kaleme alanlar İngiliz hukukundaki esaslı ihlal doktrinini aynen kabul etme niyetinde değildi. Ancak Antlaşma kapsamındaki esaslı ihlal kavramından tam olarak ne anlaşılması gerektiği tartışmaya açıktır. Bkz. Galston/Smit/*Ziegel*, § 9.03 [2] [a]; Aynı şekilde doktrinde İngiliz sisteminde kabul edilen esaslı ihlal ile CISG anlamında esaslı ihlal kavramlarının birbirleriyle hiçbir ilgisinin olmadığı ileri sürülmüştür. Aktaran Bruno Zeller, *Fudamental Breach and the CISG-a Unique Treatment or Failed Experiment?*, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration* (2004), S.8 s. 82, 85; Honnold, İngiliz hukukundaki “*fundamental breach*” kavramını CISG sistemi için “*false friend*” olarak nitelendirmektedir. Bkz. Honnold, *Uniform Law*, § 181.1.

¹²¹ Franco Ferrari, *Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention-25 Years of Article 25 CISG*, *Journal of Law and Commerce* (Spring 2006), S.25 s. 492; Clemens Pauly, *The Concept of Fundamental Breach as an International Principle to Create Uniformity of Commerical Law*, *Journal of Law and Commerce* (2000), S.19., s. 229; Zeller, *V.J.I. Com. Law & Arb.* (2004) S.8, s. 88; Tribunale di Padova, 25.09.2004, CISG-Online N. 819.

¹²² Ferrari, *25 J.L. & Com.*, s. 492.

ihlal etmiş olmasıdır¹²³. CISG asli ve tali yükümlülüklerin ihlali bakımından herhangi bir ayırım yapmamıştır¹²⁴. Ancak doktrinde tali bir yükümlülüğün ihlalinin esaslı olmasının ancak malların satımına ilişkin veya taraflarca ihlalinin esaslı olacağını kararlaştırılmış olması şartına bağlı olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır¹²⁵.

“Esaslı ihlal”in varlığı için aranan ikinci şart ihlalden dolayı alıcının sözleşmeden haklı olarak beklediği bir menfaatten önemli ölçüde (*substantially*) yoksun kalması ile sonuçlanan bir “olumsuzluğun” (*detriment*) doğmuş olmasıdır. “Olumsuzluk” kavramı Antlaşma metninin başka hiçbir yerinde geçmemektedir ve bu kavramın tanımı yapılmamıştır. Dolayısıyla “olumsuzluk” kavramı özellikle Antlaşma’nın hazırlık çalışmaları¹²⁶ ve kavramın amacı dikkate alınmak suretiyle geniş olarak yorumlanmalıdır¹²⁷. Buna göre “olumsuzluk” kavramı alıcının zarara uğramış olması anlamına gelmez¹²⁸. Örneğin satıcı malı usulüne uygun biçimde paketlememiş veya sigorta ettirmemiştir, ancak mallar sağ salim alıcıya teslim edilmiştir. Böyle bir halde esaslı ihlalden bahsedilemez, zira bir olumsuzluk söz konusu değildir. Ancak alıcı sözleşmeye aykırılık nedeniyle malı tekrar satma imkânını veya müşterisini kaybetmiş olsaydı, alıcı herhangi bir zarara uğramamış olsa da ortada bir olumsuzluk söz konusu olacaktı¹²⁹. Esaslı bir sözleşme ihlalinin varlığı için olumsuzluğun aynı zamanda alıcıyı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden (beklenti ve menfaatinden) önemli ölçüde (*substantially*) yoksun bırakmış olması gerekir¹³⁰. Yani alıcının tazminat, semenin tenzili veya

¹²³ J. Staudinger/*Ulrich Magnus*, Staudinger’s Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetzen und Nebengesetz, Berlin, Wiener UN-Kaufrecht, Neubearbeitung, 2005, Art. 25 N.7.

¹²⁴ Staudinger/*Magnus*, Art. 25 N.7; Ferrari, 25 *J.L.&Com.*, s. 492-493; Graffi, *Int. Bus. L. J.* (2003), s. 338; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-Online N. 135; Oberlandesgericht Köln, 08.01.1997, CISG-Online N. 217; Keza CISG sistemi asli yükümlülüklerin ihlal edilmesinin kendiliğinden esaslı ihlal oluşturduğu şeklinde bir yaklaşım benimsememiştir. Bkz. Koch, *Pace Int’l L. Rev.* 1998, s. 330.

¹²⁵ Zeller, 8 *V.J.I. Com. Law & Arb.* (2004), s. 87.

¹²⁶ Official Records, 330.

¹²⁷ Bianca/Bonell/*Will*, Art. 25 N 2.1.1.1.

¹²⁸ Bianca/Bonell/*Will*, Art. 25 N 2.1.1.2; Koch, *Pace Int’l L. Rev.* 1998, s. 267; Graffi, *Int. Bus. L. J.* (2003), s. 338.

¹²⁹ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 60.

¹³⁰ Ferrari, 25 *J.L.&Com.*, s. 495.

tamirat talep etme haklarını kullansa dahi beklentisini tatmin etmesi mümkün olmaması ve sözleşmenin ifasından beklediği menfaatin adeta ortadan kalkmış olması gerekir¹³¹. Böylece alıcının elinde geriye son çare (*ultima ratio*) olarak sözleşmeden dönme hakkı kalacaktır¹³².

Sözleşme ihlalinin yarattığı olumsuzluk alıcının sözleşmesel menfaatlerine yöneliktir. Tabi ki alıcının her türlü beklentisinin satıcı tarafından hesaba katılması beklenemez¹³³. CISG m. 25 metni açıkça “sözleşme uyarınca beklemekte” ifadesini kullanmıştır. Dolayısıyla alıcının hangi beklentilerinin sözleşme uyarınca korunacağını tespit edilmesi gerekir¹³⁴. Bu ise sözleşmenin yorumu meselesidir. CISG m. 8 uyarınca yapılacak yorumda sözleşmenin lafzı, taraflar arasındaki alışkanlıklar, teamüller, sözleşme görüşmeleri ve diğer koşullar dikkate alınarak ihlal edilen yükümlülüğe atfedilen önem ve sözleşme uyarınca korunan menfaatler tespit edilmelidir¹³⁵. Sözleşmenin bu şekilde yorumlanması tarafların açıkça veya zımnen belirli bir yükümlülüğe veya belirli tip bir olumsuz sonucuna önem atfetmeleri halinde zor olmayacak ve böyle bir halde esaslı ihlal kolayca tespit edilebilecektir¹³⁶. Öte yandan örneğin tarafların genel işlem şartları kullanmış olması ve sözleşmeye bu şartlardan herhangi birinin ihlalinin esaslı olacağına ilişkin bir hüküm koymuş olmaları halinde sorun çıkabilecektir. Keza böyle bir hükmün geçerliliği her zaman tartışılabilir. Fakat çözüm CISG’ta değil, uygulanacak ulusal hukukta aranacaktır¹³⁷. Zira CISG sözleşme hükümlerinin geçerliliği ile ilgilenmemektedir. Dolayısıyla böyle bir örnekte esaslı ihlal değerlendirmesinde ulusal hukuk belirleyici olacaktır¹³⁸.

¹³¹ Fritz Enderlein/ Dietrich Maskow, *International Sales Law*, Oceana Publications, 1992, Art. 25 N. 3.1.

¹³² Zeller, 8 *V.J.I. Com. Law & Arb.* (2004), s. 81.

¹³³ Ferrari, 25 *J.L. & Com.*, s. 495.

¹³⁴ Enderlein/Maskow, Art. 25 N. 3.3; Graffi, *Int. Bus. L. J.* (2003), s. 339.

¹³⁵ Honnold, *Uniform Law*, § 181.1; Pauly, 19 *J.L. & Com.*, s. 234.

¹³⁶ Peter Huber, *CISG-The Structure of Remedies*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, (Ocak 2007), S.71, s. 25; Ferrari, 25 *J.L. & Com.*, s. 497 ve orada dn. 68.

¹³⁷ Ferrari, 25 *J.L. & Com.*, s. 497.

¹³⁸ Atamer, *CISG*, s. 301 ve orada dn. 100.

Esaslı ihlalin varlığı için son olarak, alıcıyı sözleşmeden beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakan olumsuzluğa sebep olan ihlalin böyle bir sonucu doğuracağından satıcı tarafından öngörülmüş¹³⁹ ve aynı koşullar içindeki makul bir kişi tarafından da öngörülebilir olması gerekir. Aksi halde ihlal esaslı olmayacaktır. Satıcının olumsuzluğu öngördüğünün tespitinde sözleşme hükümlerinin yorumu önem arz etmektedir. Zira eğer taraflar sözleşmede açıkça bir yükümlülüğün ihlalinin esaslı olacağını kararlaştırmışlar ise, o zaman satıcının bu ihlalin sonuçlarını öngörmüş olduğu kabul edilmek gerekir¹⁴⁰. Tarafların bu şekilde açık bir belirlemesinin olmamasına karşılık, ilgili yükümlülüğün önemine sözleşme görüşmelerinde yer verilmiş ise, satıcı yine ihlalinin sonuçlarını öngörmüş sayılacaktır¹⁴¹. Görüldüğü üzere CISG m. 8 uyarınca sözleşmenin yorumlanması öngörülebilirlik değerlendirmesi bakımından önem arz etmektedir¹⁴². Diğer yandan CISG m. 25 satıcının öngörüsünün yanı sıra aynı konum ve koşullar içindeki makul kişinin de öngörüsünü dikkate almaktadır. Böylece Antlaşma öngörülebilirliğin tayininde ayrıca objektif bir kritere başvurmaktadır¹⁴³. Aynı konum ve koşullar içindeki makul kişi ile kastedilen ise aynı ticari branşta faaliyet gösteren üçüncü kişi olmak gerekir¹⁴⁴. Nihayet, esaslı ihlal teşkil eden olumsuzluğun öngörülmemiş ve makul kişi tarafından da öngörülemez olduğunu ispat yükü sözleşmeyi ihlal eden taraf olan satıcıya ait olmak gerekir¹⁴⁵.

Öngörülebilirliğin tespit edileceği zamana ilişkin Antlaşmada bir düzenleme yoktur. Ancak bu zamanın sözleşmenin kurulduğu an olduğu bugün

¹³⁹ “Öngörü” kelimesinin Türk Dil Kurumu Sözlüğünde birçok anlamı bulunmakla birlikte “öngörü” kelimesi bu çalışmada bir işin ilerisini kestirme veya bir işin nasıl bir yol alacağını önceden anlayabilme ve ona göre davranmak anlamında kullanılmıştır. Kelime anlamı için bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/?kategori=verilst&kelime=%F6ng%F6r%FC&ayn=tam> (çevrimiçi 28.12.2009)

¹⁴⁰ Graffi, *Int. Bus. L. J.* (2003), s. 339.

¹⁴¹ Koch, *Pace Int'l L. Rev.* 1998, s. 227 vd.

¹⁴² Zeller, *8 V.J.I. Com. Law & Arb.* (2004), s. 89.

¹⁴³ Enderlein/Maskow, Art. 25 N. 4.2.

¹⁴⁴ Graffi, *Int. Bus. L. J.* (2003), s. 339; “Aynı konum” belirlenmesinde yalnızca ilgili branşa ait alışkanlıklar değil, tüm sosyo-ekonomik koşullar (din, dil, ekonomik durum) dikkate alınmalıdır. “Aynı koşullar” ise global, yerel, hukuki, siyasi kısacası tüm koşullar dikkate alınarak belirlenmelidir. Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 25 N 2.2.2.2.1, 2.

¹⁴⁵ Bianca/Bonell/Will, Art. 25 N 2.1; Honnold, *Honnold Uniform Law*, § 183.

doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir¹⁴⁶. Sözleşmenin kurulması anından sonra ortaya çıkan hususların öngörülebilir olması önem taşımayacaktır. Ancak *Schlechtriem*'e göre sözleşmenin kurulmasından sonra taraflardan birinin (alıcının) belirli bir yükümlülüğe önem atfederek bunu karşı tarafa (satıcıya) bildirmesi halinde ve satıcının da bunu kabul etmesi halinde, ilgili yükümlülüğün ihlalinin CISG m. 25 anlamında olumsuzluk doğuracağı satıcı tarafından öngörülebilir olduğu sonucuna varılabilecektir¹⁴⁷. *Will*'e göre satıcının yukarıda anılan şekilde bir bildirim almamış olmasına rağmen, belirli bir yükümlülüğün m. 25 anlamında önemli olduğunu sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenmesi halinde de ihlalin olumsuz sonucunun satıcı tarafından öngörülmüş olduğu kabul edilmek gerekir¹⁴⁸.

CISG sisteminde öngörülebilirlik değerlendirmesine sözleşmenin esaslı surette ihlal edildiğinin tespiti dışında tazminat borcunun sınırlandırılmasında da başvurulmaktadır. Fakat anılan değerlendirmeler farklı amaçlara hizmet etmektedir. Zira esaslı ihlalin tespitinde başvuru öngörülebilirlik kriteri, ihlalin alıcının haklı olarak beklediği şeyden önemli ölçüde yoksun bırakan olumsuzluğa sebep olmasına yönelik olup, tazminat borcunda bu kriter ihlal neticesinde doğan zararlara ilişkindir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Schlechtriem/Schwenzer/*Schlechtriem*, Art. 25 para. 33; Staudinger/*Magnus*, Art. 25 N.19; Ferrari, *25 J.L. & Com.*, s. 498; Koch, *Pace Int'l L. Rev.1998*, s. 321; Atamer, *CISG*, s. 305 vd.

¹⁴⁷ Schlechtriem/Schwenzer/*Schlechtriem*, Art. 25 para. 33.; Aynı konuda Honnold'un verdiği örneğe göre 100 çuval pirincin satışına ilişkin bir sözleşmenin tarafı olan alıcının ifadan önce pirincin mutlaka yeni çuvalar içinde teslim edilmesini bildirmesine rağmen satıcının kullanılmış çuvalarda teslimat yapması halinde sözleşmenin esaslı biçimde ihlal edildiği sonucuna varılabilecektir. Ancak böyle bir bildirim ifa gerçekleşikten sonra yapılırsa esaslı ihlalden bahsedilmeyecektir. Zira öngörülebilirlik ilkesi normalde öngörülemez ifanın detaylarına ilişkin satıcıya özel önem verme imkânı verilmesi amacıyla tasarlanmıştır. Bkz. Honnold, *Uniform Law*, § 183; Benzer görüş için bkz. Enderlein/Maskow, Art. 25 N. 4.3.

¹⁴⁸ Bianca/Bonell/*Will*, Art. 25 N 2.2.2.2.5; aksi görüş için bkz. Atamer, *CISG*, s. 307.

¹⁴⁹ Tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında başvuru öngörülebilirlik değerlendirmesi aşağıda detaylı biçimde ele alınmıştır. Bkz. aşağıda 3. Kısım 3. Bölüm VI B.

C- Esaslı İhlal Örnekleri

Sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir¹⁵⁰. Dolayısıyla yeknesak bir esaslı ihlal örneği verilmesi mümkün değildir¹⁵¹. Bununla birlikte doktrinde esaslı ihlal oluşturabilecek bazı ihlal türleri geliştirilmiştir. “Esaslı ihlal” kavramının daha iyi anlaşılabilmesi ve Türk-İsviçre hukuku ile karşılaştırılması bakımından bu örneklere değinilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu çerçevede öncelikle temelli ifa etmeme halinin esaslı ihlal teşkil edeceğinin belirtilmesi gerekir. Zira böyle bir halde alıcının sözleşmesel menfaatini elde etmesi artık mümkün değildir¹⁵². İfa etmemenin sonradan meydana gelen bir imkânsızlıktan kaynaklanması ise önemsizdir¹⁵³. Benzer sonuç satıcının ifada bulunmayacağını kesin şekilde beyan etmiş olması halinde de geçerlidir¹⁵⁴. Diğer yandan eksik ifa halinde ifa edilmeyen bölüm olmadan ifanın alıcı için hiçbir değer ifade etmiyor olması ve bunun da sözleşmeden anlaşılması halinde esaslı ihlalden bahsedilebilecektir¹⁵⁵. Ayıplı ifa ise ancak alıcının ayıbın giderilmesi, semenin tanzili veya tazminat imkânlarına başvurduğunda tatmin edilemeyecek olması halinde esaslı ihlal niteliğinde olacaktır¹⁵⁶. Uygulamada ayıplı ifanın esaslı ihlal olup olmadığının tespitinde sözleşmeye aykırılığın ciddiyeti¹⁵⁷, malın ayıba rağmen kullanılması veya yeniden satılması ve bunun alıcıdan beklenebilir olup olmadığı¹⁵⁸, ayıbın giderilmesinin

¹⁵⁰ Pauly, *19 J.L.&Com.*, s. 229; Zeller, *8 V.J.I. Com. Law &Arb. (2004)*, s. 88.

¹⁵¹ Koch, *Pace Int'l L. Rev. -1998*, s. 330.

¹⁵² Ferrari, *25 J.L.&Com.*, s. 500; Atamer, *CISG*, s. 308.

¹⁵³ LG Ellwangen, 21.08.1995, *CISG-Online N. 279*.

¹⁵⁴ Atamer, *CISG*, s. 307; OLG Celle, 24.05.1995, *CISG-Online N. 152*.

¹⁵⁵ Atamer, *CISG*, s. 308.

¹⁵⁶ Huber, *RabelsZ 2007*, s. 26; Bu çıkarım yukarıda değinildiği üzere CISG sisteminde sözleşmenin ayakta tutulmasının esas olmasından ve sözleşmeden dönmenin son çare olarak başvurulması gereken bir yaptırım türü olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bkz. Ferrari, *25 J.L.&Com.*, s. 497.

¹⁵⁷ OLG Köln, 14.10.2002, *CISG-Online N. 709*.

¹⁵⁸ Atamer, *CISG*, s. 310; Bozulmuş şarabın iç piyasada tekrar satışa sunulamayacak olması sebebiyle ayıplı ifa esaslı ihlal oluşturur. Bkz. Cour de Cassation, 23.01.1996, *CISG-Online N. 156*; Sözleşmede kararlaştırılan orandan daha yüksek yağ oranı içeren ancak başka ayıbı olmayan etin fiyat kırılmak suretiyle ve fahiş bir güçlük çıkarmadan pazarda satılabilecek olması halinde esaslı ihlal olmayacağı yönünde bkz. BGer, 28.10.1998, *CISG-Online N. 413*; Malın alıcı tarafından başka şekilde kullanılabilir veya satılabilir olup olmadığının esas alınması yönünde bkz. BGH, 03.04.1996, *CISG-Online N. 135*; Ayıplı malın ayıba rağmen

mümkün olup olmadığı¹⁵⁹ gibi kriterlere başvurulmaktadır. Ayıbın alıcı açısından uygun olmayacak şekilde ve makul olmayan bir süre içerisinde alıcı tarafından makul olmayan bir zahmet veya masraf gerektirecek bir tamiratla giderilmesi veya boş yere bir tamirat söz konusu ise yine esaslı ihlalden bahsedilecektir¹⁶⁰. Ayıplı ifade olduğu gibi *aliud* ifa hali de otomatik bir esaslı ihlal durumu yaratmayacak ve ancak alıcının sadece ve sadece sözleşme konusu malın edinilmesine ilişkin özel bir menfaatinin varlığı halinde *aliud* ifa esaslı ihlal halini alacaktır¹⁶¹. Satıcının vadede ifayı gerçekleştirmemesi tek başına esaslı ihlal oluşturmamakla birlikte¹⁶², örneğin alıcının acil ihtiyacına rağmen malların vadeden sonra dahi uzun bir süre daha teslim edilmemiş olması esaslı ihlal olarak nitelendirilebilecektir¹⁶³. Öte yandan taraflarca ifanın kesin bir vadeye bağlandığı sonucuna varıldığı hallerde bu kez vadede ifa etmeme sözleşmenin esaslı biçimde ihlalini teşkil edecektir¹⁶⁴. Bu anlamda özellikle sözleşme ile ifanın mutlaka belirli bir zamanda gerçekleşmesi kararlaştırılmışsa ya da malın niteliği gereği ifanın özel önem arz edeceği hallerde (örneğin sezon mallarına ilişkin bir satım)¹⁶⁵ kesin vadeden bahsedilebilecek ve vadede ifa etmeme esaslı ihlal anlamına gelecektir. Fakat kesin vadenin tespitinde sadece sözleşmenin lafzı değil aynı zamanda taraf

kullanılabilir olup olmadığı kriterinin genel kabul görüp görmeyeceği yönündeki kaygılar ve tartışma için bkz. Huber, *RabelsZ 2007*, s. 26.

¹⁵⁹ Honnold, *Uniform Law*, § 296; Bianca/Bonell/Will, Art. 48 N. 3.2.1; Huber, *RabelsZ 2007*, s. 27; Staudinger/Magnus, Art. 48 N. 30; Esaslı ihlal değerlendirmesinde satıcının ayıbı giderme hakkının (ikinci servis şansı) var olup olmayacağı oldukça tartışmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. aşağıda 3. Kısım 2. Bölüm VI.

¹⁶⁰ Honnold, *Uniform Law*, § 184; OLG Koblenz, 31.01.1997, CISG-Online N. 256; Önemli ölçüde bir ayıbı içeren ifa, satıcının ayıptan arı mal teslim etme niyetinde olması ve böyle bir teslimin alıcı bakımından fahiş bir külfet yaratmaması halinde esaslı ihlal niteliğinde olmayacaktır. Bkz. OLG Köln, 14.10.2002, CISG-Online N. 709; benzer yönde HG des Kantons Aargau, 05.11.2002, CISG-Online N. 715.

¹⁶¹ Ferrari, *25 J.L.&Com.*, s. 502; Enderlein/Maskow, Art. 25 N. 3.4; Aksi görüş için bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 46 N. 2.2.1.2.

¹⁶² Graffi, *Int. Bus. L. J. (2003)*, s. 341; OLG München, 01.07.2002, CISG-Online N. 656; OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261; Geç ifa, ifanın halen mümkün olması ve satıcının da ifa etmeyeceğini kesin olarak beyan etmemiş olması halinde esaslı ihlal oluşturmaz. Bkz. OLG Düsseldorf, 18.11.1993, CISG-Online N. 92.

¹⁶³ OLG Düsseldorf, 21.04.2004, CISG-Online N. 913; Pretura di Parma-Fidenza, 24.11.1989, CISG-Online N. 316.

¹⁶⁴ Atamer, *CISG*, s. 309; BGer, 15.09.2000, CISG-Online N. 770.

¹⁶⁵ Atamer, *CISG*, s. 308; Corte de Appello di Milano, 20.03.1998, CISG-Online N. 348; OLG Duesseldorf, 24.04.1997, CISG-Online N. 385.

iradeleri, taraflar arasındaki alışkanlıklar, teamüller de dikkate alınmalıdır¹⁶⁶. Salt sözleşme metninde kesin bir vadenin kararlaştırılmış olması, vadede ifa etmemeyi otomatik olarak esaslı ihlal haline getirmez¹⁶⁷. Bu kapsamda sözleşmede *Incoterms* (örneğin CIF klotu) kullanılmış olması halinde kesin vadeden ve dolayısıyla esaslı ihlalden bahsedilip bahsedilemeyeceği tartışmalıdır¹⁶⁸. Önemli olan kesin vade geçirilmiş olsa dahi bu durumun alıcı bakımından ciddi ve önemli sonuçlar doğurmuş olup olmadığıdır¹⁶⁹. Kesin vadenin kararlaştırıldığı sonucuna varılamıyorsa, alıcı sözleşmeden hemen dönemeyecektir. Böyle bir halde ise alıcı satıcının ifada bulunması için önce CISG m. 47 f. 1 uyarınca satıcıya ek süre tanıyacak ve bu sürenin sonunda ifa gerçekleşmezse m. 49 f. 1 b bendi uyarınca sözleşmeden dönebilecektir¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Enderlein/Maskow, Art. 25 N. 3.4.

¹⁶⁷ Atamer, *CISG*, s. 309.

¹⁶⁸ Ferrari, 25 *J.L.&Com.*, s. 504; Bu konuda OLG Hamburg, CIF klotunun kesin vadeye işaret ettiği görüşünü benimsemiştir. Bkz. OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261.

¹⁶⁹ LG Oldenburg, 27.03.1996, CISG-Online N. 188.

¹⁷⁰ Atamer, *CISG*, s. 309; Graffi, *Int. Bus. L. J.* (2003), s. 340; Detaylı bilgi için bkz. aşağıda 3. Kısım 2. Bölüm II.

İKİNCİ BÖLÜM

Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları

I. Genel Olarak

Satıcı, sözleşmeden veya CISG'nin yedek hükümlerinden doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmediği takdirde alıcının üç seçimlik hakkı bulunmaktadır. Buna göre alıcı ifayı (m. 46) veya semenin tenzilini talep edebilir (m. 50) ya da sözleşmeden dönebilir (m. 49). Tüm bu seçimlik hakların yanı sıra alıcı tazminat talep etme hakkına (m.74-77) sahiptir. Alıcının ifa talebi yeni mal teslimini (m. 46 f. 2) veya malın tamir edilmesini (m. 46 f. 3) talep etmek şeklinde olabilecektir. Alıcının seçimlik haklarını kullanması için kural olarak satıcının herhangi bir sözleşmesel yükümlülüğünü ihlal etmiş olması gerekir. Yine önceden değinildiği üzere alıcının seçimlik haklarını kullanması bakımından ihlal edilen yükümlülüğün türü ve sözleşmeden, taraflar arasındaki alışkanlıklardan ya da CISG'tan doğmuş olması önemli değildir¹⁷¹. Ayrıca mallarda maddi aybın veya hukuki aybın bulunması, seçimlik hakların kullanılması bakımından herhangi bir farklılık yaratmayacaktır¹⁷². Satıcının sözleşmeye aykırı davranışında kusurlu olması ise aranmaz¹⁷³. CISG sisteminde m. 79 ile kabul edilen sorumsuzluk hallerinde dahi alıcının seçimlik hakları kural olarak düşmez. Bu kuralın tek istisnası ise tazminat talep etme hakkıdır. Alıcının seçimlik haklarının kullanılması kural olarak sözleşmenin ihlal edilmiş olmasına bağlı olmakla birlikte alıcı seçimlik haklarından hangisini kullanacağı hususunda tamamen serbesttir.

¹⁷¹ Bianca/Bonell/Will, Art. 45 N. 2.1.; Enderlein, *Dubrovnik Lectures*, 187.

¹⁷² Bianca/Bonell/Will, Art. 46 N. 3.1., Atamer, *CISG*, s. 329 vd.

¹⁷³ Erdem, *BATİDER* 1992, s. 76; Honnold, *Uniform Law*, § 275; Bianca/Bonell/Will, Art. 45 N. 2.1.2; Harry M. Flechtner, *Buyers' Remedies in General and Buyers' Performance-Oriented Remedies*, *Journal of Law and Commerce* (2005-2006), S.25, s. 339.

II. Satıcıya Ek Süre Verilmesi (*Nachfrist*)¹⁷⁴

CISG m. 45 f. 3 uyarınca sözleşmenin ihlal edilmesi üzerine alıcı seçimlik haklarından birisine başvurduğu takdirde, bazı ulusal hukuk sistemlerinde olduğu gibi mahkeme veya hakem tarafından satıcıya ek süre verilemez¹⁷⁵. Bununla birlikte CISG m. 47 f. 1 uyarınca alıcı böyle bir ek süreyi her zaman satıcıya verebilecektir. Gerçekten anılan fıkra hükmüne göre “Alıcı satıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre tanyabilir.”¹⁷⁶ Alıcı tarafından ek süre verilmesi her türlü sözleşme ihlali halinde mümkündür. İhlal edilen yükümlülüğün kaynağı da (sözleşme veya CISG yedek hükümleri) önem taşımaz. Fakat alıcı böyle bir ek süre vermek zorunda değildir¹⁷⁷. Dolayısıyla alıcı isterse satıcıya ek süre vermeyip seçimlik haklarından birisine başvurabilecektir. Bu kapsamda sözleşme esaslı surette ihlal edilmiş ise alıcı sözleşmeden dönebilecektir.

¹⁷⁴ Alıcı tarafından satıcıya ek süre verilmesi Alman hukukunda Alman Medeni Kanunu BGB § 326’da “*Nachfrist*” kurumu olarak düzenlenmiştir. Bu kavram aynı zamanda CISG bağlamında da milletlerarası literatürde kullanılan kavram haline gelmiştir. Ancak Alman hukukundaki bu düzenleme ile CISG m. 47 arasında önemli bir fark bulunmaktadır. Buna göre Alman hukukunda alıcının böyle bir ek süre vermesi mecburidir. CISG ise bu konuda alıcıyı serbest bırakmıştır. Alman hukuku ve CISG sistemindeki *Nachfrist* uygulamasının karşılaştırılmasına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Maryellen DiPalma, *Nachfrist under National Law, the CISG, and the UNIDROIT and European Principles: A Comparison*, International Contract Adviser (Kluwer), Vol. 5, No. 1 (Winter 1999), s.28-38, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/DiPalma.html> (çevrimiçi 14.04.2010); Öte yandan alıcı tarafından ek süre verilmesi uygulamasının *common law* sisteminde kabul edilmediği yönünde bkz. Peter A. Piliounis, *The Remedies of Specific Performance, Price Reduction and Additional Time (Nachfrist) under the CISG: Are these worthwhile changes or additions to English Sales Law?*, 12 Pace International Law Review (Spring 2000), s. 22 vd.

¹⁷⁵ Özsunay, *İBD 78/3 (2004)*, s. 931; Honnold, *Uniform Law*, § 278; Satıcıya ek süre verilmesi şeklindeki mahkemelere tanınan takdir yetkisi özellikle Fransız hukukunda kabul edilmiştir. Bkz. Treitel, s. 323 vd.

¹⁷⁶ Bununla birlikte, alıcının sözleşmeye aykırılığın satıcı tarafından giderilmesi için ek süre verebilmesi, CISG m. 46’da düzenlenen ifa talebinin koşullarının varlığına bağlıdır. Ancak satıcıya ek süre verilmesi, ifa talebinden farklı bir imkân olarak değerlendirilmelidir. Bkz. Pilar Perales Viscasillas, *The Nachfrist Remedy*, "Celebrating Success: 25 Years United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods" (Collation of Papers at UNCITRAL -- SIAC Conference 22-23 September 2005, Singapore), s. 89. bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/perales6.html> (çevrimiçi 15.04.2010).

¹⁷⁷ Enderlein, *Dubrovnik Lectures*, s. 192; Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 76.

Satıcıya ek süre verilmesi özellikle sözleşmenin vadesinde ifa edilmediği hallerde önem arz etmektedir¹⁷⁸. Zira yukarıda belirtildiği üzere sözleşmenin satıcı tarafından vadesinde ifa edilmemesi her zaman sözleşmenin esaslı ihlalini teşkil etmemekte ve alıcıya her zaman sözleşmeden dönme hakkı vermemektedir. Alıcının otomatik olarak sözleşmeden dönme hakkının olmadığı bu haller ifa için kesin bir vadenin kararlaştırılmış olduğu sonucuna varılamayan hallerdir. İşte m. 47 düzenlemesinin altında alıcının salt vadede ifa etmemeden dolayı sözleşmeden dönmemesi düşüncesi yatmaktadır¹⁷⁹. Dolayısıyla alıcı esaslı ihlal oluşturmayan bu hallerde satıcıya ifada bulunması için ek süre vermeye sevk edilmiştir. Alıcı tarafından verilecek ek süreye rağmen satıcı ifada bulunmazsa alıcı CISG m. 49 f. 1 b bendi uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Artık bu aşamada sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş olup olmadığına bir önemi kalmayacaktır¹⁸⁰.

CISG m. 47 metninden her ne kadar alıcı tarafından ek süre verilmesinin tüm ihlâl türleri için geçerli olduğu sonucuna varılabiliyor olsa da, bu hüküm uyarınca verilen ek süreye uyulmamasının yaptırımını esasen ve yalnızca vadede ifa etmeme hali için önem kazanmaktadır¹⁸¹. Öte yandan vadede ifa etmeme dışındaki bir sözleşmeye aykırılığın esaslı ihlâl oluşturduğu hallerde alıcı sözleşmeden dönmek yerine satıcıya yine de m. 47 uyarınca ek süre verebilecektir¹⁸². Böyle bir halde satıcı kendisine tanınan ek süre içerisinde de ifada bulunmazsa bu sefer alıcı

¹⁷⁸ Honnold'a göre ek süre verilmesine ilişkin düzenleme yalnızca ifa etmeme halinde uygulama alanı bulacaktır. Bkz. Honnold, *Uniform Law*, § 288; aynı yönde Huber, *RebelsZ 2007*, s. 16.

¹⁷⁹ *Sekretarya Şerhi*, Art. 42 N.4.

¹⁸⁰ Bianca/Bonell/Will, Art. 47 N. 2.1.1; Aslında bu hüküm ile her zaman "esaslı ihlal" değerlendirmesini doğru biçimde yapamayacak olan ve fakat sözleşmeden dönme niyetinde olan alıcı için avantajlı bir konum yaratılmıştır. Alıcı bu hüküm sayesinde emin olmadığı hallerde "esaslı ihlal" değerlendirmesi yapma zahmetine girmeyecek ve mahkemenin esaslı ihlale karar vermemesi halinde sözleşmeden dönmeme riskini almayacaktır. Zira ek süre sonunda ifa gerçekleşmezse alıcı sözleşmeden dönmeyecektir. Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 47 N. 2.1.2; Benzer görüşte bkz. Bernstein/Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, s. 130; Viscasillas, s. 90-91.

¹⁸¹ Bernstein/Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, s. 131; Honnold, *Uniform Law*, § 288; Ancak ek süre verilmesinin sadece geç ifa hallerinde mümkün olabileceği şeklinde bir sonuca varılmaması gerektiği ve örneğin ifa yerinde teslimin yapılmamış olması halinde de ek süre verilmesinin önem arz edeceği yönünde bkz. Viscasillas, s. 90-92.

¹⁸² Bianca/Bonell/Will, Art. 47 N. 2.1.1.

CISG m. 49 f. 2 b bendi uyarınca ek sürenin sonundan itibaren makul bir süre içinde sözleşmeden dönebilecektir¹⁸³.

Alıcının ek süre verebilmesi için borcun muaccel olması gerektiği doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir¹⁸⁴. Alıcı ifanın gerçekleştirilmesi için ek süre verdiğiine ilişkin satıcıya şekle tabi olmayan bir bildirimde bulunmalıdır¹⁸⁵. Ancak yapılan bildirimde alıcının verdiği ek sürenin tayin edilebilir olması ve belirli bir vade içermesi gerekir¹⁸⁶. Yine alıcı tarafından verilecek ek süre makul uzunlukta olmalıdır. Makul süreden ne anlaşılması gerektiği somut olaya göre değişecek olup, hâkim tarafından tayin edilecektir¹⁸⁷. Alıcı tarafından verilen sürenin makul olmaması halinde ise, makul sürenin bitmesi beklenmek suretiyle m. 47'ye bağlanan sonuçlar uygulanacaktır.

CISG m. 47 uyarınca alıcı tarafından satıcıya ek süre verilmesi halinde alıcı kendisine tanınan seçimlik hakları bu süre içerisinde kural olarak kullanamayacaktır¹⁸⁸. Yani alıcı sözleşmeden dönemeyecek veya semenin tenzilini veya ifa yerine tazminat talebinde bulunamayacaktır. Diğer yandan m. 47 f. 2 uyarınca alıcı gecikmiş ifa sebebiyle uğradığı zararın tazmin edilmesini satıcıdan talep edebilecektir. Satıcı kendisine verilen ek süre içerisinde ifada bulunursa alıcının seçimlik hakları düşecektir. Ancak satıcı verilen süre içerisinde yükümlülüğünü yerine getirmezse alıcı seçimlik haklarını kullanabilecektir.

¹⁸³ Bkz. aşağıda 3. Kısım 2. Bölüm V B.

¹⁸⁴ Bkz. Atamer, *CISG*, s. 337 ve orada dn. 294.

¹⁸⁵ Viscasillas, s. 95.

¹⁸⁶ Öyleki satıcı başka bir yorum veya açıklamaya gerek kalmaksızın ne zamana kadar süre verildiğini ve bu sürenin ifa için son şansının olduğunu anlamalıdır. Bu kapsamda “bildirim tarihinden itibaren dört hafta sonra” veya “Paskalya’dan altı hafta önce” ya da “17 Mart” veyahut “yılbaşı” gibi ibareler kullanılarak ek sürenin açıkça hesaplanabilir olması gerekir. Dolayısıyla “en yakın zamanda malların teslim edilmesi dileğiyle” şeklinde bir ifade ek süre verildiği sonucuna varılması için yeterli olmayacaktır. Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 47 N. 2.1.3.1; Aynı şekilde “hemen”, “derhal” gibi ifadeler de yeterli görülmemektedir. Bkz. OLG Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-Online N. 385.

¹⁸⁷ Bianca/Bonell/Will, Art. 47 N. 2.1.3.2; Bununla birlikte ihlale maruz kalan alıcının takdiri edeceği makul süreye itibar edilmesi gerektiği yönünde bkz. Honnold, *Uniform Law*, § 289.

¹⁸⁸ Yani alıcı bu süre ile bağlıdır. Bu düzenleme ile esas olarak satıcının geçici olarak korunması amaçlanmıştır. Zira satıcının bu süre içerisinde ifa için çaba sarfetmesi ve hatta bunun hatırı sayılır bir masrafa yol açması her zaman mümkündür. Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 47 N. 2.2.2; Bu düzenlemenin milletlerarası hukukta kabul edilmiş olan *venire contra factum proprium* (*estoppel*) ilkesinin bir görünümü olduğu hakkında bkz. Viscasillas, s. 100.

Bununla birlikte m. 47 f. 2’de açıkça belirtildiği üzere, verilen ek süre sona ermeden satıcı sözleşmeyi ifa etmeyeceği yönünde bir bildirimde bulunursa, alıcı bu bildirim aldığı andan itibaren yine seçimlik haklarına başvurabilecektir. Zira böyle bir bildirim yapılması üzerine satıcının ifada bulunması için tanınan sürenin dolmasını beklemek yersiz olacaktır.

III. Alıcının İfayı Talep Etme Hakkı

A- Genel Olarak

CISG sisteminde sözleşmenin satıcı tarafından ihlal edilmesi halinde alıcıya tanınan ilk seçimlik hak m. 46’da düzenlenen ifayı talep etme hakkıdır¹⁸⁹. Buna göre, sözleşmeye aykırılık halinde alıcı kural olarak satıcıdan yükümlülüklerini ifa etmesini talep edebilir¹⁹⁰. Böylece Antlaşmanın sözleşme hukukunun temel ilkelerinden *pacta sunt servanda* ilkesini benimsemiş olduğu görülmektedir¹⁹¹. Ayrıca bu yönüyle CISG’in sözleşmeye aykırılık halinde tazminatı esas alan *common law* sisteminden farklı bir yol izlediği de dikkat çekmektedir¹⁹². İfa talebine ilişkin Antlaşmanın getirdiği sistemde m. 46 f. 1’de ifa etmeme halinde aynen ifa talebi genel ilke olarak benimsenmiş olup, f. 2 ve f. 3’te sözleşmeye aykırı ifa halinde ve belirli koşulların varlığı halinde malın değiştirilmesi veya tamir edilmesinin talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır.

¹⁸⁹ Antlaşma metninde her ne kadar “hak” ibaresi kullanılmış olsa da, *Sekretarya Şerhi*’nde bu hükmün aslında mahkemelere yönelik bir direktif olduğu ifade edilmektedir. Buna göre aynen ifa talebine rağmen satıcı malları teslim etmeyi reddederse, m. 46 gereği mahkeme aynen ifaya hükmedecektir. Bkz. *Sekretarya Şerhi* Art. 42 N. 8.

¹⁹⁰ Satıcının ihlal ettiği yükümlülüğü, ifa talebi için önem arz etmez. Alıcı, satıcı tarafından her türlü yükümlülüğün ihlali halinde ifa talebinde bulunabilecektir. Bkz. Steven Walt, For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention, *Texas International Law Journal* (1991), S.26, s. 215.

¹⁹¹ Bianca/Bonell/Will, Art. 46 N. 2.1.1.

¹⁹² Honnold, *Uniform Law*, § 194; Ayrıca yukarıda bkz. 3. Kısım 1. Bölüm I.

B- Aynen İfa Talebi

1. İfa Etmeme

CISG m. 46 f. 1 uyarınca getirilen genel ilke uyarınca alıcı, her türlü ifa etmeme halinde aynen ifada ısrar edebilecektir. Bu kapsamda alıcı malın teslimini ve/veya mallara ilişkin belgelerin teslim edilmesini talep edebilecektir¹⁹³. Dikkat edilmesi gereken CISG m. 46 f. 1'in uygulanabilmesi için ifa etmemenin söz konusu olması gerektirir. Sözleşme ayıplı da olsa ifa edilmiş ise alıcı, aynen ifa yerine diğer koşulların varlığı halinde ya malın yenisi ile değiştirilmesi ya da malın tamir edilmesini talep etme hakkına başvurabilecektir. Bu kapsamda CISG sisteminde *aliud* ifa, kötü ifa olarak kabul edildiğinden, *aliud* ifa halinde m. 46 f. 1 hükmü uygulanamayacaktır¹⁹⁴. Alıcının aynen ifa talebinde bulunması için m. 47'de öngörülen ek süreyi verme gibi bir zorunluluğu yoktur¹⁹⁵.

2. Aynen İfa Talebinin Sınırları

Alıcının aynen ifa talep etmesinin sınırı aynen ifa talebiyle bağdaşmayan hukuki bir imkândan yararlanmış olmasıdır. Buna göre örneğin alıcı sözleşmeden dönme beyanında bulunmuşsa artık aynen ifa talebinde bulunamaz. Yine semenin tenzilini talep etmiş olan alıcı aynen ifada ısrar edemez. Zira bu seçimlik haklar aynen ifa talebiyle bağdaşır nitelikte değildir¹⁹⁶.

Buna ek olarak, her ne kadar CISG metninde açıkça düzenlenmemiş olsa da, doktrindeki bazı yazarlar tarafından kabul edildiği üzere imkânsızlık halinde

¹⁹³ Amy H. Kastely, The Right to Require Performance in International Sales: Towards an International Interpretation of the Vienna Convention, Washington Law Review (1988), S.63, s. 612.

¹⁹⁴ Bianca/Bonell/Will, Art. 46 N. 2.1.1.1; ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, CISG, s. 366 vd.

¹⁹⁵ Ancak alıcının aynen ifa talebinde bulunurken aynı zamanda böyle bir ek süre vermesi kendi menfaatine olacaktır. Zira esaslı ihlal olmayan bir aykırılık halinde alıcı ek süre vererek, bu süre sonunda da ifa gerçekleşmezse sözleşmeden dönebilecektir. Bkz. Atamer, CISG, s. 369.

¹⁹⁶ Erdem, BATİDER 1992, s. 78; Piliounis, Pace Int'l L. Rev. 2000, s. 15; Kastely, 63 W. L. Rev. (1988), s. 618; Walt, 26 Texas Int'l L. J. (1991), s. 213.

satıcının kusuru olsun olmasın aynen ifa talep edilememek gerekir¹⁹⁷. Alıcının aynen ifa talebinin diğer bir sınırı ise CISG m. 28'dir. Yukarıda üzerinde durulduğu üzere *common law* sistemi alıcının aynen ifa talebini çok sınırlı hallerde kabul etmiştir. Bu bakımdan CISG *civil law* sistemine yaklaşmış ve ifa talebini asli yaptırım türlerinden birisi olarak düzenlemiştir¹⁹⁸. Öte yandan her ne kadar CISG kural olarak aynen ifa talebini asli yaptırım olarak kabul etmiş olsa da, bu konuda yaşanan tartışmalar üzerine¹⁹⁹ *common law* ile *civil law* sistemlerini uzlaştırıcı bir yol izlenmiş²⁰⁰ ve m. 28 sevk edilmiştir. CISG m. 28'e göre alıcının aynen ifa talebinde bulunması halinde, mahkeme ancak kendi hukukuna (forum hukuku) göre benzer satım sözleşmeleri bakımından da aynen ifaya hükmedebilecek olması halinde aynen ifa talebini kabul edecektir. Bu düzenleme ile aynen ifa talebinin kaderi forum ülkesinin hukukuna terk edilmiştir²⁰¹. Öte yandan, m. 28 ile getirilmiş bu düzenlemenin uygulamada büyük bir etkisi olmayacaktır. Zira bugün milletlerarası satımlarda aynen ifa talebi genellikle tercih edilmemekte ve alıcılar satıcıdan temin edemedikleri bir malı diğer bir satıcıdan alma yoluna gitmektedirler²⁰².

¹⁹⁷ Buna göre imkânsızlık halinde aynen ifa talebinin sona ermesi gerektiği sonucuna imkânsızlık hallerini düzenleyen CISG m. 79 uyarınca varılmasına imkân yoktur. Zira CISG md. 79 f.5 açıkça imkânsızlık hallerinde tazminat hariç diğer talep haklarının (dolayısıyla ifa talebinin) düşmeyeceğini düzenlemektedir. İmkânsızlık halinde aynen ifa talebinin düşmesi gerektiği sonucuna CISG m. 7 f. 2'de ifade bulan milletlerarası ticarete dürüstlük kuralı gereği varılmalıdır. Bkz. Kastely, *63 W. L. Rev. (1988)*, s. 619; İmkânsızlık halinde CISG ile Türk-İsviçre hukukunun mukayesesi için bkz. aşağıda 3. Kısım 4. Bölüm; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 370 vd.

¹⁹⁸ Piliounis, *Pace Int'l L. Rev. 2000*, s. 10.

¹⁹⁹ Kastely, *63 W. L. Rev. (1988)*, s. 624 vd.

²⁰⁰ CISG m. 28'de izlenen uzlaştırıcı yaklaşımın gerekçesi için bkz. *Sekretarya Şerhi*, Art. 26 N.3; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 322 vd.

²⁰¹ Hiç şüphesiz forum ülkesi hukukuna göre aynen ifa talebine hükmedilip hükmedilmeyeceği konusunda forum ülkesinin devletler özel hukuku kuralları dikkate alınmayacaktır. Aksi yorum m. 28'in ruhuna aykırı olacaktır. Bkz. Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 62.

²⁰² Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 61; Honnold, *Uniform Law*, § 199, § 286; Katz, *Int'l Rev L & Econ (2006)*, s. 385; Flechtner, *25 J. L&Com. (2005-2006)*, s. 344; Öte yandan *Kastely* bu düzenlemenin yeknesak bir seçimlik hak sistemini tehlikeye soktuğunu ve ifa talebi hakkında belirsizliklere yol açtığını savunmaktadır. CISG m. 28'in eleştirisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Kastely, *63 W. L. Rev. (1988)*, s. 626 vd.

C- Malın Yenisi İle Değiştirilmesini Talep Etme Hakkı

Satım konusu malların satıcı tarafından teslim edilmiş olmasına rağmen malların sözleşmeye aykırı olması halinde ve bu aykırılığın sözleşmenin esaslı surette ihlalini teşkil ettiği durumlarda²⁰³ alıcı malın yenisi ile değiştirilmesini²⁰⁴ talep edebilir²⁰⁵. Bu kapsamda ayıplı ifa veya *aliud* ifa halinde m. 46 f. 2 uygulama alanı bulacaktır. Malın sözleşmeye aykırılığı esaslı ihlal teşkil etmiyorsa alıcı malın yenisi ile değiştirilmesi talebinde bulunamayacak olup, ancak m. 46 f. 3 uyarınca malın tamir edilmesini veya semenin tenzilini ve tazminat talep edebilecektir²⁰⁶. Sözleşmeye uygun olmayan mal tesliminin sözleşmenin esaslı surette ihlalini teşkil edip etmediğinin tespitinde CISG m. 25 yol gösterici olacaktır²⁰⁷. Malın yenisi ile değiştirilmesini talep etme hakkının sınırı aynen ifa talebindeki gibidir. Ancak buna ek olarak CISG m. 81 hükmü de malın yenisi ile değiştirilmesini talep etme hakkı bakımından bir sınır teşkil eder²⁰⁸. Buna göre alıcı malı teslim aldığı andaki duruma yakın bir durumda iade edemeyecek halde ise bu seçimlik hakkı düşecektir. Fakat bu kurala CISG m. 81 f. 2 ile önemli biçimde istisna getirilmiş ve kurala başvurulacak haller oldukça sınırlandırılmıştır²⁰⁹.

²⁰³ Malın yenisi ile değiştirilmesi seçimlik hakkının esaslı ihlalin varlığı şartına bağlanmasındaki sebep, önemsiz bir ihlalin varlığı halinde yeni mal alımının alıcının ihtiyaçlarına nazaran satıcı açısından daha masraflı olacaktır. Bkz. Honnold, *Uniform Law*, § 283; Bernstein/Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, s. 121; Bianca/Bonell/Will, Art. 46 N. 2.2.1.1; *Sekretarya Şerhi* Art. 42 N.12.

²⁰⁴ Şüphesiz mal üzerinde üçüncü kişilerin herhangi bir hak veya talep iddiası varsa ve bu durum esaslı ihlale sebep olmuşsa, alıcı üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden arı olan bir mal ile değişimi talep edebilir. Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 46 N. 3.1.

²⁰⁵ Malın yenisi ile değiştirilmesi talebinin parça ve çeşit borçları bakımından nasıl değerlendirilmesi gerektiği ve bu konuda yaşanan tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 374 vd.

²⁰⁶ Keza esaslı ihlalin olmadığı bir halde alıcı sözleşmeden dönemeyecektir. Malın sözleşmeye aykırı da olsa ifa edilmiş olması ise alıcının m. 46 f. 1 uyarınca aynen ifada ısrar etmesine imkân vermeyecektir. Alıcının böyle bir halde ifa talebi olarak elinde kalan yalnızca ayıbın giderilmesini (tamirat) talep etme hakkıdır. Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 46 N. 2.2.

²⁰⁷ Sözleşmeye aykırılığın esaslı ihlal oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesinde uygulamada başvurulan kriterler için bkz. yukarıda 3. Kısım 1. Bölüm III.

²⁰⁸ Aynı sınır alıcının sözleşmeden dönme hakkı bakımından da geçerlidir.

²⁰⁹ Bu istisnalar hakkında detaylı bir inceleme bu tezin kapsamına dâhil edilmemiştir. Zira bu istisnalar malın yenisi ile değiştirilmesi talebinin çok sınırlı hallerde düşmesine yol açacaktır. Ancak yine de bu istisnalar özetlenmek gerekirse; (i) maldaki değişikliğin veya malın telef

D- Ayıbın Giderilmesini Talep Etme Hakkı (Tamir Talebi)

Malların sözleşmeye uygun olmaması halinde alıcı CISG m. 46 f. 3 uyarınca sözleşmeye aykırılığın tamirat yoluyla giderilmesini talep edebilir. Malın tamir edilmesinin talep edilmesi için sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş olması koşulu aranmaz²¹⁰. Öte yandan tamirat talebinin makul bir talep olması gerekir. Talep makul değilse satıcı ayıplı malı tamir etmekten kaçınabilecektir²¹¹. Yine tamirat talebinin malın yenisi ile değiştirilmesini talep etmede olduğu gibi makul süre içerisinde yapılması gerekir. Şüphesiz tamirat talebi karşısında satıcının malı makul bir süre içerisinde tamir etmesi gerekir. Aksi takdirde alıcı diğer seçimlik haklarını kullanabilecektir²¹². Satıcı malı tamir etmemekte direnirse alıcı tamiratı satıcı hesabına yaptırabilecektir²¹³. Alıcı gerek aynen ifa, gerek malın yenisi ile değiştirilmesi gerekse tamirat talep hakkını kullanmış ya da tamiratı yapmamakta direnen satıcı karşısında tamiratı satıcı hesabına yaptırmış olsun CISG m. 74 vd. uyarınca her zaman uğradığı zararların tazmin edilmesi talebinde bulunabilecektir²¹⁴.

IV. Semeninin Tenzilini Talep Etme Hakkı

A- Genel Olarak

CISG m. 50 uyarınca alıcı sözleşmeye aykırı olarak teslim edilmiş bir malın semeninde indirim yapılmasını talep etme hakkına sahiptir. CISG bu

olması alıcının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmıyorsa; (ii) mallar veya malların bir bölümü m. 38 uyarınca alıcı tarafından yapılacak muayene sonucunda yok olmuş veya hasara uğramışsa; (iii) mallar veya malların bir bölümü sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği veya edilmesi gerektiği tarihten önce olağan ticari hayat akışı içinde 3. kişilere satılmışsa veya alıcı tarafından olağan kullanım yoluyla tüketilmiş veya değiştirilmişse dahi alıcı malın yenisi ile değiştirilmesini talep edebilecektir. Detaylı bilgi için bkz. Bianca/Bonell/Tallon, Art. 82; Honnold, *Uniform Sales Law*, § 445 vd.

²¹⁰ Bernstein/Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, s. 122.

²¹¹ Erdem, *BATİDER 1992*, s. 80; Tamiratın makul olmaması ihlâlin türüne göre değil, teslim edilen malın niteliği ve diğer tüm koşullar dikkate alınarak tayin edilir. Zira bazı mallar doğası gereği tamir edilmeye elverişli değildir veya tamirat yeni bir mal tedarik edilmesinden daha zahmetli olabilecektir. Bianca/Bonell/Will, Art. 46 N. 2.2.2.2.

²¹² Tamiratın makul sürede yapılamaması hali sözleşmenin esaslı surette ihlalini teşkil ediyorsa alıcı sözleşmeden dönebilecektir. Bkz. Atamer, CISG, s. 386.

²¹³ Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 para. 46, 47.

²¹⁴ Detaylı bilgi için aşağıda bkz. 3. Kısım 3. Bölüm III.

yönüyle *civil law* sistemine yaklaşmıştır²¹⁵. Zira *common law* sisteminde alıcıya semende indirim talep etme hakkı tanınmamıştır²¹⁶. Semen in tenzili sözleşmede kararlaştırılan semen ile alıcının teslim aldığı ve sözleşmeye aykırı malların fiili değeri arasında bir denge kurulmasını amaçlar. Yoksa alıcının uğramış olduğu zararların tazmin edilmesi amacına hizmet etmez²¹⁷.

B- Koşulları

Alıcının semen in tenzilin i talep edebilmesi için öncelikle satıcı tarafından alıcıya sözleşmeye aykırı mal teslim edilmiş olması gerekir²¹⁸. Gerek *aliud* ifa, gerek hukuki ayıp²¹⁹ gerekse maddi ayıp olsun, malın her türlü sözleşmeye aykırılığı halinde semen in tenzili talep edilebilecektir²²⁰. Buna karşılık şüphesiz geç teslim halinde semen in tenzili talep edilemeyecektir²²¹. Alıcının semende indirim yapılmasını talep hakkını kullanabilmesi için ayrıca süresi içerisinde sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunmuş olması gerekir. Yoksa alıcı semende tenzil talep edemez. Öte yandan alıcının bu ihbarı süresi içinde yapamamış olmasında makul bir özrü varsa alıcı CISG m. 44 gereği semen in tenzilin i talep etme hakkına yine de sahip olacaktır²²². Nihayet semende indirim talep edilebilmesi için satıcının CISG m. 37 ve 48’de belirtilen ayıbı giderme hakkını (ikinci servis şansını) kullanmamış olması gerekir. Satıcı anılan madde hükümleri

²¹⁵ Semende indirim yapılması talebinin kökeni Roma hukukundaki *actio quanti minoris* olarak anılan davaya dayanmaktadır. Bkz. Eric E. Bergsten/Anthony J. Miller, *The Remedy of Reduction of Price*, *American Journal of Comparative Law* (1979), S.27, s. 255 vd; Türk hukukunda alıcının semen in tenzilin i talep etme hakkı BK m. 202 ile düzenlenmiştir. CISG sistemi ile Türk-İsviçre hukukunun semen in tenzili bakımından karşılaştırılması için bkz. aşağıda 3. Kısım 4. Bölüm II B 2.

²¹⁶ Piliounis, *Pace Int’l L. Rev.* 2000, s. 37 vd.; Honnold, *Honnold Uniform Law*, § 313.

²¹⁷ Bianca/Bonell/Will, Art. 50 N. 2.1.1; Detaylı bilgi için bkz. aşağıda 3. Kısım 3. Bölüm VIII C.

²¹⁸ Bianca/Bonell/Will, Art. 50 N. 2.1; Bergsten/Miller, *27 Am. J. Comp. L.* (1979), s. 257; Piliounis, *Pace Int’l L. Rev.* 2000, s. 31.

²¹⁹ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 79; Aksi yönde bkz. Piliounis, *Pace Int’l L. Rev.* 2000, s. 36; Bergsten/Miller, *27 Am. J. Comp. L.* (1979), s. 257.

²²⁰ Atamer, *CISG*, s. 388.; Piliounis, *Pace Int’l L. Rev.* 2000, s. 31.

²²¹ Honnold, *Uniform Law*, § 313.1.

²²² Anılan madde hükmüne göre; “Alıcının, gerekli bildirim i yapmama konusunda makul bir özrü varsa, ... 50. madde uyarınca semende indirim yapılması veya yoksun kalınan kâr dışındaki zararın tazminini talep etmesi mümkündür.” Ayrıca bkz. yukarıda 2. Kısım 1. Bölüm V D.

uyarınca malın tamirini veya yenisi ile değiştirilmesini teklif eder ve ikinci servis şansını kullanırsa alıcı semenin tenzilini talep edemeyecektir²²³.

CISG m. 50 hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere semenin ödenmiş olup olmadığının alıcının indirim talep etme hakkı bakımından bir önemi yoktur. Alıcı semeni ödemiş ise satıcıya m. 50 uyarınca indirilmiş semeni ödeyecektir. Alıcı semeni ödemişse satıcı semende yapılacak indirim tutarındaki meblağı alıcıya iade edecektir²²⁴. Yine semende indirim talep etme hakkının kullanılması, malın yenisi ile değiştirilmesini veya tamir edilmesini talep etme haklarında olduğunun aksine herhangi bir süreye tabi kılınmamıştır. Alıcının süresi içerisinde ayıp ihbarında bulunmuş olması gerekli ve yeterlidir²²⁵.

Alıcı semende indirim yapılmasını talep etme hakkını şekle tabi olmayan tek taraflı bir beyanda bulunarak kullanır²²⁶. Alıcı böyle bir talepte bulunmazsa semen indirilemez²²⁷. Alıcının beyanından talebin semenin tenziline yönelik olduğu tereddüde yer vermeksizin anlaşılır olmalıdır. Diğer yandan alıcının tenzil etmek istediği miktarı belirtmesi gerekmez. Alıcı kural olarak semenin tenzil edilmesi talebiyle bağlıdır. Bununla birlikte satıcının haklı menfaatlerini zedelediği sürece alıcının bu beyanından dönebileceğinin ve diğer seçimlik haklarına başvurabileceğinin kabulü gerekir²²⁸.

²²³ Özsunay, *İBD 78/3 (2004)*, s. 933; Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. aşağıda 3. Kısım 2. Bölüm VI.

²²⁴ Bianca/Bonell/Will, Art. 50 N. 1.3.1; Piliounis, *Pace Int'l L. Rev.* 2000, s. 32; Satıcı tarafından yapılacak iadenin ulusal hukuklardaki sebepsiz zenginleşme kurallarına göre değil, CISG hükümleri doğrultusunda yapılacağı yönünde bkz. Atamer, *CISG*, s. 393 ve orada dn. 601.

²²⁵ Bianca/Bonell/Will, Art. 50 N. 2.1.3.

²²⁶ Bergsten/Miller, *27 Am. J. Comp. L. (1979)*, s. 262; Hâlbuki Türk hukukunda alıcı bu hakkını ancak dava yoluyla kullanabilir. Bkz. aşağıda 3. Kısım 4. Bölüm II B 2.

²²⁷ OLG München, 2.3.1994, CISG-Online N. 108.

²²⁸ Örneğin alıcının beyanının satıcıya hiç ulaşmaması veya satıcının semende indirim yapılması talebine itiraz etmesi halinde alıcının bu hakkı yerine başka bir seçimlik hakkına başvurabileceği kabul edilmelidir. Bkz. Atamer, *CISG*, s. 390.

C- Tenzil Miktarının Hesaplanması

CISG m. 50 uyarınca alıcı, semenin fiilen teslim edilen malların teslim anındaki değeri ile malların sözleşmeye uygun olsaydı teslim anında sahip olacağı değer arasındaki farkla orantılı olarak indirilmesini talep edebilir. CISG m. 50’de öngörülen formül ile semenin teslim edilen malların objektif değeri tutarında indirilmesi şeklindeki mutlak yöntem yerine Türk-İsviçre hukukunda da genel olarak kabul edilen nispi hesaplama yöntemi benimsenmiştir²²⁹. Tenzilin nasıl yapılacağına ilişkin bu düzenleme aşağıdaki gibi formüle edilebilecektir.

$$\frac{\text{Semen}}{\text{Tenzil Edilmiş Semen}} = \frac{\text{Sözleşmeye Uygun Malın Değeri}}{\text{Teslim Edilen Malın Değeri}}$$

Dolayısıyla;

$$\text{Tenzil Edilmiş Semen} = \frac{\text{Teslim Edilen Malın Teslim Anındaki Değeri} \times \text{Semen}}{\text{Sözleşmeye Uygun Malın Teslim Anındaki Değeri}}$$

Tablo-1

Tenzil edilecek miktar hesaplanırken malların fiilen teslim edildiği an esas alınır²³⁰. Fiili teslim anında teslim edilen malın fiili değeri ile malın ayıpsız olsaydı sahip olacağı fiktif değer birbirine oranlanarak semenden indirilecek

²²⁹ Böylece tarafların semeni belirlerken yapmış oldukları pazarlık ve sözleşme tarihi ile teslim tarihi arasındaki fiyat değişiklikleri ve riskler adil olarak taraflara dağıtılmıştır. Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 50 N. 2.1.1; Bergsten/Miller, *27 Am. J. Comp. L. (1979)*, s. 273; Türk hukukunda semenin tenziline nispi yöntem için bkz. Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Cilt I/1, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 197 vd; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 2009, s. 155 vd; CISG m. 50’nin Amerikan hukuku karşısında yetersiz kaldığı yönünde bkz. Katz, *Int’l Rev L & Econ (2006)*, s. 388.

²³⁰ Fiili teslim anının esas alınmasının ardında öncelikle sözleşme tarihinde malların henüz varolmaması ve bu sebeple sözleşmeye uygun olan veya olmayan mal değerinin belirlenemeyecek olması ihtimali yatmaktadır. Tenzil hesaplamasının teslim tarihini esas almasıyla alıcı, yine aynı tarih esas alınarak hesaplayacağı tazminat tutarı ile tenzil edilmiş semen tutarını karşılaştırabilecek ve kendisi için daha avantajlı olan seçimlik hakkı kullanabilecektir. CISG’in bu düzenlemesi semenin tenziline tamamen yabancı olan *common law* ülkelerinin temsilcilerini bu sayede ikna edebilmiştir. Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 50 N. 1.3.2; ayrıca bkz. aşağıda 3. Kısım 3. Bölüm VIII C.

miktar tespit edilir. Satım konusu malın fiili teslim tarihinde sözleşmeye uygun olsaydı sahip olacağı değer tespit edilemediği hallerde ise teslim tarihindeki değerın sözleşmede kararlaştırılan bedel olduğu kabul edilmek gerekir²³¹.

Semende tenzil yapılabilmesi için alıcının mahkemeye tenzil hesaplamasını yapması için kural olarak talepte bulunması gerekmez²³². Alıcı m. 50 ile öngörülen hesaplama sonucunda varılacak miktardan daha fazla bir miktarda indirim talebinde bulunmuşsa, mahkeme m. 50 uyarınca varılacak oranda indirime hükmedebilecektir. Alıcı bu orandan daha az bir indirim talep etmiş ise mahkeme alıcının talebinde belirttiği oranda indirim yapacaktır²³³.

Birden fazla satıcıyla sözleşme akdeden alıcının semenin tenzil edilmesini satıcılardan birisinden talep etmesi halinde her bir satıcıya ödenecek semende indirim yapılmak gerekir. Bir satıcının birden fazla alıcı ile sözleşme akdetmesi halinde ise farklı oranlarda tenzil talep eden alıcılar arasından bu hakkını en önce kullanan alıcının talebi doğrultusunda hareket edilmek gerekir²³⁴. CISG m. 50’de semenin indirilmesinde teslim anında hangi yerdeki fiktif değerin esas alınacağı açıkça düzenlenmemiştir. Öte yandan doktrinindeki çoğu yazar tenzil hesaplamasında teslim anında varma yerindeki ayıpsız malın değerinin esas alınması gerektiği görüşündedir²³⁵.

²³¹ Pretura di Locarno-Campagna, 27.04.1992, CISG-Online N. 68.

²³² Bianca/Bonell/Will, Art. 50 N. 2.1.3; Öte yandan uygulama açısından bu durumun pek işlevsel olmayacağı açıktır. Zira satıcı tenzil talebini reddederse uyuşmazlık mahkeme önüne taşınacak ve mahkeme muhtemelen teslim edilen malın fiili değerini tespit etmek için bilirkişi tayin etme yoluna gidecek ve tenzil edilecek miktarı tayin edecektir. Piliounis, *Pace Int'l L. Rev.* 2000, s. 31.

²³³ Bkz. Atamer, *CISG*, s. 390 ve orada dn. 580.

²³⁴ Alıcıların talepleri arasındaki farklılıklara ilişkin bir uyuşmazlık çıkarsa bu alıcılar arasında çözümlenmelidir. Satıcı bu uyuşmazlığın tarafı olamaz. Aksi takdirde milletlerarası satımlarda belirsizlik ve gecikmelere yol açılmış olur. Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 50 N. 3.2.

²³⁵ Bkz. Atamer, *CISG*, S. 392 ve orada dn. 596; Enderlein, *Dubrovnik Lectures*, 197; Will, bu konuda alıcının menfaatleri doğrultusunda terditli bir yöntemin belirlenebileceği görüşündedir. Buna göre öncelikle malın varma yerindeki değeri esas alınmalıdır. Varma yerindeki değer fiyat değışikliği nedeniyle alıcı için dezavantajlı bir durum yaratacak ise o zaman teslim anında teslim yerindeki malın değeri hesaplamaya esas alınmalıdır. Nihayet alıcının menfaatine olması halinde alıcının veya satıcının iş yerinin bulunduğu yerdeki malın değeri esas alınabilecektir. Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 50 N. 3.3.

V. Sözleşmeden Dönme Hakkı

A- Genel Olarak

CISG m. 49 uyarınca satıcının sözleşmeden veya Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa veya teslim etmeme durumunda satıcı, alıcı tarafından m. 47 f. 1 uyarınca verilmiş ek süre (*Nachfrist*) içinde malları teslim etmez veya verilmiş süre içinde malları teslim etmeyeceğini açıklamışsa alıcı sözleşmeden dönebilir. Görüldüğü üzere alıcının sözleşmeden dönmesine ancak istisnai hallerde (sözleşmenin esaslı surette ihlâl edilmiş olması) izin verilmiştir. Böyle bir sınırlandırmayla öncelikle esaslı olmayan, önemsiz bir ihlâl halinde sözleşmenin ayakta tutulması ve ifa edilmesi amaçlanmıştır²³⁶. Keza *pacta sunt servanda* ilkesinin bir istisnasını oluşturan²³⁷ sözleşmeden dönme imkânının son çare olarak (*ultima ratio*) ve istisnai hallerde uygulanması gerektiği bugün doktrinde²³⁸, uygulamada²³⁹ ve birçok ulusal hukuk sisteminde²⁴⁰ kabul edilmektedir.

Sözleşmeden dönmenin istisnai hallerde tanınması ise şüphesiz tesadüfi bir yaklaşım olmamak gerekir. Zira sözleşmeden dönen veya malın yenisi ile değiştirilmesini talep eden alıcının malların muhafazası; satıcının da malların geri alınması için gereksiz ve fahiş masraflar yapmak durumunda kalabileceği ve böyle bir halde malların başka risklere maruz kalabileceğini söylemek mümkündür²⁴¹. İşte bu tür masrafların ve risklerin önlenmesi amacıyla sözleşmenin ayakta tutulmasında ve ancak alıcıdan sözleşmeyle bağlı kalmasının kendisinden beklenmesinin kabul edilemez olduğu hallerde sözleşmeden

²³⁶ Ulrich Magnus, The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG-General Remarks and Special Cases, 25 Journal of Law and Commerce (2005-2006), s. 423; Bianca/Bonell/Will, Art. 49 N. 2.1.2.

²³⁷ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 21.

²³⁸ Huber, *RabelsZ 2007*, s. 19 vd.; Pauly, *19 J.L. & Com.*, s. 221; Magnus, *25 J. L. & Com.*, s. 423.

²³⁹ BGH, 03.04.1996, CISG-Online N. 135; Landgericht München, 27.02.2002, CISG-Online N. 654; Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-Online N. 709.

²⁴⁰ Atamer, *CISG*, s. 293; 394 vd.

²⁴¹ Ferrari, *25 J.L. & Com.*, s. 492; Schlechtriem, *Schlechtriem Sales Law*, s. 21; Koch, *Pace Int'l L. Rev.* 1998, s. 177, 333.

dönülmesine izin verilmesinde fayda bulunmaktadır. Öte yandan sözleşmeden dönmenin son çare olması, alıcının önce diğer seçimlik haklarına başvurması gerektiği anlamına gelmez. Şartlar oluşmuşsa alıcı derhal sözleşmeden dönebilecektir²⁴².

B- Koşulları

Alıcının sözleşmeden dönebilmesi için gereken koşullardan ilki sözleşmenin esaslı biçimde ihlâl edilmiş olmasıdır. “Esaslı ihlâl” kavramından ne anlaşılması gerektiği yukarıda ayrıntılı bir şekilde incelendiğinden burada tekrar bahsedilmeyecektir²⁴³. Esaslı ihlâl sebebiyle alıcının artık sözleşmeden beklediği bir menfaati kalmamıştır. Dolayısıyla alıcı sözleşmesel ilişkiyi bitirmekte serbest olmalıdır²⁴⁴.

Alıcı, sözleşme esaslı surette ihlâl edilmemiş olsa dahi²⁴⁵ vadede ifa etmeme halinde satıcıya ifada bulunması için CISG m. 47 f. 1 uyarınca tanıdığı ek sürenin (*Nachfrist*) sonunda ifa gerçekleşmemiş ise artık sözleşmeden dönme hakkına sahip olacaktır. Aynı sonuca satıcının ek süre dolmadan kesin bir şekilde ifada bulunmayacağını beyan etmesi halinde de varılacaktır²⁴⁶. Alıcı böyle bir halde satıcının ihlâlinin esaslı olduğunu ispat etmek zorunda değildir²⁴⁷.

CISG m. 26 uyarınca sözleşmeden dönmek isteyen alıcının dönme beyanında bulunması gerekir. CISG sözleşmenin kendiliğinden sona ermesine izin vermemiştir²⁴⁸. Sözleşmeden dönme beyanı şekle tabi değildir, uygun bir

²⁴² Magnus, *25 J. L. & Com.*, s. 424.

²⁴³ Bkz. yukarıda 3. Kısım 1. Bölüm III A.

²⁴⁴ Magnus, *25 J. L. & Com.*, s. 424, 425.

²⁴⁵ Bianca/Bonell/Will, Art. 49 N. 2.1.1.

²⁴⁶ Bkz. yukarıda 3. Kısım 2. Bölüm II.

²⁴⁷ Honnold, *Uniform Sales Law*, § 305; CISG m. 49 f. 1 b bendi ile alıcı tarafından tanınan ek süre içerisinde satıcının ifada bulunmaması karşısında esaslı ihlâl teşkil etmeyen sözleşmeye aykırılıklar bakımından da dönme hakkının kabul edilmesiyle alıcının makul uzunlukta bir ek süre vererek satıcıyı ifaya zorlamasına imkân tanınmıştır. Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 49 N. 2.1.3.

²⁴⁸ Sözleşmenin kendiliğinden sona erebileceği yönünde bir kabulün beraberinde tarafların sözleşmenin tam olarak hangi anda sona ermiş olduğunu tayin etmeleri bakımından güçlük

vasıtayla (sözlü olarak dahi) yapılacak bir beyan geçerlidir²⁴⁹. Dönme beyanında açıkça sözleşmeden dönüldüğünün belirtilmiş olması gerekmez. Fakat alıcının dönme iradesinin tereddüte yer vermeyecek şekilde anlaşılıyor olması gerekir²⁵⁰. Her ne kadar dönme beyanının yapılmış olduğunun kabulü için satıcıya ulaşılmış olması aranmasa da²⁵¹, doktrindeki çoğu yazar sözleşmeden dönme beyanının hüküm ifade etmesi için yapılan dönme beyanının satıcıya ulaşması gerektiğini savunmaktadır²⁵².

Satıcı tarafından sözleşmenin hiç ifa edilmemiş olması halinde diğer koşullar da mevcutsa alıcı herhangi bir süreye tabi olmaksızın sözleşmeden dönebilir²⁵³. Alıcının sözleşmeden dönmesi yalnızca uygulanacak iç hukuktaki zamanaşımı süresine tabi olacaktır²⁵⁴. Satıcı esaslı ihlâl teşkil edecek surette malları geç teslim etmiş ise alıcı, CISG m. 49 f. 2 a bendi uyarınca teslim yapıldığını öğrendiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmeden dönebilecektir. Kastedilen, satıcının kesin vadeyi veya kesin vade olmayan hallerde kendisine tanınmış ek süreyi geçirdikten sonra malı teslim etmiş olmasıdır²⁵⁵. Alıcı anılan makul süre içinde sözleşmeden dönmezse, geç ifayı kabul etmiş olacak ve dönme hakkını kaybedecektir. Fakat alıcının bu gecikme nedeniyle uğramış olduğu zarar için tazminat talep etme hakkı devam edecektir²⁵⁶.

teşkil edebileceği yönünde bkz. Magnus, *25 J. L. & Com.*, s. 425; benzer yöndeki gerekçelerle Antlaşmanın hazırlık sürecinde kendiliğinden sona ermenin kabul edilmediği yönünde bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 49 N. 1.2.1.1.

²⁴⁹ Magnus, *25 J. L. & Com.*, s. 425.

²⁵⁰ OGH, 06.09.1996, CISG-Online N. 224.

²⁵¹ Bu sonuca CISG m. 27 düzenlemesi dikkate alındığında varılabilecektir. Zira anılan hüküm gereği satıcı (beyanda bulunulan kişi) beyanın iletimindeki bir gecikme veya hata veya ulaşmamış olması rizikosunu taşıyacaktır.

²⁵² Bianca/Bonell/Will, Art. 27 N. 2.1.1; Honnold, *Uniform Sales Law*, § 189; Magnus, *25 J. L. & Com.*, s. 425; Atamer, *CISG*, s. 402, 403.

²⁵³ Yani alıcının BK m. 106'da düzenlendiği gibi ifa ve gecikme tazminatı talebinden vazgeçip sözleşmeden dönmek istediğini "derhal" bildirmek zorunda olduğu şeklinde bir düzenlemeye CISG bünyesinde yer verilmemiştir.

²⁵⁴ Ancak alıcının dönme hakkını kullanacağı yönünde satıcı nezdinde haklı bir beklenti yarattığı hallerde alıcının dönme hakkının tabi olacağı zamanaşımı süresinin CISG m. 7 f. 2'de tezahür eden dürüstlük kuralı (özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağı) uyarınca ulusal hukuktaki zamanaşımı süresine nazaran daha kısa tutulmasına izin verilmelidir. Bkz. Magnus, *25 J. L. & Com.*, s. 427.

²⁵⁵ Atamer, *CISG*, s. 404.

²⁵⁶ Atamer, *CISG*, s. 404.

Sözleşmenin vadesinde ifa edilmemesi hali dışında diğer esaslı ihlâl oluşturan sözleşmeye aykırılıklar bakımından alıcı CISG m. 49 f. 2 b bendi uyarınca bu aykırılığı bildiği veya bilmesi gerektiği andan itibaren makul bir süre içinde sözleşmeden dönebilecektir. Bu kapsamda ayıplı bir ifa aynı zamanda sözleşmenin esaslı surette ihlâlini oluşturuyorsa, dönme beyanının tabi olacağı makul süre m. 39 uyarınca ayıp ihbarının yapılması gereken andan itibaren başlayacaktır. Yani alıcının sözleşmeye aykırılığı saptadığı veya saptaması gerektiği andan itibaren dönme beyanının yapılması gereken makul süre de işlemeye başlayacaktır²⁵⁷. Bununla birlikte alıcıdan öncelikle ihbarda bulunması, bunun sonrasına eklenecek makul bir süre içerisinde de dönmeyi beyan etmesi beklenecektir²⁵⁸. Buna ek olarak alıcı, m. 47 f. 1 uyarınca satıcıya tanıdığı ek sürenin (*Nachfrist*) geçmesi veya satıcının bu ek süre içerisinde ifade bulunmayacağını açıklaması halinde bu açıklamanın yapıldığı andan itibaren makul süre içerisinde sözleşmeden dönebilir²⁵⁹. Nihayet alıcı, m. 48 f. 2 uyarınca satıcı tarafından belirlenmiş sürenin tamamlanmasından sonra veya ifayı kabul etmeyeceğini beyan etmişse bu beyanın yapıldığı andan itibaren makul süre içinde sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir²⁶⁰. Görüldüğü üzere tüm bu hallerde alıcı “makul süre” içinde sözleşmeden dönme beyanında bulunmalıdır. Makul süreden ne anlaşılması gerektiği somut olaya göre tespit edilecektir²⁶¹.

²⁵⁷ Bu bağlamda CISG m. 39’da ayıp ihbarı yükümlülüğünün başladığı an olan ayıbın saptandığı (*discover*) an ile CISG m. 49 f. 2 b bendinde belirtilen ve dönme beyanının yapılacağı makul sürenin başlangıcı olarak tayin edilen sözleşmeye aykırılığın bilindiği (*knew*) an aynıdır. Bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 2.2.2.1.

²⁵⁸ Atamer, *CISG*, S. 406 ve orada dn. 670.

²⁵⁹ CISG m. 49 f. 2 b bendinde belirtilen ek süre, alıcının esaslı ihlâlê rağmen satıcıya verdiği ek süredir. Diğer bir anlatımla sözleşme zaten esaslı biçimde ihlâl edilmiştir ancak alıcı satıcıya ek süre tanıyarak ifade bulunması için son bir şans vermektedir. Alıcının esaslı ihlâl oluşturmayan vadede ifa etmeme halinde satıcıya verdiği ek süre ise yukarıda anıldığı üzere CISG m. 49 f. 1’e tabidir. Bu süre sonunda ifa gerçekleşmemiş ise veya satıcı ifade bulunmayacağını açıklamışsa alıcı herhangi bir süre sınırlamasına tabi olmaksızın sözleşmeden dönebilecektir.

²⁶⁰ CISG m. 48’de düzenlenen satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı ile alıcının sözleşmeden dönme hakkı arasındaki ilişki için bkz. aşağıda 3. Kısım 2. Bölüm VI.

²⁶¹ Magnus, *25 J. L. & Com.*, s. 427; Dönme beyanının yapılacağı makul sürenin tespitinde malların özelliği, sözleşmeye aykırılığın niteliği ve satıcının ayıp ihbarından sonraki tutumu gibi bir çok unsur dikkate alınmalıdır. Ayrıca alıcının dönmeye karar verebilmesi için sözleşme ihlâlinin esaslılığı ve sonuçlarını sağlıklı bir şekilde değerlendirmesi gerekir. Bu çerçevede 1 ilâ 2 aylık bir süre dönme beyanı için makul bir süredir. Bkz. BG, 18.05.2009, CISG-Online N. 1900;

CISG m. 81 f. 1 uyarınca alıcının teslim aldığı malları teslim aldığı andaki duruma esaslı surette yakın bir hâlde iade etmesi imkânsızlaşmışsa sözleşmeden dönme hakkı düşecektir²⁶². Malların iadesi tamamen imkânsız ise yine dönme hakkı düşecektir²⁶³. Öte yandan anılan maddenin ikinci fıkrası bu kuralın uygulanmasını önemli derecede sınırlandırmıştır. Buna göre özellikle malların alıcının eylemine veya eylemsizliğine atfedilemeyecek sebeplerle veya alıcı tarafından muayene edilirken telef olması ya da olağan ticari hayat akışı içerisinde 3. kişilere satılmış olması, alıcı tarafından tüketilmiş, değiştirilmiş olması halinde dahi alıcı sözleşmeden dönebilecektir²⁶⁴. Buna karşılık alıcı, CISG m. 84 f. 2 b bendi uyarınca telef olan veya sattığı mal yerine elde etmiş olduğu yararların karşılığını satıcıya ifa borcu altına girecektir²⁶⁵.

C- Sözleşmeden Dönmenin Sonuçları

Alıcının sözleşmeden dönmesiyle birlikte sözleşme ortadan kalkmış olur. İşte sözleşmenin ortadan kalkması üzerine CISG m. 81 f. 1 uyarınca taraflar sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtulur²⁶⁶. Bununla birlikte Antlaşma sisteminde tarafların (satıcının) tali (*secondary*) nitelikteki tazminat

Araba satımına ilişkin sözleşmede ayıp ihbarından sonra 2.5 ay sonra yapılan dönme beyanı gecikmiştir, makul değildir. Bkz. OLG Stuttgart, 31.03.2008, CISG-Online N. 1658; Alıcı tarafından maldaki ayıbı bilmesi gerektiği tarihten itibaren 5 ay sonra dönme beyanında bulunması makul süre olarak kabul edilemez. Bkz. Rb. Utrecht, 18.07.2007, CISG-Online N. 1551; Mobilya satımına ilişkin sözleşmede alıcının ayıbı öğrenmesinden itibaren 5 hafta içinde yaptığı dönme beyanı makul süre içinde yapılmıştır. Bkz. OLG Oldenburg, 01.02.1995, CISG-Online N. 253.

²⁶² Anılan madde hükmünde malın yenisi ile değiştirilmesini talep etme şeklindeki seçimlik hak için de aynı sonuç öngörülmüştür.

²⁶³ Magnus, 25 *J. L. & Com.*, s. 428.

²⁶⁴ Bu yönüyle CISG sistemi BK m. 204 f. 2'deki düzenlemeyle farklılık arz etmektedir. Zira anılan fıkra uyarınca alıcı malı 3. kişiye temlik eder veya malın şeklini değiştirirse artık sözleşmeden döneemez, sadece semenin tenzilini dava edebilir.

²⁶⁵ Anılan madde hükmünde malın yenisi ile değiştirilmesini talep etme şeklindeki seçimlik hak için de aynı sonuç öngörülmüştür.

²⁶⁶ Dolayısıyla ne satıcı semenin ödenmesini, ne de alıcı mal ve belgelerin teslimini talep edebilir. Bkz. Bianca/Bonell/Tallon Art. 81 N.2.2.

yükümlülüğü bundan müstesna tutulmuştur²⁶⁷. CISG sisteminde tazminat yükümlülüğü dönmeden etkilenmez. Ayrıca sözleşmenin ortadan kaldırılması, uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin sözleşme hükümlerinin²⁶⁸ ve sözleşmenin ortadan kaldırılması sonrası döneme ilişkin tarafların hak ve borçlarını düzenleyen sözleşme hükümlerinin²⁶⁹ geçerliliğini etkilemeyecektir.

CISG m. 81 f. 2 uyarınca sözleşmenin ortadan kalkması üzerine taraflar tamamen veya kısmen ifa etmiş oldukları edimleri iade etmekle yükümlü kılınmıştır²⁷⁰. Her iki taraf da iade borcu altında ise edimlerin aynı anda ifa edilmesi gerekir. Buna göre satıcı tarafından teslim edilmiş malların, belgelerin ve diğer her şeyin satıcıya; alıcı tarafından tamamen veya kısmen ödenmiş semenin alıcıya iade edilmesi gerekir. Taraflardan birisi iade yükümlülüğüne uymazsa diğer taraf malları/semeni alıkoymayacaktır²⁷¹. Tarafların iade talepleri bakımından ulusal hukuklardaki sebepsiz zenginleşme gibi kurumlara başvurulmaması gerekir²⁷². Şüphesiz tarafların sözleşmede iadenin tabi olacağı rejimi belirlemiş olmaları mümkündür²⁷³. Hatta taraflar tasfiye yapılmayacağını kararlaştırmış olabilir²⁷⁴. Dolayısıyla bu konuda sözleşme hükümlerine öncelik verilmesi gerekir. Son olarak iade masrafları sözleşmeyi ihlâl etmiş olan taraf (satıcı) karşılayacaktır²⁷⁵. Bu bağlamda alıcı yapmış olduğu iade masraflarının ve

²⁶⁷ Bernstein/Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, s. 134; Sözleşmeden dönme hakkı ile tazminat talebi arasındaki ilişki için bkz. aşağıda 3. Kısım 3. Bölüm VIII D.

²⁶⁸ Şüphesiz uyuşmazlığa bakacak yetkili mahkeme, tahkim, uygulanacak hukuk gibi hükümleri bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Bkz. Bianca/Bonell/Tallon Art. 81 N.2.3; Tahkim şartı için bkz. Honnold, *Uniform Law*, § 442.

²⁶⁹ Bu hükümlere cezai şart, gizlilik, rekabet yasağı, sorumluluğu sınırlayan veya kaldıran kayıtlar gibi hükümler örnek verilebilir.

²⁷⁰ CISG m. 81 f. 1 düzenlemesi Türk hukukunda BK m. 205 düzenlemesine tekabül etmektedir. Bkz. Rona Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, İstanbul, 2007, s. 552 vd.

²⁷¹ Bianca/Bonell/Tallon Art. 81 N.2.6.

²⁷² Magnus, *25 J. L. & Com.*, s. 430; CISG m. 81 f.2 uyarınca yapılacak iade taleplerinin tabi olacağı zamanaşımı yönündeki tartışma için bkz. Atamer, *CISG*, s. 416, 417.

²⁷³ *Sekretarya Şerhi*, Art. 66 N. 7.

²⁷⁴ Bianca/Bonell/Tallon Art. 81 N.2.6.

²⁷⁵ Michael Bridge, *The Nature and Consequences of Avoidance of the Contract Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, *International Law Review of Wuhan University* (2008-2009), S.10, s. 123; <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bridge1.pdf> (çevrimiçi 16.03.2010)

satıcının iade yükümlülüğüne aykırı davranmasından dolayı uğradığı zararların²⁷⁶ CISG m. 74 vd. maddelerinde düzenlenen tazminat hükümleri uyarınca tazmin edilmesini talep edebilecektir²⁷⁷.

CISG m. 84 uyarınca taraflar birbirlerinden aldıkları şeylerden (mal/semen) elde ettikleri yararları da iade etmekle yükümlüdür. Bu kapsamda özellikle satıcı semenle birlikte kendisine ödendiği tarihten itibaren faizini de alıcıya ödeyecektir²⁷⁸. Elde edilen yararların da edimler gibi aynı anda ve karşılıklı olarak iade edilmesi gerekir²⁷⁹.

VI. Alıcının Seçimlik Haklarının Satıcı Tarafından Engellenmesi

CISG m. 34, m. 37 ve m. 48'de *common law* sistemindekine benzer şekilde gerek vadeden önceki gerekse vadeden sonraki sözleşmeye aykırılık halinde satıcının bu aykırılığı telafi ederek alacaklının seçimlik haklarına başvurmasını engelleme hakkı ("ikinci servis şansı"²⁸⁰-*right to cure*) kabul edilmiştir²⁸¹. Bu kapsamda CISG m. 37 satıcıya, teslim tarihinden önce alıcıya

²⁷⁶ Örneğin satıcının alıcının iade ettiği malları teslim almayı reddetmesi (OLG München, 17.11.2006, CISG-Online N. 1395); Aynı şekilde satıcının semeni kararlaştırılan sürede iade etmemesi halinde alıcının uğradığı zararların tazmin edilmesini talep etmesi gerekir. Bu zararların semenle birlikte ödenecek faizin yanında veya bu faiz yerine ödenmesi gerektiği yönünde bkz. Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 107.

²⁷⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 12; Tazminat talebi için genel olarak bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm.

²⁷⁸ Satıcı tarafından ödenecek faize uygulanacak oran hakkında doktrindeki bazı yazarlar boşluk olduğunu savunmakta ve faiz oranının uygulanacak ulusal hukuka göre tespit edileceği görüşündedir. Bkz. Magnus, *25 J. L. & Com.*, s. 430; Bianca/Bonell/Tallon Art. 84 N.2.1; Diğer yandan *Sekretarya Şerhi* ve doktrindeki bazı yazarlar ise bu konudaki boşluğun Antlaşmada yer alan genel ilkelere göre doldurulmasını, buna göre satıcının semeni iade ederken kendi iş yerinin bulunduğu yerdeki faiz oranında hesaplanacak faizi de ödemesi gerektiğini savunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. *Sekretarya Şerhi* Art. 69 N. 2; Bridge, *10 Int'L. Rev. Wuhan Uni. (2008-2009)*, s. 125; Atamer, *CISG*, s. 422 ve orada dn. 752'deki yazarlar.

²⁷⁹ Bridge, *10 Int'L. Rev. Wuhan Uni. (2008-2009)*, s. 120.

²⁸⁰ Atamer, *CISG*, s. 344.

²⁸¹ Jonathan Yovel, The Seller's Right to cure a Failure to Perform: An Analytic Comparison of the Respective Provisions of the CISG and the PECL, *Nordic Journal of Commercial Law*, 2005/1, s. 2; "Right to cure" ilkesi için detaylı bilgi için bkz. Treitel, s. 370 vd. ve Amerikan UCC § 2-508; Türk hukukunda satıcının ayıbı gidermek suretiyle alıcının seçimlik haklarını kullanmasına engel olması BK m. 203 f. 2 uyarınca ancak çeşit borcunun yerinde satımının yapıldığı hallerde mümkün olup, mesafeli satımlarda satıcının böyle bir imkânı

teslim ettiği malların sözleşmeye aykırı olması halinde bu aykırılığı teslim tarihine kadar giderme hakkı tanımıştır. CISG m. 34 ise aynı kapsamda mala ilişkin belgelerdeki bir aykırılığın vadeden önce giderilmesi şansını satıcıya vermektedir. Satıcı teslim tarihine kadar ayıplı malı değiştirmek, tamir etmek, mal üzerindeki üçüncü kişilerin hak ve taleplerini bertaraf etmek, belgeleri düzeltmek ve benzeri yollara başvurarak sözleşmeye aykırılığı giderebilecektir²⁸². Fakat satıcı bu aykırılıkları giderirken alıcı nezdinde makul olmayan zahmete veya masrafa yol açmamalıdır. Satıcının vadeden önce sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı olduğu sürece alıcı CISG m. 45 ile tanınan seçimlik haklarını kullanamaz. Öte yandan alıcı uğradığı zararların tazmin edilmesini talep edebilecektir.

CISG m. 48, m. 37 ve m. 34'ten farklı olarak satıcıya vadeden sonra sözleşmeye aykırılığı giderme imkânı verir. Buna göre CISG m. 48 f. 1 satıcıya, alıcıya hiçbir bildirimde bulunmadan kendi takdirinde sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı tanımıştır. Satıcı her türlü sözleşmeye aykırılığı masrafı kendisine ait olmak üzere²⁸³ giderebilecektir. Ancak bunun alıcı için makul olmayan bir gecikmeye, zahmete ve masrafa yol açmaması gerekir. Makul olmayan gecikmeden ne anlaşılması gerektiği somut olaya göre tespit edilecektir. Satıcı bu şekilde sözleşmeye aykırılığı giderirse alıcının CISG m. 45 ile tanınan seçimlik hakları düşer. Fakat alıcı gecikme veya tamirat sebebiyle uğradığı zararların tazmin edilmesini talep etme hakkına sahiptir²⁸⁴. Yani satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanmış olması alıcının tazminat talep etme hakkını kullanmasına engel olmayacaktır²⁸⁵.

bulunmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Cevdet Yavuz, *Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu*, İstanbul 1989, s. 147 vd.

²⁸² Honnold, *Uniform Law*, § 245.1.

²⁸³ OLG Hamm, 09.06.1995, CISG-Online N. 146.

²⁸⁴ Avusturya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda m. 48 f. 1 uyarınca talep edilebilecek zararların genellikle ifa menfaatine yönelik (yani müspet zarar) olduğuna hükmedilmiştir. Bkz. OG, 14.01.2002, CISG-Online N. 643.

²⁸⁵ CISG m. 48 aksi bir yorumun yapılmasını dışlar. Zira satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermesi sözleşmenin ifası ile birebir örtüşse bile, aykırılığın giderilmesiyle alıcının uğradığı zararların her zaman karşılanmış olduğu söylenemez. Bkz. Yovel, *NJCL 2005/1*, s. 17; aynı yönde Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s.77.

CISG m. 48 f. 2 ise satıcıya sözleşmeye aykırılığı gidermek için önce alıcıya bir bildirimde bulunma ve onun onayını aldıktan sonra harekete geçme yolunu tercih etme imkânı tanımaktadır. Satıcı bu hakkı kullandığı takdirde alıcıya karşı sözleşmeye aykırılığı gidermeyi tasarladığı süreyi içeren bir talepte bulunup, alıcıdan makul bir süre içerisinde bu talebe cevap vermesini (ifayı kabul edip etmeyeceğini) isteyecektir²⁸⁶. Alıcı makul süre içerisinde cevap vermezse satıcı talebinde gösterdiği süre içerisinde ifayı gerçekleştirebilecektir. Alıcı bu süre içerisinde ise kendisine tanınan seçimlik hakları kullanamayacaktır.

CISG m. 48 uyarınca satıcı tarafından alıcının seçimlik haklara başvurma imkânını engelleme hakkı CISG m. 49'da düzenlenen alıcının sözleşmeden dönme hakkı “saklı kalmak” şartıyla tanınmıştır. Doktrinde bunun ne anlama geldiği oldukça tartışmalıdır.²⁸⁷ Zira Antlaşma metni okunduğunda sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş olması halinde alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istemesi durumunda satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanamayacağı sonucuna varılmaktadır. Bu çıkarım ise sözleşmenin esaslı ihlali hallerinde satıcının aykırılığı giderme hakkını oldukça sınırlandırmaktadır²⁸⁸. Fakat tartışma kesin vadeli sözleşmelerden ziyade ayıplı ifa ve kesin vadeli olmayan işlemlerde geç ifa hallerinde yaşanmaktadır. Zira kesin vadeli sözleşmelerde vadenin geçirilmiş olması zaten esaslı ihlal anlamına gelmektedir²⁸⁹. Dolayısıyla satıcı artık sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanamayacaktır. Öte yandan daha önce aktarıldığı üzere²⁹⁰ ayıplı ifa her zaman sözleşmenin esaslı surette ihlali anlamına gelmemektedir. İşte doktrinde yaşanan tartışma tam da bu noktada, yani ihlalin esaslı olup olmadığına karar verirken ayıbın satıcı tarafından giderilebilir olup olmadığının da göz önüne alınması gerektiği konusunda yaşanmaktadır. Doktrinde genellikle kabul edilen görüş esaslı ihlal değerlendirmesinde ayıbın giderilebilir olup olmadığının dikkate

²⁸⁶ Satıcı bu talebinde herhangi bir süre belirtmezse, o zaman CISG m. 48 f. 1'deki “makul olmayan gecikme” kriteri uyarınca sürenin belirlenmesi uygun düşer. Bkz. Yovel, *NJCL 2005/1*, s. 16.

²⁸⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 352 vd.

²⁸⁸ Yovel, *NJCL 2005/1*, s. 9.

²⁸⁹ Bkz. yukarıda 3. Kısım 1. Bölüm III C.

²⁹⁰ Bkz. yukarıda 3. Kısım 1. Bölüm III C.

alınması gerektiği yönünde gelişmiştir²⁹¹. Bununla birlikte alıcının sözleşmeden dönmekte özel ve haklı bir menfaati varsa şüphesiz ayıbın giderilebilir olması dikkate alınmayacaktır. Esaslı ihlal oluşturmayan geç ifa hallerinde ise satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına üstünlük tanınmalı ve alıcıya hemen sözleşmeden dönme hakkı verilmemelidir²⁹².

Sözleşmeden dönmenin dışında semenin tenzilini talep etme hakkı açısından ise Antlaşma satıcının sözleşmeye aykırılığı bütün eksiklikleriyle gidermesi ya da alıcının buna rağmen ifayı reddetmesi halinde, alıcının artık semenin tenzilini talep edemeyeceğini açıkça hüküm altına almıştır²⁹³.

²⁹¹ Honnold, *Uniform Law*, § 296; Bianca/Bonell/*Will*, Art. 48 N. 3.2.1; Staudinger/Magnus, Art. 48 N. 30; OLG Köln, 14.10.2002, CISG-Online N. 709; HG Aargu, 05.11.2002, CISG-Online N. 715, OLG Koblenz, 31.01.1997, CISG-Online N. 256.

²⁹² Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s.78; Atamer, *CISG*, s. 354, 355.

²⁹³ Dolayısıyla satıcının ikinci servis şansı alıcının semenin tenzilini talep etme hakkına nazaran üstün konuma getirilmiştir. Bkz. Bianca/Bonell/*Will*, Art. 50 N. 1.3.1; Öte yandan alıcının uğramış olduğu zararların tazmin edilmesini talep etme hakkı devam edecektir; Benzer düzenleme BK m. 203 ile hüküm altına alınmış olunmakla beraber satım sözleşmesinin mesafeli olup olmamasına göre bir ayırım yapılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Yavuz, *Ayıp Sorumluluğu*, s. 147.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı

I. Genel Olarak

Satıcının satım sözleşmesini ihlâl etmesi hâlinde alıcının başvurabileceği son hukuki yaptırım uğranılan zararların tazmin edilmesinin talep edilmesidir. CISG’ın “Satıcının ve Alıcının Yükümlülüklerine ilişkin Ortak Hükümler” başlıklı 5. Bölümünün “Tazminat” başlıklı 2. Ayrımı altında m. 74 ve devamındaki madde hükümleri tazminat talep etme hakkına özgülenmiştir. Bölüm başlığından da anlaşılacağı üzere, CISG’ın anılan maddelerinde düzenlenen tazminat talep etme hakkı satım sözleşmesinin her iki tarafının da başvurabileceği hukuki yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir deyişle, alıcının satım sözleşmesini ihlâl etmesi hâlinde satıcının da yukarıda anılan madde hükümleri uyarınca alıcıdan tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır²⁹⁴. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere²⁹⁵ bu çalışma satım sözleşmesinin satıcı tarafından ihlâl edilmesi hâlinde alıcının sahip olduğu seçimlik hakları kendisine inceleme konusu edindiğinden tazminat talep etme hakkı alıcı bakımından incelenecektir.

CISG’ın tazminat talep etme hakkını düzenleyen maddeleri incelendiğinde ilk olarak m. 74’ün tazmin edilecek zararın tayin edilmesine ilişkin genel kuralı koyduğu görülmektedir²⁹⁶. Dikkat edilmesi gereken husus m. 74’ün alıcı tarafından ileri sürülecek bir iddiayı temellendirmiyor olması, aksine var olan bir zarar iddiası sonucunda doğan hukuki sonuçları düzenliyor olmasıdır²⁹⁷.

²⁹⁴ CISG’ın 3. Bölümü alıcının yükümlülüklerine özgülenmiştir. CISG m. 53 uyarınca alıcı, taraflar arasındaki sözleşme ve Antlaşmanın gerektirdiği şekilde semeni ödemek ve malları teslim almakla yükümlü kılınmıştır. Alıcının sözleşmeden doğan yükümlülüklerinden herhangi birini ihlâl etmesi hâlinde satıcı m. 61 f. 1 b bendi gereği m. 74 ilâ m. 77’de öngörülen tazminatı alıcıdan talep etme hakkına sahip kılınmıştır; ayrıca bkz. Jeffrey S. Sutton, *Measuring Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, Ohio State Law Journal (1989), S.50, s. 744. <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/sutton.html> (çevrimiçi- 13.04.2010)

²⁹⁵ Bkz. yukarıda Giriş.

²⁹⁶ Galston/Smit/Ziegel, § 9.05.

²⁹⁷ Peter Schlechtriem/Petra Butler, *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods* Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009, § 286.

Gerçekten m. 74'ün kendisi zarara yönelik bir iddia veya talebe ilişkin olmayıp, alıcının m. 45 f. 1'den hareketle uğradığı zararların tazmin edilmesini talep etmesi hâlinde uygulanacak bir hüküm niteliğindedir²⁹⁸. Bu nedenle m. 74 tazmin edilecek zararın hesaplanmasına ilişkin temel norm olarak karşımıza çıkmaktadır.

CISG m. 74, tazminata esas zararın hesaplanması bakımından iki ana prensip ile çalışmaktadır. Bunlardan ilki tam tazmin ilkesi (*principle of full compensation/principe de la réparation intégrale*), ikincisi ise sorumluluğun öngörülebilirlik kriteri (*foreseeability*) ile sınırlandırılması ilkesidir²⁹⁹. Buna göre satıcı, sözleşmenin ihlâlinden dolayı alıcının uğradığı zararın tamamını tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak satıcının bu yükümlülüğü en geç sözleşmenin kurulduğu anda öngördüğü veya öngörebileceği zararlarla sınırlandırılmıştır³⁰⁰.

Tazminatın hesaplanmasında genel kural m. 74 ile belirlenmekle beraber, m. 75 ve m. 76 ile sözleşmeden dönmüş olan alıcının ikame mal alımı yapmış olup olmamasına göre satıcıdan talep edebileceği tazminatın ne şekilde hesaplanacağına ilişkin bir takım özel düzenlemelere yer verilmiştir. Diğer bir ifadeyle temel norm niteliğindeki m. 74 düzenlemesi, m. 75 ve m. 76 ile tamamlanmaktadır³⁰¹. Tazminatın hesaplanmasına ilişkin bu yöntemlerin yanı sıra, CISG m. 77'de alıcının ortaya çıkan zararı azaltma külfetine yer verilmiştir. Bu madde uyarınca alıcının doğmuş zararı azaltmak için gerekli tüm önlemleri alması kendisinden beklenmektedir³⁰². Nihayet CISG m. 79 ile satıcının alıcıya karşı tazminat sorumluluğundan kurtulma olanağına ilişkin düzenlemelere yer verilerek tazminat sorumluluğuna istisna (*exception*) getirilmiştir.

²⁹⁸ Friedrich Blase/Philipp Höttler, Claiming Damages in Export Trade: On Recent Developments of Uniform Law, in: Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) 2004-2005, Pace International Law Review, ed., Sellier European Law Publishers (2006), s. 45; Huber/Mullis, s. 256.

²⁹⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 2.

³⁰⁰ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, 97; Lookofsky, *Understanding the CISG*, s. 129; 2004 UNIDROIT İlkeleri m. 7.4.2 ve 7.4.4 uyarınca da tam tazmin ve öngörülebilirlik ilkeleri benimsenmiştir.

³⁰¹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 9.

³⁰² Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 77 para. 9.

II. CISG Tazminat Sisteminin Temel İlkeleri

A- Tam Tazmin İlkesi

1. Genel Olarak

CISG tazminat sisteminin temel işlevi satıcı sözleşmeyi usulüne uygun bir şekilde ifa etmiş olsaydı, alıcının sahip olacağı ekonomik durumun sağlanmasıdır³⁰³. Diğer bir ifadeyle CISG tazminat sistemi denkleştirme amacına özgülülmüştür³⁰⁴. CISG m. 74'ün birinci cümlesi uyarınca:

“Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlâli halinde ödenecek tazminat, mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere, ihlâlden dolayı diğer tarafın uğradığı zararın toplamına eşittir.”

Görüldüğü üzere m. 74'ün ilk cümlesi tam tazmin ilkesini (*principle of full compensation*) işaret etmektedir³⁰⁵. Bu hüküm uyarınca yalnızca fiilen uğranılan zararın (*damnum emergens*) değil, ayrıca yoksun kalınan kârın (*lucrum cessans*) da tazmin edilmesi gerekmektedir³⁰⁶. Diğer bir ifadeyle kendisine karşı yükümlülüklerin yerine getirilmesi taahhüt edilmiş bulunan tarafın (alıcı) sözleşmenin ihlâl edilmesinden dolayı katlanmak zorunda kaldığı tüm olumsuz sonuçların tamamen tazmin edilmesi gerekmektedir³⁰⁷.

³⁰³ Sekretarya Şerhinde CISG tazminat sisteminin temel işlevi aynen şu şekilde ifade edilmiştir; “...the basic philosophy of the action for damages is to place the injured party in the same economic position he would have been in if the contract had been performed.” Bkz. Sekretarya Şerhi Art. 70 N.3; Honnold, *Uniform Law*, § 403; John Yukio Gotanda, Awarding Damages Under the United Nations Convention on the International Sale of Goods: A Matter of Interpretation, *Georgetown Journal of International Law*, S.36, (Fall 2004), s. 79.

³⁰⁴ Atamer, *CISG*, s. 424; CISG sistemindeki tazminatın işlevinin denkleştirme (*Ausgleichsfunktion*) olduğu yönünde bkz. OGH 14.01.2002, CISG-Online N. 643.

³⁰⁵ Blase/Höttler, *Pace Int'l L. Rev. 2006*, s. 46; Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, 15.06.1994, CISG-Online N. 121.

³⁰⁶ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 3.2; Enderlein/Maskow, Art. 74 N.4.

³⁰⁷ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 77 para. 3; Staudinger/*Magnus*, Art. 74 para. 19; Sekretarya Şerhi, Art. 70 N.3; OGH, 09.03.2000, CISG-Online N. 573; OGH, 14.01.2002, CISG-Online N. 643; Saidov, Djakhongir: *The law of Damages in International Sales: The CISG and other international instruments*, Oxford Portland Hart Publishing 2008, s. 26.

2. Tam Tazmin Sistemi ile Korunan Menfaatler

CISG’ın benimsemiş olduğu tam tazmin ilkesi sadece alıcının sözleşmenin ifasından doğması beklenen menfaatinin (ifa menfaati-*expectation interest*)³⁰⁸ değil, ayrıca sözleşmenin ifa edilmemesi sonucunda mallara ve alıcının haklarına gelen zarardan kaçınılmasına ilişkin menfaatinin (bütünlük menfaati-*indemnity interest*) de korunması amacına hizmet etmektedir³⁰⁹. Bu kapsamda sözleşme ihlalinin alıcının mal varlığında meydana getirdiği zararlar m. 74 kapsamında satıcıdan talep edilebilecektir³¹⁰. Bununla birlikte CISG m. 5 uyarınca ölüm ve yaralanma halinde doğan zararlar Antlaşma kapsamı dışında tutulmuş olduğundan CISG kapsamında alıcının bütünlük menfaati sadece malvarlığı değerlerine gelen zararlar bakımından kısmen korunmaktadır³¹¹.

CISG tazminat sisteminde alıcının ifa menfaatinin korunmasındaki amaç, alıcının sözleşmeye uygun ifa gerçekleşmiş olsaydı ekonomik açıdan içinde bulunacağı duruma sokulmasıdır³¹². Alıcının ifa menfaatinin korunmasıyla aslında alıcının uğradığı “müspet” zararın tazmini amaçlanmaktadır³¹³. Müspet (olumlu) zarar alıcının, sözleşmenin geçerli olmasında ve borcun ifa edilmesindeki menfaatinin (ifa menfaati) gerçekleşmemesi yüzünden uğradığı zararı ifade eder. Diğer bir ifadeyle alıcının malvarlığının borcun ifası halinde alacağı durum ile borcun ifa edilmemiş olması halinde mevcut durum arasındaki fark müspet zarardır³¹⁴. Dolayısıyla alıcının mevcut malvarlığı ile sözleşme ihlâl edilmemiş

³⁰⁸ Amerikan *Uniform Commercial Code §1-106* metninde ifa menfaatine şu şekilde işaret edilmektedir: “*The remedies provided by this Act shall be liberally administered to the end that the aggrieved party may be put in as good a position as if the other party had fully performed...*”. İfa menfaatinin tam olarak korunması zarara uğrayan taraf için sözleşmenin ifası ile ihlâli arasında hiçbir fark yaratmaması halinde mümkün gözükmektedir; CISG sisteminde ifa menfaatinin korunmasındaki amaçlar için bkz. Saidov, *Damages*, s. 27.

³⁰⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 3; Galston/Smit/Ziegel, § 9.05; Blase/Höttler, *Pace Int’l L. Rev.* 2006, s. 46; Farnsworth, (27) *Am J Comp L*, s. 249; Sutton, *50 Ohio State Law Journal* (1989), s. 744; ayrıca bkz. OGH 14.01.2002, CISG-Online N. 643.

³¹⁰ Yani ihlalin mal varlığında meydana getirdiği zararların tazmini ulusal hukuka göre değil, CISG’a göre talep ve tazmin edilecektir. Bkz. Bianca/Bonell/Khoo, Art. 5 N. 3.2; OLG Thüringen, 26.05.1998, CISG-Online N. 513.

³¹¹ Staudinger/Magnus, Art. 74 para. 20.

³¹² Atamer, *CISG*, s. 327.

³¹³ Atamer, *CISG*, s. 427.

³¹⁴ Oğuzman/Öz, s. 339.

olsaydı sahip olacağı malvarlığı durumu kıyaslanmak durumunda kalacaktır. Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki, CISG sisteminde “müspet zarar” kavramına yer verilmemiştir. Alıcının ifa menfaatinin CISG sisteminde korunduğu m. 74’ün birinci cümlesinde yer alan “...mahrum kalınan kâr dahil olmak üzere...”ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır³¹⁵. Keza Sekretarya Şerhi’nde de ifa menfaatinin koruma altında olduğuna işaret edilmektedir³¹⁶.

Tam tazmin sistemi kapsamında, sözleşmeden dönmüş olan alıcının sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine güvenmiş olması sebebiyle uğradığı zararları talep etme menfaatinin (*reliance interest*) de korunduğu doktrinde genellikle kabul edilmektedir³¹⁷. Alıcının bu menfaatinin temelinde alıcının sözleşme akdedilmemiş olsaydı içinde bulunacağı ekonomik duruma sokulması amacı yatmaktadır. Bu amacın gerçekleştirilmesi alıcının sözleşmenin ifa edilmesi yönündeki güveninden dolayı yaptığı masrafların (menfi zarar) tazmin edilmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Menfi zarar, sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş bulunduğu duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan zarardır³¹⁸. Güvenen kimsenin (alıcı) sözleşmenin hüküm ifade etmemesi veya sözleşmenin kurulmamış olması halinde malvarlığının aldığı durum ile bu olay hiç meydana gelmese idi malvarlığının arz edeceği durum arasındaki fark, menfi zararı ifade eder³¹⁹. Dolayısıyla bu zarar tespit edilirken alıcının mevcut malvarlığı ile sözleşmenin hiç kurulmamış olması halinde alıcının içinde bulunacağı fiktif malvarlığı kıyaslanacaktır³²⁰. Önemle belirtmek gerekir ki, tıpkı “müspet” zarar gibi “menfi” zarar kavramına da CISG metninde yer verilmemiştir. Bu kapsamda CISG sisteminde ifa menfaatinin korunmasının doğal sonucu olarak Antlaşma ile ifaya olan güvenden doğan zararları talep etme menfaatinin de korunduğu

³¹⁵ Farnsworth, (27) *Am J Comp L*, s. 247; Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s. 744.

³¹⁶ *Sekretarya Şerhi*, Art. 70 N.3.

³¹⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 3; Blase/Höttler, *Pace Int’l L. Rev.* 2006, s. 47; Djakhongir Saidov, *Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, *Pace International Law Review* 2002, s. 308; OGH 14.01.2002, CISG-Online N. 643; Atamer, *CISG*, s. 427 ve orada dn.784.

³¹⁸ Eren, s. 985.

³¹⁹ Oğuzman/ Öz, s. 340.

³²⁰ Atamer, *CISG*, s. 428.

söylenbilir³²¹. Zira ifa edilmemeden doğan zararların ifaya olan güven sebebiyle yapılan masraflardan oluşan zararları içerdiği kural olarak kabul edilmek gerekir³²². Öte yandan alıcının müspet zarar ile menfi zararı birlikte talep etmesine imkân yoktur³²³.

B- Zararı Aşan Tazminata Hükmedilmemesi İlkesi

CISG tazminat sistemi satıcı tarafından ödenecek tazminatın alıcı tarafından uğranılan zararın toplamına eşit olması denklemini esas almaktadır. Dolayısıyla ödenecek tazminat miktarının Antlaşma uyarınca hesaplanacak zarara karşılık gelen miktarı aşmaması esastır (*principle of avoiding overcompensation*)³²⁴. Anılan ilke uyarınca tazminata hak kazanan tarafın uğradığı zararı aşan miktarda zenginleşmesinin engellenmesi gerekir³²⁵.

Tam tazmin ilkesinin bir görünümü niteliğindeki zararı aşan tazminata hükmedilmemesi ilkesinin CISG sisteminde kabul edilmiş olması, özellikle Amerikan hukuk sisteminde genel kabul görmüş olan caydırıcı nitelikteki *punitive damages* kurumuna³²⁶ yer verilmediğini işaret etmektedir³²⁷. Böylece Amerikan hukukunda kabul edilen *punitive damages* kurumu gibi hâkime, satım sözleşmesini ihlâl eden borçluyu (satıcıyı) cezalandırmak amacıyla alacaklının

³²¹ Ingeborg Schwenzer/Pascal Hachem, The Scope of the CISG Provisions on Damages, Djakhongir Saidov & Ralph Cunnington (eds), Contract Damages: Domestic and International Perspectives, Oxford 2008, s. 92; Farnsworth, (27) *Am J Comp L*, s. 249.

³²² Eric C. Schneider, Measuring Damages under the CISG, *Pace International Law Review*, 1997, s. 228; Bernstein/Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, s. 96.

³²³ Atamer, *CISG*, s. 428.

³²⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 31.

³²⁵ Saidov, *Pace Int'l L. Rev.* 2002, s. 309; Saidov, *Damages*, s. 29.

³²⁶ Amerikan hukukunda kabul edilmiş olan *punitive damages* kurumu kaynağını İngiliz hukukunda benimsenmiş caydırıcı nitelikteki ve İngiliz Kraliyeti'nin koyduğu kuralların ihlâl edilmesi halinde hükmedilen *exemplary damages* kurumundan almaktadır. *Punitive damages* kurumunun Amerika'da ticari işlemlerde ve özellikle satım sözleşmelerinde uygulanmasına ancak 19. yüzyılın ikinci yarısında başlanılmıştır. *Punitive damages* kurumunun tarihsel gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. Neil Vidmar/Matthew W. Wolfe, *Punitive Damages*, *The Annual Review of Law and Social Science* 2009-5, s. 179-199.

³²⁷ Ulrich Magnus, CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma, Milletlerarası Satım Hukuku: Milletler arası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG), Editör: Yeşim M. Atamer, 1. Baskı, İstanbul, Haziran 2008, s. 290; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 31 (First Edition); Enderlein/Maskow, Art. 74 N.4; Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74 N. 3.7.; Staudinger/Magnus, Art. 74 para. 17; CISG Advisory Council Opinion No: 6, Spring 2006, 9 B.

(alıcının) zararını aşan miktarda tazminata hükmetme imkânı tanınmamıştır³²⁸. Ancak CISG'a hakim sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği tarafların aralarındaki sözleşmede, sözleşmenin ihlâli halinde bir cezai şartın ödenmesini kararlaştırmalarına herhangi bir engel bulunmamaktadır³²⁹. Keza CISG, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin geçerliliği ile ilgilenmemektedir³³⁰.

Nihayet tıpkı *punitive damages* kurumu gibi İngiliz hukukunda kabul edilen ve sözleşmeyi ihlâl eden tarafın (satıcı) ihlâl yoluyla elde ettiği menfaatlerin karşı tarafça (alıcı) elde edilmesi amacına hizmet eden *restitutionary damages*³³¹ kurumuna da CISG tazminat sisteminde yer verilmemiştir³³².

C- Kusursuz Sorumluluk İlkesi

CISG m. 74 uyarınca satıcının tazminat ödeme yükümlülüğünün doğması için sözleşmeyi kusurundan kaynaklanan bir sebeple ihlâl etmiş olması aranmamaktadır³³³. Diğer bir ifadeyle satıcı sözleşmenin ihlâl edilmesinde hiçbir kusuru bulunmasa dahi kural olarak m. 74 uyarınca alıcıya tazminat ödemekle yükümlü kılınmıştır³³⁴. CISG'ın satıcıyı kural olarak kusursuz olarak katı bir

³²⁸ Gerçekten *punitive damages* kurumunun dört temel işlevi bulunmaktadır. Bunlardan ilki üçüncü kişileri yaptırıma konu eylemi gerçekleştirmekten caydırmaktır. İkincisi zarar gören tarafın tek başına hukuki çareler arama yollarına girmesinin engellenmesidir. Üçüncü işlev zarar gören tarafın başka türlü tazmin edilemeyecek zararlarının tazmin edilmesidir. Son olarak davacı tarafın başka türlü karşılayamayacağı dava masraflarının karşılanması bu kurumun diğer bir işlevidir. Bkz. John Y. Gotanda, *Supplemental Damages in Private International Law*, Kluwer Law International, s. 195; Bununla birlikte bugün *common law* sistemini kabul etmiş Kanada hariç ulusal hukuk sistemlerinin çoğunda *punitive damages* kurumunun sözleşme hukukunda geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Konu hakkında detaylı bir çalışma için bkz. Pey-Woan Lee, *Contract Damages, Corrective Justice and Punishment*, *The Modern Law Review*, Volume 70 No:6, November 2007, s. 887-907.

³²⁹ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 3.7; Enderlein/Maskow, Art. 74 N.4.

³³⁰ Diğer yandan, sözleşmelere konulacak *punitive damages* uygulamasına ilişkin klozlar sözleşmelere dercedilirken, sözleşmeden doğan iddiaların tabi olacağı ve bu sebeple iddiaların geçerli olup olmadığında belirleyici olan ulusal hukukun dikkate alınması gerekir. Bkz. Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s. 74 vd.

³³¹ *Restitutionary Damages* ve uygulaması hakkında detaylı bilgi için bkz. Graham Virgo, *The Principles of the Law of Restitution*, New York 1999.

³³² Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 31 (First Edition); Staudinger/*Magnus*, Art. 74 para. 18.

³³³ Gotanda, *36 Georgetown J. Int'l L. (Fall 2004)*, s. 80; Huber/Mullis, s. 256.

³³⁴ Bununla birlikte m. 74'ün ikinci cümlesinde yer verilen ve aşağıda detaylı bir şekilde incelenecek olan "öngörülebilirlik" ilkesi ve m. 79'da hüküm altına alınan sorumluluktan

şekilde sorumlu tutması kaynağını *common law* sisteminden almaktadır. Zira *common law* sisteminde satıcı tarafından gerek sözleşmenin geç ifa edilmesi gerek sözleşmeye uygun olmayan malın teslim edilmesi veya başka bir şekilde olsun, sözleşmenin herhangi bir şekilde ihlal edilmesi halinde alıcı uğradığı zararların tazmin edilmesini talep etme hakkına sahiptir³³⁵. Dolayısıyla *common law* geleneğinde ihlâlin sebebi sorumluluğun doğmasında önem arz etmemekte³³⁶ ve alıcının uğradığı zararların tazmin edilmesi için satıcının kusurlu olması bir ön koşul olarak aranmamaktadır³³⁷. İşte *common law* sistemindeki bu kusursuz sorumluluk ilkesi CISG sisteminde de kabul görmüştür.

D- Öngörülebilirlik İlkesi

CISG sisteminde sözleşmenin ifasından kural olarak kusursuz olarak sorumlu olan satıcının tazminat sorumluluğu öngörülebilir zararlarla sınırlandırılmıştır³³⁸. Gerçekten CISG m. 74'ün ikinci cümlesi uyarınca;

“Söz konusu tazminat, ihlâl eden tarafın sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.”

Görüldüğü üzere m. 74'ün ikinci cümlesinde yer alan öngörülebilir zararlarla sınırlı sorumluluk aslında kusursuz sorumluluk ilkesinin tamamlayıcısı niteliğindedir (*contemplation rule*)³³⁹. Kural olarak sözleşmenin herhangi bir şekilde ihlâl edilmesinden dolayı katı ve kusursuz bir şekilde sorumlu tutulan

kurtulma imkânı veren haller satıcının kusursuz sorumlu olması esasına önemli istisna teşkil etmektedir. Bkz. Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74 N. 2.5.

³³⁵ Huber, *RabelsZ* 2007, s. 17.

³³⁶ Bkz. E. Allan Farnsworth, *Legal Remedies for Breach of Contract*, 70 *Columbia Law Review* 1970, s. 1145-1147.

³³⁷ *Amerikan Restatement (Second) of Contracts Chapter 11 Introductory note (1981)* ile bu durum şu şekilde açıklanmıştır: “*Contract liability is strict liability... The obligor is therefore liable in damages for breach of contract even if he is without fault...*”. Ayrıca §235 uyarınca “*Anything short of full performance is a breach, even if the party who does not fully perform was not at fault...*”.

³³⁸ Schlechtriem, *Schlechtriem Uniform Sales Law*, s. 96.

³³⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 4.

satıcının sözleşmenin kurulması anında öngörebildiği zararlarla sorumluluğunun sınırlandırılması doktrinde makul ve mantıklı bir yaklaşım olarak değerlendirilmektedir³⁴⁰. Sorumluluğun bu şekilde sınırlandırılması ise sözleşme taraflarına, sözleşmesel ilişkiye girerken muhtemel ekonomik riskleri öngörmelerine imkân vermekte ve bu sayede risklere karşı kendilerini güvence altına almalarına yardımcı olmaktadır³⁴¹. Buna ek olarak sözleşmenin kurulması ve semenin belirlenmesi anında sözleşmeyle yüklenilen riskin finansal karşılığının hesaplanması da mümkün hale getirilmek istenmiştir³⁴².

E- Para İle Tazmin İlkesi

CISG tazminat sistemi zararın para ile tazmin edilmesini kabul etmektedir. CISG m. 74 hükmü “*a sum equal to the loss*” ifadesine yer vermek suretiyle zararın yalnızca para ile tazmin edileceği konusunda hiçbir tereddüde yer vermemektedir³⁴³. Dolayısıyla bazı ulusal hukuklarda kabul edilen aynen tazmin ilkesi CISG sisteminde kabul edilmemiştir³⁴⁴.

III. Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkının Kapsamı

A- Alıcının Tazminat Talebinin Koşulları

1. Genel Olarak

Alıcının tazminat talep etme hakkını kullanabilmesi için üç ön koşulun gerçekleşmiş olması gerekir. Bu koşullardan ilki satıcının sözleşmesel bir

³⁴⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 3 (First Edition); Staudinger/Magnus, Art. 74 para. 31.

³⁴¹ Gerçekten m. 74 c. 2 ile taahhütte bulunan tarafın (satıcının) kendisine karşı taahhütte bulunulan tarafı (alıcıyı) sözleşmenin ihlalden dolayı doğması muhtemel zararlar hakkında bilgilendirmeye teşvik edilmesi ve böylece zararları azaltmak amacıyla en uygun önlemlerin alınmasının sağlanması amaçlanmıştır. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 4; Schlechtriem, *Schlechtriem Uniform Sales Law*, s. 96.

³⁴² Magnus, *Tazminat*, s. 290.

³⁴³ Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74 N. 2.3.

³⁴⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 17; Enderlein/Maskow, Art. 74 N. 4; OGH, 14.01.2002, CISG-Online N. 643; Örneğin BK m. 43 gereği hâkim para ile tazminat yerine aynen tazminata hükmedebilecektir. Keza bu madde ile hâkim tazminatın şeklini belirlemeye yetkili kılınmıştır. Bkz. aşağıda 3. Kısım 4. Bölüm II B 2.

yükümlülüğünü ihlal etmiş olmasıdır. İkinci koşul alıcının bu ihlalden ötürü bir zararının doğmuş olmasıdır. Son olarak sözleşmenin ihlaline yol açan davranış ile alıcının uğradığı zarar arasında nedensellik bağının (*causality*) bulunması gerekir³⁴⁵.

CISG sisteminde tazminat talep etme hakkı yalnızca sözleşmenin ihlalinden dolayı zarara uğrayan sözleşme tarafınca (alıcı) kullanılabilir. Antlaşma sözleşme taraflarının sahip oldukları sözleşmesel hakların üçüncü kişiler lehine genişletilmesini öngörmemektedir. Dolayısıyla üçüncü kişilerin satım sözleşmesine dayandırdıkları talepleri CISG kapsamında ileri sürmeleri mümkün değildir³⁴⁶. Bu durum özellikle çok uluslu şirketlerin yaptığı işlemlerde genellikle bağlı şirketin satım sözleşmesini imzalaması ve ancak zararın fiili olarak hâkim şirket nezdinde doğduğu hallerde önem taşır³⁴⁷. Sözleşmenin ihlalinden doğan üçüncü kişilerin talepleri ancak sözleşmeye uygulanacak ulusal hukuktaki hükümlere göre çözümlenmek gerekir³⁴⁸. Bu kapsamda uygulanacak ulusal hukukta üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme, üçüncü kişinin ihlalden doğan zararını giderme gibi kurumların³⁴⁹ varlığı halinde üçüncü kişiler ihlalden doğan zararlarının tazmin edilmesini ilgili ulusal hukuk hükümleri uyarınca satıcıdan talep edebileceklerdir³⁵⁰. Şüphesiz CISG'ın yedek hukuk kuralları sevketmesi karşısında tarafların sözleşmeye üçüncü kişilerin taleplerine ilişkin hükümler koyması her zaman mümkündür.

³⁴⁵ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 2.4.

³⁴⁶ Enderlein/Maskow, Art. 74 N. 2.

³⁴⁷ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 16.

³⁴⁸ Erdem, *BATİDER* 1992, s. 92; Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 2.1; Enderlein/Maskow, Art. 74 N. 2; Huber/Mullis, s. 280.

³⁴⁹ Bu kurumlar hakkında detaylı bilgi için bkz. Yeşim Atamer, Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararın Sözleşmesel Sorumluluk Kurallarına Göre Tazmini, YD 1996, c. 22, 99 vd.

³⁵⁰ Staudinger/*Magnus*, Art. 74 para. 14.

2. Satıcının Sözleşmesel Bir Yükümlülüğünü İhlal Etmiş Olması

a) Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlal Edilmesi

Alıcının m. 74 ve devamı maddeleri uyarınca tazminat talep edebilmesi için öncelikle satıcının satım sözleşmesini ihlal etmiş olması gerekir. Diğer bir ifadeyle satıcının gerek sözleşme gerekse CISG'in yedek hükümlerinden doğan herhangi bir yükümlülüğünü vadesinde hiç veya gereği gibi ifa etmemiş olması gerekir. Alıcının tazminat talep etme hakkını kullanabilmesi için satıcının sözleşmeyi m. 25 anlamında esaslı şekilde ihlal etmesi gerekmez³⁵¹. Aynı şekilde ihlal edilen yükümlülüğün sözleşmede veya Antlaşmada hüküm altına alınmış olması yahut açıkça veya zımnen kararlaştırılmış olması önem taşımamaktadır³⁵². Satıcının sözleşme veya CISG gereği yerine getirmesi gereken bir yükümlülüğünü vadesinde hiç ifa etmemesi, vadesinden geç ifa etmesi veya ayıplı ifa etmesi, ifanın imkânsızlaşması hallerinin her birinde alıcı tazminat talep etme hakkını kullanabilecektir³⁵³. Satıcının ihlal ettiği yükümlülük şüphesiz alıcının sözleşmeden dönmesi üzerine sözleşmenin tasfiyeye girmesi halinde CISG uyarınca üstlendiği bir yükümlülük de olabilir. Örneğin satıcının m. 81 f. 2 uyarınca malları geri almayı reddetmesi halinde alıcının bundan doğan zararının tazmin edilmesini talep etme hakkı söz konusu olabilecektir³⁵⁴. Satıcının yükümlülüğünü ihlal etmesinde kusuru aranmadığı gibi satıcının temerrüt ihtarında bulunulması yoluyla temerrüde düşürülmesi ya da CISG m. 47'de olduğu gibi satıcıya ek süre tanınması gerekmez³⁵⁵.

³⁵¹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 11.

³⁵² Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 7; Huber/Mullis, s. 257.

³⁵³ Schlechtriem/Butler, § 286.

³⁵⁴ OLG München, 17.11.2006, CISG-Online N. 1395.

³⁵⁵ Flechtner, 25 *J. L&C. (2005-2006)*, s. 342; Tazminat talebinin ileri sürülebilmesi için satıcıya ihtarda bulunulmasına veya ek süre verilmesine gerek olmadığı konusunda örnek yargı kararı için bkz. KG Berlin, 24.01.1994, CISG-Online N. 130; benzer yönde OLG Düsseldorf, 28.05.2004, CISG-Online N.850; Bununla birlikte satıcının temerrüde düşürülmesinin gerekip gerekmediği konusunda ulusal hukuk sistemine bakılması gerektiğini savunan yargı kararları da bulunmaktadır. Bkz. LG Flensburg 19.01.2001, CISG-Online 619.

b) Sözleşme Öncesi Görüşmelere İlişkin Yükümlülüklerin İhlal Edilmesi (*Culpa in Contrahendo*)

Satıcının sözleşme öncesi görüşmeler sırasında yerine getirmesi gereken yükümlülükleri sözleşmesel yükümlülük kapsamında yer almadığı gibi açık veya zımni bir ön sözleşmesel yükümlülük niteliğine de sahip değildir³⁵⁶. Dolayısıyla satıcının sözleşme öncesi görüşmelerden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesinden kaynaklanan sorumluluğu (*Culpa in Contrahendo*)³⁵⁷ CISG'in kapsamı dışındadır³⁵⁸. Keza Antlaşmanın hazırlanma sürecinde *Culpa in Contrahendo* kurumunun Antlaşma sistemine dâhil edilmesine ilişkin teklifler, anılan kurumun çeşitli hukuk sistemlerinde haksız fiil sorumluluğu kapsamında kabul edildiğinden bahisle reddedilmiştir³⁵⁹. Dolayısıyla satıcının sözleşme öncesi yükümlülüklerine aykırı davranması halinde alıcının tazminat talep etme hakkının var olup olmayacağı hususu uygulanacak ulusal hukuka göre tayin edilecektir³⁶⁰.

3. Sözleşmesel Yükümlülüğün İhlalinden Dolayı Bir Zararın Doğmuş Olması

a) Genel Olarak

CISG m. 74 uyarınca alıcı uğradığı fiili zararın yanı sıra yoksun kaldığı kârı da talep etme hakkına sahiptir. Alıcının tazminat talep etme hakkının varlığı için sözleşmenin ihlalinden dolayı alıcının malvarlığında bir zararın doğmuş olması gerekir. Bununla birlikte m. 74 kapsamında hangi zarar kalemlerinin tazmin edileceği detaylı bir şekilde belirtilmemiş, yalnızca yoksun kalınan kâr dahil olmak üzere uğranılan tüm zararın tazmin edileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla hangi zarar kalemlerinin tazmin edileceği yukarıda izah edilen tam tazmin ilkesi kapsamında ve somut olayın özelliklerine göre tayin edilmek

³⁵⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 11 (First Edition).

³⁵⁷ Sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk hakkında detaylı bir inceleme için bkz. Huriye Reyhan Demircioğlu, Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Ankara 2009.

³⁵⁸ Staudinger/Magnus, Art. 4 para. 42; Galston/Smit/Ziegel, § 9.02.

³⁵⁹ Official Records, 294-295.

³⁶⁰ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 57; Honnold, *Uniform Law*, §147.

gerekecektir³⁶¹. CISG kapsamında sadece kişi varlığına gelen zararlar için ise herhangi bir manevi tazminat talebi ileri sürülemeyecektir³⁶².

b) Maddi Olmayan Zararların (*Non-Material Loss*) Tazmini Sorunu

CISG'in uygulama alanı bulduğu bir uyuşmazlıkta sözleşmenin ihlalden dolayı alıcının maddi olmayan değerleri üzerinde bir zararın meydana gelmesi mümkün olabilir. Acaba böyle bir durumda alıcı bu zararlarının tazmin edilmesini talep edebilecek midir? CISG tazminat sistemi ekonomik değeri bulunmayan, maddi olmayan değerler üzerindeki zararlar hakkında bir açıklık getirmemiştir. CISG esas olarak ticari ilişkilere uygulanmak amacıyla tasarlanmıştır. Ticari ilişkiler ise maddi ve ekonomik olarak bir karşılığı bulunan amaçlara ulaşmak amacıyla kurulmaktadır. Dolayısıyla bu tür ilişkilerin maddi olmayan değerlere ilişkin olduğundan bahsetmek mümkün gözükmemektedir. Bu savdan hareketle ticari ilişkilerde maddi olmayan değerler üzerinde kural olarak herhangi bir zararın doğmasının ve bu zararların talep edilmesinin söz konusu olmayacağı şeklinde bir sonuca varılabilecektir³⁶³. Bununla birlikte bazı maddi olmayan değerlerin ticaret hayatında ekonomik bir değerinin olduğu şüphesizdir. Bu değerlerin başında alıcının kendi müşterileri nezdinde sahip olduğu itibar gelmektedir³⁶⁴. Bu itibarın CISG kapsamında korunup korunmayacağı sorusu ise önem arz etmektedir. Öncelikle denilebilir ki, CISG tazminat sistemine hâkim olan tam tazmin ilkesi, sözleşmenin ihlali nedeniyle alıcının müşterilerine karşı

³⁶¹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 12.

³⁶² Erdem, *BATİDER* 1992, s. 93; Schlechtriem/Butler, § 299a.

³⁶³ Saidov, *Pace Int'l L. Rev.* 2002, s. 327; Bu konuda Stoll/Gruber aynen şu ifadeyi kullanmıştır: "*Cross-border transactions normally serve commercial ends. Consequently, in principle, compensation for non-material loss cannot be claimed.*" Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 12 (First Edition).

³⁶⁴ Bununla birlikte müşteriler nezdinde itibarın her koşulda ve her şirket bakımından iş ilişkilerini kurarken güvendikleri ve yatırım yaptıkları önemli bir değer olduğu şeklinde bir genelleme yapılmamalıdır. Öyle ki müşteriler nezdinde sahip olunan itibar bazı sektörlerde önem arz ederken, bazı sektörlerde o kadar da önemli addedilmemektedir. Hatta kötü bir itibara sahip şirketlerin de kâr elde etmesinin mümkün olduğu dahi söylenebilir. Bkz. Naomi A. Gardberg, *Reputatie, Reputation, Réputation, Reputazione*, Ruf: A Cross Cultural Qualitative Analysis of Construct and Instrument Equivalence, 9 *Corporate Reputation Review* 39, 2006, s.1 vd; Müşteri nezdindeki itibarın faydaları hakkında ise bkz. Charles J. Fombrun, *Reputation: Realizing Value from the Corporate Image*, Boston, MA, Harvard Business School Press, 1996, s. 73 vd.

sahip olduğu itibarını kaybetmesi halinde alıcıya uğradığı zararı (*damage to goodwill*) satıcıdan talep etme hakkının tanınmasını zorunlu kılar. Ancak itibarın (*reputation*) ne anlama geldiği tanımlanmadan ve maddi olmayan bir değer olan itibara gelen zararlardan ne anlaşılması gerektiği sorusunun cevabı net bir şekilde ortaya konulmadan CISG sisteminde korunmasının uygun olmayacağı da göz ardı edilmemelidir³⁶⁵. Ayrıca sözleşmenin ihlalden dolayı itibar kaybının doğduğunun ispat edilmesi kolay gözükmemektedir³⁶⁶.

Öte yandan itibar kaybından dolayı ekonomik ve maddi bir değer kaybının oluşacağı söylenebilir³⁶⁷. Ancak yoksun kalınan kâr ile itibar kaybı kavramları birbirleriyle karıştırılmamalıdır. Keza yoksun kalınan kâr aşağıda belirtildiği üzere bir devam eden zarar kalemidir. Bu anlamda yoksun kalınan kâr, alıcının itibar kaybına uğradığını gösteren bir ispat aracı niteliğinde olmak gerekir³⁶⁸.

İtibar kaybından doğan zararlar doktrinde çoğunlukla m. 74 kapsamında talep edilebilecek zarar kalemlerinden birisi olarak kabul edilmektedir³⁶⁹. Bununla birlikte bu tür zarar iddiaları genellikle ispat edilemediklerinden dolayı reddedilmiştir³⁷⁰. Dolayısıyla itibar kaybından doğan zararların tazmin edilmesi için öncelikle belirli bir itibarın varlığı ve daha sonra sözleşmenin ihlalden dolayı bu itibar üzerinde maddi bir zararın doğmuş olduğu ispatlanmalıdır³⁷¹. Zararın doğmuş olduğu ise zararın doğduğu tarihten önceki satış hacmi ve kâr

³⁶⁵ Djakhongir Saidov, *Damage to Business Reputation and Goodwill under the Vienna Sales Convention*, (D Saidov & Ralph Cunnington (eds), *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*, Oxford 2008, s. 395.

³⁶⁶ Saidov, *Pace Int'l L. Rev.* 2002, s. 330.

³⁶⁷ Saidov, *Pace Int'l L. Rev.* 2002, s. 337; Keza *Atamer*'in de ifade ettiği üzere satıcının geç veya ayıplı ifası nedeniyle alıcının müşterilerine karşı uğradığı itibar kaybı malvarlığı zararı olarak değerlendirilebilecektir. Bkz. *Atamer*, *CISG*, s. 428.

³⁶⁸ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 34.

³⁶⁹ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 34; Christoph Brunner, *UN-Kaufrecht-CISG*, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Bern 2004, Art. 74 N. 20; Saidov, *Damages*, s. 58; Saidov, *Reputation*, s. 389; BGer 28.10.1998, *CISG-Online* N. 413.

³⁷⁰ LG Göttingen, 20.09.2002, *CISG-Online* N. 655; Supreme Court of Western Australia, 17.01.2003, *CISG-Online* N. 807.

³⁷¹ Cour d'appel de Grenoble, 21.10.1999, *CISG-Online* N. 574; Bu zararın makul bir kesinlik düzeyinde ispat edilmesi yönünde bkz. Peter Schlechtriem, *Non-Material Damages Recovery Under the CISG?* 19 *Pace International Law Review* (Spring 2007/1), s. 95.

oranları ile zararın doğmasından sonraki verilerin karşılaştırılması ve bu verilerdeki düşüşe işaret edilmesi, alıcının faaliyetlerini yürütmesinin satıcı tarafından teslim edilecek mallara bağlı olduğunun gösterilmesi³⁷² şeklinde ispat edilebilecektir. Hatta alıcıyla yeni bir iş ilişkisine girecek eski bir müşterinin alıcıdan teminat mektubu istemesinin itibar kaybına işaret ettiği iddiaları dahi kabul edilebilir nitelikte olup, böyle bir halde itibar kaybından doğan zararların tazmin edilmesi satıcıdan talep edilebilecektir³⁷³.

4. Sözleşmenin İhlalini Teşkil Eden Davranış İle Zarar Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Satıcının tazminat sorumluluğu, sözleşmeye aykırı davranışıyla alıcı tarafından uğranılan zarar arasında nedensellik bağının (*causality*) var olması halinde söz konusu olabilecektir³⁷⁴. CISG kapsamında satıcının tazminat sorumluluğunun varlığı için satıcının sözleşmeye aykırı davranışının alıcının uğradığı zararın şartı olması yani *conditio sine qua non* niteliğinde olması gerekmektedir. Sözleşmeye aykırılığın doğrudan ya da dolaylı olarak zarara yol açması önemli değildir³⁷⁵. Kastedilen, sözleşmeye aykırılığın eksikliği halinde somut zararın aynı yerde, aynı anda ve aynı şekilde doğmayacağı bir halin söz konusu olmasıdır³⁷⁶. Dolayısıyla CISG tazminat sistemi uyarınca tazminat sorumluluğu için şart kuramı uyarınca nedensellik bağının varlığı bir ön koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Antlaşma kapsamında tazminat sorumluluğunu sınırlandıran uygun nedensellik bağı kuramı³⁷⁷ gibi kuramlara yer

³⁷² Tampere Court of First Instance, 17.01.1997 bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970117f5.html> (çevrimiçi 13.01.2010)

³⁷³ Saidov, *Reputation*, s. 395; ayrıca teminat mektubunun istenmesinin itibar kaybına işaret ettiğine ilişkin yargı kararı için bkz. Marvin Lumber and Cedar Company, Marvin Windows of Tennessee, Inc v. PPG Industries, Inc 401 F 3d 901, 913 (CA8 (Minn) 2005). <http://openjurist.org/401/f3d/901/marvin-lumber-and-cedar-company-v-ppg-industries-inc> (çevrimiçi 13.01.2010)

³⁷⁴ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 96.

³⁷⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 40; Staudinger/*Magnus*, Art. 4 para. 28, 29; Huber/Mullis, s. 270.

³⁷⁶ Atamer, *CISG*, s. 430.

³⁷⁷ Kavram hakkında bkz. Eren, s. 986.

verilmemiştir³⁷⁸. Satıcının tazminat sorumluluğu öngörülebilirlik kriteri ile sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla satıcının alıcı tarafından uğranılan gerek doğrudan gerekse dolaylı zararları tazmin etme yükümlülüğünün var olup olmadığı öngörülebilirlik kriteri esas alınarak tayin edilecek olup, satıcı sözleşmenin kurulduğu anda öngörebileceği dolaylı zararlardan dahi sorumlu olacaktır³⁷⁹. Öte yandan alıcının ihlal ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi gerekir³⁸⁰.

5. Sorumsuzluk Sebeplerinden Birinin Var Olmaması

Satıcının tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için CISG m. 79 ile düzenlenmiş bulunan sorumsuzluk sebeplerinden birinin var olmaması gerekir³⁸¹. Yukarıda belirtildiği üzere satıcı gerek sözleşmenin geç ifa edilmesi gerek sözleşmeye uygun olmayan malın teslim edilmesi veya başka bir şekilde olsun, sözleşmenin herhangi bir şekilde ihlal edilmesinden dolayı kusursuz olarak sorumludur. Sorumsuzluk sebeplerinden birisinin varlığı halinde ise satıcının tazminat sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. Buna göre kusursuz sorumluluk ilkesine istisna getirilmiş olup, satıcı kontrolü dışında gelişen sebeplerden ötürü sözleşmenin ihlal edilmesi halinde tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulacaktır³⁸².

6. Zararın İspat Edilmesi

Alıcının uğramış olduğu zarardan dolayı tazminat talep edebilmesi için şüphesiz zarara uğradığını ispat etmesi gerekir. Aksi takdirde alıcının tazminat talep etme hakkı uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme tarafından reddedilecektir³⁸³. Fakat CISG, zararın ispatına ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir. Doktrindeki bazı yazarlar tarafından ve bazı yargı kararlarında ispat yükünün

³⁷⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 40; Staudinger/Magnus, Art. 4 para. 29.

³⁷⁹ Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74 N. 2.6.

³⁸⁰ Gotanda, 36 *Georgetown J. Int'l L. (Fall 2004)*, s. 80.

³⁸¹ Huber/Mullis, s. 257; Bkz. aşağıda 3. Kısım 3. Bölüm VIII.

³⁸² Peter Winship, Exemptions under article 79 of the Vienna Sales Convention, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Mohr Siebeck, 68. Jahrgang 2004, s. 495.

³⁸³ Audiencia Provincial de Valencia, sección 1ª, 13.03.2007, CISG-Online N. 1719.

maddi hukuk değil, usul hukukuna ilişkin bir sorun olduğu, dolayısıyla ispat sorununun forum ülkesinin hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği önerilmiştir³⁸⁴. Öte yandan bazı yazarlar böyle bir yaklaşımın Antlaşmanın otonom yapısını ve yorumunu zedeleyeceğinden bahisle sorunun CISG kapsamında çözümlenmesi gerektiğini savunmuş ve uğranılan zararın “makul” seviyede bir kesinliğe sahip olması ve bunun zarar gören (alıcı) tarafından ispat edilmesi gerektiği yönünde görüş ileri sürmüştür³⁸⁵. Keza UNIDROIT İlkeleri’nde de uğranılan zararın makul bir kesinlik derecesine sahip olarak ispat edilmesi şeklinde bir düzenleme yer almaktadır³⁸⁶.

7. Sözleşmeye Aykırılığın Satıcıya İhbar Edilmiş Olması

Satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi, sözleşmeye uygun olmayan malların teslim edilmesinden kaynaklanıyorsa, alıcının tazminat talebinde bulunabilmesi için Antlaşma m. 39 ile üstlendiği makul süre içerisinde satıcıya ihbarda bulunma külfetini yerine getirmiş olması gerekir. Aksi takdirde alıcı kural olarak satıcıdan tazminat talep etme hakkını kaybedecektir³⁸⁷.

³⁸⁴ Schlechtriem, *19 Pace Int’l L. Rev.* 2007, s. 97; Staudinger/*Magnus*, Art. 74 N. 61; Bernstein/Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, s. 144; US Ct. App. (2nd Cir), 06.12.1995, CISG-Online N. 140; BezGer Saane, 20.02.1997, CISG-Online N. 426; BeGer Sissach, 05.11.1998, CISG-Online N.1466; HG Zurich, 10.02.1999, CISG-Online N.488; BGer, 17.12.2009, CISG-Online N.2022.

³⁸⁵ Djahongir Saidov, Standards of Proving Loss and Determining the Amount of Damages, 22 *Journal of Contract Law* (March 2006), s. 5; Schwenger/Hachem, s. 99; Huber/Mullis, s. 281 vd.

³⁸⁶ Bkz. UNIDROIT İlkeleri, Art. 7.4.3(1).

³⁸⁷ Magnus, *Tazminat*, s. 289; Bianca/Bonell/*Sono*, Art. 39 N. 2.2; Huber/Mullis, s. 164; Enderlein, *Dubrovnik Lectures*, s. 171; Bernstein/Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, s. 89; Honnold, *Uniform Law*, § 259; 3 aylık bir sürenin geçmesinden sonra ihbarın yapılması halinde alıcının tazminat talep etmesi kabul edilemez. Bkz. LG Stuttgart, 15.10.2009, CISG-Online N. 2019; OGH, 02.04.2009, CISG-Online N. 1889; Kantonsgericht Zug, 30.08.2007, CISG-Online N. 1722; Alıcının sözleşmeye aykırılığı ihbar etme yükümlülüğü hakkında bkz. yukarıda 2. Kısım 1. Bölüm V D.

B- Talep Edilebilecek Zararlar

1. Genel Olarak

CISG m. 74 uyarınca tazmin edilmesi gereken ilk zarar türü alıcının uğradığı fiili zararlardır (*damnum emergens*)³⁸⁸. Fiili zararlar alıcının aktifinde oluşan azalma veya alıcının pasifinde meydana gelen artış anlamına gelmektedir³⁸⁹. Satıcı tarafından tazmin edilmesi gereken ikinci zarar türü ise yoksun kalınan kârdır (*lucrum cessans*). Her ne kadar m. 74'te esas olarak fiili zarar/yoksun kalınan kâr ayırımına yer verilmişse de, aşağıda tazmin edilmesi talep edilebilecek zarar türleri farklı bir ayırıma tabi tutularak incelenmiştir. Buna göre alıcının uğradığı zararlar esas olarak üç kategori halinde tasnif edilebilecektir. Bu tasnif uyarınca alıcı tarafından talep edilebilecek zarar kalemlerinden ilki ifa etmemeden doğan zararlar (*non-performance damages*), ikincisi ifa etmeme zararına refakat eden zararlar (*incidental damages*) ve üçüncüsü de devam eden zararlardır (*consequential damages*)³⁹⁰.

2. İfa Etmemeye Zararı

İfa etmeme zararı sözleşmenin ifa edilmemesinden veya ayıplı ifasından doğan zararları kapsamaktadır. Sözleşmenin satıcı tarafından ifa edilmemiş veya ayıplı ifa edilmiş olması halinde alıcının, sözleşme usulüne uygun ifa edilmiş olsaydı içinde bulunacağı ekonomik duruma ulaşabilmek için gereken önlemleri almaya ve böyle bir halde yapacağı masrafları satıcıdan talep etmeye yetkili olduğu kabul edilmek gerekir³⁹¹. Bu kapsamda esaslı ihlal nedeniyle sözleşmeden dönen alıcının ikame mal alımı için ödediği fazla meblağ (yani CISG m. 75'e göre somut yöntemle hesaplanacak zarar) ya da ikame mal alımı yapmamış olsa bile, malın rayiç değeri ile semen arasındaki fark (yani CISG m. 76'ya göre soyut yöntemle hesaplanacak zarar) ifa etmeme zararıdır.

³⁸⁸ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 3.2.

³⁸⁹ Saidov, *Pace Int'l L. Rev.* 2002, s. 317.

³⁹⁰ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 20; Saidov, *Pace Int'l L. Rev.* 2002, s. 315.

³⁹¹ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 13.

Bununla birlikte sözleşmeden dönülmeden yapılan ikame mal alımlarında ifa etmeme zararının sözleşmeden dönmeyi bir ön koşul olarak arayan m. 75'e göre mi yoksa genel kural niteliğindeki m. 74'e göre mi hesaplanacağı sorusu önem arz etmektedir. Bir örnek vermek gerekirse³⁹²; alıcı, satıcıdan hammadde satın almıştır. Ancak satın alınan hammadde ayıplıdır ve fakat ayıplı ifa sözleşmenin esaslı surette ihlaline sebep olacak nitelikte değildir. Alıcı, kendi ürettiği malları kendi müşterilerine bir an önce satmak niyetindedir ve bu sebeple ayıplı hammaddeyi satıcıya iade etmeden ve sözleşmeden dönmeksizin ikame hammadde alımı yapmak durumunda kalmıştır. Böyle bir halde alıcı tarafından ikame mal için ödenen fazla meblağın bu sefer m. 74'e göre hesaplanacak bir ifa etmeme zararı olduğu bazı yazarlarca ve bazı yargı kararlarında kabul edilmiştir³⁹³. Bu görüş uyarınca alıcı sözleşmeden dönmemiş olmasına rağmen ikame mal alımı için ödemiş olduğu fazla meblağı ifa etmeme zararı olarak satıcıdan talep edebilecektir. Fakat bu yaklaşım, sözleşmeden dönme üzerine ikame mal alınma(ma)sına ilişkin özel düzenlemeleri içeren m. 75 ve m.76 hükümlerinin dolanılmış olacağından bahisle, doktrindeki bazı yazarlar tarafından kabul görmemiştir³⁹⁴.

Sözleşme ihlalinin malın ayıplı ifa edilmiş olmasından kaynaklandığı hallerde alıcı, sözleşme konusu mal ayıplı olmasaydı sahip olacağı değer ile ayıplı malın mevcut değeri arasındaki farkı (malın değerindeki düşüklük) ifa etmeme zararı olarak satıcıdan talep edebilecektir³⁹⁵. Ayıplı malın tamir edilebilir olduğu hallerde alıcı tarafından yapılan tamir masrafları ifa etmeme zararı olarak kabul

³⁹² Örnek için bkz. Huber, *RabelsZ 2007*, s. 29-30.

³⁹³ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 22; OLG Graz, 29.07.2004, CISG-Online N. 1627; Audiencia Provincial de Palencia, 26.09.2005, CISG-Online N. 1673; Chamber of National and International Arbitration of Milan, 28.09.2001, CISG-Online N. 1582; ICC, 20.12.1999, CISG-Online N. 1646; aksi görüş için bkz. Huber/Mullis, s. 282; Staudinger/Magnus, Art. 45 para. 22; Huber, *RabelsZ 2007*, s. 29 vd.

³⁹⁴ Aktaran Huber, *RabelsZ 2007*, s. 29.

³⁹⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 23; Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74 N. 3.12; *Sekretarya Şerhi* Art. 70 N. 6; Benzer bir düzenleme Amerikan UCC §2-714(2)'de hüküm altına alınmıştır: “*The measure of damages for breach of warranty is the difference at the time and place of acceptance between the value of the goods accepted and the value they would have had if they had been as warranted...*”; OGH, 04.07.2007, CISG-Online N.1560.

edilecek olup, alıcı tarafından talep edilebilecektir³⁹⁶. Fakat satıcı m. 48 uyarınca ikinci servis şansını kullanmış ve ayıbı gidermiş ise alıcı artık böyle bir zarar iddiasında bulunamayacaktır³⁹⁷. Bunun dışında, alıcı ayıplı malı tamir ettirmemiş olsa bile, alıcının soyut olarak tamir masraflarını hesaplamasına ve bunun ifa etmeme zararı olarak tazmin edilmesini talep etmesine izin verilmelidir³⁹⁸. Ancak her iki hâlde de talep edilecek tamir masraflarının makul tutarda olması gerekir. Bu sonuca aşağıda görülecek olan alıcının zararı azaltma külfeti (CISG m. 77) ışığında varılmak gerekir³⁹⁹. Satıcının ifada gecikmek suretiyle sözleşmeyi ihlal etmesi halinde alıcının bu gecikmeden doğan zararı yine ifa etmeme zararı niteliğinde olacaktır. Örneğin satıcının gecikmesinden dolayı alıcının üçüncü bir kişiden malı tedarik etmek zorunda kalması ve bu sebeple yaptığı masraflar bu kapsamdadır⁴⁰⁰.

3. İfa Etmeme Zararına Refakat Eden Zararlar

Bu zarar türü alıcının ifa menfaatinin sağlanmasından ziyade ilave olumsuz sonuçlardan kaçınılması amacıyla yapılan masraflara tekabül etmektedir⁴⁰¹. Her ne kadar refakat eden zararların tazmin edileceği açıkça CISG m. 74'te belirtilmemişse de, "tam tazmin ilkesi" gereği bu zararların da CISG sisteminde tazmin edileceği şüphesizdir⁴⁰². Malın satıcı tarafından geç teslim edilmesi sebebiyle alıcının malı muhafaza etmek için boşuna yaptığı masraflar⁴⁰³ yahut ayıplı malın satıcıya geri gönderilmesi için yaptığı depo kirası gibi

³⁹⁶ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 3.12; *Sekretarya Şerhi* Art. 70 N. 6; AG München, 23.06.1995, CISG-Online N. 368; OLG Hamm, 09.06.1995, CISG-Online N. 146; BGH, 25.06.1997, CISG-Online N. 277.

³⁹⁷ Huber/Mullis, s. 275; BGH, 25.06.1997, CISG-Online N. 277; CIETAC, 31.01.2000, CISG-Online N. 1076.

³⁹⁸ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 24.

³⁹⁹ Bianca/Bonell/*Will*, Art. 46 N. 2.2.2.2.

⁴⁰⁰ OLG Köln, 08.01.1997, CISG-Online N. 217.

⁴⁰¹ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 27; İfa etmeme zararına refakat eden zararlar Almanca dilinde *Begleitschäden* kavramı ile ifade edilmektedir.

⁴⁰² Arthur G. Murphey, Jr., *Consequential Damages in Contracts for the International Sale of Goods and the Legacy of Hadley*, 23 Wash. J. Int'l L. & Econ. (1989), s. 459; Schneider, *Pace Int'l L. Rev.* 1997, s. 226.

⁴⁰³ Atamer, *CISG*, s. 429, 448; OLG Braunschweig, 28.10.1999, CISG-Online N. 510.

masraflar girmektedir⁴⁰⁴. Yine geç teslim ya da malların kullanılamaz durumda teslim edilmiş olması halinde alıcının yapmış olduğu nakliye masrafları refakat eden zararlar kapsamına girer⁴⁰⁵. Bunların yanında ayıplı malların ayırt edilmesi amacıyla alıcı tarafından katlanılan ilave masraflar da ifa zararına refakat eder niteliktedir⁴⁰⁶.

İfa etmeme zararına refakat eden zararlar kapsamında sözleşmenin satıcı tarafından ihlal edilmesi üzerine alıcının hakkını elde etmek için dava, takip ve benzer yasal yollara başvurmasından doğan masraflar (*litigation costs*) ile faydalandığı hukuki danışmanlık hizmetleri (*extra-judicial costs*) özel bir yere sahiptir. Bu konuda doktrinde ve uygulamada genelde ikili bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayırıma göre, mahkeme dışı hukuki danışmanlık hizmetlerinden faydalanılması sonucu doğan masraflar m. 74 kapsamında değerlendirilecek olup, alıcı tarafından talep edilebilecektir⁴⁰⁷. Bu kapsamda vadeden sonra⁴⁰⁸ somut

⁴⁰⁴ Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 06.12.1995 tarihinde verdiği karara konu uyuşmazlıkta alıcının ürettiği klima sistemlerinde kullanılmak üzere 10.800 adet kompresörün satıcı tarafından alıcıya teslim edilmesine ilişkin taraflar arasında bir satım sözleşmesi imzalanmış ve fakat satıcı tarafından teslim edilen kompresörlerin çoğunun ayıplı olduğunun tespit edilmesi üzerine satıcıdan ayıplı kompresörlerin değiştirilmesi talep edilmiştir. Ancak satıcı bu talebi reddetmiş ve bunun üzerine alıcı sözleşmeyi feshetmiş ve ayıplı kompresörleri satıcıya geri göndermiştir. Daha sonra New York eyalet mahkemesi nezdinde açılan davada mahkeme alıcının ayıplı malların geri gönderilmesi masraflarının satıcı tarafından tazmin edilmesini talebini, alıcının yoksun kalınan kâra ek olarak ikinci kez haksız yere tazmin edilmiş olacağından bahisle reddetmiş ve uyuşmazlık Yüksek Mahkeme önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme ise bu masrafları, ilk derece mahkemesinin de tazmin edilmesine hükmettiği kompresörlerin satıcıya geri gönderilmesine kadar geçen süre boyunca muhafazası için yapılan masraflar (*cost of handling and storing the rejected compressors*) ile birlikte ifa etmeme zararına refakat eden zararlar (*incidental damages*) kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. US Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995, CISG-Online N. 140; Alman eyalet mahkemesi nezdinde görülen benzer bir uyuşmazlıkta yıkandığında %10-15 oranında çeken ve sipariş edilenden farklı renkteki spor kıyafetlerinin satıcı tarafından geri alınmasına kadar muhafaza edilmesi amacıyla alıcı tarafından ödenen depo masraflarının satıcı tarafından tazmin edilmesine karar verilmiştir. Bkz. LG Landshut, 05.04.1995, CISG-Online N. 193; Alıcı tarafından yapılan gereksiz depo masrafları, depoya konulmadan önce yapılan malın demontaj masraflarının da refakat eden zarar kalemi kapsamında tazmin edilmesi gerektiği yönünde bkz. Pretore del Distretto Lugano, 19.04.2007, CISG-Online N. 1724.

⁴⁰⁵ OLG Köln, 14.08.2006, CISG-Online N. 1405; CIETAC, 09.11.2005, CISG-Online N. 1444.

⁴⁰⁶ OLG Köln, 14.08.2006, CISG-Online N. 1405.

⁴⁰⁷ Magnus, *Tazminat*, s. 295; LG Postdam, 07.04.2009, CISG-Online N. 1979; Rechtbank Rotterdam, 21.01.2009, CISG-Online N. 1815; Rechtbank Breda, 16.01.2009, CISG-Online N. 1789; OLG München, 05.03.2008, CISG-Online N. 1686; AG Landsberg, 21.06.2006, CISG-Online N. 1460; AG Berlin-Tiergarten, 13.03.1997, CISG-Online N. 412; OLG Düsseldorf, 11.07.1996, CISG-Online N. 201; Dava sürecinin başlamasından önce avukatla yapılan telefon

olayın özelliklerine uygun olmak kaydıyla yasal bir uyarı yahut ihtarname keşide edilmesi ve bu amaçla alınan danışmanlık hizmetinden doğan masraflar da m. 74 kapsamında talep edilebilecektir⁴⁰⁹. Buna karşılık alıcı tarafından yetkili mahkeme nezdinde yapılan dava, takip ve benzeri masrafların hangi tarafça ve hangi oranlarda karşılanacağı CISG uyarınca değil, ilgili mahkemenin hukukuna göre (*lex fori*) tayin edilecektir⁴¹⁰. Dolayısıyla *lex fori* usul hukuku kurallarına göre dava masraflarının satıcı tarafından karşılanmasına izin verilmemesi halinde, alıcı dava masraflarını CISG kapsamında satıcıdan talep edemeyecektir⁴¹¹. Bununla birlikte dava masraflarının m. 74 kapsamında talep edilebileceği doktrindeki bazı yazarlar tarafından savunulmakta olduğu gibi⁴¹² bazı yargı kararlarında da kabul edilmiştir⁴¹³.

görüşmeleri yoluyla alınan hukuki danışmanlık hizmet bedelinin m. 74 kapsamında kabul edildiği yönünde bkz. AG Viechtach, 11.04.2002, CISG-Online N. 755.

⁴⁰⁸ Landgericht Frankfurt am Main, 16.09.1991, CISG-Online N. 26.

⁴⁰⁹ LG Berlin, 30.09.1992, CISG-Online N. 70.

⁴¹⁰ Magnus, *Tazminat*, s. 295; Staudinger/*Magnus*, Art. 4 para. 52; Brunner, Art. 74 N. 43; Lookofsky, Consequential Damages in CISG Context, 19 Pace International Law Review (Spring 2007/1), s. 78; US District Circuit (District Court New Jersey), 15.04.2009, CISG-Online N. 1836 (CISG, yargılama masraflarının ödenmesi konusunda sessiz kalmıştır.); US District Circuit (Western District of Pennsylvania), 25.07.2008, CISG-Online N. 1776 (Yargılama masrafları CISG m. 74 veya başka herhangi bir madde hükmünde düzenlenmiş değildir.); American Arbitration Association, 23.10.2007, CISG-Online N. 1645.

⁴¹¹ Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından 19.11.2002 tarihinde verilen kararda, m. 74'te ifade bulan tam tazmin ilkesinin dava masraflarının Antlaşma kapsamında talep edilebilmesi savını destekler nitelikte olmasına rağmen, böyle bir sonuca varılması halinde alıcı ve satıcı arasında m. 45 ve m. 61 anlamındaki eşitliğin bozulacağı ve dolayısıyla mahkeme masraflarının m. 74 kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Company, Inc., d/b/a Maurice Lenell Cooky Company*, US. Ct. App. 7th Cir., 19.11.2002, CISG-Online N. 684; Aynı yönde bkz. US Dist. Ct. (ND III), 29.01.2003, CISG-Online N. 772.

⁴¹² Bkz. Harry M. Flechtner, Recovering Attorneys' Fees as Damages under the U.N. Sales Convention: A Case Study on the New International Commercial Practice and the Role of Case Law in CISG Jurisprudence, with Comments on *Zapata Hermanos Sucesores, S.A. v. Hearthside Baking Co.*, 22 Northwestern Journal of International Law & Business (2002), s. 121-159; aksi görüş için bkz. Saidov, *Damages*, s. 52.

⁴¹³ Örneğin Hamburg'ta yer alan Schiedsgericht der Handelskammer Hong Konglu satıcı tarafından yapılan tahkim masraflarının m. 74 kapsamında alıcıdan talep edilebileceğine hükmetmiştir. Bkz. Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21.03.1996, CISG-Online N. 187; Benzer yönde yargı kararları için bkz. Handelsgericht des Kantons Aargau, 19.12.1997, CISG-Online N. 418; ICC, 01.01.1992, CISG-Online N. 105.

Nihayet belirtmek gerekir ki, refakat eden zararlara tekabül eden masraflar ancak alıcının zararı azaltma külfeti (CISG m. 77) gereği makul olarak kabul edildiği ölçüde tazmin edilmek gerekir⁴¹⁴.

4. Devam Eden Zararlar

Alıcı tarafından tazmin edilmesi talep edilebilecek üçüncü zarar türü ise devam eden zararlardır (*consequential damages*). Bu zararlar sözleşmenin ihlali halinde doğan ek zararlardır⁴¹⁵. Alıcının devam eden zararları anlamında en önemli yeri şüphesiz yoksun kalınan kâr tutmaktadır. Yoksun kalınan kâr sözleşmeye aykırı davranışın doğmasını engellediği herhangi bir malvarlığı değerindeki artışı ifade etmektedir. Diğer bir ifadeyle yoksun kalınan kâr sözleşme usulüne uygun biçimde ifa edilseydi ve ihlal gerçekleşmemiş olsaydı, alıcının faydalanacağı ve malvarlığı değerinde meydana gelecek olan değer artışına tekabül etmektedir⁴¹⁶. Öte yandan uygulamada Antlaşma m. 74 anlamındaki yoksun kalınan kâr kavramı yüzeysel bir şekilde beklenen brüt kârdan olağan şekilde ödenmesi gereken ücretlerin düşülmesi sonucu bulunan net kâr olarak tanımlanmıştır⁴¹⁷. CISG m. 74 yoksun kalınan kârın tazmin edileceğini açıkça hüküm altına almıştır. Yoksun kalınan kârın tazmin edileceğinin açıkça ifade edilmiş olmasında bazı ulusal hukuk sistemlerinde bunun tazmin edililmeyeceğinin belirsiz olması⁴¹⁸ ve hatta bazı sistemlerde yoksun kalınan kârın uğranılan zarar kapsamında yer almaması etkili olmuştur⁴¹⁹. Bu sayede ulusal hukuk sistemlerinde hâkime tazminat miktarını sınırlandırma konusunda takdir yetkisi veren hükümler Antlaşma sisteminin dışında bırakılmıştır⁴²⁰. Bununla

⁴¹⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 27.

⁴¹⁵ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 32.

⁴¹⁶ Saidov, *Pace Int'l L. Rev.* 2002, s. 317.

⁴¹⁷ CIETAC, 30.01.1996, CISG-Online N. 1032.

⁴¹⁸ *Sekretarya Şerhi*, Art. 70 N. 3.

⁴¹⁹ Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74 N. 3.3.

⁴²⁰ Örneğin BK m. 43 ve m. 44 uyarınca hâkim zarara uğrayan tarafın kabul etmesi veya zararın meydana gelmesinde rolünün bulunması yahut tazminatın ödenmesi sonucunda tazmin etmekle yükümlü taraf bakımından katlanılamayacak sonuçların doğacak olması hallerinde hakkaniyete göre tazminatın miktarında indirim yapmaya yetkili kılınmıştır.

birlikte şüphesiz alıcı ancak satıcı tarafından öngörülebilir nitelikteki yoksun kalınan kârın tazmin edilmesini talep edebilecektir.

Yoksun kalınan kâr kapsamına öncelikle alıcının satım konusu malı tekrar satmak üzere satın aldığı kabulünden bahisle sözleşmenin ihlali sebebiyle böyle bir satım yapamamasından kaynaklanan kayıp ve zararlar (*loss of resale profit*) girer. Böyle bir halde malların alıcı tarafından üçüncü kişilere yeniden satılacak olması satıcı tarafından öngörülebilir ise, satıcı alıcının uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü olacaktır⁴²¹. Yoksun kalınan kâr olarak nitelendirilebilecek diğer bir zarar türü ise ayıplı mal yüzünden üretimin bir süre sekteye uğramasından doğan zararlar olarak karşımıza çıkmaktadır⁴²².

⁴²¹ Magnus, *Tazminat*, s. 295; Bu konuda Avusturya Yüksek Mahkemesi (*Oberster Gerichtshof*) tarafından 06.02.1996 tarihinde verilen karara konu uyumsuzluk şu şekilde gelişmiştir: Alman alıcı ile Avusturyalı satıcı belirli miktarda propan gazının Belçika’da başka alıcılara satılması amacıyla FOB uyarınca alıcıya teslimine ilişkin bir satım sözleşmesi imzalamışlardır. Alıcı bu kapsamda propan gazının Belçika pazarında tekrar satımı için Hollanda menşeli başka bir şirketle satım sözleşmesi imzalamıştır. Ancak Avusturyalı satıcı propan gazının Belçika’ya ihraç edilmesi için gereken izinleri almamış ve Alman alıcı, üzerinde hukuki ayıp bulunan propan gazını kendi alıcısına satmıştır. Bunun üzerine nihai alıcı, asıl alıcıya sözleşmeyi ihlal ettiğinden bahisle Hollanda mahkemesi nezdinde dava açmış ve alıcının uğranılan zararı tazmin etmesine hükmedilmiştir. Alıcı bunun üzerine satıcıdan m. 74 uyarınca ayıplı ifadan dolayı uğradığı zararların tazmin edilmesini talep etmiş ve Avusturya ilk derece mahkemesi satıcı aleyhine hüküm tesis etmiştir. Satıcının ilk derece mahkemesi kararı aleyhine yaptığı temyiz başvurusu ise Yüksek Mahkeme tarafından reddedilmiş ve alıcının kendi alıcılarına ayıplı ifadan (sözleşmenin ihlal edilmesinden) dolayı ödemek zorunda kaldığı tazminatı satıcıdan talep edebileceğine hükmedilmiştir. Yüksek Mahkeme kararında satıcı tarafından sözleşmenin ihlal edilmemiş olması halinde alıcının malı (propan gazını) başkasına satarak kazanç elde edebileceğine işaret edilmiş ve fakat bu kazancın satıcı tarafından tazmin edilmesinin ancak böyle bir satımın satıcı tarafından öngörülebilir olması halinde mümkün olacağına hükmedilmiştir. Bununla birlikte malların bir tacire satılması halinde, bu malların yeniden satılacak olması her zaman farz edilmek gerekir. Bkz. OGH 06.02.1996, CISG-Online N. 224. Benzer yöndeki yargı kararları için bkz. OLG Köln, 21.05.1996 CISG-Online N. 254; BGH, 25.11.1998, CISG-Online N. 353; Satıcının malı geç teslim etmesi sebebiyle alıcının müşterisi tarafından alıcıyla olan iş ilişkisinin kesilmesi ve alıcının malları satamaması yoksun kalınan kâr olup tazmin edilmesi gerekir. Bkz. U.S. District Court, Eastern District of Kentucky [federal court of 1st instance, 18.03.2008, CISG-Online N.1652; Satıcının teslim ettiği malların alıcı tarafından Orta Doğu pazarında satılmasına ilişkin bir sözleşmede, satıcının önceden gönderdiği malların (bermuda şort) Japonya’da satıldığını tespit etmesi sebebiyle semeni ödenmiş malları göndermeyi reddetme hakkı yoktur. Kaldı ki sözleşmede alıcının malları kendisinden satın alan müşterilerinin yalnızca Orta Doğu’da satım yapacağını garanti etme gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Satıcı malları teslim etmemekle, alıcıyı kendi müşterilerine tekrar satış yaparak kâr elde etmekten yoksun bırakmıştır. Satıcı, alıcının uğradığı kâr kaybını tazmin etmelidir. Bkz. Juzgado de Primera Instancia, No. 3 de Badalona, 22.05.2006, CISG-Online N. 1391.

⁴²² Enderlein/Maskow, Art. 74 N.5.

Yoksun kalınan kâr ile fiili zararların tazmin edilmesinin talep edilmesi bakımından Antlaşma sisteminde kural olarak bir fark bulunmamakla beraber, alıcı sözleşmeye aykırılığa veya mal üzerindeki üçüncü kişiye ait hak ya da talebin mahiyetine ilişkin satıcıya gerekli bildirim makul bir özründen dolayı yapmamış olması halinde m. 44 uyarınca satıcıdan yalnızca yoksun kalınan kâr dışındaki zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir⁴²³.

CISG sisteminde yoksun kalınan kârın talep edilebileceği m. 74'te açıkça belirtilmiş olmakla birlikte kâr elde etme şansından yoksun kalınması (*loss of a chance*) halinde herhangi bir zararın Antlaşma kapsamında talep edilebilir olup olmadığı hususu tartışma yaratmaktadır. Doktrindeki bazı yazarlar yalnızca kâr elde etme şansından yoksun kalınması halinde tazminat sorumluluğunun bulunmadığını savunmaktadır⁴²⁴. Bununla birlikte *Schwenzer ve Hachem*'in bu konuda verdiği örnek farklı bir sonuca varılmasına yol açabilmektedir. Anılan örnekte ünlü mimarlar *Herzog ve de Meuron* Pekin olimpiyat stadyumunun inşaatı için yapılan ihaleye katılmak istemektedirler. Mimarlar projelerini tamamlamak için belirli malların kendilerine tedarik edilmesi için satıcı ile anlaşmış olup, projenin tamamlanması için kendilerine belirli bir takvim öngörmüşlerdir. Ancak satıcı projede kullanılacak malları zamanında teslim etmemiş ve mimarlar projenin son teslim tarihini kaçırdıkları için ihaleye katılamamışlardır⁴²⁵. Böyle bir durumda acaba mimarlar ihaleyi kazanma şansını kaybettiklerinden bahisle satıcıdan herhangi bir zarar talep edebilecekler midir? Diğer bir ifadeyle kâr elde etme şansından yoksun kalınması, yoksun kalınan kâr kapsamında kabul edilebilecek ve böylece m. 74 kapsamında uğranılan zararlar talep edilebilecek midir? *Schwenzer ve Hachem* bu soruyu olumlu cevaplandırmaktadır. Yazarlara göre verilen örnekteki ihaleye katılmak amacıyla yapılan yatırımlar karşılığında ihaleyi kazanma şansının bir ekonomik değerinin olduğu şüphesizdir. Dolayısıyla aslında “yoksun kalınan kâr” ile “kâr elde etme şansından yoksun kalma” arasındaki tek fark kesinlik derecesi olup, her ikisi de ispat edilebilir niteliktedir.

⁴²³ ICC, 01.06.1999, CISG-Online 705.

⁴²⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 22 ve orada dn. 98; Huber/Mullis, s. 271.

⁴²⁵ Schwenzer/Hachem, s. 98.

Sonuç olarak m. 74 metninde ifade edilen “yoksun kalınan kâr” kavramı kâr elde etme şansından mahrum kalınmasını da içermektedir⁴²⁶. Öte yandan doktrinde alıcının kâr elde etme şansından yoksun kaldığını ispat etmesinin genelde kolay olmayacağından bahisle, böyle bir halde alıcının m. 74 kapsamında tazminat talebinde bulunamayacağını kabul eden görüşler de bulunmaktadır⁴²⁷. Kâr elde etme şansından yoksun kalma doğası gereği daha spekülâtif niteliktedir. Zira burada ispat edilmesi gereken husus mahrum kalınan “şans”ın değeridir. Bu değer ne olduğu ise somut olayın özelliklerine göre değişiklik arz edecektir⁴²⁸.

Devam eden zararlar kapsamında ikinci olarak sözleşmeye aykırılık sebebiyle (örneğin malların ayıplı olması ya da alıcının teslimini beklediği malları vadeden önce satmış olması ve fakat vadede malları hiç teslim almamış olması sebebiyle) alıcının kendi alıcılarına ödemek zorunda kaldığı ücret ve bedeller yer almaktadır⁴²⁹. Bu çerçevede alıcının kendi alıcılarıyla yaptığı sözleşme uyarınca ödemek zorunda kaldığı cezai şart bedelleri de alıcının devam eden zararı olmak gerekir⁴³⁰. Yine alıcının kendi alıcıları tarafından açılan takip ve davalarda ödediği yargılama masrafları veya bunlar için yapmış olduğu hukuki danışmanlık ücretleri de alıcının devam eden zararları olarak satıcıya tazmin ettirilebilecektir⁴³¹.

Devam eden zararların diğer bir türü ayıplı mal nedeniyle alıcının diğer malvarlığı değerlerinde meydana gelen zararlardır⁴³². Kural olarak ayıplı malın

⁴²⁶ Schwenger/Hachem, s. 98.

⁴²⁷ Advisory Council Opinion No: 6, Spring 2006, N. 3.15.

⁴²⁸ Saidov, 22 *J. Cont. L.* 2006, s. 40-41; Saidov, *Damages*, s. 75.

⁴²⁹ BGH, 25.11.1998, CISG-Online N. 353; LG Heidelberg, 02.10.1996, CISG-Online N. 264; OLG Köln, 21.05.1996, CISG-Online N. 254.

⁴³⁰ Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 32.

⁴³¹ LG Berlin, 13.09.2006, CISG-Online N. 1620; Yukarıda alıcının uğradığı refakat eden zararlar kapsamında yapılan yargılama masrafi-hukuki danışmanlık ücreti ayırımı burada yapılmamakta ve bunların hepsi alıcının devam eden zararları kapsamında değerlendirilmektedir.

⁴³² Atamer, bu zararlara örnek olarak teslim edilen hastalıklı bir hayvanın bütün sürüye hastalık bulaştırması halini vermiş ve böyle bir halde alıcının diğer malvarlığı değerlerinin zarar görmesinden bahisle CISG m. 74'e tabi bir zararın varlığına işaret etmiştir. Bkz. Atamer, *CISG*, s. 430; Aynı şekilde teslim edilen makinalardaki ayıp nedeniyle üretimi tamamlanmamış ürünlerin bozulması, işlenmemiş ürünlerin teslim edilen ve fakat kimyasal olarak işleme tabi tutulmaya elverişli olmayan bir ayıbı içeren mallarla işleme tabi tutulması ve bundan dolayı ürünlerin bozulması veya ayıplı maldan dolayı alıcının imalathanesinin yanması halleri bu

alıcının diğer malvarlığı değerlerine verdiği zararların m. 74 kapsamında ve bir sınırlama olmaksızın satıcıdan talep edilebileceği kabul edilmek gerekir⁴³³. Ancak, böyle bir zararın satıcıdan talep edilebilmesi için malın alıcı tarafından kullanım amacına uygun bir şekilde kullanılmış olması gerekir⁴³⁴. Bununla birlikte uygulamada ve doktrinde bu zararlar bakımından CISG'in yanı sıra uygulanacak ulusal hukuktaki haksız fiil hükümlerinin uygulanabilir olup olmadığı konusunda tartışma yaşanmaktadır. Bu sorunun cevabı bir görüşe göre uygulanacak ulusal hukuka bırakılmakta⁴³⁵, diğer bir görüş ise bu zararlar bakımından ulusal hukuktaki haksız fiil hükümlerini dışlamaktadır⁴³⁶. Bu konuda *Stoll/Gruber* yukarıda anılan iki görüşün orta yolu olarak ikili bir ayırım yapmakta ve ayıplı ifa nedeniyle alıcının malvarlığına gelen zararlara yalnızca CISG'in uygulanmasını; satıcının genel güvenlik beklentilerini ihlal etmesi nedeniyle alıcının malvarlığının zarara uğraması halinde alıcının gerek CISG gerekse ulusal hukuktaki haksız fiil hükümlerine başvurabileceğini önermektedir⁴³⁷.

Son olarak sözleşmenin ihlalinden dolayı alıcının uğradığı itibar kaybından doğan zararlar (*damage to goodwill*) da devam eden zararlar kapsamında yer alan diğer bir zarar türüdür⁴³⁸.

C- Tazminat Talebinde Zamanaşımı

CISG kapsamında ileri sürülebilecek tazminat talepleri m. 4 uyarınca sözleşmeye uygulanacak ulusal hukuk kuralları tarafından tayin edilecek

zararları doğuran hallere örnek olarak verilebilir. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 35.

⁴³³ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 35; Saidov, *Damages*, s. 49.

⁴³⁴ Atamer, *CISG*, s. 449.

⁴³⁵ Staudinger/*Magnus*, Art. 5 para. 14; Lookofsky, *Understanding the CISG*, s. 25, 26, 76; US Dist. Ct. (SD Ohio), 10.10.2006, CISG-Online N. 1362.

⁴³⁶ Enderlein/Maskow, Art. 5, N. 3.2.; Bianca/Bonell/*Khoo*, Art. 5 N. 1.2; OLG Thüringen, 26.05.1998, CISG-Online N. 513.

⁴³⁷ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 35.

⁴³⁸ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 21; Schlechtriem, *19 Pace Int'l L. Rev.* 2007, s. 95.

zamanaşımı süresine tabidir⁴³⁹. Zira zamanaşımı süreleri CISG sisteminde düzenlenmemiştir.

D- Tazminatı Ödeme Yeri ve Para Birimi

Tazminat, ihlal edilen yükümlülüğün ifa edilmesi gereken yerde ödenmelidir⁴⁴⁰. Bununla birlikte tazminat ödeme yükümlülüğünün CISG m. 57 uyarınca satıcının iş yerinin bulunduğu yerde ifa edilmesi gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır⁴⁴¹.

Tazminat ödeme yükümlülüğünün hangi para birimi üzerinden yapılacağı ticari hayatta genelde taraflarca kararlaştırılmamaktadır. Tazminatın satım sözleşmesi konusu mal için ödenen semenin para birimi üzerinden ödenmesi gerektiği şeklinde bir sonuca varılması ise kabul edilmemek gerekir⁴⁴². CISG tazminat sisteminin amacı alıcının uğradığı tüm zararların tamamen tazmin edilmesidir. Dolayısıyla uğranılan zararlar karşılığı satıcı tarafından yapılacak tazminat ödemesi alıcının uğradığı zarara yahut yoksun kaldığı kâra ilişkin para birimi üzerinden yapılmalıdır⁴⁴³. Bununla birlikte doktrinde satıcının ödeme yapacağı para biriminin sözleşmede kararlaştırılan semene ilişkin ödeme yerinde geçerli para biriminden farklı olması halinde, m. 7 f. 1’de ifade bulan dürüstlük kuralı gereği satıcının ödeme yerinde geçerli para birimi üzerinden ödeme yapabileceğini kabul eden yazarlar da bulunmaktadır⁴⁴⁴.

⁴³⁹ OLG Braunschweig, 28.10.1999, CISG-Online N. 510, LG München, 06.04.2000, CISG-Online N. 665; LG Heidelberg, 02.10.1996, CISG-Online N. 264.

⁴⁴⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 27; Staudinger/Magnus, Art. 74 para. 57.

⁴⁴¹ Enderlein/Maskow, Art. 57 N.2; OLG Düsseldorf, 02.07.1993, CISG-Online 74.

⁴⁴² Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 30; Bununla birlikte tazminatın her zaman semen ile aynı para birimi üzerinden ödenmesine ilişkin yargı kararları da mevcuttur. Örneğin Berlin Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda sözleşme konusu mal karşılığında semenin Alman Markı cinsinden ödenmesi kararlaştırılmış olmasından dolayı ihlalden doğan zarara ilişkin tazminatın da bu para birimi üzerinden ödenmesi gerektiğine hükmedilmiştir. Bkz. LG Berlin, 30.09.1992, CISG-Online N. 70. Benzer görüş için bkz. Bianca/Bonell/Maskow, Art. 54 N. 3.1.

⁴⁴³ Huber/Mullis, s. 280; OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261.

⁴⁴⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 30.

IV. Alıcının Zararlarının Hesaplanması

A- Kural: Zararın Somut Yöntemle Hesaplanması

CISG tazminat sisteminde sözleşmenin ihlal edilmesinden dolayı alıcının uğradığı zararlar genel kural niteliğindeki m. 74 uyarınca hesaplanacaktır. Buna göre alıcının uğradığı zararlar kural olarak somut yöntemle (*concrete calculation*) hesaplanacaktır⁴⁴⁵. Diğer bir ifadeyle alıcının gerçekten uğradığı zarar esas alınacak ve alıcının bu zararı ispat etmesi gerekecektir⁴⁴⁶. Öte yandan m. 74 zararın hesaplanmasına ilişkin bir hesaplama yöntemi öngörmemektedir. Aksine CISG m. 74 hâkime sözleşmenin satıcı tarafından ihlali nedeniyle alıcının uğradığı zararları somut olayın özelliklerine göre hesaplama yetkisi vermektedir⁴⁴⁷.

1. İfa Etmeme Zararının Hesaplanması

İfa etmeme zararlarının somut yöntemle hesaplanması zararın türüne göre farklı yöntemlerle yapılabilecektir. Yukarıda ifa etmeme zararlarının hangi kalemlerden oluştuğu incelenirken aslında bu kategorideki zararların nasıl hesaplanacağı da belirlenmiş olduğundan burada tekrar irdelenmeyecektir⁴⁴⁸.

2. İfa Etmeme Zararına Refakat Eden Zararların Hesaplanması

İfa etmeme zararı hesaplandıktan sonra alıcı tarafından ihlalden dolayı yapılan ek masraflar (refakat eden zararlar) ifa etmeme zararına eklenecektir. *Sekretarya Şerhi*'nde verilen örnek, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için aynen

⁴⁴⁵ Staudinger/*Magnus*, Art. 74 para. 25; Schneider, *Pace Int'l L. Rev.* 1997, s.229; OLG Hamburg, 26.11.1999, CISG-Online N. 515 (Mahkemeye göre alıcının ihlalden dolayı uğradığı zararlar, sözleşme ihlal edilmemiş olsaydı alıcının sahip olacağı ekonomik durum ile ihlalden dolayı içinde bulunduğu ekonomik durum arasındaki farkın somut bir şekilde hesaplanmasıyla tayin edilmelidir.); Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21.03.1996, CISG-Online N. 187; OLG Celle, 02.09.1998, CISG-Online N. 506.

⁴⁴⁶ Atamer, *CISG*, s. 432.

⁴⁴⁷ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 3.9.; Gotanda, *36 Georgetown J. Int'l L. (Fall 2004)*, s. 79.

⁴⁴⁸ Bkz. yukarıda 3. Kısım 3. Bölüm III B 2.

aktarılmaya değer bulunmuştur⁴⁴⁹. Anılan örnekteki olayda taraflar arasında 100 ton hububatın F.O.B uyarınca alıcıya teslimi ve karşılığında 50.000 ABD Doları tutarında semenin satıcıya ödenmesinin kararlaştırıldığı bir satım sözleşmesi akdedilmiştir. Satıcı anılan miktardaki hububatı alıcıya vadesinde teslim etmiş ve fakat teslim edilen hububatın sözleşmede öngörülen orandan çok daha fazla nemli olduğu tespit edilmiştir. Bu sebeple hububatın kalitesinde bir düşüş olmuş ve buna ek olarak alıcı teslim edilen nemli hububatı kurutmak için 1.500 ABD Doları tutarında masraf yapmıştır. Hububatın sözleşmedeki kriterlere uygun olarak teslim edilmiş olsaydı sahip olacağı değer 55.000 ABD Doları iken, aşırı nemden dolayı hububatın değeri 51.000 ABD Doları tutarına inmiştir. Bu kapsamda alıcının uğradığı zarar şu şekilde hesaplanmak gerekecektir.

Sözleşmeye uygun hububatın sahip olacağı değer	55.000 ABD Doları
Teslim alınan ayıplı hububatın değeri	<u>-51.000 ABD Doları</u>
İfa Etmeme Zararı (Malın Değerindeki Düşüklük)	4.000 ABD Doları
Kurutma masrafı (Refakat Eden)	<u>+ 1.500 ABD Doları</u>
İhlalden dolayı doğan toplam zarar	5.500 ABD Doları

Tablo-2

3. Devam Eden Zararların ve Özellikle Yoksun Kalınan Kârın Hesaplanması

Zararın somut yöntemle hesaplanması yoksun kalınan kârın tayin edilmesi için de geçerlidir. Bununla birlikte yoksun kalınan kârın hesaplanması bakımından uygulama açısından bazı soruların cevaplanmasında fayda bulunmaktadır. Bunlardan ilki alıcının gerçekten uğradığı kâr kaybını mı veya bekleyebileceği kâra ilişkin uğradığı kaybı mı yoksa belirli bir zaman ve yerde beklediği ortalama kârdaki yoksunluğu mu talep edebilecek olmasıdır. İkinci olarak alıcının hangi zaman dilimi içerisinde yoksun kaldığı kârı talep edebileceği sorusunun da cevaplanması gerekir⁴⁵⁰. Doktrinde *Honnold*, alıcının gerçekten uğradığı kâr

⁴⁴⁹ Bkz. *Sekretarya Şerhi*, Art. 70 N. 7.

⁴⁵⁰ Enderlein/Maskow, Art. 74 N.5.

kaybını talep edebileceği görüşünü savunmaktadır⁴⁵¹. *Knapp* buna ek olarak yoksun kalınan kârın hesaplanmasında gerçekten uğranılan kâr kaybının yanı sıra ihlalden dolayı alıcının belirli bir zaman dilimiyle sınırlı olmaksızın bekleyebileceği ve ancak satıcı tarafından öngörülebilir kâr kaybının da dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Buna karşılık yazar ileride doğacak kâr yoksunluğunun götürü ücret şeklinde (*lump-sum*) hesaplanmasını kabul etmemektedir⁴⁵².

Daha önce ifade edildiği üzere alıcının malları tekrar satması sonucunda elde etmeyi umduğu kazanç yoksun kalınan kâr kapsamında kabul edilen zarar kalemlerinden birisi olup, m. 74 uyarınca tazmin edilmek gerekir. Bununla birlikte söz konusu kâr kaybının tazmin edilmesi alıcının zararını aşacak sonuçlar doğurmamalıdır⁴⁵³. Satıcının sözleşme konusu malları hiç teslim etmemesi yahut hepsini veya bir kısmını ayıplı teslim etmiş olması halinde, alıcının tekrar satışa sunmak suretiyle elde edeceği kazançtan yoksun kalacağı muhakkaktır⁴⁵⁴. Ancak, alıcı doğan zararın büyümesini engelleyip, daha düşük bir değerde de olsa malı tekrar satmış ise, satıcıdan yalnızca satım sözleşmesindeki bedel ile tekrar satış bedeli arasındaki farkı talep edebilecektir⁴⁵⁵. Alıcının yeniden satış halinde elde edeceği kârdan yoksun kalması halinde alıcının uğradığı zararları hesaplamak için uygulamada iki yönteme başvurulduğu görülmektedir⁴⁵⁶. Bu yöntemlerden ilki uyarınca yoksun kalınan kâr sözleşme bedeli (semen) ile alıcının kendi müşterisi ile yapmış olduğu sözleşmeyi ifa etmiş olsaydı malın tekrar satımından elde edeceği satış bedeli arasındaki farka tekabül etmekte olup, uygulamada bu yönteme birçok kez başvurulduğu gözlemlenmiştir⁴⁵⁷. Yoksun kalınan kârın

⁴⁵¹ Honnold, *Uniform Law*, § 406.

⁴⁵² Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 3.4, 3.5.

⁴⁵³ Bkz. Lookofsky, *19 Pace Int'l L. Rev.* 2007, s. 79 vd.

⁴⁵⁴ Magdalena Raczynska, Recoverability of the Buyer's Lost Resale Profit under CISG, *Nordic Journal of Commercial Law* (2007/2), s. 3.

⁴⁵⁵ Raczynska, *NJCL* 2007/2, s. 3.

⁴⁵⁶ Raczynska, *NJCL* 2007/2, s. 7.

⁴⁵⁷ Örnek olarak bkz. CIETAC, 12.02.1996, CISG-Online N. 1123 (Satıcının malları sözleşme uyarınca teslim etmemesi sebebiyle alıcının kendi müşterileri ile imzalamış olduğu sözleşmeyi ifa edememesinden dolayı elde edemediği yeniden satış bedeli ile alıcının satıcıyla imzaladığı sözleşme bedeli arasındaki fark; yoksun kalınan kâr kalemi olarak alıcıya ödenmelidir.); OLG Köln, 12.01.2007, CISG-Online N. 1581 (Alıcının uğradığı kâr kaybını sözleşme bedeli ile

hesaplanmasında başvuru ikinci yöntem ise sözleşme bedeli (semen) ile malın rayiç bedeli arasındaki farkın yoksun kalınan kâra tekabül ettiği yönündedir⁴⁵⁸. *Raczynska* uygulamadaki örneklerden hareketle yoksun kalınan kârın tayinine ilişkin ilk yöntemin ancak yeniden satış halinde uygulanması gerektiği; yeniden satışın olmadığı hallerde, alıcı düzenli olarak yeniden satış faaliyetinde bulunuyor olsa da, ikinci yöntemin esas alınması gerektiği görüşündedir⁴⁵⁹.

Devam eden zararlar kapsamında hesaplanması özellik arz eden diğer bir zarar türü olan itibar kaybından doğan zararın hesaplanması konusunda genel olarak makul bir tahmini değer tespit edilebileceği önerilmektedir⁴⁶⁰. *Atamer* de bu tür zararların hesaplanmasında hâkimin tahmini bir değer tespit etmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁶¹. Doktrindeki bazı yazarlar ise bu tür maddi olmayan zararların tayin edilmesi sırasında azami bir üst sınırın koyulmasının başvurulabilecek başka bir yöntem olduğunu ileri sürmektedirler⁴⁶². Doktrinde bu zarar türünün hesaplanmasında anılan yöntemler dışında başka yöntemlere daha başvurulabileceği teklif edilmektedir⁴⁶³. Bu yöntemlerden birine göre sözleşmenin ihlali sebebiyle itibar kaybından doğan zarar itibarın mevcut değeri ile zararın

yeniden satış bedeli arasındaki farkı esas almak suretiyle %30 oranında bir kâr marjı beklediğine ilişkin verileri sunmak suretiyle ispat etmesi mahkeme tarafından kabul edilmiştir.)

⁴⁵⁸ Bkz. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 27.05.2005, CISG-Online N. 1456 (Uyuşmazlık konusu olayda hakem heyeti, Türk alıcının Rus satıcıdan malları Türkiye pazarında yeniden satmak suretiyle kâr elde etmek amacıyla satın aldığı ve yoksun kalınan kârın hesaplanmasında alıcı tarafından malların yeniden satışa sunulacağı Türk pazarındaki kâr oranlarının dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir.); Buna karşılık Avusturyalı satıcı ile Ukraynalı alıcı arasında malların satıcı tarafından teslim edilmemesi üzerine çıkan uyuşmazlıkta Ukrayna tahkimi alıcının yoksun kaldığı kâr olarak, malları yeniden satışa sunmuş olsaydı elde edeceği gelir ile sözleşme bedeli arasındaki farkın tazmin edilmesi yönündeki talebini reddetmiştir. Bkz. Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, 01.01.2005, CISG-Online N. 1372.

⁴⁵⁹ *Raczynska*, *NJCL* 2007/2, s. 8.

⁴⁶⁰ Genel olarak bkz. Andrew Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract* (3rd ed) Oxford, 2005, s. 319 vd.

⁴⁶¹ *Atamer*, *CISG*, s. 432.

⁴⁶² Örneğin bkz. Michael Bridge, "Contractual Damages for Intangible Loss: a Comparative Survey" (1984) 62 *Canadian Bar Review*, s. 367; Bu yöntemin yeknesak bir CISG uygulamasının başarılmasında faydalı olmayacağı ve somut olayda uğranılan zararın belirlenen azami sınırdan çok daha fazla olma ihtimalinde adil olmayan sonuçların doğmasına yol açması bakımından uygulanmaması yönünde bkz. Saidov, *Reputation*, s. 406.

⁴⁶³ Saidov, *Reputation*, s. 407.

doğmasından önceki değeri arasındaki değer farkına eşittir⁴⁶⁴. Diğer teklif edilen yöntem (*cost approach*) zarar gören itibarın iadesi için katlanılacak tahmini masrafların esas alınması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Keza bu yöntem bazı yargı kararlarında da uygulanmıştır⁴⁶⁵. Üçüncü yöntem (*The Market-to-Book Value*) ise uğranılan zararın tayini için zararın doğmasından önceki ve sonraki itibar değerleri arasındaki farkın esas alınmasını öngörmektedir. Zarardan önceki ve sonraki döneme ilişkin itibar değerleri ise ilgili şirketin piyasadaki iş değeri (*market value of the business*) ile maddi ve maddi olmayan malvarlığı değerleri toplamı arasındaki farka eşit değer olarak belirlenecektir⁴⁶⁶. Her ne kadar uygulamada yukarıda değinildiği üzere birçok hesaplama yöntemi teklif edilmiş olsa da, *Saidov*'un haklı olarak belirttiği üzere bu yöntemler de kendi içinde bazı güçlükler yaratabilmekte ve somut olayın özelliklerine en elverişli sonuca varılmasında faydalı olamayabilecektir. Dolayısıyla bu yöntemlerin uygulanmasında somut olayın özelliklerine en uygun yöntemin seçilmesine özen gösterilmelidir⁴⁶⁷.

4. Zararın Hesaplanacağı An

CISG tazminat sisteminde alıcının uğradığı zararın tespit edileceği ana ilişkin olarak yalnızca zararın soyut yöntemle hesaplandığı m. 76 hükmünde belirli bir an öngörülmüştür. Bunun dışında somut yöntemle zararın hesaplanacağı hallerde zararın ne zaman tespit edileceğine ilişkin m. 74 metninde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁴⁶⁸. Zarar miktarı süreç içerisinde değişiklik arz edebilecektir. Dolayısıyla zararın meydana geldiği an ile zararın hesaplanacağı an arasında bir ayırım yapılmalı ve zarar kesin olarak davada konunun en son

⁴⁶⁴ Bununla birlikte zararın doğması bakımından en azından zararın maddi bir görünümünün doğması beklenmelidir. Bkz. *Saidov, Reputation*, s. 408.

⁴⁶⁵ Tampere Court of First Instance, 17.01.1997 bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970117f5.html> (çevrimiçi 15.01.2010); Bu yöntemin uygulamada yaratması muhtemel sıkıntılar hakkında bkz. *Saidov, Reputation*, s. 408-409.

⁴⁶⁶ RF Reilly/RP Schweih, *Valuing Intangible Assets*, New York, McGraw-Hill, 1999, s.387.

⁴⁶⁷ *Saidov, Reputation*, s. 414-415.

⁴⁶⁸ Aynı şekilde zararın hesaplanacağı yer bakımından da CISG metninde bir açıklama bulunmamaktadır. *Sekretarya Şerhi*'nde bu yerin teslim yeri olması önerilmektedir. Bkz. *Sekretarya Şerhi*, Art. 70 N. 2.

görüldüğü anda hesaplanmalıdır⁴⁶⁹. Öte yandan *Knapp* ve *Sutton* zararın kesin olarak hesaplanması anının somut olayın özelliklerine göre değişebileceği, bu kapsamda yeri geldiğinde malın teslim anının, yeri geldiğinde alıcının ayıbı öğrendiği anın toplam zararın hesaplanma anı olarak belirlenmesi gerektiği görüşünde olup, hâkimin uygun anı tespit etmesi gerektiğini savunmaktadır⁴⁷⁰. Öte yandan, taraflar m. 74'te yer alan bu belirsizliği gidermek adına pek tabii zararın hesaplanacağı anı sözleşmede kararlaştırabileceklerdir⁴⁷¹.

CISG m. 74'te tazminata esas zararın hesaplanmasında ana kural belirlendikten sonra aşağıda detaylı bir şekilde ele alınacağı üzere m. 75 ve m. 76'da belirli şartların varlığı halinde zararın ne şekilde hesaplanacağına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre m. 76'daki şartların varlığı halinde istisnai olarak zararın soyut yöntemle hesaplanması kabul edilmektedir. Onun dışında alıcının uğradığı zararlar m. 74 ve m. 75 uyarınca her zaman somut yöntemle tayin edilecektir. Belirtmek gerekir ki, m. 75 ve m. 76'da belirtilen haller dışında CISG sisteminde zararlar m. 74 uyarınca somut yöntemle hesaplanacaktır. Son olarak alıcının sözleşmeden dönme hariç diğer seçimlik haklarını kullanması halinde dahi zarar m. 74 uyarınca belirlenecektir⁴⁷².

B- İkame Mal Alımında Zararın Hesaplanması

CISG m. 75 ile alıcının sözleşmeden dönmesi ve daha sonra ikame bir mal alımı yapmış olması halinde, alıcının uğradığı zararın ne şekilde tayin edileceği düzenlenmiştir. Yukarıda ifade edildiği gibi, m. 75'te zararın somut yöntemle hesaplanması öngörülmüştür⁴⁷³. CISG m. 75 aynen şu şekildedir;

⁴⁶⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 44; Staudinger/Magnus, Art. 74 para. 55; Sözlü duruşmanın yapıyor olması halinde zararın tespit anı son duruşma anı olacaktır. Bkz. Atamer, *CISG*, s. 432.

⁴⁷⁰ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 3.16; Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s. 743; Aynı yaklaşım *Sekretarya Şerhi*'nde de benimsenmiştir. Buna göre zararın hesaplanacağı an uygun (*appropriate*) olmalıdır. Bkz. *Sekretarya Şerhi*, Art. 70 N. 2.

⁴⁷¹ Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, 743.

⁴⁷² Atamer, *CISG*, s. 432.

⁴⁷³ Galston/Smit/Ziegel, § 9.05.

“Sözleşmenin ortadan kaldırılması halinde, ortadan kaldırmadan itibaren makul bir süre içerisinde ve makul bir şekilde alıcının ikame mallar satın alması veya satıcının malları yeniden satması durumunda, tazminat talep eden taraf, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile ikame işlem fiyatı arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir.”

Alıcının uğradığı zararların CISG m. 75 uyarınca hesaplanabilmesi için alıcının öncelikle satıcı ile yapmış olduğu satım sözleşmesinden dönmüş olması gerekir⁴⁷⁴. CISG m. 26 gereği sözleşmenin ortadan kaldırılması beyanı, ancak diğer tarafa bildirimle yapıldığı takdirde hüküm doğuracaktır. Bu çerçevede dönmenin kural olarak alıcı tarafından satıcıya beyan edilmiş olması gerekir. Görüldüğü üzere alıcı ancak dönme beyanında bulunduktan sonra yapacağı ikame mal alımından dolayı ikame mal bedeli ile semen arasındaki farkın m. 75 uyarınca tazmin edilmesini talep edebilecektir⁴⁷⁵. Bununla birlikte uluslararası işlemlerde CISG m. 7 anlamında dürüstlük kuralının korunması amacıyla, alıcının dönme beyanında bulunması gerektiği yönündeki bu zorunluluğa bir istisna getirilebileceği doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Buna göre, ikame işlemin (alımın) yapıldığı anda, satıcının hiçbir surette ifada bulunmayacağını kesin olarak sabit olması halinde (özellikle satıcının sözleşmeyi ifa etmeyeceği beyanında bulunmuş olması halinde), alıcının dönme beyanında bulunmaksızın ikame mal alımı yapması durumunda yine m. 75 uygulanabilecektir⁴⁷⁶. Keza sözleşmeyi ifa etmeyeceğini beyan etmiş olan satıcıya, alıcı tarafından dönme beyanında bulunulmamış olduğu yönünde bir iddiada bulunma yetkisinin verilmesi CISG m.

⁴⁷⁴ Advisory Council Opinion No: 8, November 2008, N. 2.3.3; aynı görüşte OLG Bamberg, 13.01.1999, CISG-Online N. 516.

⁴⁷⁵ Şüphesiz, alıcının sözleşmeden dönmeksizin ikame mal alımı yapması her zaman mümkündür. Ancak böyle bir halde alıcı uğradığı zararı m. 75 uyarınca değil ve fakat m. 74'e göre talep edecektir.

⁴⁷⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 5; Supreme Court of Poland, 27.01.2006, CISG-Online N. 1399; Staudinger/Magnus, Art. 75 N. 8; OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261.

7 anlamında dürüstlük kuralına aykırı olacaktır⁴⁷⁷. Ancak, böyle bir yorum ikame mal alımını açıkça “sözleşmeden dönme” üzerine yapılmış olması şartını arayan m. 75 hükmü ile çelişir niteliktedir. Zira tarafların sözleşme kapsamındaki haklarını sona erdiren ve alıcının ifa menfaatini başka hukuki çarelere başvurarak sağlamaya çalışmasına yol açan dinamik sözleşmeden dönme beyanıdır⁴⁷⁸.

CISG m. 75 uyarınca tazminatın hesaplanabilmesi için diğer bir koşul, alıcının sözleşmeden döndükten sonra ikame mal alımı yapmış olmasıdır. Alıcının ikame mal alımı yapmamış olmasına rağmen böyle bir alım yapma ihtimalinin bulunması ise m. 75’in uygulama alanı bulması için yeterli değildir⁴⁷⁹. İkame alımı alıcının kendisi yapmış olmalıdır. Alıcının malı satmış olduğu üçüncü kişi, malın ayıplı olmasından dolayı bir ikame alım yapmak durumunda kalmış ve alıcı bu zararı kendi satıcısından talep etmek istiyorsa, alıcının CISG m. 74’e göre tazminat talebinde bulunması gerekir⁴⁸⁰. İkame alım sözleşmenin ifası ile ilgili olmalı ve alıcının ifa menfaatini karşılamaya yönelik olmalıdır. İkame mal alımının varlığı için alıcı ile üçüncü kişi arasında mal alımına ilişkin bir sözleşmenin yapılmış olması yeterlidir. Dolayısıyla alıcının veya üçüncü kişinin aralarındaki sözleşmeden doğan yükümlülüklerini henüz ifa etmemiş olması, m. 75 anlamında ikame alımın varlığında belirleyici değildir⁴⁸¹. Bununla birlikte bir alıcının üçüncü kişilerle yaptığı satım sözleşmesinin bir ikame mal alımı olup olmadığı somut olayın özelliklerine göre tespit edilecektir. Bu çerçevede özellikle alıcının satıcıdan satın aldığı malın sürekli bir şekilde ticaretini (alım satımını) yaptığı durumlarda, üçüncü kişiden yapılan mal alımının ikame alım olup olmadığına tespitinde bir takım güçlüklerle karşılaşılması pek muhtemeldir⁴⁸². Böyle bir halde satım konusu malın alım satımıyla iştigal eden alıcı, üçüncü kişiden yapılan mal alımının kendi satıcısına karşı sahip olduğu sözleşmesel

⁴⁷⁷ Enderlein/Maskow, Art. 75 N. 1; OLG Bamberg, 13.01.1999, CISG-Online N. 516; OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261.

⁴⁷⁸ Advisory Council Opinion No: 8, November 2008, N. 2.3.3; OLG Bamberg, 13.01.1999, CISG-Online N. 516.

⁴⁷⁹ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 75, N. 3.1.

⁴⁸⁰ Atamer, *CISG*, s. 434.

⁴⁸¹ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 75 para. 3.

⁴⁸² Staudinger/*Magnus*, Art. 75 N. 12.

menfaatinin (ifa menfaatinin) karşılanması amacıyla yapıldığını ve bu sebeple söz konusu mal alımının ikame alım olduğunu ispat etmesi gerekecektir⁴⁸³. Doktrinde bazı yazarlar tarafından alıcıya yükletilmiş olan bu ispat yükünün yerine getirilmesi bakımından alıcıdan ikame mal alımı yapacağına ilişkin satıcıya bir bildirimde bulunması gerektiği önerilmektedir⁴⁸⁴. Bu yazarlara göre, her ne kadar CISG kapsamında alıcının böyle bir bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmasa da, Antlaşmanın 9. maddesi anlamında⁴⁸⁵ uluslararası ticari teamüller gereği böyle bir bildirimde bulunmak gerekebilecektir⁴⁸⁶.

Alıcı tarafından yapılacak olan ikame alımın yine alıcı tarafından yapılmış olan sözleşmeden dönme beyanının yapıldığı günden itibaren makul bir süre içerisinde ve makul şartlarda (*reasonable manner*) yapılması gerekir⁴⁸⁷. İkame mal alımının makul süre içerisinde yapılması gereği aslında alıcının CISG m. 77 gereği üstlendiği zararı azaltma külfeti ile yakından ilgilidir⁴⁸⁸. Alıcı tarafından sözleşmeden dönme beyanında bulunulmadığı sürece, ikame alımın yapılması gereken makul süre de işlemeye başlamayacaktır⁴⁸⁹. İkame alımın makul süre içerisinde yapılması, alıcının ikame alımı derhal yapması anlamına gelmemektedir⁴⁹⁰. Makul süreden ne anlaşılması gerektiği somut olayın özelliklerine göre tespit edilecektir⁴⁹¹. İkame alımın makul şartlarda yapılması alıcının dikkatli, makul ve basiretli bir kişi gibi davranması ve böyle bir kişinin alıcı yerinde olması halinde, bu kişinin de ikame alımı yapacak olması gerektiği

⁴⁸³ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 76, N. 2.4.

⁴⁸⁴ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 75 para. 3; Staudinger/*Magnus*, Art. 75 N. 12.

⁴⁸⁵ CISG m. 9 uyarınca tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve uluslar arası ticarete ilgili ticari branşta aynı tür sözleşmeleri akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli şekilde uygulanan teamüllerin kendi aralarındaki sözleşmeye uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır.

⁴⁸⁶ Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1–610, CISG, 2. Aufl., München: Beck 2007, Art. 75, para. 4.

⁴⁸⁷ *Sekretarya Şerhi*, Art. 71; Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 75 para. 6; Larry A. DiMatteo/Lucien J. Dhooze/Stephanie Greene/Virginia G. Maurer/ Marisa Anne Pagnattaro, The Interpretive Turn in International Sales Law: An Analysis of Fifteen Years of CISG Jurisprudence, *Northwestern Journal of International Law and Business* (Winter 2004), s. 417.

⁴⁸⁸ Erdem, *BATİDER* 1992, s. 95; Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 97.

⁴⁸⁹ *Sekretarya Şerhi*, Art. 71 N. 5; Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s. 744 vd.

⁴⁹⁰ Atamer, *CISG*, s. 434.

⁴⁹¹ Staudinger/*Magnus*, Art. 75 N. 18; Bamberger/Roth/*Saenger*, Art. 75, para. 6.

anlamına gelir⁴⁹². Bu kapsamda alıcının mümkün olan en makul fiyatta mal alımı yapmak için çaba göstermesi kendisinden beklenmektedir⁴⁹³. Buna karşılık doktrindeki bazı yazarlar alıcının uzun araştırmalar yapıp en makul fiyatta bir alım yapmasının kendisinden beklenmediğini savunmaktadır⁴⁹⁴. *Atamer*, böyle bir beklenti içinde olunmaması gerektiğinin sebebi olarak özellikle kendi alıcılarına karşı kısa sürede ifa yükümlülüğü altında olan alıcının ikame alımı çok daha çabuk ve çok araştırma yapmaksızın yapacağı gerçeğini görmektedir⁴⁹⁵. İkame mal alımının mümkün olduğu ölçüde satıcının malları teslim etmesi/etmiş olması gereken yerde yapılması gerekir⁴⁹⁶. Doktrinde bazı yazarlar ikame alım konusu malın esas olarak asıl sözleşme konusu mal ile aynı tür ve kalitede olması ve bu alımın asıl sözleşme ile aynı koşullarda yapılması gerektiğini ileri sürmektedir⁴⁹⁷. Buna mukabil, *Atamer* ikame alıma ilişkin sözleşmenin miktar ve malın niteliği bakımından ihlal edilen sözleşme şartlarıyla birebir aynı olması şeklinde bir zorunluluğun bulunmadığını savunmaktadır⁴⁹⁸. Alıcı tarafından yapılan ikame alım, süre ve şekil bakımından makul değilse, CISG m.75 uyarınca zarar tespit edilemeyecektir. Zira *Schlechtriem*, böyle bir halde alıcının zararı azaltma külfetini yerine getirmemiş olduğu görüşündedir⁴⁹⁹. Bu sebeple alıcının uğradığı zarar hiç ikame alım yapılmamış gibi düşünülüp m. 74 ve malın cari bir fiyatının olması halinde m. 76 uyarınca tayin edilecektir⁵⁰⁰. İkame alımın makul sürede ve şartlarda yapıldığı ise alıcı tarafından ispat edilmek gerekir⁵⁰¹.

⁴⁹² Staudinger/*Magnus*, Art. 75 N. 16; OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261; ICC Arbitration, N. 8128/1995, CISG-Online N. 526.

⁴⁹³ *Sekretarya Şerhi*, Art. 71 N. 4; Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 76, N. 2.4; Enderlein/Maskow, Art. 75 N. 2; Satıcının ikame mal için ödenecek bedelden daha düşük bedelde yeni bir teklifte bulunması halinde alıcının bunu makul olarak kabul etmesi gerektiği yönünde bkz. Cour d'appel de Rennes, 27.05.2008, CISG-Online N. 1746.

⁴⁹⁴ *Atamer*, CISG, s. 434; *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art. 75 para. 6; benzer yönde yargı kararı için bkz. ICC Arbitration, N. 8128/1995, CISG-Online N. 526.

⁴⁹⁵ *Atamer*, CISG, s. 434.

⁴⁹⁶ *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art. 75 para. 6 ve orada dn. 28.

⁴⁹⁷ Staudinger/*Magnus*, Art. 75 N. 17.

⁴⁹⁸ *Atamer*, CISG, s. 434.

⁴⁹⁹ *Schlechtriem*, *Uniform Sales Law*, s. 97.

⁵⁰⁰ *Sekretarya Şerhi*, Art. 71 N. 6, Art. 72 N. 3; Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 76, N. 2.6; Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s.744 vd.

⁵⁰¹ Staudinger/*Magnus*, Art. 75 N. 24.

Alıcı tarafından yapılan ikame mal alımı yukarıda belirtilen çerçevede makul ise, alıcı satım sözleşmesinde kararlaştırılmış olan bedel ile daha yüksek olan ikame mal bedeli arasındaki farkı, ifa etmemeden doğan zarar olarak satıcıdan talep edebilecektir⁵⁰². Her ne kadar alıcı m. 75 ile fark zararını talep edebilecek olsa da, anılan madde hükmünde açıkça belirtildiği üzere alıcı ayrıca kalan zararlarının m. 74 uyarınca tazmin edilmesini satıcıdan talep edebilecektir⁵⁰³. Zira alıcının yalnızca fark zararı ile tazmin edilmesi, sözleşmenin usulüne uygun ifa edilmiş olması halinde sahip olacağı ekonomik duruma konulması için yeterli olmayacaktır⁵⁰⁴. Alıcının bu kapsamda uğradığı zararlara örnek olarak satın aldığı ayıplı malın muhafazası, geri gönderilmesi için yapılan masraflar verilebilecektir⁵⁰⁵. Alıcının m. 75 uyarınca talep edeceği fark zararının yanı sıra yoksun kalınan kârı da talep edip edemeyeceği, diğer bir anlatımla yoksun kalınan kârın alıcının uğradığı diğer zararlar kapsamında olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Buna göre bazı yazarlar, yoksun kalınan kârın alıcının uğradığı diğer zararlar kapsamında olmadığını savunmaktadır⁵⁰⁶. *Stoll/Gruber*'e göre ikame alımın öncelikli amacı alıcının sözleşmenin ifasına ilişkin kâr elde etme imkânının korunmasıdır. Bu çerçevede ikame alım yapan alıcının kâr elde etmeden mahrum kaldığı sonucuna varılmamak gerekir⁵⁰⁷.

C- Soyut Yöntemle Zararın Hesaplanması

CISG sisteminde zararın somut olarak hesaplanması kural olmakla birlikte, zararın soyut olarak hesaplanacağı bazı özel haller de Antlaşma sisteminde kabul edilmiştir. Gerçekten CISG m. 76, belirli bazı şartların varlığı halinde uğranılan

⁵⁰² Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 75 para. 1; Sutton, *Ohio Law Journal-1989*,s. 744 vd.

⁵⁰³ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 97.

⁵⁰⁴ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 75 para. 10.

⁵⁰⁵ US Ct. App (2nd Circuit), 06.12.1995, CISG-Online N. 140.

⁵⁰⁶ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 75 para. 11 ve orada dn. 50.

⁵⁰⁷ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 75 para. 11.

zararın soyut bir yöntemle hesaplanacağını hüküm altına almıştır⁵⁰⁸. CISG m. 76'ya göre;

“Sözleşmenin ortadan kaldırıldığı ve mallar için cari bir fiyatın var olduğu hallerde, tazminat talep eden taraf, 75. madde uyarınca ikame alış... yapmamış olsa da, sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile sözleşmenin ortadan kaldırıldığı andaki cari fiyat arasındaki farkı talep edebileceği gibi, 74. madde uyarınca da tazminat talep edebilir...”

Görüldüğü üzere CISG m. 76 sözleşmeden dönen alıcının ikame alım yapmamış olduğu hallerde dahi zarara uğramış olduğunu kabul etmiştir⁵⁰⁹. CISG m. 76 kapsamında zararın somut olarak doğmuş olması aranmamakta dolayısıyla zararın somut yöntemle ispat edilmesi söz konusu olmamaktadır⁵¹⁰. CISG m. 76'nın düzenlenmesinin temelinde alıcının bir ikame mal alımı yapmamış olmasına rağmen zarara uğrayacağı ve alıcının her zaman malın cari fiyatı üzerinden ikame alım yapma hakkının olduğu kabul edilmektedir⁵¹¹. Bu çerçevede alıcının ikame alım yapmadığı hallerde semen ile malın cari fiyatı arasındaki farkın alıcı tarafından uğranılan asgari zarar olduğu varsayımı kabul edilmektedir⁵¹².

CISG m. 76'nın uygulanması için öncelikle alıcının ikame mal alımı yapmamış olması gerekir⁵¹³. Bununla birlikte ikame alımın yapılmış olmasına rağmen, bu alımın m. 75'e uygun şekilde yapılmamış olması halinde hesaplama m. 74 ve m. 76 uyarınca yapılabilecektir⁵¹⁴. Doktrinde ayrıca bir pazarda sürekli

⁵⁰⁸ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 97; Benzer düzenleme için bkz. Amerikan UCC § 2-713; Alman HGB § 376(2).

⁵⁰⁹ Atamer, *CISG*, s. 436.

⁵¹⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 76 para. 1.

⁵¹¹ OLG Hamm, 22.09.1992, CISG-Online N. 57; Staudinger/Magnus, Art. 76 N. 6; Farnsworth, (27) *Am J Comp L*, s. 251 vd.

⁵¹² OGH, 28.04.2000, CISG-Online N. 581; Staudinger/Magnus, Art. 76 N. 7.

⁵¹³ OLG Graz, 29.07.2004, CISG-Online N. 1627; OLG Hamm, 22.09.1992, CISG-Online N. 57; Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 96; Staudinger/Magnus, Art. 76 N. 11.

⁵¹⁴ Atamer, özellikle makul olmayan bir fiyat üzerinden ikame mal alımlarını bu duruma örnek olarak vermektedir. Yazara göre böyle bir halde satıcı ikame alımda somut olarak ödenen

şekilde aynı türden satım sözleşmeleri akdeden alıcının hangi alımlarının ikame alım olduğunun ispat edilemediği hallerde CISG m. 76 uyarınca soyut zarar hesaplaması yapabileceği kabul edilmektedir⁵¹⁵.

CISG m. 76'nın uygulanabilmesi için m. 75'te olduğu gibi alıcının sözleşmeden dönmüş olması gerekir. Ancak tıpkı m. 75'e göre zararın hesaplanmasında kabul edildiği üzere satıcının ifada bulunmayacağı kesin olması halinde (özellikle satıcının ifayı nihai ve kesin olarak reddetmesi halinde) alıcı m. 74 uyarınca uğradığı zararları hesaplarken soyut yöntemle başvurabilecek ve alıcının sözleşmeden dönmüş olması şartı aranmayacaktır⁵¹⁶. Zararın CISG m.76 uyarınca soyut olarak hesaplanabilmesi için diğer bir koşul ise sözleşme konusu malın belirli bir yerde, belirli bir zamanda ve belirli işlemler bakımından geçerli bir cari fiyatının bulunması gerektiğidir⁵¹⁷. Malın cari fiyatı toptan alım işlemlerinde geçerli olan fiyat olup, perakende alım fiyatı dikkate alınmaz⁵¹⁸. Malın borsada kayıtlı olması zorunlu olmamakla birlikte, kayıtlı olması halinde borsa fiyatı cari fiyat bakımından belirleyici olacaktır⁵¹⁹. Malın cari fiyatının olmaması halinde ise, alıcı zarar iddiasını m. 74 ile temellendirmek durumunda kalacaktır. Zararın soyut yöntemle hesaplanmasında malın alıcı tarafından sözleşmeden döndüğü tarihteki cari fiyatı esas alınacaktır⁵²⁰. Kural bu olmakla birlikte CISG m.76 f. 1 c. 2 uyarınca alıcının malları teslim aldıktan sonra sözleşmeden dönmüş olması halinde dönme tarihindeki değil, malların devralındığı tarihteki cari fiyatı esas alınacaktır. Böylece alıcının satıcı aleyhine

semen yerine makul olduğu kabul edilen cari fiyatı ödeyecektir. Bkz. Atamer, *CISG*, s. 436; aynı görüşte bkz. Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s. 744 vd.

⁵¹⁵ *Sekretarya Şerhi*, Art. 72 N.3; Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 76 N. 2.4; OGH, 28.04.2000, CISG-Online N. 581; Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 96; Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s. 744 vd.; bununla birlikte OLG Hamm tarafından verilen bir kararda zararın m. 76 uyarınca soyut olarak hesaplanabilmesi ancak ikame işlemin imkansız veya makul olmaması halinde söz konusu olacaktır. Bkz. OLG Hamm, 22.09.1992, CISG-Online N. 57.

⁵¹⁶ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 76 para. 3.

⁵¹⁷ Özsunay, *İBD 78/3 (2004)*, s. 942; Staudinger/*Magnus*, Art. 76 N. 13; OLG Celle, 02.09.1998, CISG-Online N. 506.

⁵¹⁸ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 76 para. 4; Atamer, *CISG*, s. 437.

⁵¹⁹ *Sekretarya Şerhi*, Art. 72 N. 6; Enderlein/Maskow, Art. 76 N.2.

⁵²⁰ CISG m. 27 uyarınca sözleşmeden döndüğü an dönme beyanının gönderildiği andır.

spekülatif davranışlarda bulunması engellenmiş olacak⁵²¹ ve sözleşmeden dönme anına kadar cari fiyattaki oynamalar hesaplamaya yansıtılmayacaktır⁵²². Öte yandan doktrinde bazı yazarlarca bu uygulamanın cari fiyatın sözleşmeden dönme anına kadar geçen süre içerisinde aşırı oranda yükselmesi halinde makul olmayacağı ileri sürülmüştür⁵²³.

CISG m. 76 f. 2 uyarınca uygulanacak soyut yöntemde malların teslim edileceği yerdeki⁵²⁴ cari fiyat esas alınacaktır⁵²⁵. Teslim yerinde malın cari fiyatının bulunmaması halinde ise teslim yeri dışında makul bir ikame niteliğinde olan yerdeki cari fiyat esas alınacaktır⁵²⁶. Makul yer ile kastedilen malın aynı piyasa şartlarında satıldığı veya satıcı bakımından azami seviyede dezavantajlı olduğu yerdir. Makul yerin cari fiyatının esas alındığı soyut yöntemle hesaplamada malların alıcı tarafından o yere götürülmesi için yapılacak nakliye masrafları da dikkate alınacaktır. Birden fazla makul yerin bulunması halinde ise bunlardan teslim yerine en yakın olanı dikkate alınacaktır. Hesaplamaya esas makul yerin bulunmaması halinde ise alıcı m. 76 çerçevesinde zararını hesaplayamayacaktır⁵²⁷.

Alıcının zararlarının m. 76 uyarınca hesaplanması, alıcının soyut fark zararı dışında kalan diğer tüm zararları için m. 74 uyarınca tazminat istemesine

⁵²¹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 76 para. 11.

⁵²² Atamer, *CISG*, s. 436.

⁵²³ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 76 para. 11; Enderlein/Maskow, Art. 76 N. 9.

⁵²⁴ Malların teslim edileceği yer CISG m. 31 çerçevesinde tespit edilecektir.

⁵²⁵ Doktrinde teslim yerindeki cari fiyatın esas alınması özellikle malların taşınmasını gerektiren satım sözleşmeleri bakımından (CISG m. 31 a bendi) eleştirilmiştir. Zira alıcı böyle bir halde genellikle malların taşıyıcıya teslim edileceği yerde değil ve fakat varma yerinde ikame alım yapacaktır. Bkz. Enderlein/Maskow, Art. 76 N. 10. Ancak *Stoll/Gruber*'e göre alıcının her zaman varma yerinde ikame mal alımı yapma ve zararını m. 75 uyarınca hesaplama imkânı vardır. Dolayısıyla soyut yöntemle hesaplama sırasında malların taşınmasını gerektiren sözleşmeler için dahi teslim yerindeki cari fiyat esas alınmalıdır. Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 76 para. 8; aynı görüşte bkz. Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s. 746-747.

⁵²⁶ Bununla birlikte, teslim yerinde cari fiyat mevcut olduğu sürece alıcı diğer yerlerdeki cari fiyat kendisi açısından daha avantajlı olsa da, bu yerlerdeki cari fiyatı esas alarak bir hesaplama yapamayacaktır. Aynı şekilde satıcı da başka bir yerdeki cari fiyatın daha avantajlı olduğundan bahisle bu fiyatın esas alınmasını talep edemeyecektir. Bianca/Bonell/Knapp, Art. 76 N. 3.6.

⁵²⁷ Bianca/Bonell/Knapp, Art. 76 N. 3.6.

engel değildir⁵²⁸. Ancak alıcı sözleşmeden döndükten sonra ikame mal alımı yapmış ise artık m. 76'ya dayanarak tazminat talebinde bulunamaz. Bu aşamada alıcının m. 75 ile m. 76'da belirlenen zarar hesaplama yöntemleri arasında seçim yapma hakkı bulunmamaktadır⁵²⁹. Alıcı mecburen m. 75 ve m.74'e göre tazminat talep edebilecektir. Alıcının m. 76 uyarınca yapılacak soyut hesaplamanın yanı sıra yoksun kalınan kârı da talep edip edemeyeceği tartışmalıdır⁵³⁰. Doktrinde m. 76'nın uygulandığı hallerde yine de yoksun kalınan kârın talep edilebileceği görüşü kabul edildiği gibi⁵³¹, sözleşmeden dönmediği sürece alıcının ya satıcıdan ifayı talep ettiği ya da teslim edilen ayıplı malları muhafaza edeceği ve örneğin semenin tenzilini talep etme hakkını kullanmak istediği şeklinde bir sonuca varılmasını savunan görüşler de bulunmaktadır⁵³². CISG m. 76'nın uygulanması bakımından ispat yükü alıcıdadır. Yani alıcı m. 76 uyarınca soyut yöntemle zararlarını hesaplaması için gereken koşulların ve malın cari fiyatının varlığını ispat etmekle yükümlüdür⁵³³.

CISG m. 76 kapsamında alıcının uğradığı zararın soyut yöntemle hesaplanmasına ilişkin olarak *Sekretarya Şerhi*'nde verilen örnek, konunun daha iyi anlaşılabilmesi için aktarılmaya değer bulunmuştur⁵³⁴. Anılan örnekteki olayda taraflar arasında 50.000 ABD Doları tutarında semenin satıcıya ödenmesinin kararlaştırıldığı CIF satımlı bir sözleşme akdedilmiştir. Satıcı sözleşme konusu malı teslim etmediğinden alıcı sözleşmeden dönmüştür. Alıcı sözleşmeden döndükten sonra ikame alım yapmamıştır. Malın dönme anındaki cari fiyatı 53.000 ABD Doları'dır. *Sekretarya Şerhi*'nde verilen örnek şu şekilde genişletilebilir; satım sözleşmesinde taraflarca tahkim şartı kabul edilmiş ve bu sebeple alıcı tahkim yoluna başvurmuştur. Alıcı 2.500 ABD Doları tutarında

⁵²⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 76 para. 14.

⁵²⁹ Staudinger/Magnus, Art. 76 N. 24.

⁵³⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 76 para. 13.

⁵³¹ Bamberger/Roth/Saenger, Art. 75, para. 3; Enderlein/Maskow, Art. 76 N.3.

⁵³² Atamer, CISG, s. 435.

⁵³³ OLG Celle, 02.09.1998, CISG-Online N. 506.

⁵³⁴ Bkz. *Sekretarya Şerhi*, Art. 72 N. 2.

tahkim masrafında bulunmuştur⁵³⁵. Buna ek olarak alıcı, satıcı ile sözleşme imzaladıktan kısa bir süre sonra kendi müşterisi ile satıcıdan satın alacağı malın 57.000 ABD Doları karşılığında satımına ilişkin ayrı bir satım sözleşmesi akdetmiştir. Bu durumda alıcının uğradığı zarar şu şekilde hesaplanmak gerekecektir.

Alicinin m. 76 uyarınca uğradığı zarar (soyut fark)	3.000 ABD Doları
İhlalden dolayı ödenen ilave masraflar (Tahkim) (m. 74)	2.500 ABD Doları
Yoksun kalınan kâr (tekrar satıştan beklenen kâr) (m. 74)	+ 7.000 ABD Doları
İhlalden doğan toplam zarar (m. 76 ve m. 74)	12.500 ABD Doları

Tablo-3

V. Zararı Azaltma Külfeti

CISG m. 77 uyarınca alıcı, yoksun kalınan kâr dahil, ihlalden doğan zararı azaltmak için koşullar dikkate alındığında makul olan bütün önlemleri almak zorundadır⁵³⁶. İhlale maruz kalan sözleşme tarafının (alıcı) zararın meydana gelmesini engellemesi veya doğmuş zararı azaltma amacıyla mümkün olan tüm makul önlemleri almak külfeti altında olması, uluslararası ticarete dürüst davranma kuralının bir görünümüdür⁵³⁷. Alıcı tarafından zararın azaltılması bir külfettir, yoksa bir yükümlülük değildir⁵³⁸. Dolayısıyla satıcının bir dava hakkı söz konusu olmaz ancak zararı azaltma külfetini yerine getirmeyen alıcı

⁵³⁵ Örneğin geliştirilmesinde (tahkim masraflarının tutarı farklı olmak üzere) CIETAC-Shenzhen Arbitration tarafından 18.04.1991 tarihinde verilen karara konu uyumsuzluktan yararlanılmıştır. Bkz. <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/910418c1.html> (çevrimiçi 05.09.2010).

⁵³⁶ Ingeborg Schwenzer/Simon Manner, *The Pot Calling the Kettle Black: The Impact of the Non-Breaching Party's (Non-) Behaviour on its CISG-Remedies*, *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*, Wildy, 2008, s. 469.

⁵³⁷ Staudinger/*Magnus*, Art. 77 N. 2; Schwenzer/Manner, s. 470; Zararı azaltma külfeti birçok ulusal hukuk sisteminde kabul edilmiştir. Örneğin BGB § 254; Restatement (Second) of Contracts, Sec. 347; UCC § 2-715(2).

⁵³⁸ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 77 para. 2; Bianca/Bonell/Knapp, Art. 77 N. 3; Bernstein/Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, s. 146.

kaçınılabilecek zararların tazmin edilmesini talep edemeyecek⁵³⁹ ve zararın azaltılması imkânı olduğu ölçüde hâkim tarafından tazminattan indirim yapılması gerekecektir⁵⁴⁰. Alıcının zararı azaltma külfetini yerine getirmemekte kusurunun olup olmadığı önemli değildir⁵⁴¹. Zararı azaltma külfetinin altında yatan sebep olarak ihlale maruz kalan tarafın (alıcının) kaçınılabilecek zararlardan dolayı tazminata hak kazanmasının kabul edilmemesi gösterilmektedir⁵⁴². Keza yoksun kalınan kâr dahil bir sözleşme ihlalinden doğan zarar, makul önlemlerin alınması suretiyle azaltılabileceği ölçüde tazmin edilmemek gerekir⁵⁴³.

CISG m. 77 her türlü sözleşme ihlalinden doğan zararlar bakımından uygulanır. Zararı azaltma külfeti yalnızca zararın doğmuş olması halinde değil; aynı zamanda zararın doğmasından önce de söz konusu olabilecektir⁵⁴⁴. Zira bazen zararın henüz doğmamış olduğu hallerde alıcının, zararın doğma riski hakkında satıcının dikkatini çekmesi gerekebilecektir⁵⁴⁵. CISG m. 77’de belirlenen zararı azaltma külfeti yalnızca tazminat talep etme hakkına ilişkin olup⁵⁴⁶, doktrinde m. 77’nin alıcının diğer talep hakları bakımından

⁵³⁹ Yani, alıcının tazminat talep etme hakkı sona ermeyecektir. Yalnızca kaçınılabilecek olduğu kabul edilen zararlar oranında tazminat tutarında indirim yapılacaktır. Bkz. Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s. 744 vd.; CISG m. 77 ile kabul edilen zararı azaltma külfetinin (*duty to mitigate*) Amerikan hukukunun temel prensiplerinden olan ve ödenecek tazminatın kaçınılabilecek zararları içermemesi şeklindeki ilkenin bir görünümü olduğu yönünde bkz. Farnsworth, (27) *Am J Comp L* 1979, s. 251.

⁵⁴⁰ BGH, 24.03.1999, CISG-Online N. 396; Atamer, *CISG*, s. 439; Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 77, N. 2.5; Staudinger/*Magnus*, Art. 77 N. 19; Schwenger/Manner, s. 482. Doktrinde zararı azaltma külfetinin yerine getirilmediğinin hâkim tarafından re’sen dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalıdır. *Atamer*, bunun hâkim tarafından re’sen dikkate alınacağı görüşündedir. *Atamer*, (*CISG*), s. 439 ve orada dn. 849. Bununla birlikte *Stoll/Gruber*; özellikle Amerikan mahkemelerinin ve tahkim kurullarının bu külfetin yerine getirilip getirilmediği incelemesini satıcının bu yönde ileri süreceği itiraz üzerine yapma şeklinde bir yaklaşım içinde olacaklarını savunmaktadır. Bkz. Schlechtriem/Schwenger/*Stoll/Gruber*, Art. 77 para. 12.

⁵⁴¹ Schlechtriem/Schwenger/*Stoll/Gruber*, Art. 77 para. 2; Bununla birlikte *Kozİol*, zararı azaltma külfetinin ancak satıcının sözleşme ihlalinden dolayı kusursuz olması ve alıcının da kusurlu olarak zararı azaltma amacıyla makul önlemleri almaması hallerinde uygulanması gerektiğini düşünmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Helmut Kozİol, *Reduction in Damages According to Article 77 CISG*, 25 *Journal of Law and Commerce* (2005-2006), s. 389 vd.

⁵⁴² Schlechtriem/Schwenger/*Stoll/Gruber*, Art. 77 para. 1.

⁵⁴³ Enderlein/Maskow, Art. 77 N.5.

⁵⁴⁴ Staudinger/*Magnus*, Art. 77 N. 8.

⁵⁴⁵ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 77, N.3.11.

⁵⁴⁶ *Sekretarya Şerhi*, Art. 73, N. 3.

uygulanmayacağı çoğunlukla kabul edilmektedir⁵⁴⁷. Bu kapsamda zararı azaltma külfetinin, alıcı tarafından semenin tenzili hakkının kullanıldığı hallerde de uygulanmayacağını kabul etmek gerekir. Zira semenin hangi oranda tenzil edileceği hesaplanırken, teslim edilen ayıplı malın teslim anındaki değeri ile aynı zamanda sözleşmeye uygun mal teslim edilmiş olsaydı, bunun değeri oranlanır. Oranlamanın yapıldığı an teslim anı olduğundan zaten alıcının zararı azaltma külfetinin olmadığı bir aşama söz konusudur⁵⁴⁸.

Zararı azaltma külfeti kapsamında alıcı, koşullar dikkate alındığında makul gözüken önlemleri almak durumundadır. Makul önlemler öncelikle taraflar arasındaki anlaşma, alışkanlıklar ve uluslararası teamüllere (CISG m. 9) göre saptanmak gerekir. İkincil olarak ise alıcı yerinde ve aynı koşullar altında bulunan mantıklı ve makul bir kişinin (CISG m. 8 f. 2) zararı önlemek veya artmasını engellemek amacıyla alacağı önlemler esas alınacaktır⁵⁴⁹. Bu kapsamda örneğin alıcı malların muhafazası veya kolay bozulabilecek malları satmak gibi önlemleri alma külfeti altında bulunabilecektir⁵⁵⁰. Yine alıcı örneğin mallara kamu otoriteleri tarafından el konulmasını engellemek gibi yasal önlemler almak külfetine katlanacaktır⁵⁵¹. Malın zarar verici olduğu alıcı tarafından biliniyorsa malın kullanılmaması gerekir⁵⁵². Ayıplı malların teslim edilmesi halinde ise alıcı ayıbı gidermek (tamir etmek)⁵⁵³ ve ayıbın artması ve devam eden diğer zararları doğurmasını engellemek durumundadır⁵⁵⁴. Hatta alıcı böyle bir durumda yeri geldiğinde mevcut zararda kendi müşterilerinin sözleşmeden dönmesi nedeniyle meydana gelebilecek artışı engellemek amacıyla müşterilerine karşı ücret tenzili teklif etmelidir⁵⁵⁵. Ancak yine de alıcı tarafından alınması gereken makul

⁵⁴⁷ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 77 N.3.1; Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 77 para. 4; Ancak Schwenzer/Manner bu sonuca varılmasının uluslar arası ticarete dürüst davranma prensibi ile her zaman uyuşmadığını ileri sürmektedir. Detaylı bilgi için bkz. Schwenzer/Manner, s. 483-485.

⁵⁴⁸ Atamer, *CISG*, s. 439.

⁵⁴⁹ OGH, 06.02.1996, CISG-Online N. 224; Staudinger/*Magnus*, Art. 77 N. 10.

⁵⁵⁰ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 77 para. 8.

⁵⁵¹ Staudinger/*Magnus*, Art. 77 N. 18.

⁵⁵² BGH, 24.03.1999, CISG-Online N. 396.

⁵⁵³ Schwenzer/Manner, s. 480.

⁵⁵⁴ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 77, N.2.2.

⁵⁵⁵ OLG Koblenz, 19.10.2006, CISG-Online N. 1407.

önlemlerin neler olduğu konusunda genel geçer bir kriter vermek mümkün değildir⁵⁵⁶. Öte yandan alıcı olağanüstü ve ölçülü olmayan masraflar yapmasını gerektiren önlemleri almak külfeti altında değildir⁵⁵⁷.

Alıcının zararı azaltmak için makul ve mümkün olması kaydıyla ikame mal alımı yapması gerektiği doktrinde ve uygulamada çoğunlukla kabul edilmektedir⁵⁵⁸. Ancak burada farklı durumlara göre bir ayırım yapılmak gerekecektir. Buna göre ikame mal alımı ihlalden doğan zararı azaltma amacına hizmet edecekse ve alıcı sözleşmeden dönmek de istemiyorsa alıcının ikame mal alımı yapması gerekir⁵⁵⁹. Alıcının sözleşmeden dönmesi halinde ise⁵⁶⁰, ihlalden doğan zarar, CISG m. 76 uyarınca malın cari fiyatı esas alınarak hesaplanacak zarardan daha az olacak ise ikame mal alımının yine yapılması gerekebilecektir⁵⁶¹. Bununla birlikte sözleşmenin esaslı ihlali halinde zararı azaltma külfeti gereği alıcının sözleşmeden dönmesi mi yoksa zararı azaltma külfetine uymak şartıyla aynen ifade ısrar etmesi mi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. CISG m. 72 f. 1 uyarınca alıcı, satıcının sözleşmeyi esaslı bir biçimde ihlal edeceğinin aşikâr olması halinde sözleşmeden dönebilecektir. Böyle bir halde alıcı şartların varlığı

⁵⁵⁶ Atamer, *CISG*, s. 439; Sutton bu sebeple CISG'a tabi bir sözleşme hazırlanırken zararın taraflarca azaltılmasının nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin hükümlerin de sözleşme metnine dercedilmesi gerektiğini önermektedir. Bkz. Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s. 744. vd.

⁵⁵⁷ Enderlein/Maskow, Art. 77 N.2; Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 77 N.2.3.

⁵⁵⁸ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 77, N.2.2; Staudinger/*Magnus*, Art. 77 N. 11; Enderlein/Maskow, Art. 77 N.2; DiMatteo/Dhooge/Greene/Maurer/Pagnattaro, *Northwestern J. Int'l L.&Bus.* (Winter 2004), s. 424; Schlechtriem/Butler, § 304; Saidov, *Damages*, s. 45; BGer, 17.12.2009, CISG-Online N. 2022; Internationales Schiedsgericht der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft in Österreich, 15.06.1994, CISG-Online N. 691; OLG Celle, 02.09.1998, CISG-Online N. 506; LG Göttingen, 31.07.1997, CISG-Online N. 564; Ontario Court of Appeal Canada, 26.01.2000, CISG-Online N. 582.

⁵⁵⁹ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 77 para. 9.

⁵⁶⁰ Bilindiği üzere CISG sisteminde sözleşmenin ihlali halinde alıcı aynen ifade ısrar edebilir. Bu düzenleme CISG sistemi ile *common law* sistemi arasındaki en önemli farklardan birisidir. Alıcı sözleşmeden dönmeyip aynen ifade ısrar ederse, zararı azaltma külfeti varlığı devam edecektir. Aynen ifade ısrar edilmesine rağmen, zararı azaltma külfetine aykırı davranılmış olması halinde alıcının tazminat talebinde indirim yapılabilecektir. Böyle bir halde alıcı ikame mal alımı yapmak zorunda olmamakla birlikte, ikame alım yapmaması zararın artması sonucu doğuruyorsa tazminat ona göre hesaplanacaktır. Bkz. Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 77 para. 9.

⁵⁶¹ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 77 para. 9.

halinde CISG m. 75 veya m. 76 uyarınca uğradığı zararları talep edebilecektir⁵⁶². Ancak sözleşme konusu malın, fiyat dalgalanmalarının sık olduğu kararsız bir piyasada satılması halinde durum daha problematik olabilecektir⁵⁶³. İşte böyle bir halde malın piyasadaki cari fiyatının ileride satıcı lehine değişmesi ihtimaline istinaden doktrinde ve uygulamada çoğunlukla alıcının CISG m. 77 gereği sözleşmeden dönme yerine ikame mal alımı yapması ve piyasa koşullarının iyileşmesini beklemesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁶⁴. Öte yandan alıcının her zaman (özellikle piyasa koşullarının satıcı açısından daha da aleyhe gelişmesi halinde dahi) vade tarihine kadar beklemesi gerekip gerekmediği sorusu önem arz etmektedir⁵⁶⁵. Yükselen bir piyasanın ne zaman en üst seviyede olacağını veya düşüş yaşanan bir piyasanın en alt seviyeye ne zaman düşeceğini bilmesi neredeyse imkânsızdır⁵⁶⁶. Dolayısıyla böyle bir halde sözleşmeden dönmenin CISG m. 77 anlamında makul bir önlem olduğunun söylenmesi zor gözükmektedir. Bundan hareketle doktrinde alıcının yine de vade tarihine kadar beklemesi gerektiği kabul edilmiştir⁵⁶⁷. Ancak her halde satıcı aleyhine gelişen piyasa koşullarının varlığının makul bir kesinlik seviyesinde tespit edilmesi halinde⁵⁶⁸ alıcının daha fazla beklemesinin zararı azaltmak bakımından makul bir önlem olarak kabul edilmemesi gerektiği sonucuna varılabilecektir. Dolayısıyla alıcı somut olayın özelliklerine göre sözleşmeden dönebilecektir. Fakat bu konuda genel geçer bir kural koymak mümkün değildir. Somut olayın özelliklerine ve ispat edilebilirliğe bağlı olarak farklı sonuçlara varılabilecektir⁵⁶⁹. CISG m. 77 uyarınca alıcının uğradığı zararı azaltma külfetine aykırı davrandığını ispat yükü satıcıya aittir⁵⁷⁰. Bununla birlikte alıcı m. 74 uyarınca tazminat talebinde

⁵⁶² Sözleşmenin esaslı biçimde ihlal edilmesine ilişkin bkz. yukarıda 3. Kısım 1. Bölüm III.

⁵⁶³ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 77 para. 9.

⁵⁶⁴ OLG Braunschweig, 28.10. 1999, CISG-Online N. 510; OLG Düsseldorf, 14.01.1994, CISG-Online N. 119; Buna karşılık sözleşmeden dönme yoluna başvurulması gerektiği yönünde bkz. Bianca/Bonell/Knapp, Art. 77, N.3.

⁵⁶⁵ Schwenger/Manner, s. 481.

⁵⁶⁶ Honnold, *Uniform Law*, § 419.1.

⁵⁶⁷ Schwenger/Manner, s. 482.

⁵⁶⁸ Schwenger/Manner böyle bir sonuca piyasa gelişiminin *ex ante* olarak yapılabildiği hallerde varılabileceği görüşündedir. Bkz. Schwenger/Manner, s. 482.

⁵⁶⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 77 para. 10; Schwenger/Manner, s. 482.

⁵⁷⁰ Staudinger/Magnus, Art. 77 N. 22.

bulunurken zararı azaltmak için gereken makul önlemleri aldığını ispat etmekle yükümlüdür⁵⁷¹.

CISG m. 77 uygulamasının ve bu hükmün zararın hesaplanmasındaki etkisinin daha iyi anlaşılabilmesi için *Sekretarya Şerhi*'nde verilen örneğin aktarılmasında fayda bulunmuştur⁵⁷². Buna göre alıcı ile satıcı arasında 100 adet makine parçasının satıcı tarafından 1 Aralık tarihinde alıcıya teslim edilmesi ve karşılığında alıcı tarafından 50.000 ABD Doları tutarındaki semenin satıcıya ödenmesi kararlaştırılmıştır. 1 Temmuz tarihinde satıcı o yılın sonuna kadar devam edeceği kesin olan bir fiyat artışının olduğunu ve alıcının 60.000 ABD Doları ödememesi halinde makine parçalarını alıcıya teslim edemeyeceği yönünde bir bildirimde bulunmuştur. Alıcı bu bildirim karşılık, yalnızca semeni ödeyeceğini ve satıcının malları teslim etmesi gerektiğini beyan etmiştir. 1 Temmuz tarihinde ve bu tarihten itibaren makul bir süre boyunca, alıcının 1 Aralık'ta malların teslim edilmesine ilişkin başka bir satıcıyla imzalayabilecek olduğu sözleşme bedeli 56.000 ABD Doları olarak tespit edilmiştir. Ancak alıcı bu süre zarfında herhangi bir ikame mal alımı yapmamış ve fakat vade tarihinde (1 Aralık) malların 1 Mart tarihine kadar teslim edilmesi koşuluyla 61.000 ABD Doları tutarında ikame bir alım yapmıştır. Alıcı malların satıcı tarafından geç teslim edilmesinden dolayı 3.000 ABD Doları tutarında ilave masraf yapmak zorunda kalmıştır.

Bir an için CISG m. 77 uyarınca alıcının zararı azaltma külfetinin bulunmadığı kabul edildiğinde, alıcının ikame mal alımı yapmak için vade tarihi olan 1 Aralık tarihini beklemesi halinde alıcının talep edebileceği zarar şu şekilde hesaplanabilecekti;

⁵⁷¹ OLG Celle, 02.09.1998, CISG-Online N. 506.

⁵⁷² Bkz. *Sekretarya Şerhi*, Art. 73 N. 4.

İkame Malın Değeri	61.000 ABD Doları
Semen	<u>-50.000 ABD Doları</u>
Geç teslimden doğan ilave masraflar	<u>+ 3.000 ABD Doları</u>
İhlalden doğan toplam zarar	14.000 ABD Doları

Tablo-4

Ancak alıcı vade tarihinde ikame mal alımı yapmak yerine 1 Temmuz'da daha makul bir fiyatta ikame mal alımı yapabilecekti. Böylece ikame mal alımı için 61.000 ABD Doları yerine 56.000 ABD Doları ödeyecekti. Diğer bir ifadeyle zararın artmasını engelleyebilecekti. Ayrıca geç teslimden dolayı alıcı herhangi bir ilave masrafa katlanmayacaktı. Bu kapsamda CISG m. 77 uyarınca yapılacak indirim neticesinde alıcının talep edebileceği tazminat miktarının şu şekilde hesaplanması gerekecektir;

İhlalden Doğan Toplam Zarar (Tablo-4)	14.000 ABD Doları
1 Temmuzda ikame alım yapılsaydı semen ile ikame mal fiyatı arasında oluşacak fark	<u>-5.000 ABD Doları</u>
1 Temmuzda ikame alım yapılsaydı katlanılmayacak ilave masraflar	<u>- 3.000 ABD Doları</u>
CISG m. 77 uyarınca yapılan indirim sonucu ödenecek zarar	6.000 ABD Doları

Tablo-5

Zararı azaltma külfetine ilişkin olarak bir diğer örnek, Alman Yüksek Eyalet Mahkemesi'nin 1998 yılında verdiği kararına konu uyuşmazlık olarak verilebilir⁵⁷³. Anılan karara uyuşmazlık şu şekilde gelişmiştir; Alman alıcı ile Hollandalı satıcı, tanesi 50 Alman Markı bedeli karşılığında olmak üzere elektrik süpürgesi satışına ilişkin bir sözleşme akdetmiştir. Alıcı, daha sonra teslim aldığı elektrik süpürgelerini kendi bayilerine dağıtmış ve bayi müşterilerinden gelen şikâyetler üzerine yapmış olduğu muayene sonucunda malların ayıplı olduğunu

⁵⁷³ Bkz. OLG Celle, 02.09.1998, CISG-Online N. 506.

farketmiş ve bu sebeple sözleşmeden döndüğünü beyan etmiştir. Alıcı bunun üzerine malları bayilerinden toplatmış ve malların bayilere gönderilmesi ve bayilerden toplatılması için toplam 1.000 Alman Markı tutarında nakliye masrafında bulunmuştur. Alıcı sözleşmeden döndüğü tarihte elektrik süpürgeleri için cari fiyatın 99 Alman Markı olduğunu iddia ederek, sözleşmenin ihlal edilmiş olması sebebiyle uğradığı zararı CISG m.76 uyarınca soyut yöntemle dayanarak hesaplamış (44 Alman Markı) ve bu bedeli satıcıdan talep etmiştir. Alıcı ayrıca faaliyette bulunduğu Almanya'nın Göttingen, Aşağı Saksonya ve Kuzey Hesse bölgelerinde aynı elektrik süpürgelerini satın alabileceği bir tedarikçinin bulunmadığını iddia etmiş ve hatta bu durumu bir bilirkişi raporuyla desteklemiştir. Alman Mahkemesi alıcının bu iddaları karşısında alıcının CISG m. 77 uyarınca zararı azaltma külfetine aykırı davrandığına kanaat getirmiştir. Mahkemeye göre alıcı, Hollandalı bir satıcıyla sözleşme akdetmiş olduğu düşünüldüğünde, en azından tüm Almanya çapında ikame alım yapabileceği kaynakları araştırmak külfeti altındadır. Bunun yanısıra alıcı, elektrik süpürgelerine ilişkin ileri sürdüğü cari fiyatın belirlenmesine ilişkin mahkeme nezdinde tatmin edici seviyede delil sunamamıştır. Keza mahkeme de mallara ilişkin herhangi bir cari fiyat tespit edememiştir. Tüm bu sebeplerle mahkeme satıcı tarafından yalnızca alıcının malların bayilere dağıtılması ve bayilerden toplatılması amacıyla yapmış olduğu nakil masraflarının (1.000 Alman Markı) CISG m. 74 uyarınca tazmin edilmesine hükmetmiştir.

VI. Satıcının Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması

A- Genel Olarak

Günümüzde birçok ulusal hukuk sisteminde sözleşmeyi ihlâl eden tarafın sözleşmesel sorumluluğunu sınırlandırılması gerektiği genel olarak kabul edilmiştir. Sözleşmesel sorumluluğun sınırlandırılması gerektiği düşüncesinin esas dinamiği olarak sınırsız sorumluluğun borç ilişkilerinin kurulmasına engel olma potansiyeli görülmektedir. Gerçekten sözleşmenin karşı tarafının ifa

menfaatinin ve ifaya olan güvenden doğan menfaatin sınırsız ve tam olarak tazmin edilecek olması sözleşmesel yükümlülüklerin üstlenilmesinde tereddüt duyulmasına ve hatta bundan vazgeçilmesine sebep olabilecektir. Ayrıca böyle bir sınırsız sorumluluk, karşı tarafın önüne geçilemez miktarlarda tazmin edilmesine yol açacaktır⁵⁷⁴. Sözleşmesel tazminat sorumluluğun sınırlandırılması amacıyla ulusal hukuk sistemlerinde birçok yöntem kullanılmaktadır⁵⁷⁵. Bu yöntemler arasında gerek *common law* sisteminde gerekse *civil law* ülkelerinin bazılarında (özellikle Fransız hukukunda) uygulana gelen tazminat sorumluluğunun öngörülebilir zararlarla sınırlandırılması yöntemi (öngörülebilirlik ilkesi) ise aynı zamanda CISG tazminat sisteminde de kabul edilmiştir.

B- Öngörülebilirlik İlkesi

1. CISG Tazminat Sisteminde Öngörülebilirlik

Yukarıda belirtildiği üzere CISG tazminat sistemi esas olarak kusursuz sorumluluk ilkesini benimsemiştir. Bu ilke çerçevesinde satıcı gerek sözleşmeyi geç ifa etmesi gerekse sözleşmeye uygun olmayan mal teslim etmesi veya başka bir şekilde sözleşmeyi ihlal etmiş olması halinde kusurlu olsun olmasın alıcının bundan dolayı uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlü kılınmıştır. Böylece satıcı sözleşmesel yükümlülüklerinin ifasına ilişkin olarak sıkı bir sorumluluk altına sokulmuştur. İşte CISG m. 74, bu kusursuz sorumluluk ilkesini sınırlandırmıştır.

CISG m. 74 uyarınca satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi halinde alıcıya ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarı satıcının;

“sözleşmenin kurulması sırasında sözleşme ihlâlinin muhtemel sonucu olarak öngördüğü veya o tarihte bildiği veya bilmesi gerektiği veriler ışığında öngörmesi gerektiği zararı aşamaz.”

⁵⁷⁴ Saidov, *Pace Int'l L. Rev.* 2002, s. 332.

⁵⁷⁵ Tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin mukayeseli bilgi için bkz. Treitel, s. 56 vd.

Görüldüğü üzere satıcının tazminat sorumluluğu ve alıcı tarafından uğranılan zararların kapsamı, satıcının sözleşmenin kurulduğu anda öngörülebilirlik zararlarıyla sınırlıdır. CISG m. 74'ün benimsediği öngörülebilirlik kriteri tazminat sorumluluğunun tespitine ilişkin olmayıp, varlığı tespit edilen bir sorumluluğun sınırlandırılmasında başvurulacak bir kriterdir⁵⁷⁶. Öngörülebilirlik kriteri sorumluluğun tespitinde dikkate alınmaz. Sözleşmesel yükümlülüklerini ihlâl eden satıcının sorumluluğunun tespitinde belirleyici olan Antlaşmanın 79. maddesidir. Aşağıda incelenecek olan m. 79'da belirtilen haller, satıcının tazminat sorumluluğundan kurtulmasının tek yoludur. Ancak, satıcı m. 79'daki hallerin varlığını ispat edemediği takdirde m. 74 gereği alıcıya tazminat ödemekle yükümlü olacaktır. İşte bu aşamada m. 74 gereği ödenecek tazminat miktarının tespitinde öngörülebilirlik araştırması yapılacak ve tazminat miktarı bu kritere göre sınırlandırılacaktır⁵⁷⁷.

Öngörülebilirlik kriteri bir sözleşme ihlâlinin “muhtemel sonucu” (*possible consequences*) olabilecek zararlardan dolayı satıcının sorumluluğunu önceden sınırlandırmaktadır⁵⁷⁸. Satıcının sözleşmesel yükümlülüklerini kusurlu bir şekilde ihlâl etmiş olması halinde dahi öngörülebilirlik kriteri esas alınarak tazminat sorumluluğu sınırlandırılacaktır⁵⁷⁹. Zira öngörülebilirlik sözleşmenin kurulduğu an esas alınarak tespit edilir. Hâlbuki satıcının kusurlu olup olmadığı değerlendirmesi özen yükümlülüğünün ihlâl edildiği ana göre saptanır⁵⁸⁰.

Tazminat sorumluluğunun öngörülebilirlik kriteri ile sınırlandırılmasının temelinde sözleşme taraflarına, sözleşmesel ilişkiye girerken muhtemel ekonomik

⁵⁷⁶ Staudinger/*Magnus*, Art. 74 N. 32; Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74, N. 2.15; Huber/Mullis, s. 272.

⁵⁷⁷ Atamer, CISG m. 79 ile m. 74 arasındaki ilişkiyi şu şekilde kaleme almıştır; “Tazminat ödeme borcu var mı?” sorusuna CISG m. 79 uyarınca “evet” cevabı verildikten sonra, “ne kadar tazminat ödemesi gerekiyor?” sorusuna CISG m. 74 uyarınca cevap aranacaktır.” Atamer, *CISG*, s. 441.

⁵⁷⁸ Saidov, *Pace Int'l L. Rev.* 2002, s. 333.

⁵⁷⁹ OGH, 14.02.2002, CISG-Online N. 643; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 45; Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74, N. 2.15; Staudinger/*Magnus*, Art. 74 N. 32.

⁵⁸⁰ Atamer, *CISG*, s. 441.

riskleri göze alarak borç ilişkisine girmelerinin sağlanması amacı yatmaktadır⁵⁸¹. Öngörülebilirlik kriteri sayesinde sözleşme taraflarından her biri, karşı tarafın bilemeyeceği ve ciddi sorunlar doğurma ihtimali bulunan riskler ve özel durumlar hakkında diğerini haberdar etmeye teşvik edilmiştir. Taraflardan biri, böyle bir bildirimde bulunmazsa sözleşmeyi ihlal eden ve bu risklere karşılık özel önlemler almamış olan tarafı bu zararlardan sorumlu tutamayacaktır. Dolayısıyla öngörülebilirlik ilkesi aynı zamanda taraflar arasındaki bilgi akışının ve işbirliğinin gerçekleştirilmesi amacına da hizmet etmektedir⁵⁸². Tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında öngörülebilirlik ilkesi ile çalışan CISG, bu konuda büyük ölçüde Anglo-Amerikan hukuk sisteminden etkilenmiştir. Bununla birlikte CISG sistemine hâkim öngörülebilirlik ilkesi ile Anglo-Amerikan hukukunda uygulana gelen öngörülebilirlik kuralı (*contemplation rule*) bazı noktalarda önemli farklılıklar içermektedir. Keza bu kuralın tarihsel gelişimi incelendiğinde esasen Fransız hukukundan gelen bir ilke olduğu sonucuna varılacaktır⁵⁸³.

2. Öngörülebilirlik İlkesinin Tarihsel Gelişimi

Doktrindeki bazı yazarlar CISG m. 74'te benimsenen tazminat sorumluluğunun öngörülebilir zararlarla sınırlı olmasının kökeninde Anglo-Amerikan hukukunun bulunduğunu kabul etmektedir⁵⁸⁴. Bu yaklaşım bazı yargı kararlarında da benimsenmiştir⁵⁸⁵. Ancak öngörülebilirlik ilkesi bu hukuk sisteminin yanı sıra *civil law* ülkelerinden başta Fransa'da kabul edilmiş ve diğer birçok hukuk sisteminde uygulana gelmiştir. Hatta Fransız hukuku, bu ilkenin

⁵⁸¹ Schlechtriem/Butler, § 302; Chengwei Liu, Remedies in International Sales Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles and PECL, Juris Publishing Marie Stefanini Newman Editor, New York 2007, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu12.html>. (çevrimiçi, 19.03.2010), § 14.2.1.

⁵⁸² Liu, § 14.2.1.

⁵⁸³ Franco Ferrari, Comparative Ruminations on the Foreseeability of Damages in Contract Law, 53 Louisiana Law Review (March 1993), s. 1262.

⁵⁸⁴ Bkz. Enderlein/Maskow, Art. 74 N.8; Sutton, *Ohio Law Journal*-1989, s. 744 vd.

⁵⁸⁵ Schweizerisches Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-Online N. 413.

Anglo-Amerikan hukukuna girmesinde ilham kaynağı olmuştur⁵⁸⁶. Aslında öngörülebilirlik kriteri Fransız hukukunda kabul edilmesinden çok daha önceleri Roma hukukunda gelişmeye başlamıştır⁵⁸⁷. Gerçekten 531 yılında Roma'da kabul edilen anayasada benimsenen ve sorumluluğun en fazla uğranılan zararın iki katına tekabül eden miktara kadar sınırlandırılmasını öngören *ad duplum* ilkesi öngörülebilirlik ilkesinin temelini oluşturmaktadır⁵⁸⁸. Bu ilke 1546 yılında Fransız hukukçu *Du Moulin* tarafından yayınlanan çalışmada borçlunun en fazla zararın iki katına denk düşen miktardaki zararları öngördüğü ve dolayısıyla bu zararı tazmin etmesi gerektiği şeklinde yorumlanmıştır⁵⁸⁹. *Du Moulin* tarafından geliştirilen öngörülebilirlik kriteri daha sonraları *Pothier* tarafından tekrar ele alınmıştır. *Pothier* borçlunun (satıcının) ifa etmemeden dolayı alacaklı (alıcı) tarafından uğranılan ve ancak sözleşmenin kurulduğu anda öngörebildiği muhtemel zararlardan sorumlu olacağını savunmuştur⁵⁹⁰. *Pothier* tarafından savunulan öngörülebilirlik kriteri daha sonra 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu'na aktarılmıştır. Bu kanunun 1150. maddesi uyarınca, borçlu kasten olmamak üzere sözleşmeyi ihlal etmiş olması halinde, ancak sözleşmenin akdi anında öngördüğü veya öngörebileceği zararlardan sorumlu tutulmuştur⁵⁹¹. Öngörülebilirlik kriteri Fransız Medeni Kanunu'nun dışında Belçika, İtalya, Lüksemburg ve Portekiz gibi birçok *civil law* ülkesinin hukuk sisteminde benimsenmiş ve uygulanmaya başlamıştır⁵⁹². *Pothier*'in öngörülebilirlik ile ilgili görüşleri daha sonra 19. yüzyılın ilk yarısında İngiltere'de ve ABD'de de etkili

⁵⁸⁶ Franco Ferrari, Hadley v Baxendale v Foreseeability under Article 74 CISG, (D Saidov & Ralph Cunnington (eds), Contract Damages: Domestic and International Perspectives, 2008, s. 316; ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 442 vd.

⁵⁸⁷ Ferrari, *53 Louisiana L. Rev. (March 1993)*, s. 1264; Saidov, *Pace Int'l L. Rev. 2002*, s. 334.

⁵⁸⁸ Ferrari, *Foreseeability*, s. 317 ve orada dn. 74; Bu kurallar hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. Zimmermann, *Law of Obligations*, s. 828 vd.

⁵⁸⁹ Ferrari, *53 Louisiana L. Rev. (March 1993)*, s. 1264.

⁵⁹⁰ *Oeuvres de Pothier* (Paris, Thomine & Fortic, 1821), 181: "le debiteur nest tenu que des dommages et interets qu'on a pu prévoir, lors du contrat, que le creancier pourrait souffrir de l'inexécution de l'obligation; car le debiteur est cense ne s'etre soumis qu'a ceux-ci" (aktaran Ferrari, *53 Louisiana L. Rev. (March 1993)*, s. 1263).

⁵⁹¹ Bkz. 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu Art. 1150: "Le debiteur n'est tenu que des dommages et interets qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée".

⁵⁹² Ferrari, *53 Louisiana L. Rev. (March 1993)*, s. 1263.

olmaya başlamıştır⁵⁹³. 1806 yılında *Pothier*'in çalışması İngilizce'ye tercüme edilmiş ve yazar tarafından benimsenen öngörülebilirlik ilkesi Amerikan hâkimleri tarafından dikkate alınmıştır⁵⁹⁴. Böylece *Pothier*'in görüşü Anglo-Sakson hukuk çevresinde zararın sınırlandırılmasında başvurulan bir kural haline gelmiştir. Öyle ki *Perillo, common law* sisteminde yer alan sözleşmeler ve satım hukuku yapısının çoğunlukla *Pothier*'in çalışmalarında savunduğu görüşler üzerinde yükseldiğini ifade etmiştir⁵⁹⁵.

Pothier tarafından savunulan öngörülebilirlik kriteri *common law* yargı çevresinde ilk defa 1839 yılında New York Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *Blanchard v Ely*⁵⁹⁶ kararında dikkate alınmıştır⁵⁹⁷. Öngörülebilirlik ilkesi İngiltere'de ise ilk kez 1854 yılında verilen *Hadley v. Baxendale*⁵⁹⁸ kararında ayrıntılı bir şekilde ele alınmış ve tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından temel ilke olarak kabul edilmiştir. *Hadley v. Baxendale* Anglo-Sakson hukukunda tazminatın öngörülebilir zararlarla sınırlandırılması konusunda ilke karar olarak uygulanmaya başlamıştır⁵⁹⁹. Karara konu olayda İngiltere'nin Gloucester şehrinde bir un değirmeni sahibi olan davacı, değirmen milinin kırılması üzerine onarılması amacıyla mili imalatçısına göndermeye karar vermiştir. Davacı, kırık milin Greenwich'te bulunan imalatçıya gönderilmesi için bir taşıma şirketi ile anlaşmış olup, taşıma şirketi değirmen milini beş gün gecikerek imalatçıya teslim etmiştir. Bunun üzerine değirmen sahibi, bu süre içerisinde uğradığı kâr kaybının (yaklaşık 300 İngiliz Sterlini olarak ifade

⁵⁹³ Baker, bu etkiyi şu şekilde kaleme almıştır; “*The most influential sources of ideas, ... were the Traité d’Obligations (1761) by the French jurist Robert Joesph Pothier (1699-1772), published in English in 1806 and Both Works included discussions of elementary contractual ideas so long absent from the common law. In them we find the seeds of the English law of ... damages.*” Bkz. JH Baker, An Introduction to English Legal History, 4th Edition, 2002, s. 352-353.

⁵⁹⁴ Ferrari, 53 *Louisiana L. Rev.* (March 1993), s. 1264.

⁵⁹⁵ Joseph Perillo, M., Robert J. Pothier's Influence on the Common Law of Contract. Texas Wesleyan Law Review, Forthcoming. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=610601>. (çevrimiçi-12.04.2010)

⁵⁹⁶ *Blanchard v Ely*, 34 Am Dec 250 (NY 1839).

⁵⁹⁷ Ferrari, 53 *Louisiana L. Rev.* (March 1993), s. 1264.

⁵⁹⁸ 9 Ex. 341= 156 E.R. 1404.

⁵⁹⁹ Bu kararın Anglo-Sakson hukukundaki etkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. F Faust, *Hadley v. Baxendale-An Understandable Miscarriage of Justice*, Journal of Legal History 15 (1994), s. 41-72.

edilmiştir) tazmin edilmesi amacıyla taşıma şirketinin müdürü olan *Baxendale* aleyhine dava açmıştır. Mahkeme jürisinin davalıyı 50 İngiliz Sterlini tutarında tazminat ödemeye mahkûm etmesi üzerine davalı temyiz yoluna gitmiştir. Temyiz safhasında İngiliz mahkemesi bir sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, ihlâl maruz kalan tarafın ancak hayatın normal akışına uygun olduğu kabul edilebilecek makul nitelikteki zararlarının tazmin edileceğine karar vermiştir. Mahkeme hayatın normal akışı içinde davacının yedek bir değirmen milinin olması gerektiği sonucuna varmıştır. Bu zararlar dışında meydana gelen diğer zararlar ise ancak sözleşmenin kurulduğu anda her iki tarafın da sözleşmenin ihlâlinin olası sonucu (*probable consequence*) olarak hesaba katmış veya katabilecek olmaları şartıyla tazmin edilecektir. Mahkeme bu çerçevede davalının sözleşmenin kurulduğu anda değirmen milinin eksikliğinden ötürü değirmen imalatının tamamen duracağını bilmediğinden ve bilmesinin de mümkün olmadığından (yani davalı bakımından öngörülebilir olmadığından) bahisle sorumlu olmayacağına karar vermiştir. Mahkeme tarafından böylece Fransız hukukundan Amerikan hukukuna giriş yapan öngörülebilirlik ilkesi İngiliz hukukunda da benimsenmiştir⁶⁰⁰.

Her ne kadar öngörülebilirlik ilkesi Fransa başta olmak üzere birçok *civil law* ülkesinde ve *common law* yargı çevresinde benimsenmiş olsa da, bu ilkenin benimsenmediği hukuk sistemleri de bulunmaktadır. Bu kapsamda örneğin Alman⁶⁰¹, İsviçre⁶⁰² ve Avusturya hukukları bu ilkeyi kabul etmemişler⁶⁰³. CISG anlamındaki öngörülebilirlik ilkesi Türk hukukunda da benimsenmemiştir.

⁶⁰⁰ Keza Fransız hukukunun etkisi Mahkeme hâkimlerinden *Baron Parke* tarafından Fransız kaynaklı öngörülebilirlik ilkesinin tazminatın sınırlandırılmasında kabul edilmesi gerektiği şeklinde bahsedilmesinden de açıkça anlaşılmaktadır. Bkz. 9 Ex. 341, 347 vd.

⁶⁰¹ Buna karşılık, Alman hukukunda bu ilkenin bir yansımasının olduğu hakkında bkz. Atamer, *CISG*, s. 445 ve orada dn. 881.

⁶⁰² Bununla birlikte İsviçre’de 1881 yılında yürürlüğe giren ve ancak 1911 yılında değişikliğe uğrayan İsviçre Borçlar Kanunu Art. 116’da tazminatla sorumlu borçlunun yalnızca sözleşmenin akdi sırasında ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmemenin sonuçları olarak öngörebileceği zararlarla sınırlı olarak sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak bu düzenleme 1911 yılında yapılan gözden geçirme ile terk edilmiştir. Bugün İsviçre Borçlar Kanunu m. 43 uyarınca tazminat miktarı hâkim tarafından tespit edilecektir. Bkz. Atamer, *CISG*, s. 444 ve orada dn. 878.

⁶⁰³ Ferrari, *Foreseeability*, s. 318.

3. Öngörülebilirlik Değerlendirmesi

a) Öngörü Neye İlişkin Olmalıdır?

CISG m. 74 uyarınca satıcı sözleşme ihlalinin “muhtemel sonucu” (*possible consequences*) olarak öngördüğü veya öngörebileceği zararlarla sınırlı olarak tazminat sorumluluğu altındadır. CISG m. 74 lâfzî olarak yorumlandığında satıcı tarafından öngörülecek veya öngörülebilecek hususun sözleşme ihlali sonucu alıcı tarafından uğranılan zararın miktarı olduğu sonucuna varılabilecektir⁶⁰⁴. Bununla birlikte CISG m. 74 ile neyin ifade edilmek istendiği bir yorum sorunudur. Doktrindeki bazı yazarlar bu konuda sözleşme ihlalden dolayı alıcının zarara uğrama ihtimalinin ve böyle bir ihtimalde uğranılan zararın olası kapsamının satıcı tarafından öngörülebilir olup olmadığına bakılması gerektiğini savunmaktadır⁶⁰⁵. Zarar iddiasına temel teşkil eden sözleşme ihlalinin öngörülebilir olup olmadığı ise önemli değildir⁶⁰⁶. Bazı yazarlar ise öngörünün öncelikle zarar ihtimaline, daha sonra zararın türüne ve son olarak zararın muhtemel kapsamına ilişkin olduğunu ileri sürmektedir⁶⁰⁷. Bununla birlikte doktrinde sözleşmeye aykırı davranışın somut olayda meydana getirmiş olduğu türden bir zararı meydana getirmeye elverişli olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği görüşü çoğunlukla kabul edilmiştir⁶⁰⁸. Bu kapsamda sözleşmenin ihlali sonucunda doğan zararı meydana getiren risk, sözleşmenin kurulması anında öngörülebilir bir risk ise satıcının sorumluluğu söz konusu olacaktır⁶⁰⁹. Doktrinde ayrıca zarar miktarının kesin olarak öngörülmesinin şart olmadığı kabul edilmektedir⁶¹⁰. Ancak sözleşmeye aykırılık halinde sadece “bir” zararın doğması olasılığının öngörülmüş olması yeterli olmamalıdır. Dolayısıyla satıcı tarafından

⁶⁰⁴ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 2.9.

⁶⁰⁵ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 2.9; Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 49.

⁶⁰⁶ Lajos Vékás, The Foreseeability Doctrine in Contractual Damage Cases, 43 *Acta Juridica Hungarica* (2002) Nos. 1-2, s. 161; OGH, 14.02.2002, CISG-Online N. 643.

⁶⁰⁷ Saidov, *Pace Int'l L. Rev.* 2002, s. 342.

⁶⁰⁸ Atamer, *CISG*, s. 446 ve orada dn. 885.

⁶⁰⁹ HG St. Galen, 03.12.2002, CISG-Online N. 727.

⁶¹⁰ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 48.

en azından zararın genel kapsamının öngörülebilir olması gerekir⁶¹¹. CISG sisteminde öngörü sözleşme ihlalinin “muhtemel sonucu”na ilişkin olmalıdır. Anglo-Sakson hukukunda ise öngörünün sözleşme ihlalinin “olası sonucuna” ilişkin olması kabul edilmektedir⁶¹². Keza *Hadley v. Baxendale* kararı ve daha sonra yine ilke karar olarak nitelendirilebilecek olan *The Heron II* kararında öngörünün sözleşme ihlalinin “olası sonuçları”na ilişkin olduğu kabul edilmiştir⁶¹³. Dolayısıyla doktrinde CISG’ın tazminat sorumluluğunun sınırlarını genişletmiş olduğu ileri sürülmektedir⁶¹⁴.

b) Öngörülebilir Bulunması Gereken Kişi

CISG m. 74 uyarınca sözleşmenin ihlalinin sonuçlarını öngörmüş olan veya öngörmesi gereken kişi yalnızca sözleşmeyi ihlal eden taraftır⁶¹⁵. CISG tazminat sistemi öngörülebilir bulunması gereken kişi bakımından da Anglo-Sakson hukukundan ayrılır. Anglo-Sakson hukukunda kabul edilen öngörülebilirlik kriteri sözleşmenin her iki tarafı bakımından gözetilmektedir⁶¹⁶. Diğer bir anlatımla sözleşmesel sorumluluk her iki tarafın (hem alıcının hem de satıcının) öngördüğü veya öngörmesi gerektiği zararlarla sınırlandırılmıştır⁶¹⁷. CISG sisteminde ise öngörülebilirlik tıpkı Fransız Medeni Kanunu’nda olduğu gibi⁶¹⁸ yalnızca sözleşmeyi ihlâl eden taraf bakımından incelenmektedir. Yani satıcı yalnızca

⁶¹¹ Murphey, *23 Wash. J. Int'l L. & Econ.* (1989), s. 469; Vékás, *Acta Juridica Hungarica* (2002), s. 163, 164.

⁶¹² Amerikan *Restatement (Second) of Contracts § 351 (1979)* sözleşmeyi ihlal eden tarafın sözleşmenin kurulduğu anda ve sözleşme ihlalinin olası (*probable*) sonucu olarak öngörmediği zararlardan sorumlu olmayacağını düzenlemektedir.

⁶¹³ 9 Ex. 341, 354 vd; *Czarnikow Ltd. v. Koufos (The Heron II)*; [1966] 2 Q.B. 695, 730 (C.A.)

⁶¹⁴ Murphey, *23 Wash. J. Int'l L. & Econ.* (1989), s. 440; Ziegel, bu konuda “muhtemel sonuç” kavramının çok geniş olduğunu ve dolayısıyla CISG sisteminin alıcı bakımından daha “cömert” olduğunu ifade etmektedir. Bkz. *Galston/Smit/Ziegel*, § 9.05; Alıcının doğan zararın sözleşme ihlalinin “olası sonucu” olduğunu ispat etmesi gerekmediği, aksine zararın “muhtemel sonuç” olduğunu ispat etmesinin yeterli olduğu yönünde bkz. Gotanda, *36 Georgetown J. Int'l L. (Fall 2004)*, s. 81.

⁶¹⁵ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 2; Farnsworth, (27) *Am J Comp L*, s. 246; Vékás, *Acta Juridica Hungarica* (2002), s. 160; Liu, § 14.2.3.

⁶¹⁶ Vékás, *Acta Juridica Hungarica* (2002), s. 158; Liu, § 14.2.3.

⁶¹⁷ Öyle ki, *Hadley v. Baxendale* davasında İngiliz mahkemesi, sözleşme ihlalden doğan zararın ödenebilmesi için bu zararın sözleşmenin her iki tarafı bakımından öngörülebilir olması gerektiğine hükmetmiştir. Bkz. 9 Ex. 341, 354 vd.

⁶¹⁸ Bkz. 1804 tarihli Fransız *Code Civil Art. 1150*.

kendisinin öngördüğü zararlarla sınırlı olarak sorumludur⁶¹⁹. Buna karşılık doktrinde Anglo-Sakson hukuku ile CISG arasındaki bu farklılığın uygulamada aşıldığı ileri sürülmektedir⁶²⁰. Buna göre, esas olan sözleşmeyi ihlal eden tarafın (satıcının) zararı öngörmüş olup olmadığıdır. Zarar görenin (alıcının) kendi işini ve buna ilişkin şartları sözleşmeyi ihlal eden taraftan (satıcıdan) daha iyi bildiği kabul edilir. Alıcının öngöremediği bir zararın satıcı tarafından öngörülemediğinin kabul edilmesi gerekir⁶²¹. Dolayısıyla sözleşme ihlalinden doğan zararın her iki tarafça öngörülebilir olmasından anlaşılması gereken zararın sözleşmeyi ihlal eden tarafça öngörülebilir olmasıdır⁶²². Keza İngiliz ve Amerikan mahkemelerinin zararın sözleşmeyi ihlal eden tarafça öngörülebilir olup olmadığı değerlendirmesine yer verdiği kararları da mevcuttur⁶²³.

c) Öngörünün Ölçütü

Satıcının öngörüsü kural olarak objektif ölçüt kullanılarak tayin edilecektir⁶²⁴. Buna göre satıcı yerinde bulunan makul bir kişinin sözleşme ihlalinden doğan zararı öngörebilecek olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekir. Makul kişi zararı öngörebilecek idiyse, satıcı öngörmemiş olsa dahi zarardan sorumlu tutulacaktır⁶²⁵. Objektif öngörülebilirlik tayini esnasında riziko dağılımı, sözleşmenin amacı, sözleşmesel yükümlülükler ile hedeflenen koruma gibi normatif unsurları dikkate almak gerekir⁶²⁶. Bu kapsamda ticari hayatın akışı içinde olağan rizikoları satıcının taşıması; olağanüstü rizikoları ise alıcının üstlenmesi kendilerinden beklenmektedir⁶²⁷. Keza öngörülebilirlik ilkesinin *common law* sistemine tanıtan *Hadley v. Baxendale* kararında mahkeme,

⁶¹⁹ Murphey, *Wash. J. Int'l L. & Econ.*, s. 415 vd.

⁶²⁰ Murphey, *Wash. J. Int'l L. & Econ.*, s. 439.

⁶²¹ Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 16.03.1995, CISG-Online N. 205; U.S. District Court, N.D. of New York, 07.09.1994, CISG Online N. 113.

⁶²² Saidov, *Pace Int'l L. Rev.* 2002, s. 341.

⁶²³ Anılan yargı kararlarına örnek olarak bkz. *Czarnikow Ltd. v. Koufos (The Heron II)*; [1966] 2 Q.B. 695, 730 (C.A.); *Redgrave v. Boston Symphony Orchestra, Inc.*: 602 F. Supp. 1189, 1212 (D. Mass. 1985), 855 F. 2d 888 (1st Cir. 1988), 488 U.S. 1043 (1989).

⁶²⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 49.

⁶²⁵ Staudinger/Magnus, Art. 74 N. 35; Liu, § 14.2.5; OGH, 14.01.2002, CISG-Online N. 643.

⁶²⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 49; Staudinger/Magnus, Art. 74 N. 35, 37.

⁶²⁷ Atamer, *CISG*, s. 447; Huber/Mullis, s. 274.

değirmen sahibinin yedek milinin olmasını hayatın normal akışına uygun olduğuna hükmetmiş ve taşıyıcının üretimin tamamen durması rizikosunun gerçekleşmesinden dolayı sorumlu olmayacağına hükmetmiştir⁶²⁸.

Riziko dağılımının hâkim tarafından bu şekilde objektif ve adil olarak yapılmasının yanında, öngörülebilirliğin tespitinde subjektif bir unsurun varlığına da dikkat edilmelidir⁶²⁹. Bu subjektif unsur ise alıcının objektif olarak satıcı tarafından öngörülemez bir rizikonun varlığı hakkında satıcıyı uyarılmış olması halidir⁶³⁰. Böylece alıcı olağanüstü nitelikteki zararlara ilişkin risklerin satıcı tarafından bilinmesini ve satıcının bu riski hesaba katmasını sağlamaktadır⁶³¹. Alıcının böyle bir riziko hakkında satıcıyı uyarılmış olması halinde satıcının sorumluluğu doğacak; aksi takdirde satıcı bu rizikodan dolayı sorumlu olmayacaktır⁶³². Yine *Hadley v. Baxendale* kararında mahkeme yedek milin olmaması halinde, taşıyıcının bir an önce mili imalatçıya götürme konusundaki aciliyet hakkında değirmen sahibi tarafından uyarılmış olması gerektiğine hükmetmiştir⁶³³. Görüldüğü üzere satıcı bakımından öngörülebilirliğin sınırı alıcı tarafından genişletilebilecektir⁶³⁴. Satıcının zararı öngörmüş olduğunun

⁶²⁸ Bkz. 9 Ex. 341, 354 vd.

⁶²⁹ Gotanda, *36 Georgetown J. Int'l L. (Fall 2004)*, s. 80 vd; Liu, § 14.2.2.

⁶³⁰ Staudinger/*Magnus*, Art. 74 N. 37; Huber/Mullis, s. 273; OGH, 14.01.2002, CISG-Online N. 643; Sutton'a göre CISG sisteminde öngörülebilirliğin hem objektif hem de subjektif kriterlere göre belirlenmesi, Amerikan hukukundaki öngörülebilirlik değerlendirmesi ile en önemli farkı oluşturmaktadır. Zira Amerikan *UCC § 2-715(2)(a)* ve *Restatement (Second) of Contracts § 351(1)* öngörülebilirlik için yalnızca objektif kriter ile çalışmakta ve satıcının zararı öngördüğünün kabul edilmesi için bir sebebin olması halinde, zararın öngörülebilir olduğu sonucuna varılmaktadır. Öte yandan CISG sisteminde objektif kriter esas alınmakla birlikte, alıcı bazı risklerin satıcı tarafından bilinmesi amacıyla satıcıyı bu riskler hakkında haberdar edebilecektir. Böylece subjektif olarak satıcının ilgili riski öngörmüş olduğu sonucuna varılacaktır. Bkz. Sutton, *Ohio Law Journal-1989*,s.744 vd.; aynı şekilde bkz. *Sekretarya Şerhi*, Art. 70 N. 2. Bununla birlikte İngiliz hukukunda objektif ve subjektif ölçüt birbirine geçmiş şekilde uygulanmaktadır. Keza *Hadley v. Baxendale* kararında İngiliz mahkemesi davalı taşıyıcının, özel durumlara ilişkin kendisiyle aynı bilgiye sahip olan üçüncü makul kişi tarafından öngörülebilir zararlardan sorumlu olduğunu ifade etmiştir. CISG m. 74 metninde ise satıcının “öngördüğü veya öngörmesi gerektiği” zararlardan sorumlu olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla CISG sisteminde subjektif ve objektif ölçüt ayırımı daha kesin ve nettir. Ancak Antlaşma her iki kriteri de öngörülebilirlik değerlendirmesinde hesaba katmaktadır. Bkz. Saidov, *Pace Int'l L. Rev.2002*,s. 341.

⁶³¹ Sutton, *Ohio Law Journal-1989*,s. 744 vd.

⁶³² OLG Bamberg, 13.01.1999, CISG-Online N. 516; Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 2.12.

⁶³³ Bkz. 9 Ex. 341, 354 vd.

⁶³⁴ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 49.

ispat edilmesi zorunlu olmayıp, zararın objektif olarak öngörülebilir olduğunun ispat edilmesi satıcının sorumlu tutulması için yeterli olacaktır⁶³⁵.

d) Öngörünün Zamanı

Sözleşme ihlalinden doğan zararlardan satıcının sorumlu olması için bu zararların en geç sözleşmenin kurulduğu anda satıcı tarafından öngörülmüş olması gerekir⁶³⁶. Zira satıcı ancak bu andan önce öngördüğü riskleri değerlendirip sözleşme içeriğini şekillendirebilecektir⁶³⁷. Satıcının bu andan sonraki risklere ilişkin bilgi edinmesi veya edinebilecek olması sorumluluk açısından önem taşımaz⁶³⁸. Diğer bir anlatımla satıcı sözleşmenin kurulduğu anda öngöremediği zararlardan, bu zararları daha sonra (örneğin sözleşmenin ihlal edildiği anda) öngörebilir hale gelse bile sorumlu olmayacaktır⁶³⁹.

4. Öngörülebilir Olduğu Kabul Edilen Zarar Kalemleri

Doktrinde öngörülebilirlik kriterinin somut olayda uygulanabilmesi amacıyla hâkime yardımcı olması bakımından bazı zarar kalemlerinin öngörülebilir nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Bu kapsamda öncelikle sözleşmenin ihlali sonucunda doğan ifa etmeme zararının öngörülebilir olduğu genellikle kabul edilmektedir⁶⁴⁰. Bu zarar kalemine malın ayıplı olmasından dolayı malın değerindeki düşüklük, alıcının sözleşme ifa edilmiş olsaydı sahip

⁶³⁵ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 2.8; Subjektif kriter özellikle makul bir insan tarafından objektif olarak öngörülebilir zarar aşan miktardaki zararın satıcı tarafından öngörüldüğü hallerde önem arz etmektedir. Bkz. Liu, § 14.2.2.

⁶³⁶ Öngörülebilirliğin tespitinde sözleşmenin kurulduğu anın kriter olacağı CISG'in yanı sıra *Hadley v. Baxendale* kararında kabul edilmiş ve ayrıca Amerikan *UCC § 2-715(2)(a)* ve *Restatement (Second) of Contracts § 351(1)*'de de hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte öngörülebilirliğin tespit anı olarak sözleşmenin kurulduğu an yerine sözleşmenin ihlali halinde zararların tazmin edilmesinin talep edildiği ve sözleşmenin kurulduğu andan sonra yapılacak bildirim anının kabul edilmesi yönündeki tartışmalar ve bu konuda İngiliz içtihat hukukundaki gelişme için bkz. Murphey, *Wash. J. Int'l L. & Econ.*, s. 442 vd.

⁶³⁷ *Enderlein/Maskow* bu konuda satıcının sözleşmenin kurulduğu anda üstlendiği riski hesaba katmasının tercih edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. *Enderlein/Maskow*, Art. 74 N. 7.

⁶³⁸ *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 47; Liu, § 14.2.3; OLG Bamberg, 13.01.1999, CISG-Online N. 516.

⁶³⁹ Bianca/Bonell/*Knapp*, Art. 74 N. 2.13.

⁶⁴⁰ *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 52; OGH, 14.01.2002, CISG-Online N. 643.

olacağı ekonomik duruma kavuşmak amacıyla yaptığı ve makul olarak kabul edilen masraflar da girmektedir⁶⁴¹. Malın ifa edilmemesi halinde yapılan ikame alım nedeniyle alıcı tarafından ödenen fazla meblağ da bir ifa etmeme zararı kalemi olup, bu zararın öngörülebilir olduğu kabul edilmektedir. Ancak alıcının sözleşmeden döndükten sonra yaptığı ikame mal alımı nedeniyle ödenen fazla meblağ zaten CISG m. 75 uyarınca ödenecek olup, öngörülebilir olup olmadığının tespit edilmesinde pratik bir fayda bulunmamaktadır. Aynı şekilde CISG m. 76'ya göre ikame mal alımı yapılmamış olsa dahi, malın rayiç bedeli ile semen arasındaki fark da öngörülebilir olup olmadığına bakılmaksızın ödenecektir⁶⁴².

Öngörülebilir olduğu kabul edilen diğer bir zarar kalemi, ifa etmeme zararına refakat eden zararlardır. Dolayısıyla örneğin malın satıcı tarafından geç teslim edilmesi sebebiyle alıcının malı muhafaza etmek için boşuna yaptığı masraflar, ayıplı malın satıcıya geri gönderilmesi için alıcının yaptığı depo kirası gibi masraflar da öngörülebilir zarar kalemlerindedir⁶⁴³.

Öngörülebilirlik değerlendirmesinin en çok önem arz ettiği zarar türü ise devam eden zararlardır. Keza bu zararların tayininde daha çok alıcının içinde bulunduğu özel durum, üçüncü kişilerle yaptığı anlaşmalar ve alıcının ekonomik çevresi belirleyici olmaktadır⁶⁴⁴. Devam eden zararların başında yoksun kalınan kâr gelmektedir. Ancak, satıcı yalnızca öngördüğü veya öngörebileceği kâr

⁶⁴¹ Huber/Mullis, s. 274; OLG Köln'ün bir kararına konu olan olayda tabakhane ekipmanının satışına ilişkin sözleşme imzalayan Hollandalı satıcı ile tabakhane sahibi Alman alıcının, sözleşme konusu tabakhane ekipmanına satıcı tarafından birtakım eklemelerin yapılması konusunda anlaşmaları üzerine, ekipman satıcıya teslim edilmiştir. Ancak satıcı ekipmanı belirlenen süre içerisinde alıcıya iade etmemiş ve bu sebeple alıcı elindeki derilerin sepileneği için komisyoncuyla anlaşmıştır. Mahkeme alıcı tarafından derilerin üçüncü kişilere verilip sepileneğinin satıcı tarafından öngörülebilir olduğuna hükmetmiş ve satıcının komisyoncu tarafından alıcıya faturalandırılan masraflardan sorumlu olduğuna hükmetmiştir. OLG Köln, 08.01.1997, CISG-Online N. 217; Alıcı tarafından yapılan bu masraf kalemlerini öngörmüş olduğu yönünde benzer yargı kararı için bkz. AG München, 23.06.1995, CISG-Online N. 368.

⁶⁴² CISG m. 75 ve m. 76 uyarınca yapılacak tazminat hesaplamasında öngörülebilirlik kriterine başvurulmaması yönünde bkz. yukarıda Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 75 para. 8, Art. 76 para. 6.

⁶⁴³ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 53; Huber/Mullis, s. 278; US Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995, CISG-Online N. 140; LG Landshut, 05.04.1995, CISG-Online N. 193.

⁶⁴⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 54.

kaybından dolayı sorumlu olacaktır. Bu kapsamda, alıcının tacir olması halinde satıcının bu malların alıcı tarafından üçüncü kişilere tekrar satılacağını ve dolayısıyla tekrar satıştan elde edeceği kârı (*loss of resale profit*) öngördüğü kabul edilmektedir⁶⁴⁵. Satıcının aynı zamanda ayıplı maldan dolayı tacir olan alıcının kendi müşterilerine karşı sorumluluğunun söz konusu olacağını öngörmesi gerekir⁶⁴⁶.

Devam eden zararlar kapsamında değerlendirilen ve ayıplı malın alıcının diğer malvarlığı değerlerine vermiş olduğu zararlar da doktrinde satıcı tarafından öngörülebilir olarak kabul edilmektedir⁶⁴⁷. Bununla birlikte, alıcının malı kullanım amacı dışında kullanması nedeniyle doğan zararların satıcı tarafından

⁶⁴⁵ Huber/Mullis, s. 276; US Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995, CISG-Online N. 140 (Satıcının ürettiği kompresörleri kendi klima sistemlerinde kullanan alıcı kompresörleri ayıplı olmasından dolayı müşterileri tarafından bahar döneminde verilen siparişlerde kullanamamış ve klima talebinin en çok olduğu bahar ve yaz sezonu başında satış kaybına uğramıştır. Alıcının kompresörleri kullandığı klima sistemlerine ilişkin müşterilerinden sipariş alacak olmasının satıcı tarafından objektif olarak öngörülebilir olduğu kabul edilmelidir. Benzer yönde OGH 06.02.1996, CISG-Online N. 224; Vékás, *Acta Juridica Hungarica* (2002), s. 166; DiMatteo/Dhooge/Greene/Maurer/Pagnattaro, *Northwestern J. Int'l L. & Bus.* (Winter 2004), s. 421.

⁶⁴⁶ BGer, 28.10.1998, CISG-Online 413: Mahkeme satıcıların dondurulmuş etleri teslim ettikleri alıcının toptancılık faaliyeti yaptığını bildiklerini ve alıcının bu etleri kendi müşterilerine satacağını öngördüklerini ifade ettikten sonra satıcıların sözleşmenin kurulduğu anda, malların geç teslim edilmesi halinde alıcının kendi müşterileriyle sorun yaşayabileceğini (hatta alıcı tarafından kolayca çözümlenemeyecek sorunların doğabileceğini) öngördüğünün kabul edilmesine hükmetmiştir. Hatta mahkeme, ayıplı teslimden dolayı (özellikle etin bozuk olması halinde ciddi sorunlar doğurması vb.) alıcının tüm müşterilerini kaybedebilecek olmasının ve bundan dolayı alıcının ek zararlara uğrayacağını satıcılar tarafından hesaba katılması gerektiğine hükmetmiştir. Benzer şekilde OLG Köln tarafından verilen bir karara konu olayda satıcı tarafından satılan ayıplı araba daha sonra araba ticareti ile uğraşan alıcı tarafından bir müşteriye satılmış ve müşterinin ayıbı tespit etmesi üzerine alıcı tazminat ödemek zorunda kalmıştır. Alıcı daha sonra ödediği tazminat tutarında satıcıya karşı talepte bulunmuştur. Mahkeme alıcı tarafından talep edilen zararın CISG m. 74 kapsamında devam eden zarar niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre satıcı, alıcının arabayı kendi ihtiyacı için almadığını bilerek arabayı satmıştır. Mahkeme satıcının, ayıplı arabadan dolayı alıcının müşterisine karşı sorumlu olacağını öngörmüş ya da en azından öngörebilmiş olduğuna kanaat getirmiş ve satıcının bu zararı tazmin etmesine hükmetmiştir. OLG Köln, 21.05.1996, CISG-Online 254; Benzer yargı kararları için OGH, 06.02.1996, CISG-Online N. 224; LG Landshut, 05.04.1995, CISG-Online N. 193; Vékás, *Acta Juridica Hungarica* (2002), s. 167; Staudinger/*Magnus*, Art. 74 N. 45.

⁶⁴⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 57; *Slechtriem*, böyle hallerde CISG kapsamında sözleşmesel sorumluluk doğmuş olsa bile, ulusal hukuktaki haksız fiil sorumluluğunun devam edeceği görüşündedir. Bkz. *Slechtriem, Uniform Sales Law*, s. 96.

öngörülebilir olmadığını kabul etmek gerekir⁶⁴⁸. Devam eden zararlar kapsamında kabul edilen diğer bir zarar olan itibar kaybından kaynaklanan zararın (*goodwill* zararı) öngörülebilir olup olmadığına ilişkin ise genel bir kural koyulamamıştır. Doktrindeki bazı yazarlar ve bazı yargı kararları alıcının hassas bir pazarda ara satıcı olması halinde, *goodwill* zararının en azından satıcı tarafından öngörülebilir olduğunu kabul etmektedir⁶⁴⁹. Ancak yine de bu zararların öngörülebilirliği somut olaya göre tespit edilmek gerekecektir⁶⁵⁰.

C- Sorumluluğun Taraf İradeleri İle Sınırlandırılması

1. Genel Olarak

CISG m. 74 vd. ile düzenlenen tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler emredici nitelikte değildir. Dolayısıyla taraflar sözleşmenin ihlal edilmesi halinde doğan sorumluluklarını diledikleri gibi düzenleyebilirler⁶⁵¹. Bu kapsamda taraflar herhangi bir yükümlülüğün ihlali halinde belirli bir götürü meblağ ödenmesini (*agreed sums*) veya sorumluluğun çeşitli kriterlere göre sınırlandırılmasını kararlaştırabilirler⁶⁵². Tarafların bu amaçla genel satış hüküm ve şartları gibi düzenlemeleri sözleşmeye koymalarının sonuçları hakkında CISG m. 14 vd. maddelerinde düzenlenen sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler uygulanacak⁶⁵³ ve böyle bir hüküm Antlaşma m. 8 uyarınca yorumlanacaktır⁶⁵⁴. Bu hükümlerin geçerliliği sorunu ise CISG m. 4 gereği uygulanacak ulusal hukuka tabi olacaktır.

⁶⁴⁸ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 96; Vékás, *Acta Juridica Hungarica* (2002), s. 162; Huber/Mullis, s. 277; BGH, 24.03.1999, CISG-Online N. 396.

⁶⁴⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 57; Schlechtriem/Butler, § 289; BGer 28.10.1998, CISG-Online N. 413.

⁶⁵⁰ *Goodwill* zararının tazmin edilmesi için maddi bir zararın ispat edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Cour d'appel de Grenoble, 21.10.1999, CISG-Online N. 574; Yine bu zarar türünün tazmin edilebilmesi için ilgili pazardaki müşteri kaybının ispat edilmesi gerektiği yönünde bkz. Audiencia Provincial de Barcelona, 20.06.1997, CISG-Online N. 338.

⁶⁵¹ Keza CISG m. 6 uyarınca taraflar Antlaşma'nın hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.

⁶⁵² Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 58.

⁶⁵³ BGH, 31.10.2001, CISG-Online N. 617.

⁶⁵⁴ OLG Zweibrücken, 31.03.1998, CISG-Online N. 481.

2. Götürü Meblağ Uygulaması (*Agreed Sums*)

CISG tazminat hükümleri satım sözleşmelerinde belirli bir yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde taraflar arasında kararlaştırılmış belirli bir götürü meblağın ödenmesine ilişkin herhangi bir hüküm içermemektedir⁶⁵⁵. Her ne kadar Viyana Konferansı öncesinde bu yönde bir hükmün Antlaşma metnine dâhil edilmesi yönünde teklifler verilmişse de, bunlar reddedilmiştir⁶⁵⁶. Ancak şüphesiz CISG taraflar arasında böyle bir düzenleme yapılmasını yasaklamamıştır. Götürü meblağ uygulaması aslında içinde iki tür meblağ kalemini içermektedir. Bunlardan ilki sözleşmenin ihlali halinde uğranılan zarara ilişkin makul ve gerçekçi tahminlere dayanılarak belirlenen götürü tazminattır (*liquidated damages*). Diğeri ise daha çok borçluyu doğru dürüst ifade bulunmaya sevk eden ve alacaklının uğradığı zarara bağlı olmaksızın kararlaştırılan cezai şart veya sözleşme cezasıdır (*contractual penalty*)⁶⁵⁷. Sözleşmesel yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde belirli bir meblağın ödenmesi bakımından *common law* ve *civil law* sistemleri farklı yaklaşım içindedir. Buna göre gerek *liquidated damages* gerekse *contractual penalty*, *civil law* ülkelerinde genel olarak kabul edilmektedir^{658 659}. Örneğin Türk hukukunda “cezai şart” olarak bilinen ve BK m. 158-161 hükümleri arasında düzenlenen bu kurum ile alacaklı, zararın ispat edilmesine gerek olmaksızın sözleşmenin ihlali halinde borçludan belirli bir miktar para talep edebilmektedir⁶⁶⁰. Böylece borçlu dikkatli ve özenli şekilde

⁶⁵⁵ Pascal Hachem, Fixed Sums in CISG Contracts, 13 Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration (1/2009), s. 218.

⁶⁵⁶ *Official Records*, 81 vd.

⁶⁵⁷ *Liquidated damages* ve *contractual penalties* kavramlarının karşılaştırması için bkz. Gerrit De Geest, 4610 Penalty Clauses and Liquidated Damages, Encyclopedia of Law and Economics Volume I, The History and Methodology of Law and Economics, Edited by Boudewijn Bouckaert and Gerrit De Geest, 1999, s. 141-161.

⁶⁵⁸ Florian Mohs/Bruno Zeller, Commentary Penalty and Liquidated Damages Clauses in CISG Contracts Revisited, MEALEY'S International Arbitration Report, Vol. 21, No. 6 (June 2006), s.1; Hachem, 13 *Vin J. Int'l C. L&A* (2009), s. 219.

⁶⁵⁹ Bu düzenleme ulusal hukuk sistemleri yanı sıra, uluslararası uyumlaştırma projelerinde de kabul edilmiştir. Örneğin 2004 UNIDROIT İlkeleri Art. 7.4.13(2)'de taraflar arasında sözleşme ihlali halinde belirli bir ücretin kararlaştırılabileceği hüküm altına alınmıştır.

⁶⁶⁰ Türk hukukunda cezai şart kurumu hakkında detaylı bilgi için bkz. Kenan Tunçomağ, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul 1963; Cevdet İlhan Günay, Cezai Şart (BK m. 158-161), Ankara 2002.

davranmaya sevk edilmektedir⁶⁶¹. Bununla birlikte Türk hukukunda olduğu gibi⁶⁶² birçok ulusal hukuk sisteminde bu meblağın fahiş olması halinde hâkime bu miktarda indirimde bulunma imkânı tanınmaktadır⁶⁶³. Fakat yine Türk hukukunda olduğu gibi bazı hukuk sistemlerinde tacirler arası sözleşmeler bakımından böyle bir indirim kabul edilmemiştir⁶⁶⁴. *Civil law* sisteminin aksine *common law* sisteminde, götürü bir meblağ ödemesi bakımından ikili bir ayırıma gidilmektedir. Buna göre *contractual penalty* genel olarak kabul edilmemekte⁶⁶⁵; *liquidated damages* ise sözleşmelere konulabilmektedir⁶⁶⁶. Öte yandan, bugünkü yaklaşım bu iki zarar kalemi arasındaki farkın kaldırılması yönündedir⁶⁶⁷. Bu yaklaşım herhangi bir yükümlülüğün ihlali halinde belirli bir miktar paranın ödenmesi yönündeki hükümlerin sözleşmelere konulmasına izin vermektedir⁶⁶⁸. İşte CISG sözleşmelere konulan bu hükümlerin geçerliliğine karışmaz ve bu hükümlerin geçerliliğini uygulanacak ulusal hukuklara bırakır⁶⁶⁹. Ancak yine de CISG sisteminde de *agreed sum*'ın uğranılan zarara kıyasen ölçüsüz ve fahiş olması halinde, mahkeme veya hakemin bunda indirimde bulunabileceğinin kabulü gerekir⁶⁷⁰.

⁶⁶¹ Oğuzman/Öz, s. 898.

⁶⁶² BK m. 161 f. 3; "Hâkim fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir."

⁶⁶³ Mohs/Zeller, s.1; Hachem, *13 Vin J. Int'l C. L&A* (2009), s. 219.

⁶⁶⁴ Türk Ticaret Kanunu m. 24 hükmü ile tacir sıfatını taşıyan borçlu aleyhine konulmuş cezai şart tutarının indirilemeyeceği düzenlenmiştir. Buna göre ceza miktarı aşırı olsa bile, borçlu tacir aleyhine konulmuş cezai şart hâkim tarafından indirilemeyecektir. Aynı yönde bkz. Alman *Handelsgesetzbuch (HGB)* § 348.

⁶⁶⁵ Piliounis, *Pace Int'l L. Rev.* 2000, s. 9; cezai şart klozlarının geçersiz olacağı yönünde bkz. Amerikan UCC § 2-718(1). Bu konuda İngiliz uygulamasında ilke karar niteliğinde bkz. *Dunlop Pneumatic Tyre Company, Ltd. v. New Garage and Motor Company, Ltd.* [1915] AC 79; İngiliz Yüksek Mahkemesi bir kararında böyle bir hükmün geçersiz olmayacağını, bu hükme dayanılarak dava açılabilirliğini ancak mahkemenin zararı aşan miktardaki götürü tutarın ödenmesine hükmetmeyeceğini karara bağlamıştır. Bkz. *Jobson v. Johnson* [1989] 1 W.L.R. 1026; Yüksek mahkeme kararının bu yanılla *civil law* sistemine yaklaşmış olduğu yönünde bkz. Hachem, *13 Vin J. Int'l C. L&A* (2009), s. 221.

⁶⁶⁶ Mohs/Zeller, s.1; Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s. 744 vd.

⁶⁶⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 59.

⁶⁶⁸ Bkz. CIETAC, 09.11.2005, CISG-Online N. 1444; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 59; Hachem, *13 Vin J. Int'l C. L&A* (2009), s. 226 vd.

⁶⁶⁹ Gerechtshof Arnhem, 22.08.1995, CISG-Online N. 317; OLG München, 08.02.1995, CISG-Online N. 143; Sutton, *Ohio Law Journal-1989*, s. 744; vd. Farnsworth, (27) *Am J Comp L*, s. 248.

⁶⁷⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 59.

Götürü meblağ ödenmesinin kararlaştırılması ile alıcının diğer seçimlik haklarına başvurma imkânı kaldırılabilir gibi, böyle bir ödeme alıcının diğer haklarının yanında başvurabileceği bir hak olarak da öngörülebilir. Önemli olan, böyle bir ödemeyi ihtiva eden sözleşme hükmünün ne anlama geldiğinin tespit edilmesidir⁶⁷¹. Böyle bir ödemenin yapılacağına ilişkin sözleşme hükmünün niteliği ve kapsamı Antlaşma m. 7 uyarınca yorumlanmalıdır⁶⁷². Örneğin ilgili hükmün yalnızca gecikmiş ifa halinde uygulanacağını kararlaştırılması halinde, alıcı malın aynı zamanda ayıplı olması halinde yoksun kaldığı kârı satıcıdan talep edebilecektir⁶⁷³.

3. Sorumluluğun Sınırlandırılması

CISG'a tabi bir sözleşmenin tarafları sorumluluklarını belirli bir miktar para, belirli tip zararlar, belirli tür ihlal halleri ile sınırlandırabilirler. Hatta objektif olarak öngörülebilir ya da satıcı tarafından subjektif olarak öngörülmuş zararlardan dolayı satıcının sorumlu olmayacağı dahi sözleşmede açıkça veya zımnen kararlaştırılabilir⁶⁷⁴. Bu tür sınırlandırmaların geçerliliği her ne kadar ulusal hukuklara göre tayin edilecekse de, *Stoll/Gruber* geçerliliğinin tespitinde yine de CISG'a hakim ilkelerin ve özellikle tam tazmin ilkesinin gözetilmesi gerektiğini savunmaktadır⁶⁷⁵. Bu kapsamda bir takım parametreler esas alınabilecektir. Örneğin, alıcı CISG sisteminde sahip olduğu tüm haklardan yoksun bırakılmamalı ve uygun bir tazminat miktarını talep edebilmelidir⁶⁷⁶.

Bu çerçevede satıcı tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi halinde alıcının hiçbir tazminat talebinde bulunmayacağını ve bu talep haklarından önceden feragat ettiği yönündeki düzenlemelerin (*disclaimer clauses*) ne şekilde

⁶⁷¹ Mohs/ Zeller, s. 2; ICC'nin bir kararına konu olan olayda sözleşmenin "alıcının kusuru veya talebi üzerine ve mücbir sebebin varlığı nedeniyle sona erdirilmesi halinde, alıcının semenin %30'u oranında bir tazminat ödemesi" şeklindeki hüküm, ICC tarafından CISG m. 74 uyarınca talep edilebilecek zararlara *ek olarak* bir tazminat ödemesini içerdiği şeklinde yorumlanmıştır. Bkz. ICC Ct. Arb. 7585/1992, CISG-Online N. 105.

⁶⁷² Mohs/Zeller, s. 2; Hachem, *13 Vin J. Int'l C. L&A (2009)*, s. 227.

⁶⁷³ Mohs/Zeller, s. 2.

⁶⁷⁴ Liu, § 14.2.2.

⁶⁷⁵ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 60.

⁶⁷⁶ Schlechtriem/Schwenzer/*Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 60.

yorumlanacağı önem arz etmektedir. Bilindiği üzere CISG m. 4 uyarınca sözleşme hükümlerinin geçerliliği sorunu Antlaşma dışında tutulmuştur. Dolayısıyla ilk bakışta mahkemelerin uygulanacak ulusal hukuka göre geçerli olan bu tür düzenlemeleri geçersiz kabul edemeyeceği sonucuna varılabilir⁶⁷⁷. Ancak bugünkü yaklaşım, bu tür düzenlemelerin ticari işlemlerde tamamen yasaklanmaması ve fakat makul ve adil olmayan feragat hükümlerinin de uygulanmaması yönünde gelişmektedir⁶⁷⁸. Bu kapsamda satıcının kasten veya ağır ihmalden dahi sorumlu tutulmayacağına ilişkin hükümlerin geçersiz sayılması gerektiği doktrinde çoğunlukla kabul etmek gerekir⁶⁷⁹.

VII. Tazminat Sorumluluğundan Kurtulma

A- Genel Olarak

CISG tazminat sistemine hakim temel ilkeler açıklanırken değinildiği üzere satıcının tazminat sorumluluğu kusurdan bağımsız bir sorumluluk olup, satıcının bu sorumluluğu yine yukarıda izah edilen “öngörülebilirlik” kriteri ile sınırlandırılmıştır. Öte yandan CISG m. 79 bazı sözleşme ihlallerinin varlığı halinde satıcının tazminat sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmış, yani tazminat sorumluluğunun baştan doğmayacağına hükmetmiştir. Bu anlamda CISG m. 79, satıcının garanti sorumluluğunun (sebepl sorumluluğu-*strict liability*)

⁶⁷⁷ Galston/Smit/Ziegel, § 9.05.

⁶⁷⁸ Galston/Smit/Ziegel, § 9.05.

⁶⁷⁹ *Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber*, Art. 74 para. 60; OLG Zweibrücken, 31.03.1998, CISG-Online N. 481; BGH, 24.03.1999, CISG-Online N. 396; Ziegel böyle bir feragati içeren sözleşme hükümlerinin özellikle *common law* ülkesi mahkemeleri tarafından nasıl yorumlanacağını bir problem oluşturduğunu ifade etmektedir. Yazar bununla birlikte, bu tür hükümleri geçersiz addeden mahkemelerin bu alışkanlıklarını salt yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler için değiştirmeyeceği görüşündedir. Bkz. Galston/Smit/Ziegel, § 9.05; Türk hukukunda borçlunun borca aykırılıktan dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşmelere hüküm koyulabilmektedir (Mes’uliyetten beraat şartı). Ancak böyle bir sorumsuzluk kaydı sadece borçlunun hafif ihmali için mümkündür (BK m. 99 f. 2). Borçlunun kasdı ve ağır ihmalden sorumlu olmayacağına ilişkin sözleşme şartları ise hükümsüzdür (BK m. 99 f.1). Görüldüğü üzere CISG sisteminde kabul edilmesi istenen yaklaşım BK ile paralellik gösterir. Türk hukukunda sorumsuzluk anlaşması hakkında detaylı bilgi için bkz. Galip Sermet Akman, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul 1976.

sınırını ve bundan satıcının muaf tutulduğu halleri (*exemption*) düzenler⁶⁸⁰. CISG m. 79 uyarınca ifa etmemenin satıcının denetimi dışında kalan bir engelden (*impediment beyond control*) kaynaklanması ve satıcının bu engeli sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının mümkün olmadığı (*unforeseeability*) ve engel ile sonuçlarının kaçınılmaz olduğu (*unavoidability*) hallerde satıcı tazminat sorumluluğundan kurtulur. Şüphesiz taraflar, tazminat sorumluluğunun kalkmasına ilişkin m. 79 hükmünün uygulanmamasını kararlaştırabilirler. Taraflar bunu genelde sözleşmeye koydukları mücbir sebep (*force majeure*) klozları ile yapmaktadır⁶⁸¹.

B- Koşulları

1. Satıcının Kontrolü Dışında Bir Engelin Olması

Satıcının m. 79 f. 1 uyarınca tazminat sorumluluğundan kurtulabilmesi için ortada satıcının kontrolü dışında gelişen bir engelin var olması gerekir. “Engel” kavramından anlaşılması gereken objektif olarak ifayı imkânsız kılan ve bu sebeple satıcının sorumlu tutulamayacağı hallerdir⁶⁸². Engel kavramı ulusal hukuklardan mümkün oldukça bağımsız bir bakış açısı benimsenerek dar bir şekilde yorumlanmalıdır⁶⁸³. Bu kapsamda satıcının kontrolü dışında kalan engellere örnek olarak klasik mücbir sebep (*force majeure*) halleri olan deprem, yangın, fırtına, sel gibi doğal felaketler (*Acts of God*); savaş⁶⁸⁴, isyan, toplu grev gibi sosyal ve politik olaylar; müsadere, ithalat/ihracat sınırlamaları ve yasakları, yabancı sermaye akışının yasaklanması, ambargo gibi devlet tasarrufları yahut malların muhafazası veya taşınması sırasında hırsızlık, sabotaj, terör saldırısı⁶⁸⁵

⁶⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s.453 vd.; Huber/Mullis, s. 258; Öte yandan uygulamada satıcının m.79 uyarınca sorumsuzluğuna ilişkin çok az sayıda yargı kararının olduğuna dair bkz. Winship, *RabelsZ 2004*, s. 495.

⁶⁸¹ Huber/Mullis, s. 259.

⁶⁸² Dionysios P. Flambouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance and *clausula rebus sic stantibus* in the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law: A Comparative Analysis*, 13 *Pace International Law Review* (Fall 2001), s. 265; OLG München, 05.03.2008, CISG-Online N. 1686.

⁶⁸³ Honnold, *Uniform Law*, § 425.

⁶⁸⁴ US Dist Ct (Southern District New York), 20.08.2008, CISG-Online N. 1777.

⁶⁸⁵ *Sekretarya Şerhi*, Art. 65 N. 5.

şeklindeki diğer engeller gösterilebilir⁶⁸⁶. Şüphesiz anılan haller kendiliğinden ve tek başına CISG m. 79 anlamındaki engel niteliği taşımaz. Bu hallerin ancak m. 79'da sayılan ve aşağıda incelenen diğer koşulları da ihtiva etmesi koşuluyla ortada bir engelin varlığından bahsedilebilecek ve satıcının tazminat sorumluluğu sona erecektir.

Öte yandan satıcının kendi sorumluluk ve risk alanında bulunan (yani kontrolü altında olan) haller (*sphere of risk*) CISG m. 79 anlamında engel oluşturmayacaktır. Şüphesiz satıcının risk alanı ile kontrolü dışındaki alanın sınırları öncelikle taraflar arasındaki sözleşmede rizikoların ne şekilde üstlenildiğine bakılarak tayin edilmek gerekir⁶⁸⁷. Ayrıca taraflar arasındaki teamül ve alışkanlıklar da bu sınırın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır⁶⁸⁸. Bu kapsamda doktrinde önerilen satıcının mali durumundaki bozukluk veya iflası, satıcının ya da kilit pozisyonundaki bir çalışanın hastalığı, ölümü, tutuklanması⁶⁸⁹, satıcının kendi tedarikçisinden ham madde temin edememesi⁶⁹⁰, satıcının iş yerinde, fabrikasında grevin varlığı⁶⁹¹ gibi haller satıcıyı tazminat sorumluluğundan kurtarmaz. Satıcının kendi iş organizasyonuna ilişkin bir aksaklık, üretim sisteminin çalışmaması, yeterli sayıda personel istihdam etmemesi⁶⁹² gibi hallerde de durum aynıdır. Zira bu gibi hallerin satıcının kendi kontrol alanı (etki alanı) içerisinde olduğu genellikle kabul edilmektedir⁶⁹³. Satıcının istihdam ettiği kişilerin eylem ve işlemleri de şüphesiz satıcının kontrolü altındadır. Satıcı verdiği talimatlara işçilerinin aykırı davrandığından ya da işçilerini seçerken gereken tüm dikkat ve özeni göstermiş olduğundan bahisle m. 79 anlamında kontrolü dışında

⁶⁸⁶ Flambouras, *13 Pace Int'l L. Rev. (Fall 2001)*, s. 267.

⁶⁸⁷ Zira taraflar arasındaki sözleşmede belirli riskler bakımından taraflar açıkça veya zımnen muaf tutulmuş olabilir. Bkz. Ingeborg Schwenger, *Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts*, 39 *Victoria University of Wellington Law Review* (April 2009), s. 715; benzer yönde bkz. Katz, *Int'l Rev L & Econ* (2006), s. 391.

⁶⁸⁸ BGH, 24.03.1999, CISG-Online N. 396; OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261.

⁶⁸⁹ Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 18.

⁶⁹⁰ Bernstein/Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, s. 107; Öte yandan satım konusu malın niteliği gereği başka bir tedarikçinin yokluğu halinde satıcının kontrolü dışında bir engelin varlığının kabulü gerekir. Bkz. Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 24.

⁶⁹¹ Enderlein/Maskow, Art. 79 N.4.2; Brunner, Art. 79 N. 9.

⁶⁹² Enderlein/Maskow, Art. 79 N.4.1.

⁶⁹³ Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 18.

bir engelin varlığını ileri süremez⁶⁹⁴. Satıcı kendi risk alanında gerçekleşen bir halden ötürü sorumlu olmak istemiyorsa, sözleşmeye bu yönde hüküm koydurması gerekir⁶⁹⁵.

CISG m. 79 ile satıcının kontrolü dışında kalan engelin sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra ya da objektif-sübjektif yahut kusurlu-kusursuz meydana gelmesi şeklinde bir ayırım yapılmamıştır⁶⁹⁶. Fakat engelin sözleşmenin kurulmasından önce (baştaki imkânsızlık) veya sonra meydana gelmesi (sonraki imkânsızlık) hallerinin hepsinde CISG m. 79'un uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Bu tartışmanın kökeninde *common law* ve *civil law* sistemlerinde konuya ilişkin farklı yaklaşımların benimsenmiş olması yatar. *Common law* sisteminde engelin baştan itibaren var olması alıcıya hata sebebiyle sözleşmeyi iptal etme hakkı tanımaktadır. Bunun karşısında aynı durum *civil law* sistemini benimsemiş hukuk sistemlerinin çoğunda sözleşmenin butlanını gerektirir yani geçerliliğe yönelik bir sorundur⁶⁹⁷. Dolayısıyla doktrindeki bazı yazarlar sözleşmeye uygulanacak ulusal hukukun soruna bir geçerlilik sorunu olarak yaklaşması halinde CISG'in uygulanmaması gerektiğini savunmuştur⁶⁹⁸. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere CISG sözleşmenin geçerliliği sorunu ve baştaki imkânsızlık ile ilgilenmez. Diğer yandan doktrinde CISG m. 79'un baştaki imkânsızlık hallerinde de uygulanması gerektiği çoğunlukla kabul edilmektedir⁶⁹⁹.

2. Engelin Öngörülemez Olması

Satıcının tazminat sorumluluğundan kurtulması için sözleşmenin ifa edilmemesine yol açan ve satıcının kontrolü dışında kalan engelin sözleşmenin

⁶⁹⁴ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 20; Huber/Mullis, s. 260.

⁶⁹⁵ Schlechtriem/Butler, § 289.

⁶⁹⁶ Schlechtriem/Butler, § 288; Atamer, *CISG*, s. 457 vd.

⁶⁹⁷ Detaylı bilgi için bkz. Guenter Treitel, *Frustration and Force Majeure*, Second Edition, London 2004, N. 1-005; Türk-İsviçre hukukunda da baştaki objektif imkânsızlık BK m. 20 uyarınca butlan yaptırımına bağlanmıştır. Detaylı bilgi için genel olarak bkz. Serozan, *İfa Engelleri*, § 14.

⁶⁹⁸ Flambouras, *13 Pace Int'l L. Rev. (Fall 2001)*, s. 269; Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 N. 2.4.3.

⁶⁹⁹ *Sekretarya Şerhi*, Art. 65 N.4; Schwenzer, *39 Vict U Well L Rev (April 2009)*, s. 717; Staudinger/Magnus, Art. 79 N.17; Enderlein/Maskow, Art. 79 N.5.2.; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 12; Atamer, *CISG*, s. 458.

kurulduğu anda satıcı tarafından öngörülemeyen olması gerekir. Satıcının öngörmüş olup olmadığının tespitinde sözleşmenin kurulduğu anda gerek bundan önce gerekse bundan sonra doğmuş engelin makul üçüncü bir kişi tarafından öngörülebilir olup olmadığı kriter olarak kullanılacaktır⁷⁰⁰. Şüphesiz sözleşmenin kurulduğu anda satıcı tarafından öngörülebilir bir engel varsa ve fakat satıcı buna ilişkin bir çekince koymazsa tazminat ödemekle sorumlu olacaktır⁷⁰¹. Yine böyle bir halde satıcının gerekli önlemleri alması (örneğin başka bir tedarikçi bulması veya malların nakliyesi için farklı bir rota belirlemesi gibi) gerekir. Aksi halde satıcı tazminat sorumluluğundan kurtulamaz⁷⁰².

3. Engelin ve Sonuçlarının Kaçınılmaz Olması

Satıcının kontrolü dışında gelişen ve sözleşmenin kurulduğu anda öngörmesinin mümkün olmadığı engelden ve sonuçlarından makul ve mümkün olduğu ölçüde kaçınması gerekir. Bunun için satıcının daha yüksek ücretlere ve masraflara katlanması kendisinden beklenebilecektir. Hatta bazı yargı kararlarında satıcının gerektiğinde sözleşme konusu mal yerine ticari niteliği itibariyle makul olarak kabul edilecek bir ikame malı alıcıya temin etmesinin dahi kendisinden beklenebilir olduğu kabul edilmiştir⁷⁰³. Satıcı ancak engel ve sonuçlarından kaçınmasının ya da bunları aşmasının kendisinden beklenemez olduğu hallerde tazminat sorumluluğundan kurtulmuş olur⁷⁰⁴.

⁷⁰⁰ Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 N. 2.4.3; Enderlein/Maskow, Art. 79 N. 5.3; Schwenger, 39 *Vict U Well L Rev* (April 2009), s. 719.

⁷⁰¹ Schlechtriem/Schwenger/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 13.

⁷⁰² Schwenger, 39 *Vict U Well L Rev* (April 2009), s. 719.

⁷⁰³ OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261; American Arbitration Association, 23.10.2007, CISG-Online N. 1645.

⁷⁰⁴ Örneğin tavuk eti ithalatının alıcının ülkesinde (Romanya) yasaklanmasından sonra alıcının malı yakın bir ülke limanından (Gürcistan) teslim alabileceğini beyan etmesine rağmen satıcının bunu kabul etmemesi ve hatta alıcının diğer bir tedarikçisinin malı Gürcistan'a taşıyabileceğini bildirmesi, ithalat yasağının satıcı açısından kaçınılmaz bir engelin olmadığını gösterir. Dolayısıyla satıcı tazminat ödemekle yükümlüdür. Bkz. Federal District Court New York, 16.04.2008, CISG-Online N. 1653; Her ne kadar CISG'in uygulandığı bir uyuşmazlık olmasa da, engelin aşılmasının beklenebilir olduğu hallere örnek olması adına İngiliz Mahkemelerinin 1962 yılında vermiş olduğu bir karar bu konuda yol göstericidir. Buna göre İsrail ile Mısır arasındaki ihtilaf sebebiyle Süveyş Kanalı'nın gemi trafiğine kapatılmış olmasına rağmen malların Süveyş Kanalı yerine Güney Afrika'daki Ümit Burnu rotası takip

4. Kontrol Dışı, Öngörülemez ve Kaçınılamaz Engelin Sözleşme İhlaline Sebep Olması

CISG m. 79'daki tazminat sorumluluğundan kurtulma olanağı ancak engelin sözleşmenin ifa edilmemesine sebep olması halinde mümkündür⁷⁰⁵. Engelin sözleşmenin ifa edilmemesine yol açtığını satıcı ispat etmelidir. Örneğin satıcı malları göndermeyeceğini beyan ettikten sonra, satıcının deposunda çıkan yangın sebebiyle satıcı tazminat sorumluluğundan kurtulamayacaktır. Zira ifa etmeme çıkan yangından değil, satıcının iradesinden kaynaklanmaktadır⁷⁰⁶.

CISG m. 79 anlamındaki sorumluluktan kurtulma olanağının hangi yükümlülüklerin ihlali halinde var olduğu konusunda bir ayırım yapılmamıştır. Dolayısıyla engel; imkânsızlığa, geç ya da ayıplı ifaya sebep olabilecektir⁷⁰⁷. Görüldüğü üzere CISG'ta kabul edilen yeknesak "sözleşmeye aykırılık" modelinin karşısında yeknesak bir tazminat muafiyeti (*exemption*) kabul edilmiştir⁷⁰⁸. Diğer yandan satıcının maldaki ayıbın m. 79 anlamında bir engelden kaynaklandığını ispat etmesi uygulamada çok zor gözükmektedir⁷⁰⁹. Zira CISG sisteminde satıcının garanti sorumluluğu vardır. Dolayısıyla örneğin satıcının kendi tedarikçilerinden kaynaklanan bir ayıbı fark edip fark etmesinin bir önemi yoktur⁷¹⁰. Örneğin tedarikçisinden temin ettiği çalıntı bir motosikleti satan satıcı, iyi niyetli olarak motosikletin çalıntı olduğunu bilmiyorsa dahi m. 79'a uyarınca

edilerek taşınması satıcıdan beklenebilir niteliktedir. Bkz. *Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble & Thorl GmbH*, A.C. 93 (H.L. 1962); Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Harold J. Berman, *Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade*, 63 *Columbia Law Review* (1963), s. 1413-1439.

⁷⁰⁵ Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 N. 2.6.6; Flambouras, *13 Pace Int'l L. Rev. (Fall 2001)*, s. 273.

⁷⁰⁶ Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 N. 2.6.6.

⁷⁰⁷ Staudinger/Magnus, Art. 79 N. 12; Winship, *RabelsZ 2004*, s. 506; Flambouras, *13 Pace Int'l L. Rev. (Fall 2001)*, s. 276; Enderlein/Maskow, Art. 79 N. 2; Huber/Mullis, s. 258; OLG Zweibrücken, 31.03.1998, CISG-Online N. 481; Diğer taraftan doktrinde ayıplı ifanın m. 79 anlamında bir engelden kaynaklanmasının mümkün olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Honnold, *Uniform Law*, § 427; Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 N. 2.6.1. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 466 vd.

⁷⁰⁸ Brunner, Art. 79 N. 3.

⁷⁰⁹ Brunner, Art. 79 N. 21.

⁷¹⁰ BGH, 24.03.1999, CISG-Online N. 396.

tazminat sorumluluğundan kurtulamaz⁷¹¹. Yine satıcının aynı zamanda üretici olması halinde üretimden, imalattan veya mala ilişkin talimatlardan kaynaklanan ayıptan dolayı satıcı sorumludur. Satıcı CISG m. 79'a dayanamaz⁷¹².

5. Alıcıya İhbarda Bulunulması

CISG m. 79 f. 4 uyarınca satıcı, yukarıdaki nitelikleri taşıyan bir engelin varlığı halinde engel ve bunun sözleşmenin ifası üzerindeki etkilerine ilişkin alıcıya bir ihbarda bulunması gerekir. Satıcı bu ihbarda ayrıca engelin içeriği, ağırlığı ve süresi hakkında bilgi vermelidir. İhbar, satıcının engelden haberdar olduğu ya da olması gerektiği andan itibaren makul bir süre içerisinde yapılmalıdır⁷¹³. Makul sürede ihbarın yapılmaması satıcının tazminat sorumluluğunun ortadan kalkmamasına yol açmaz. Fakat satıcı makul sürede yapmadığı bildirimden dolayı alıcının uğradığı zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Bu zararlara örnek olarak sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle alıcının malı satmayı taahhüt ettiği kendi alıcılarına ödemek zorunda kaldığı bedeller gösterilebilir. Zira alıcı makul sürede ihbar yapılmış olsaydı, ikinci alıcılara karşı böyle bir taahhüt altına girmeyecekti⁷¹⁴.

C- Aşırı İfa Güçlüğü

Aşırı ifa güçlüğü edimin imkânsızlaşmamasına rağmen borçlunun borç ilişkisi ile bağlantılısını koparacak ağır çabalarla edimini ifa edecek olması halinde söz konusu olur⁷¹⁵. CISG m. 79'da aşırı ifa güçlüğü halleri (*hardship*) hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir⁷¹⁶. Ancak bugün doktrinde satıcının sözleşmeyi ifa etmesinin kendisi için aşırı şekilde ağır bir güçlük yaratması (*excessively onerous*) halinde m. 79 uyarınca tazminat sorumluluğundan

⁷¹¹ OLG München, 05.03.2008, CISG-Online N. 1686; benzer yönde LG Freiburg, 22.08.2002, CISG-Online N. 711.

⁷¹² Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 28; Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 467 vd.

⁷¹³ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 44.

⁷¹⁴ Staudinger/Magnus, Art. 79 N. 49.

⁷¹⁵ Başak Baysal, *Sözleşmenin Uyarlanması*, İstanbul 2009, s. 154.

⁷¹⁶ Winship, *RabelsZ 2004*, s. 507; Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 463 vd.

kurtulmasına olanak tanınması gerektiği çoğunlukla kabul edilmektedir⁷¹⁷. Buna gerekçe olarak madde metnindeki “engel” ifadesinin kullanılması gösterilmekte, bu ifadenin mücbir sebebe nazaran daha esnek bir ifade olduğu belirtilmektedir⁷¹⁸. Aşırı ifa güçlüğü edim dengesinin tekrar yapılandırılması ihtiyacını doğurur. Böyle bir halde satıcının tazminat ödemekten sıyrılması için öncelikle taraflar arasındaki riziko dağılımının tayin edilmesi gerekir. Bunun için öncelikle sözleşmeye bakılmalıdır. Zira sözleşmede satıcının açıkça veya zımnen rizikoyu üstlendiği sonucuna varılabilir. Bu kapsamda özellikle spekülasyon işlemlerinde satıcının rizikoyu üstlendiği kabul edilmektedir⁷¹⁹. Öte yandan sözleşmedeki taraf iradeleri yorumlanırken CISG m. 7 f. 1 anlamında milletlerarası ticarete dürüstlük kuralı da gözetilmek gerekir⁷²⁰. Bu kapsamda, gerçekleşen rizikoya ilişkin olarak sözleşmede herhangi bir düzenleme yoksa, ifa etmenin borçlu için altından kalkılmaz bir külfet oluşturup oluşturmadığı araştırılmalıdır. Eğer şartlarda, özellikle borçlunun ekonomik varlığını tehdit edecek bir değişim olmuş ise, borçlu ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmamalı, m. 79’un bu halleri de kapsadığı kabul edilmelidir⁷²¹.

Aşırı ifa güçlüğü halinde CISG m. 79 uyarınca sözleşmenin uyarlanması sonucunun doğup doğmayacağı hususu oldukça tartışmalıdır⁷²². Buna göre bazı yazarlar aşırı ifa güçlüğü varlığı halinde yalnızca sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceğini savunmaktadır. Diğer bazı yazarlar ise CISG m. 79 kapsamındaki bu boşluğun m. 7 f. 2 gereği hareket edilerek doldurulması ve sözleşmenin uyarlanmasına imkân tanınması gerektiğini savunmaktadırlar⁷²³. Son olarak doktrindeki bazı yazarlar yeniden müzakere yükümlülüğünün ve uyarlama

⁷¹⁷ Schlechtriem, *Uniform Sales Law*, s. 102; Enderlein/Maskow, Art. 79 N. 6.3; Honnold, *Uniform Law*, § 432; Schwenger, *39 Vict U Well L Rev (April 2009)*, s. 713; Staudinger/Magnus, Art. 79 N. 24; Atamer, *CISG*, s. 463 vd.; Baysal, s. 72.

⁷¹⁸ Baysal, s. 72.

⁷¹⁹ Atamer, *CISG*, s. 464; ICC, 26.08.1989, CISG-Online N. 6281; OLG Hamburg, 28.02.1997, CISG-Online N. 261; Tribunal Monza, 14.01.1993, CISG-Online N. 540.

⁷²⁰ Schlechtriem/Butler, § 291.

⁷²¹ Atamer, *CISG*, s. 464.

⁷²² Baysal, s. 72.

⁷²³ Brunner, Art. 79 N. 27, *Baysal’a göre CISG m. 79’da bu konuda bir eksiklik olduğu kabul edilmeli ve fakat madde metninde bir değişiklik yapılmasının beklenilmesi yerine, bu boşluğun doldurulması şeklinde bir çözüm yolu izlenmelidir. Bkz. Baysal, s. 73.*

imkânının CISG m. 7 f. 1'e, yani milletlerarası ticarete dürüstlük kuralını gözetme hükmüne dayandığını savunmaktadır⁷²⁴.

D- Üçüncü Kişilerin Fiillerinden Sorumluluk

CISG m. 79 f. 2 uyarınca satıcı ifasına kısmen veya tamamen yardım eden üçüncü kişilerin fiillerinden dolayı kural olarak sorumludur. Şüphesiz bu kişiler satıcının organizasyonu altında olmayan, satıcıdan bağımsız kişilerdir⁷²⁵. Yani satıcının işçileri, ham madde, yarı işlenmiş ürün tedarikçileri üçüncü kişi konumunda değildir ve bu kişilerin fiilleri yukarıda aktarılan m. 79 f. 1 düzenlemesi kapsamındadır⁷²⁶. Fakat örneğin malları taşımayı üstlenen taşıyıcı sözleşmenin ifasına kısmen yardımcı olan üçüncü şahıs konumundadır⁷²⁷. Genelde üçüncü kişilerin sözleşmenin kurulmasından sonra ifaya yardım etmeleri amacıyla tayin edildiği kabul edilmektedir⁷²⁸. CISG m. 79 f. 2 uyarınca satıcı ancak hem bağımsız ifa yardımcılarının hem kendisinin kontrolü dışında, öngörülemez, kaçınılamaz ve aşılabilir engelin varlığını ispat ederse, bağımsız ifa yardımcısının fiilinden dolayı tazminat sorumluluğundan kurtulabilecektir⁷²⁹.

E- Engelin Geçici Olması

CISG m. 79 f. 3'e göre engelin geçici olması halinde, satıcı engelin devam ettiği süre içerisinde doğan zararlardan dolayı tazminat sorumluluğundan kurtulur. Fakat engel ortadan kalktığı anda satıcının ifada bulunması gerekir⁷³⁰. Geçici engel sözleşmenin esaslı ihlalini teşkil ediyorsa şüphesiz alıcı sözleşmeden

⁷²⁴ Staudinger/Magnus, Art. 79 N. 24.

⁷²⁵ Staudinger/Magnus, Art. 79 N. 39; Flambouras, *13 Pace Int'l L. Rev. (Fall 2001)*, s. 274; Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 N. 2.7.1.

⁷²⁶ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 37.

⁷²⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 34.

⁷²⁸ Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 N. 2.7.1; Appellationsgericht Tessin, 29.10.2003, CISG-Online N. 912.

⁷²⁹ Görüldüğü üzere bu durumda satıcının ispat yükü zorlaştırılmış ve sorumluluğu daha da sıkı hale getirilmiştir. Bkz. Bernstein/Lookofsky, *Understanding the CISG in Europe*, s. 155; Türk hukukunda bağımsız ifa yardımcılarının fiilinden dolayı satıcının sorumluluğu için bkz. Oğuzman/Öz, s. 363; daha detaylı bir çalışma için bkz. Zarife Şenocak, *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, Ankara 1995.

⁷³⁰ Staudinger/Magnus, Art. 79 N. 44; Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 41.

dönebilecektir ve engelin sonradan ortadan kalkması sonucu değiştirmeyecektir⁷³¹.

F- Tazminat Sorumluluğunun Kalkması

CISG m. 79’da yer alan koşulların varlığı halinde gerçekleşen bir engelden ötürü sözleşmenin ihlal edilmiş olması halinde satıcı bundan dolayı alıcının uğradığı zararları tazmin etmekten kurtulur. Ancak sözleşme ayakta kalmaya ve satıcının engelden etkilenmeyen diğer yükümlülüklerini ifa etme borcu devam eder. Ayrıca satıcının tazminat sorumluluğundan kurtulması sözleşmenin ihlal edilmiş olması gerçeğini değiştirmez⁷³². CISG m. 79’da sayılan hallerde, satıcının sözleşmede kararlaştırılan cezai şart (*penalty*) ya da götürü tazminatını (*liquidated damages*) ödemekten de kurtulup kurtulmayacağı tartışmalıdır. Yukarıda ifade edildiği üzere bu gibi sözleşme klozlarının geçerliliği sorunu CISG’ta düzenlenmemiş ve ulusal hukuklara bırakılmıştır. Bu konuda öncelikle sözleşmedeki taraf iradelerine bakılmak gerekir. Eğer taraflar cezai şart veya götürü tazminatın satıcının sorumsuz olduğu hallerde dahi ödeneceğini kararlaştırmış iseler satıcı bu bedelleri ödemekle yükümlüdür. Şüphesiz böyle bir halde satıcının ödeme yükümlülüğü, ilgili sözleşme klozunun aynı zamanda uygulanacak hukuka göre geçerli olmasına bağlıdır⁷³³. Ancak taraflar sorumsuzluk halinde bu bedellerin ödenmemesini kararlaştırmışsa CISG m. 79 anlamında bir engelin varlığı satıcıyı sorumluluktan kurtaracaktır⁷³⁴. Nihayet cezai şart ya da götürü tazminata ilişkin sözleşme klozu uygulanacak ulusal hukuka göre geçersiz ise zaten bu bedellerden ötürü satıcının CISG m. 79 uyarınca sorumlu olup olmadığının tespit edilmesine gerek kalmayacaktır⁷³⁵.

CISG m. 79’a ilişkin yapılan açıklamalar dikkatli bir şekilde okunduğunda bu madde hükmünün yalnızca tazminat sorumluluğuna ilişkin olduğu gözden

⁷³¹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 41.

⁷³² Enderlein/Maskow, Art. 79 N. 13.2.

⁷³³ Atamer, *CISG*, s. 477.

⁷³⁴ Schwenger, *39 Vict U Well L Rev (April 2009)*, s. 719; Flambouras, *13 Pace Int’l L. Rev. (Fall 2001)*, s. 271.

⁷³⁵ Atamer, *CISG*, s. 477.

kaçmayacaktır. CISG m. 79 anlamında bir engelin varlığı yalnızca alıcının tazminat talep etme hakkının düşmesine yol açar yoksa alıcının diğer seçimlik haklarını etkilemez. Keza bu husus CISG m. 79 f. 5'te de açıkça kaleme alınmıştır. Bununla birlikte bu düzenleme m. 79'un alıcının ifa talebi bakımından nasıl uygulanacağı konusunda tartışmaya yol açmıştır.⁷³⁶ Zira örneğin imkânsızlık veya aşırı ifa güçlüğü halinde alıcının ifa talebinde bulunması faydasız bir çözüm olacaktır. Bu konuda doktrinde engelin parça borcunun ifasını objektif olarak imkânsız hale getirmesi halinde artık alıcının aynen ifa talebinde bulunamayacağı⁷³⁷; öte yandan sübjektif bir imkânsızlık halinde alıcının aynen ifa talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir⁷³⁸. Şüphesiz engelin geç ifaya yol açması halinde alıcı ifa talebinde bulunabilecektir⁷³⁹. Engelin sebep olduğu ayıplı ifa halinde ise alıcı malın yenisi ile değiştirilmesi, tamirat veya semenin tenzilini talep edebilecektir⁷⁴⁰. Her hâlükarda engelin yol açtığı ihlalin esaslı olması halinde alıcı sözleşmeden dönme hakkını her zaman kullanabilecektir⁷⁴¹.

CISG m. 79'daki sorumsuzluktan yararlanmak isteyen satıcı bu madde anlamında bir engelin varlığını ispat etmelidir. Alıcının böyle bir halde tazminat talep etmesi halinde ise m. 79 anlamında bir engelin ve diğer koşulların hasıl olmadığını ispat etmesi gerekir⁷⁴².

G- Satıcının Sözleşmeyi İhlal Etmesine Alıcının Sebep Olması

CISG m. 80 uyarınca satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi alıcının davranışlarından kaynaklanıyorsa satıcı her türlü sorumluluktan kurtulur. Aslında m. 80 ile m. 79 f. 1, tazminat sorumluluğu bakımından aynı hususu düzenlemektedir. Zira alıcının sözleşmenin satıcı tarafından ihlal edilmesine yol

⁷³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 478-479.

⁷³⁷ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 79 para. 53; Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 N. 2.10.2; Enderlein/Maskow, Art. 79 N. 13.6.

⁷³⁸ Staudinger/Magnus, Art. 79 N. 60; Flambouras, *13 Pace Int'l L. Rev. (Fall 2001)*, s. 275 vd.; BGH, 27.11.2007, CISG-Online N. 1617.

⁷³⁹ Atamer, *CISG*, s. 478.

⁷⁴⁰ Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 N. 2.10; *Sekretarya Şerhi*, Art. 65 N.8.

⁷⁴¹ Honnold, *Uniform Law*, § 435.1.

⁷⁴² Bianca/Bonell/Tallon, Art. 79 N. 2.7.3.

açan davranışı zaten satıcının kontrolü dışında kalan, öngörülemez ve kaçınılamaz bir engel teşkil edecektir⁷⁴³. Ancak m. 80 düzenlemesinde dikkat edilmesi gereken nokta böyle bir halde satıcının yalnızca tazminat değil, diğer sorumluluklarından da kurtulacak olmasıdır. CISG m. 80'in uygulanması bakımından satıcı tarafından öngörülemez veya aşılamaz bir engelin var olup olmadığı araştırması yapılmayacaktır. Alıcının davranışlarında kusurlu olması ise aranmaz. Dolayısıyla örneğin satıcının makineleri kurup teslim etme yükümlülüğü, alıcının kusurlu olsun olmasın gerekli kurma talimatlarını vermemesinden veya ithalat ruhsatını almamasından kaynaklanıyorsa, satıcı her türlü sorumluluktan kurtulur⁷⁴⁴. Sözleşmenin ihlal edilmesinde gerek satıcının gerekse alıcının davranışı etkili ise Antlaşmada bu konuda hüküm olmamakla birlikte risk, Türk hukukundaki müterafik kusura benzer şekilde⁷⁴⁵ tarafların ihlale katılımı oranında (*pro rata*) taraflar arasında dağıtılmalıdır⁷⁴⁶.

VIII. Tazminat Talep Etme Hakkının Seçimlik Haklarla Olan İlişkisi

A- Genel Olarak

Alıcının tazminat talep etme hakkı, alıcının satıcı tarafından sözleşme veya Antlaşma gereği üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde sahip olduğu diğer seçimlik haklar ile aynı anda uygulanabilir niteliktedir⁷⁴⁷. Diğer bir ifadeyle alıcının tazminat talep etme hakkı ile alıcının sahip olduğu seçimlik haklar birbirini dışlamaz⁷⁴⁸. Keza bu durum CISG m. 45 f. 2'de aynen şu şekilde ifade edilmektedir: “*Alıcı diğer hukukî imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez.*” Dolayısıyla alıcı ifayı talep etmek (m. 46), semenin

⁷⁴³ Schwenger/Manner, s. 474.

⁷⁴⁴ Schwenger/Manner, s. 475; Yine alıcının teslim edilmiş mal semenini ödememesi nedeniyle satıcının diğer malları teslim etmemiş olması (OLG München, 09.07.1997, CISG-Online N. 282); alıcının ifayı kabul etmemesinden ötürü satıcının malı teslim yükümlülüğünü ihlal etmesi hallerinde satıcı sorumluluktan kurtulur (OLG München, 08.02.1995, CISG-Online N. 143).

⁷⁴⁵ Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 579 vd.

⁷⁴⁶ Bianca/Bonell/Tallon, Art. 80 N. 6; Magnus, *Tazminat*, s. 307; Bu yaklaşım kapsamında alıcının ifayı talep ve sözleşmeden dönme hakları açısından nasıl bir riziko dağılımının yapılacağı konusundaki tartışma için bkz. Schwenger/Manner, s. 477.

⁷⁴⁷ Bianca/Bonell/Knapp, Art. 74 N. 3.8; Bianca/Bonell/Will, Art. 45 N. 2.1.2.

⁷⁴⁸ Atamer, *CISG*, s.334; Enderlein, *Dubrovnik Lectures*, s. 189.

tenzilini talep etmek (m. 50) veya sözleşmeden dönmek (m. 49) şeklindeki seçimlik haklarının yanı sıra tazminat talep etme hakkını da kullanabilecektir⁷⁴⁹. CISG sisteminde alıcı, tazminat talep etme hakkı ile seçimlik hakları arasında bir seçim yapmaya zorlanmamıştır. Bununla birlikte alıcının talep edebileceği tazminat miktarı ve kapsamı alıcının seçmiş olduğu hakkına göre değişecektir⁷⁵⁰.

B- Tazminat Talebi ve İfayı Talep Etme

CISG m. 46 f. 1 uyarınca aynen ifade ısrar eden alıcı aynı zamanda ifanın geç yerine getirilecek olmasından dolayı uğradığı zararların tazmin edilmesini talep edebilecektir. CISG m. 46 f. 2 kapsamında malın yenisi ile değiştirilmesinin talep edilmiş olması veya m. 46 f. 3 uyarınca tamirat talebinin varlığı sonucu değiştirmeyecektir. Tüm bu hallerde dahi alıcı doğan bütün zararlarının tazminini m. 74 uyarınca talep edebilecektir. Öte yandan alıcının ifa talebi kapsamında kullandığı seçimlik hakkın niteliği tazminatın kapsamında belirleyici olacaktır. Örneğin alıcı, ayıplı malın tamir edilmesini talep etmiş ve satıcı da başarılı bir şekilde ayıbı gidermişse artık alıcı sözleşmeye uygun malın fiktif değeri ile teslim edilen ayıplı malın fiili değeri arasındaki farkı satıcıdan talep edemez. Zira başarılı bir tamirattan sonra bu zarar ortadan kalkmıştır. Şüphesiz alıcı, malın tamir edildiği süre boyunca yoksun kaldığı kârı talep edebilecektir⁷⁵¹.

C- Tazminat Talebi ve Semen Tenzili

Semenin tenzili talebi satıcının haksız biçimde zenginleşmesinin engellenmesi amacıyla hizmet eder⁷⁵². Tazminat talebi ise alıcının uğradığı zararların tazmin edilmesine yöneliktir. Semen tenzilini talep etme hakkı tazminat talep etme hakkında olduğu gibi öngörülebilirlik kriteri esas alınmak suretiyle sınırlandırılmamıştır⁷⁵³. Ayrıca semenin tenzili sözleşmede

⁷⁴⁹ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 10.

⁷⁵⁰ Schlechtriem/Schwenzer/Stoll/Gruber, Art. 74 para. 10; Flechtner, 25 *J. L&C.* (2005-2006), s. 341.

⁷⁵¹ Huber/Mullis, s. 256.

⁷⁵² Bianca/Bonell/Will, Art. 50 N. 2.2.

⁷⁵³ *Sekretarya Şerhi*, Art. 46 N. 5.

kararlaştırılan semen ile teslim anındaki malın değeri esas alınarak talep edilmektedir. Buna karşılık alıcıya ödenecek tazminat miktarında alıcının uğradığı zararlar esas alınmaktadır. Dolayısıyla tazminat miktarı hesaplanırken sözleşme tarihi ile teslim tarihi arasındaki fiyat değişiklikleri de dikkate alınmaktadır⁷⁵⁴.

Yukarıda değinildiği üzere CISG m. 45 uyarınca alıcı semenin tenzilini talep etme hakkını seçmiş olması halinde tazminat talep etme hakkına da sahip olacaktır. Bu kapsamda alıcı uğramış olduğu devam eden zararları veya refakat eden zararları tazmin ettirebilecektir⁷⁵⁵. Ancak alıcı sözleşmeye aykırı malın değerindeki düşüklük sebebiyle ayrıca tazminat talebinde bulunamayacaktır⁷⁵⁶. İşte böyle bir halde alıcı semenin tenzili yerine tazminat veya bunun tam tersi yönde talepte bulunabilecektir. Bu kapsamda alıcının semenin indirilmesi üzerine satıcıdan iadesini talep edeceği miktar, uğradığı zarara karşılık talep edeceği tazminat miktarına kıyasen daha az veya eşit oranda ise, alıcının tazminat talep etmesi daha avantajlı olacaktır⁷⁵⁷. Bir örnekle açıklamak gerekirse; semenin 50.000 ABD Doları olarak kararlaştırıldığı bir satımda, satıcının teslim ettiği sözleşmeye aykırı malın değeri 44.000 ABD Doları (fiili değer) olarak belirlenmiştir. Teslim tarihinde mal sözleşmeye uygun şekilde teslim edilmiş olsa idi, bu tarihte sahip olacağı değer 55.000 ABD Doları (fiktif değer) tutarında olacaktı. Buna göre malın değerindeki düşüklük sebebiyle alıcının semenin tenzili veya tazminat talebinde bulunmasına göre satıcı tarafından katlanılacak parasal yükümlülük değişiklik gösterecektir.

⁷⁵⁴ *Sekretarya Şerhi*, Art. 46 N. 5; Bergsten/Miller, 27 *Am. J. Com. L.* (1979), s. 258.

⁷⁵⁵ Bergsten/Miller, 27 *Am. J. Com. L.* (1979), s. 258.

⁷⁵⁶ Honnold, *Uniform Law*, § 312; Atamer, *CISG*, s. 450-451.

⁷⁵⁷ Bianca/Bonell/Will, Art. 50 N. 2.2.

Semenin Tenzili	Tazminat
$\frac{44.000 \times 50.000}{55.000}$	55.000
	- 44.000
10.000 ABD Doları	11.000 ABD Doları

Tablo- 6

Yukarıdaki örnekten de anlaşılacağı üzere, satım konusu malın teslim tarihinde fiyatının yükselmiş olması halinde alıcının değer düşüklüğünden dolayı uğradığı zararların tazmin edilmesi talebinde bulunması lehine olacaktır. Malın fiyatının düşmüş olduğu bir durumda ise alıcının semende indirim yapılmasını talep etmesi alıcıyı daha avantajlı bir konuma sokacaktır⁷⁵⁸.

Semenin tenzilini talep etme hakkının tazminat talebi karşısında vazgeçilmez olduğu hâl ise satıcının tazminat sorumluluğunu kaldıran CISG m. 79'da belirtilen sorumsuzluk hâlleridir⁷⁵⁹. Zira bu maddede belirtilen hâllerde alıcının tazminat talep etme hakkı düşecektir. Ancak CISG m. 79 f. 5 gereği alıcının diğer seçimlik hakları bundan etkilenmeyecektir. İşte böyle bir hâlde malları teslim almak isteyen alıcının semenin tenzilini talep etmesi parasal yönden tatmin edilmesi bakımından yegâne hakkı olacaktır⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ Honnold, *Uniform Law*, § 312; Piliounis, *Pace Int'l L. Rev.* 2000, s. 35; Benzer yönde sonuca varılmasına ilişkin örnekler için bkz. *Sekretarya Şerhi*, Art. 46 N. 10; Bergsten/Miller, *27 Am. J. Com. L.* (1979), s. 259 vd.

⁷⁵⁹ Piliounis, *Pace Int'l L. Rev.* 2000, s. 34.

⁷⁶⁰ Bianca/Bonell/Will, Art. 50 N. 2.2; aynı yönde *Sekretarya Şerhi*, Art. 46 N.5; Öte yandan milletlerarası satımlarda imkânsızlık halinde malların teslim edilmesi ihtimalinin düşük olması da göz ardı edilmemelidir. Honnold aynen şu ifadeyi kullanmaktadır: *A supervening "impediment" (force majeure) usually prevents the production or delivery of the goods; and in the rare case where the "impediment" causes serious non-conformity of goods that reach their destination, the buyer is not likely to accept the defective goods.* Bkz. Honnold, *Uniform Law*, § 312.

D- Tazminat Talebi ve Sözleşmeden Dönme

Tazminat talep etme hakkının diğer hukuki yaptırımlarla beraber kullanılması (*cumulative remedies*) ve özellikle sözleşmeden dönme ile tazminat talebinin aynı anda ileri sürülebilmesi gerek *civil law* gerekse *common law* sistemlerinde genellikle kabul edilmiş bulunmaktadır. Örneğin Fransız Medeni Kanunu (*Code Civil des Français*) m. 1184 uyarınca alıcı sözleşmeden dönme ile birlikte (müspet) zararın tazmin edilmesini talep etme hakkına sahiptir⁷⁶¹. Benzer bir düzenlemeye Alman Medeni Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) § 325 hükmünde yer verilmiş olup sözleşmeden dönmenin sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararın tazmin edilmesini talep etme hakkını dışlamadığı ifade edilmektedir⁷⁶². Yine Amerikan *Uniform Commercial Code* § 2-720 uyarınca aksinin taraflarca kararlaştırılmış olduğu açıkça anlaşılmadığı hallerde sözleşmenin iptali veya feshedilmesi tazminat talep etme hakkından feragat edilmesi anlamına gelmemekte, diğer bir ifadeyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılması tazminat talep edilmesine engel teşkil etmemektedir⁷⁶³. Benzer şekilde *cumulative remedies* İngiliz hukukunda da kabul edilmiş bulunmaktadır⁷⁶⁴. Sözleşmeden dönme halinde Türk-İsviçre hukukunda da alıcının tazminat talep etme hakkı kural olarak kabul edilmiştir⁷⁶⁵.

İşte CISG ile yukarıdaki ulusal hukuk örneklerinde olduğu gibi sözleşmeden dönme halinde alıcının tazminat talep etme hakkının var olduğu kabul edilmiştir. CISG m. 81 f.1’de tazminat talep etme hakkı ile sözleşmeden dönme hakkının aynı anda kullanılabilceği “*Sözleşmenin ortadan kaldırılması, tazminat yükümlülüğü saklı kalmak kaydıyla her iki tarafı da sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklerden kurtarır.*” şeklindeki hükümlerle vurgulanmış ve

⁷⁶¹ Racine/Sautonie-Laguionie/Tenenbaum/Wicker, s. 302.

⁷⁶² BGB § 325 aynen şu şekildedir: “*Das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, wird durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen.*”

⁷⁶³ Amerikan UCC § 2-720 aynen şu şekildedir: “*Unless the contrary intention clearly appears, expressions of "cancellation" or "rescission" of the contract or the like shall not be construed as a renunciation or discharge of any claim in damages for an antecedent breach.*”; ayrıca bkz. Bianca/Bonell/Will, Art. 45 N. 2.1.2.

⁷⁶⁴ Treitel, s. 764 vd.

⁷⁶⁵ Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 240 vd.

CISG m. 45 f. 2 hükmü desteklenmiştir. Tazminat talebinin sözleşmeden dönülmesi halinde dahi ileri sürülebileceği birçok yargı kararında da kabul edilmiştir⁷⁶⁶. Fakat CISG sisteminde sözleşmeden dönülmesi halinde talep edilebilecek tazminata ilişkin İsviçre-Türk hukukundaki gibi yalnızca menfi zararın talep edilebileceği şeklinde bir yaklaşım benimsenmemiştir. Buna göre alıcı sözleşmeden dönme halinde ister uğradığı müspet zararın isterse menfi zararın tazmin edilmesini talep edebilecektir⁷⁶⁷.

⁷⁶⁶ Örneğin bkz. Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce No. 7645 of March 1995, kararın İngilizce tercümesi için bkz. <http://www.unilex.info/case.cfm?pid=1&do=case&id=455&step=FullText> ; Handelsgericht St. Gallen 03.12.2002, CISG-Online N. 727; Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21.03.1996, CISG-online 187.

⁷⁶⁷ İzleyen bölümde sözleşmeden dönme üzerine alıcının talep edebileceği zarara ilişkin Türk-İsviçre hukuku ile CISG tazminat sistemi karşılaştırmalı olarak incelenmeye çalışılmıştır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

CISG ve Türk Hukukunun Karşılaştırılması

I. Genel Olarak

Yukarıda yeri geldikçe anıldığı üzere CISG *common law* ve *civil law* sistemlerini bir araya getirmiş ve özellikle ifa engelleri hukuku bakımından bu iki hukuk sisteminin âdeta bir sentezini meydana getirmiştir. Bu bakımdan CISG'in Türk-İsviçre hukuku ile benzer yönleri olmakla birlikte bu hukuk sistemine yabancı bazı kavram ve kurumları benimsemiş olduğu da göz ardı edilmemelidir. Türkiye, 11 Mart 2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Antlaşmaya katılma belgesinin tevdi edilmesine karar verilmesi ve 1 Ağustos 2010 tarihinde katılma belgesinin tevdi edilmesiyle 1 Ağustos 2011 tarihinde âkit ülke konumuna gelecektir. Türkiye CISG'a veya herhangi bir kısım veya maddesine herhangi bir çekince koymamıştır. Dolayısıyla CISG, tüm hükümleriyle birlikte Türk hukukunun bir parçası olma yolunda hızla ilerlemektedir.

CISG sisteminin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından CISG ile Türk-İsviçre hukukunun benzer ve farklı yönlerinin mukayeseli biçimde irdelenmesinde fayda bulunmaktadır. Pek tabi CISG'in tüm yönleriyle Türk-İsviçre hukuku ile mukayese edilmesi bu çalışmanın inceleme konusunu ve amacını aşacak niteliktedir. Dolayısıyla bu bölümde çalışmanın esas inceleme konusu ışığında ve bununla sınırlı bir mukayese takdim edilecektir. Bu kapsamda CISG ve Türk-İsviçre hukuku sistemleri öncelikle sorumluluk hukuku bakımından daha sonra tazminat hukuku bakımından mukayese edilecektir. Son olarak Türk hâkiminin CISG hükümlerini ne şekilde uygulayacağı konusunda kısaca fikir yürütülmeye çalışılacaktır.

II. İfa Engelleri ve Alıcının Seçimlik Hakları Bakımından

A- İfa Engelleri

Yukarıda değinildiği üzere CISG, ifa engelleri hukuku bakımından Türk-İsviçre hukukundan farklı bir düzenlemeye sahiptir. Türk-İsviçre ifa engelleri hukukunda sözleşmeye aykırılık genel bir kavram olarak benimsenmemiş, bunun yerine birtakım sözleşmeye aykırılık türleri düzenlenmiştir. Buna göre Türk hukukunda ifa engelleri sistemi (borca aykırılık halleri); imkânsızlık (BK m. 20, 96, 117), temerrüt (BK m. 106) ve kötü ifa olmak üzere üç gruba ayrılmıştır⁷⁶⁸. Hatta imkânsızlık, önceki ve sonraki imkânsızlık; kusurlu ve kusursuz imkânsızlık olmak üzere çeşitli ayrımlara tabi tutulmuş ve böylece imkânsızlık BK ifa engelleri hukukunun merkezi kavramı haline getirilmiştir⁷⁶⁹. Diğer yandan BK'da ifa engelleri gerek genel hükümlerde gerekse çeşitli sözleşmelere ilişkin özel hükümlerde ayrıca düzenlenmiştir⁷⁷⁰. Bu durum çoğu zaman kafa karıştırmakta ve doktrinde çoğunlukla eleştirilmektedir⁷⁷¹. Yeknesak bir sözleşmeye aykırılık sistemi BK tarafından benimsenmemiştir⁷⁷².

Sözleşmeye aykırılığın türleri bakımından Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi objektif/sübjektif imkânsızlık, önceki/sonraki imkânsızlık, temerrüt, kötü ifa şeklindeki gibi kavram ve ayrımlara CISG bünyesinde yer verilmemiştir. Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi genel sözleşmeye aykırılık ve yanında bazı sözleşmelerde özel ifa engelleri şeklinde bir düzenlemeye de CISG kapsamında yer verilmemiştir. Bunun yerine CISG, ifa engelleri sistemi bakımından *common law* sisteminde olduğu gibi yeknesak bir sözleşmeye aykırılık modelini (*breach of contract*) benimsemiş ve yukarıda anılan tüm sözleşmeye aykırılık hallerini bu

⁷⁶⁸ Serozan, *İfa Engelleri*, § 11 N. 1 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 851.

⁷⁶⁹ Serozan, *İfa Engelleri*, § 11 N.7; Bunun tarihi kökenleri hakkında bkz. Atamer, *CISG*, s. 283 vd.

⁷⁷⁰ Hâlbuki günümüzde yaptırımlar her bir ifa engeli için ve genel bölüm ile özel bölüm için ayrı ayrı ve tekrar düzenlenmemekte; tüm yaptırımlar tüm ifa engelleri için genel bir kuralın altında toplanmaktadır. Bkz. Serozan, *İfa Engelleri*, § 11 N. 13.

⁷⁷¹ Serozan, *İfa Engelleri*, § 11 N. 9 vd.

⁷⁷² Atamer, *CISG*, s. 282.

yeknesak kavram altında birleştirmiştir.⁷⁷³ Dolayısıyla Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi *aliud* ifayı, kötü (ayıplı) ifa olarak değil de hiç ifa etmeme olarak kabul eden bir yaklaşım⁷⁷⁴ benimsenmemiş; ayıplı ifa, *aliud* ifa ya da eksik ifa hallerinin hepsi sözleşmeye aykırılık olarak değerlendirilmiştir. Böylece ifa engellerinin gerekleri ve sonuçları arasındaki yapay ayrımlar ortadan kaldırılmıştır⁷⁷⁵. CISG tarafından kabul edilen bu sistem 2002 yılında Alman Borçlar Kanunu'nda yapılan değişikliklerin de temelini oluşturmuş ve Alman BGB bünyesinde tıpkı CISG'da olduğu gibi ifa engellerinin tümü tek bir çatı-kavram ve yaptırım odaklı olarak toplanmıştır⁷⁷⁶.

Sözleşmeye aykırılığın sebepleri bakımından herhangi bir ayırım yapmamış olan CISG, sözleşmeye aykırılık halinde alıcının seçimlik hakları bakımından dördümlü bir ayırımı gitmiş⁷⁷⁷ ve alıcının bu seçimlik haklarıyla birlikte veya tek başına alıcının tazminat talep etmesine imkân tanımıştır. Öte yandan CISG, alıcının sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değiştirilmesini talep etme haklarını kullanmasına ihlalin ciddiyetine göre izin vermiş ve bunu yaparken Türk-İsviçre hukukuna yabancı olan sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edilmiş olması (*fundamental breach*) kriterini kullanmıştır. Bu konuda yukarıda CISG sisteminde esaslı ihlal oluşturan sözleşmeye aykırılık örnekleri incelenirken yapılan açıklamalar, esaslı ihlal kavramının Türk hukukunda hangi anlama

⁷⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 281 vd.

⁷⁷⁴ Eren, s. 965; Yavuz/Acar/Özen, s. 70; Öte yandan Serozan, ayıplı ifa ile *aliud* ifa arasında katı bir ayırımın yapılmaması gerektiği görüşündedir. Yazar bu konuda özellikle 1.1.2002'de Almanya'da yürürlüğe giren yeni BGB'de ayıplı ifa ile başka şeyle (*aliud*) ifanın aynı hukuki potada toplandığını ifade etmektedir. Bkz. Serozan, *İfa Engelleri*, § 7 N. 5.

⁷⁷⁵ Serozan, *İfa Engelleri*, § 11 N. 17.

⁷⁷⁶ Alman BGB'de yapılan 2002 değişiklikleri ile imkânsızlık kavramı ifa engellerinin temel kavramı olmaktan çıkarılmıştır. Bunun yerine imkânsızlıkla temerrüdün yanı sıra, sözleşmenin müspet ihlalini ve bu bağlamda ayıplı ifayı da kapsayan "yüküm ihlali" (*Pflichtverletzung*) kavramı ön plana geçmiştir. Baştan ve sonradan imkânsızlık ayırımı kaldırılmıştır. Alman ifa engelleri sistemindeki değişiklikler hakkında bkz. Serozan, *İfa Engelleri*, § 11 N. 16. bkz: Rona Serozan, Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler), *İÜHFM* 2000, cilt LVIII, s. 231-248 (*İÜHFM* 2000); Seçkin Topuz/Ferhat Canbolat, Türk-İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenlenişi, *AÜHFD* C. 57 S. 3, 2008, s. 673-718; Serkan Ergüne, Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları, *İÜHFM* 2004, c. LXII, sy.1-2, s. 351.

⁷⁷⁷ Kısaca tekrar etmek gerekirse bu haklar; ifa talebi (aynen ifa, malın yenisi ile değiştirilmesini talep etme, malın tamir edilmesini talep etme), semenin tenzilini talep etme ve sözleşmeden dönme hakkıdır.

gelebileceği yönünde yol gösterici nitelikte olmak gerekir⁷⁷⁸. Hatırlatmak gerekirse örneğin temelli ifa etmeme hali CISG sisteminde bir esaslı ihlaldir. İfa etmemenin BK m. 96 anlamında sonraki sübjektif veya BK m. 117 anlamında sonraki objektif imkânsızlıktan kaynaklanması ise önemsizdir. Her iki halde de alıcının esaslı ihlalden dolayı sözleşmeden dönme hakkı doğacaktır.

Temelli ifa etmemenin yanında özellikle ayıplı mal tesliminin esaslı ihlal teşkil edip etmediğinin tespit edilmesinde CISG uygulamasında başvuru kriterleri⁷⁷⁹ ise BK m. 194’te düzenlenen ve satıcının ancak “ehemmiyetli” ayıplardan sorumlu olmasını öngören tekeffül hükümleriyle paralellik gösterir⁷⁸⁰. Diğer yandan “ehemmiyetli” ayıp koşulu Türk hukukunda CISG’den farklı olarak sadece sözleşmeden dönme veya malın yenisi ile değiştirilmesi seçimlik hakları için değil, alıcının ayıplı ifa karşısında sahip olduğu tüm seçimlik hakları bakımından bir ön koşul niteliğindedir. Nihayet geç ifa hallerinde sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş olması için kesin vadenin geçirilmiş olup olmadığı şeklindeki CISG değerlendirmesinde, ticari satımlarda kararlaştırılan vadenin karine olarak kesin vade olduğu yönündeki BK m. 187 hükmüne benzer bir düzenleme kabul edilmemiştir.

Türk-İsviçre hukukunda sözleşmeden doğan sorumluluk kural olarak kusur sorumluluğudur⁷⁸¹. Keza BK m. 98 f. 1 uyarınca borçlu (satıcı) kural olarak her türlü kusurundan sorumludur. Yine BK m. 96’ya göre sorumluluğun gerçekleşmesi kural olarak borçlunun (satıcının) kusurlu olmasına bağlı olup, satıcı ancak kusursuzluğunu ispat etmesi halinde alıcıya tazminat ödemekten kurtulabilir. Satıcının temerrüde düşmesi için kusur şart olmamakla birlikte, temerrüdün bazı sonuçlarının gerçekleşebilmesi (özellikle alıcının tazminat talep

⁷⁷⁸ Bkz. yukarıda 3. Kısım 1. Bölüm III C.

⁷⁷⁹ Bkz. yukarıda 3. Kısım 1. Bölüm III C.

⁷⁸⁰ BK m. 194 uyarınca satıcı ancak satılan maldaki ayıbın önemli (ehemmiyetli) olması halinde tekeffül hükümleri uyarınca sorumludur. Buna göre bu şartın gerçekleşmiş sayılması için ayıp sonucunda şeyin değerinin veya elverişliliğinin önemli surette azalması veya tamamen ortadan kalkması gerekir. Önemsiz ayıplardan dolayı satıcı sorumlu tutulamaz. Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 102.

⁷⁸¹ Eren, s. 966; Serozan, *İfa Engelleri*, § 11 N. 5; Oğuzman/Öz, s. 355 vd.

edebilmesi) satıcının kusurlu olmasına bağlıdır⁷⁸². Öte yandan CISG sisteminde sözleşmenin ihlali neticesinde alıcının sahip olduğu seçimlik hakları kullanabilmesi için satıcının kusurlu olması gerekmez. Tazminat talep etme hakkı bakımından da aynı esas geçerli olup, tazminat talep edilebilmesi satıcının kusuruna bağlı kılınmamıştır⁷⁸³.

B- Alıcının Seçimlik Hakları

1. İfayı Talep Hakkı

Türk-İsviçre hukukunda borçların ifa edilmemesi halinde alacaklı tarafından aynen ifanın talep edilmesi asli bir talep olarak kabul edilmiştir⁷⁸⁴. Bu bağlamda CISG sisteminde de aynen ifa alıcının başvurabileceği asli yaptırımlar arasında sayılmıştır. Fakat CISG aynı zamanda alıcının ifayı talep etme hakkına m. 28 ile önemli bir sınırlama getirmiştir⁷⁸⁵. Türk hukukunda BK m. 203'te ayıplı ifa halinde alıcıya tanınan malın yenisi ile değiştirilmesini talep etme hakkı⁷⁸⁶ da

⁷⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 874 vd.; Eren, s. 972.

⁷⁸³ Kusurdan bağımsız sorumluluk bakımından ilk bakışta Antlaşma ile Türk-İsviçre hukukunun farklı bir yaklaşım içinde olduğu sonucuna varılabilecektir. Fakat Türk-İsviçre hukukunda kusur sorumluluğunun önemli bazı istisnaları da bulunmaktadır. Buna göre örneğin edim hasarı halen üstünde bulunan satıcı çeşit borcunun ifasından kusursuz olarak sorumludur. Yine satıcı ayıplı ifadan dolayı kusuru olmasa da sorumludur. Tüm bunların yanında borçlunun (satıcının) kendi kusursuzluğunu ispat etmek durumunda olması ve böyle bir ispatın uygulamada güçlük yaratması kusur sorumluluğu ilkesini zayıflatmaktadır. Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 887 vd; Serozan, *İfa Engelleri*, § 11 N. 5; Böylece kusurlu sorumluluk ilkesi ile çalışan Türk-İsviçre hukukunun aslında CISG ile kabul edilen kusursuz sorumluluk sistemine büyük ölçüde yaklaşmış olduğu sonucuna varmak mümkündür. Bkz. Atamer, *CISG*, s. 313; Aynı sonuca Alman hukuku bakımından varılması yönünde bkz. Huber, *RabelsZ 2007*, s. 17.

⁷⁸⁴ Gerçekten BK'daki borçlunun temerrüdü hükümlerine bakıldığında alacaklının (alıcı), borçludan (satıcı) her zaman aynen ifayı talep edebileceği görülmektedir. Ancak alıcının ifayı talep edebilmesinin temerrüdün bir sonucu değil, muaccel alacağın normal hükmü olduğu ve alıcının ifayı talep etmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması gerektiği yönünde bkz. Oğuzman/Öz, s. 386; Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Bası, İstanbul 2010, s. 372 vd.; Şüphesiz alacaklının ifayı talep hakkı temerrüt dışındaki diğer ifa engellerinde mümkün olan her ifa bakımından mevcuttur. Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 329 ve orada dn. 185.

⁷⁸⁵ Bkz. yukarıda 3. Kısım 2. Bölüm III B 2.

⁷⁸⁶ Her ne kadar BK metninde bu hak çeşit borcu (Kanunun deyimiyle "miktarı muayyen misli şey") için öngörülmüş olsa da *Yavuz*, BK m. 203 hükmünün parça satımında da güven prensibinin izin verdiği ölçüde uygulanmasının gerektiğini savunan görüşlerin ve bu konuda tartışmanın olduğunu ifade etmekte, ancak böyle bir değiştirmenin satıcıdan beklenebilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. *Yavuz/Acar/Özen*, s. 164 vd.; BK m. 203'ün parça borcunda da uygulanmasını savunan Türk doktrinindeki bu görüş sebebiyle yaşanan tartışma aslında

yine CISG sisteminde alıcının sahip olduğu seçimlik haklardan birisi olarak kabul edilmiştir. Türk-İsviçre hukukunda *aliud* ifa halinde malın yenisi ile değiştirilmesinin istenemeyeceği şeklindeki yaklaşım ise⁷⁸⁷ CISG sistemi ile bağdaşmaz. Zira daha önceden aktarıldığı üzere *aliud* ifa CISG sisteminde ayıplı ifa ile aynı düşünülmüş ve böyle bir halde malın yenisi ile değiştirilebileceği kabul edilmiştir. CISG sisteminde m. 46 f. 3 ile alıcıya tanınan ayıbın giderilmesini talep etme hakkı ise yalnızca 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun⁷⁸⁸ m. 4 f. 2 uyarınca tüketici satımlarında tanınmıştır. Her ne kadar Türk doktrininde tıpkı eser sözleşmelerinde iş sahibi için öngörülen tamirat talep hakkının satım sözleşmelerinde de kıyasen uygulanacağını kabul eden görüşler bulunsun da⁷⁸⁹, CISG ile alıcıya açıkça bu seçimlik hakkın tanınması Türk hukukuna yeni bir düzenleme olarak kabul edilmek gerekir.

2. Semen Tenzili Hakkı

Türk-İsviçre hukuku satıcı tarafından teslim edilen malın ayıplı olması halinde alıcıya semenin tenzilini talep etme hakkı tanımaktadır. Ayıbın varlığı bu seçimlik hakkın kullanılabilmesi için yeterli olarak kabul edilmiş olup satıcının ayrıca kusurlu olması koşulu aranmamıştır⁷⁹⁰. Bu bakımdan BK sistemiyle CISG'nin birbirine paralel olduğu söylenebilir. Fakat iki sistem arasında bir takım farklılıklar da bulunmaktadır. Öncelikle CISG sisteminde alıcı semenin tenzilini tek taraflı bir beyanla kullanabilir. BK m. 202 uyarınca ise alıcının bu hakkı kullanması ancak hâkimden semenin tenziline karar vermesini talep etmek suretiyle mümkündür. Diğer bir fark, tenzil oranlamasının hangi andaki değere göre yapılacağı bakımındandır. Buna göre Türk-İsviçre hukuku değerlemeyi

CISG uygulamasında m. 46 f. 2'ye ilişkin yaşanan tartışmayla aynıdır. Detaylı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 374 vd.; CISG sisteminde parça borcunun yerine başka bir malın verilmesi mümkün ise malın yenisi ile değiştirilmesinin talep edilebilmesi gerektiği yönünde bkz. Schlechtriem/Schwenzer/Müller-Chen, Art. 46 para. 18.

⁷⁸⁷ Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 163 vd.

⁷⁸⁸ Bkz. 8.3.1995 tarih ve 22221 sayılı Resmi Gazete.

⁷⁸⁹ Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 165; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 2006, s. 137 vd.

⁷⁹⁰ Tandoğan, s. 195; Serozan, *Borçlar Özel*, s. 121 vd.

hasarın intikali anını⁷⁹¹; CISG ise malların fiilen teslim edildiği anı esas alır. Semen tenziline uygulanacak hesaplama yöntemi bakımından ise iki sistem birbirine yaklaşır ve CISG, Türk-İsviçre hukukunda genellikle kabul edilen nisbi hesaplama yöntemini⁷⁹² kullanır. Öte yandan CISG semen tenzilin satıcı tarafından önlenmesi bakımından (ikinci servis şansı) Türk-İsviçre hukukuna kıyasla satıcıyı daha çok korumaktadır. Keza BK m. 203 f. 2 mesafeli satımlarda (kaldı ki CISG'a tabi satımlar genellikle mesafeli satım niteliğinde olmak gerekir) satıcıya böyle bir ikinci servis şansı tanımazken⁷⁹³, CISG böyle bir ayırım yapmaz.

3. Sözleşmeden Dönme Hakkı

Gerek CISG gerekse Türk-İsviçre hukukunda alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Her iki sistemde de alıcının sözleşmeden dönme hakkı satıcının kusurundan bağımsız olarak mevcuttur⁷⁹⁴. Ancak bu hakkın kullanılması ve koşulları bakımından Antlaşmanın kabul ettiği düzenleme farklılık göstermektedir⁷⁹⁵. Türk hukukunda tam iki taraflı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü nedeniyle borcun ifa edilmemesi üzerine alacaklı tarafından sözleşmeden dönme hakkı BK genel hükümler altında m. 106 ilâ m. 108'de düzenlenmiştir. Buna göre alacaklıya (alıcı) borcun ifası için borçluya (satıcı) uygun bir mehil tayin etmek suretiyle sözleşmeden dönme imkânı tanınmıştır⁷⁹⁶.

⁷⁹¹ Atamer, Yeşim M.: Satım Sözleşmesinde Hasarın İntikali Anı-Hukuk Tarihi, Karşılaştırmalı Hukuk ve Milletlerarası Hukuk Açısından BK m. 183'ün Farklı Okunması Gereği, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s. 131-167; Tandoğan, s. 197 vd; Yavuz/Acar/Özen, s. 155 vd.

⁷⁹² Tandoğan, s. 197 vd; Yavuz/Acar/Özen, s. 155 vd; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 10.11.1980, E. 1980/5071, K. 1980/5769; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 26.12.1997, E. 1997/7580, K. 1997/10870, Anılan kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (çevrimiçi 23.04.2010).

⁷⁹³ Detaylı bilgi için bkz. Yavuz, *Ayıp Sorumluluğu*, s. 147.

⁷⁹⁴ Türk hukuku açısından satıcının temerrüde düşmesinde kusurunun aranmadığı yönünde bkz. Buz, s. 110; Oğuzman/Öz, s. 303; Serozan, *Ifa Engelleri*, § 17 N. 11; BK m. 202 uyarınca ayıplı mal tesliminde satıcının kusurlu olup olmadığına bakılmadığı, ayıbın garanti sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi yönünde bkz. Tandoğan, s. 190 vd.

⁷⁹⁵ CISG ile Türk-İsviçre hukukunun sözleşmeden dönme ve özellikle dönme halinde tazminat konusunda mukayeseli incelemesi aşağıda yapıldığından burada dönmenin sonuçları bakımından bir irdelemeye yer verilmemiştir.

⁷⁹⁶ Mehilin sonunda alıcı hâlâ ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkına sahiptir. Bu bakımdan mehilin verilmiş olmasının bir önemi yoktur. Mehil verilmesinin önemi, mehilin sonunda alıcıya ifa isteme hakkından vazgeçerek, borcun ifa edilmemesi sebebiyle tazminat isteme ve

Ancak sözleşmeden dönme niyetinde olan alıcının bu mehilin sonunda derhal aynen ifadan vazgeçtiği yönünde bir beyanda bulunması şart koşulmuştur⁷⁹⁷. Ticari alım-satımlarda temerrüt halini düzenleyen BK m. 187 uyarınca ise alıcının aynen ifadan vazgeçerek borcun ifa edilmemesi nedeniyle tazminat istediği karine olarak kabul edilmiştir. Alıcı aynen ifa ve gecikme dolayısıyla tazminat talep etmek niyetindeyse, o zaman bu niyetini vadenin gelmesinde derhal satıcıya bildirmek zorundadır. Alıcının bu seçimlik haklarını kullanması için ise mehil tayin etmesine gerek yoktur. Zira ticari satımlar kesin vadeli işlemler olarak kabul edilmektedir⁷⁹⁸. Fakat bu hallerde alıcının dönme hakkının var olup olmadığı tartışmalıdır⁷⁹⁹. BK sisteminde temerrüt dışında ayıplı ifa halinde de⁸⁰⁰ alıcıya BK m. 202 uyarınca herhangi bir ön koşula tabi olmadan sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Ancak BK m. 202 f. 2 uyarınca hâkime dönme için haklı bir sebep bulunmadığı hallerde dönme yerine semenin tenziline hükmetme şeklinde bir takdir yetkisi verilmiştir⁸⁰¹. Nihayet BK sisteminde ifanın sonraki kusurlu imkânsızlık yüzünden gerçekleşmemesi halinde alıcıya dönme hakkı tanınmamış olup, konu Türk doktrinin tartışmalı konularından biridir⁸⁰².

sözleşmeden dönme haklarını kullanma imkânı sağlamasındadır. Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 388; aynı yönde bkz. Buz, s. 108; Diğer yandan BK m. 107'de mehil tayin edilmesine gerek olmayan haller sayılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 300 vd.; Buz, s. 107-108; Reisoğlu, s. 374 vd.

⁷⁹⁷ Buna mukabil alacaklı, ya ifayı tercih ettiği için veya diğer hakları kullandığını zamanında beyan etmeyi ihmal ettiği için sadece ifa ve gecikme tazminatını talep ile yetinmek zorunda ise, borçluya yeniden mehil verip, mehil sonunda diğer hakları kullanma imkânını tekrar sağlayabilir. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 408.

⁷⁹⁸ Aydın Zevkliler/Gökyayla, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, İzmir 2010, s. 144 vd.

⁷⁹⁹ Bkz. Tandoğan, s. 134 vd.

⁸⁰⁰ BK satım hukukundaki diğer sözleşmeden dönme halleri BK m. 193'te düzenlenen kısmen zapt halinde dönme, BK m. 222'de düzenlenen taksitli satım halinde sözleşmeden dönme olarak sıralanabilir.

⁸⁰¹ Hâkimin böyle bir takdir yetkisine sahip olduğu Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından 3.6.2003 tarihinde verilen bir kararda da vurgulanmıştır. Bkz. E. 2003/2803 K. 2003/7304 sayılı karar, www.kazanci.com.tr (çevrimiçi 12.04.2010).

⁸⁰² Türk hukukunda Serozan, borçlunun (satıcının) kendi kusuruyla yarattığı ifa imkânsızlığında (BK m. 96) alacaklıya (alıcıya) dönme hakkının tanınması gerektiği görüşündedir. Bkz. Serozan, *İfa Engelleri*, § 16 N. 13; Serozan, *Dönme*, s. 280 vd.; Borçlunun (satıcının) kusurundan bağımsız sonraki imkânsızlık halinde (BK m. 117) ise alacaklıya (alıcıya) dönme hakkının tanınması gerekli değildir. BK m. 117 uyarınca sonraki objektif imkânsızlık halinde borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelen bir borç söz konusudur. Dolayısıyla karşı edim de kendiliğinden sona erecektir. Bundan hareketle BK m. 117 sonucunda bir dönme

Hâlbuki CISG sisteminde BK'daki gibi karmaşık bir sözleşmeden dönme modeli geliştirilmemiştir. CISG'ın dönme sistemi açık ve net bir şekilde ortaya konulmuştur. Buna göre sözleşme satıcı tarafından esaslı surette ihlal edilmiş ise alıcının sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur. BK m. 202 ile hâkime tanınan dönme yerine semenin tenziline hükmetme şeklinde bir takdir yetkisi CISG'ta kabul görmemiştir. Tüm bunların yanında CISG ifanın sonradan imkânsız hale geldiği hallerde dahi alıcıya sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Böylece Türk-İsviçre hukukunda sonraki objektif imkânsızlıktan dolayı sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği veya sonraki sübjektif imkânsızlık halinde alıcının dönme hakkının var olup olmadığı tartışmaları yaşanmayacaktır.

Tüm bu bilgiler ışığında Türk hukukunda, CISG'a nazaran alıcı bakımından tatmin edici düzeyde hukuki çarelere başvurma imkânı tanınmamış olduğu sonucuna varılabilecektir. Zira alıcı gerek semenin tenzili gerekse sözleşmeden dönme talep etmiş olması halinde hâkim tarafından hüküm verilinceye kadar tam anlamıyla ihlâlin sonuçlarını bilememekte ve bu durum belirsizliklere yol açabilmektedir⁸⁰³.

III. Tazminat Talebi Bakımından

A. Genel Olarak

Türk-İsviçre hukukunda tazminat talebi sözleşme ihlalinin türüne göre değişmektedir. CISG sisteminde ise satıcının tazminat sorumluluğu sözleşmenin ihlal türlerine göre bir ayırımı tabi tutulmamıştır. Satıcının sözleşme ve Antlaşma uyarınca üstlendiği asli veya tali yükümlülüklerinden herhangi birini ihlal etmiş olması halinde alıcının tazminat talep etme hakkı doğar.

hakkının varlığına ihtiyaç duyulmamaktadır. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 384 ve orada dn. 480; Dural, s. 163.

⁸⁰³ Diğer yandan aslında BK sistemindeki dönme tıpkı CISG'ta olduğu gibi ve fakat farklı yöntemlere başvurularak son çare (*ultima ratio*) yaptırımı olarak düzenlenmiştir. Alıcının BK m. 106 uyarınca mehil tayin etmesi, bu mehilin sonunda ayrıca dönme beyanında bulunması gibi koşullar hep satıcının bu süre zarfında ifade bulunarak dönmeyi engelleyebilme imkânına işaret eder. Keza hâkimin bile dönme yerine semenin tenziline hükmedebilecek olması dönmenin son çare bir hukuki yaptırım olduğunu göstermektedir. Bkz. Serozan, *İfa Engelleri*, § 17 N. 17. Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 394 vd. ve dn. 618.

B. Çeşitli İfa Engelleri Temelinde Talep Edilebilecek Zararlar Bakımından

1. Kötü İfa ve İfa İmkânsızlığı

Türk-İsviçre hukukunda ifa imkânsızlığı ve kötü ifa⁸⁰⁴ halinde imkânsızlıktan sorumlu olan satıcı, bundan dolayı alıcının uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁸⁰⁵. Bu zarar şüphesiz alıcının uğramış olduğu müspet zarardır. Yani alacaklının (alıcının) sözleşmeye aykırılık olmasaydı içinde bulunacağı elverişli farazi durumla sözleşmeye aykırılık sebebiyle içinde bulunduğu elverişsiz fiili durum arasındaki fark alıcının zararıdır⁸⁰⁶. Pek tabii bu müspet zarar fiili zarar veya kârdan yoksun kalma şeklinde olabilir. Görüldüğü üzere BK m. 96 vd. hükümleri uyarınca ödenecek tazminat CISG tazminat sistemine hâkim “tam tazmin ilkesi”nin⁸⁰⁷ bir görünümü niteliğindedir.

2. Temerrüt ve Özellikle Sözleşmeden Dönme Halinde

Türk hukukunda ikinci ifa engeli olan borçlunun (satıcı) temerrüdünde ise alacaklı (alıcı) BK m. 102 uyarınca kusurlu borçludan (satıcı) aynen ifanın yanında gecikme tazminatı talep etmeye yetkili kılınmıştır. Bu gecikme tazminatı da aslında alıcının uğradığı müspet zararın bir görünümüdür⁸⁰⁸. Öte yandan alıcının temerrüt halinde satıcıdan gecikme tazminatını talep etmek için BK m. 102 uyarınca temerrüt ihtarında bulunması gerekir⁸⁰⁹. CISG tazminat sisteminde ise böyle bir ön koşula rastlanmaz. Kaldı ki CISG’ta temerrüt kavramına dahi yer

⁸⁰⁴ BK m. 96 genel hükümlerden olup, kanunda ayrıca düzenlenmemiş her türlü borca aykırılıkta alacaklının zararını tazmin yükümü bu hükme tabi olacaktır. Bu kapsamda BK’nın, borçlu temerrüdü ve ayıplı ifa halinde doğacak talepler bakımından özel hükümler sevk etmesi karşısında BK m. 96 hükmü borçlunun sorumlu olduğu ifa imkânsızlığı (sonraki subjektif imkânsızlık) ile hakkında özel hüküm bulunmayan kötü ifa hallerine uygulanacak hükümdür. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 320; aksi görüş için bkz. Serozan, *İfa Engelleri*, § 18 N.6.

⁸⁰⁵ Oğuzman/Öz, s. 321; Eren, s. 993 vd.; Reisoğlu, s. 334 vd.; Böylece ifa imkânsızlığından sorumlu borçlunun birincil ediminin yerini tazminat ödeme yükümü alacaktır. Bkz. Serozan, *İfa Engelleri*, § 16 N. 3.

⁸⁰⁶ Serozan, *İfa Engelleri*, § 16 N. 5; Eren, s. 994.

⁸⁰⁷ Bkz. yukarıda 3. Kısım 3. Bölüm II A.

⁸⁰⁸ Serozan, *İfa Engelleri*, § 17 N. 8; Eren, s. 1045.

⁸⁰⁹ Detaylı bilgi için bkz. Reisoğlu, s. 355 vd.

verilmemiştir. Satıcı sözleşmeyi vadesinde ifa etmemişse alıcı doğrudan tazminat talep etme hakkını kullanabilecektir.

Tam iki taraflı bir akit olan satım sözleşmesinde satıcının temerrüdü halinde alıcı BK m. 102'nin yanı sıra BK m. 106 uyarınca bir takım seçimlik haklara daha sahip kılınmıştır. Bunlardan ilki alıcının satıcıya uygun bir mehil tayin ederek aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme hakkıdır. Alıcı tarafından verilen bu mehil sonunda ifanın gerçekleşmemesi halinde alıcının buna ek olarak iki seçimlik hakkı daha doğacaktır. Bu seçimlik haklardan ilki alıcının aynen ifadan vazgeçip uğradığı müspet zararın tazminini talep etmesidir⁸¹⁰. Ancak alıcı bu seçimlik hakkını kullanmak için kural olarak satıcıya tanınan uygun mehilin bitiminde sonra aynen ifadan vazgeçtiğini beyan etmek zorundadır⁸¹¹. Ticari satımlarda temerrüt halinde ise BK m. 187 uyarınca alıcının ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini istediği karine olarak kabul edilmiştir.

CISG sisteminde ne BK m. 106'deki gibi temerrüt sonucunda alıcının aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme yerine aynen ifadan vazgeçip tazminat istemesi halinde bunu derhal satıcıya beyan etmesi şeklindeki bir zorunluluğa ne de BK m. 187'de olduğu gibi alıcının aynen ifadan vazgeçip tazminat talep ettiği şeklindeki varsayıma yer verilmiştir. Buna ek olarak CISG sisteminde BK m. 106 anlamında ifa yerine tazminat şeklinde bir düzenlenmeye yer verilmemiştir. CISG kapsamında ifa yerine tazminatın ne şekilde anlamlandırılacağı aşağıda ayrıca incelenecektir.

BK m. 106 ile alıcıya tanınan üçüncü seçimlik hakka dönecek olursak, bu hak alıcının sözleşmeden dönmesidir. Sözleşmeden dönen alıcı ayrıca BK m. 108 f. 2 ile uğradığı menfi zararı talep etmeye yetkili kılınmıştır. Menfi zarar alıcının sözleşmeden dönmeden sonra içinde bulunduğu durum ile böyle bir sözleşme

⁸¹⁰ BK m. 106 uyarınca aynen ifadan vazgeçilip talep edilebilecek olan müspet zararın kapsamı BK m. 96 vd. hükümleri uyarınca talep edilebilecek zararla aynıdır. Her iki zarar da fark teorisine göre hesaplanır. Bkz. Eren, s. 1071; Serozan, *İfa Engelleri*, § 17 N. 14; Reisoğlu, s. 373.

⁸¹¹ Bkz. dn. 791'de yer alan açıklama.

yapılmamış olsaydı içinde bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir⁸¹². Türk hukuk doktrininde ve Yargıtay içtihatlarında dönmeden sonra ancak menfi zararın talep edilebileceği çoğunlukla kabul edilmektedir⁸¹³. Ancak yine doktrinde dönmeden sonra alıcının müspet zararının da tazminini isteyebileceği ise esas itibarıyla *Serozan* tarafından savunulmaktadır⁸¹⁴. Konu Türk-İsviçre doktrininde oldukça tartışmalıdır.

CISG sisteminde ise böyle bir tartışma yaşanmaz. En baştan CISG müspet-menfi zarar şeklinde bir ayırım yapmamaktadır. Hatırlanacağı üzere CISG alıcının hem ifa menfaatini (*expectation interest*) hem de sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine güvenmesinden doğan menfaatini (*reliance interest*) korumaktadır⁸¹⁵. Bu çerçevede CISG kapsamında alıcı sözleşmeden döndükten sonra ister müspet zararının isterse menfi zararının tazmin edilmesini satıcıdan talep edebilecektir. Yani CISG’ta sözleşmeden dönme ile birlikte müspet zararın istenememesi şeklinde bir yaklaşım kabul edilmemiştir. Keza CISG m. 75 ve 76’da ikame alıma ilişkin düzenlemelerin kural olarak ancak sözleşmeden dönülmesi halinde uygulanabilecek olması, dönme halinde dahi müspet zararın talep edilebileceğinin açık göstergesidir⁸¹⁶. Ancak CISG sisteminde alıcının bu konuda bir seçim

⁸¹² Buz, s. 240 vd.; Eren, s. 1079; Oğuzman/Öz, s. 339, 411.

⁸¹³ Oğuzman/Öz, s. 417; Buz, s. 261 vd.; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 17.01.1990; E 1989/13-392 K 1990/1; Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 28.09.1993 E 1992/5474 K 1993/3691; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi 26.11.1993; E 1992/9997 K 1993/8033; Anılan kararlar için bkz. www.kazanci.com.tr (çevrimiçi 12.04.2010).

⁸¹⁴ Yeni dönme teorisi olarak adlandırılan bu görüşü savunan yazarların başında Serozan gelmektedir. Serozan’a göre sözleşmeden dönen alıcının müspet zararının (yani ifa çıkarımın) tazminini isteyebilmesi gerekir. Yazar dönme + müspet tazminat formülünün önceden ifade bulunmuş saf ve aceleci alacaklılardan esirgenmesinin tutarsız ve adaletsiz olduğu görüşündedir. Detaylı bilgi ve dönmeden sonra müspet zararın talep edilebilmesine imkân tanınmasına ilişkin gerekçeler için bkz. Serozan, *İfa Engelleri*, § 17 N. 8; Sözleşmeden dönme halinde sadece müspet zararın talep edilebileceği şeklindeki hakim görüşe yöneltilen eleştiriler hakkında bkz. Buz, s. 258 vd.

⁸¹⁵ Bkz. yukarıda 3. Kısım 3. Bölüm II A 2.

⁸¹⁶ Bkz. Atamer, *CISG*, s. 451.

hakkının olduğu kabul edilmek gerekir⁸¹⁷. Alıcının müspet zararı ile menfi zararını birlikte talep etmesi ise mümkün değildir⁸¹⁸.

Türk doktrininde *Buz*, CISG sistemindeki ve Fransız, Avusturya hukuklarında kabul edilen [dönme + müspet zarar] önermesinin Türk-İsviçre hukukuna aktarılması görüşünü eleştirmektedir. Yazara göre bu sistemlerde alıcının aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazmini talep etmesi BK m. 106 f. 2'deki gibi ayrı bir seçimlik hak olarak düzenlenmemiştir. Yani CISG'da müspet zararın tazminini talep etme hakkı alıcının ya aynen ifade ısrar ederek ya da sözleşmeden dönerek talep edebileceği bir haktır. Oysa BK m. 106'da aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazminini talep etme hakkı bağımsız bir seçimlik hak olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu çözümün Türk-İsviçre hukukuna aktarılması mümkün değildir⁸¹⁹.

CISG sistemi ile Türk-İsviçre hukukunun karşılaştırılması gereken diğer bir husus ise ifa yerine tazminat kurumudur. Yukarıda değinildiği üzere Türk hukukunda ifa yerine tazminat BK m. 106'da düzenlenmiş olup, alıcının bu seçimlik hakkını kullanabilmesi için sözleşmeden dönmesi zorunlu olmamakla birlikte alıcının bu isteğini satıcıya derhal beyan etmesi gerekir. CISG sisteminde ifa yerine tazminat şeklinde bir opsiyon bulunmamaktadır. *Atamer* soruna CISG mantığı içinde çözüm üretilmesi taraftarıdır. Yazara göre CISG zaten sözleşmeden dönmenin yanı sıra "müspet" zararın tazminine imkân tanımaktadır. Dönme ise ancak esaslı ihlal halinde tanınmıştır. Alıcıya sözleşmeden dönmeksizin satıcının ediminden vazgeçip müspet zararının tazminini talep imkânı verilirse, esaslı ihlal koşulu dolanılmış olacaktır. Dolayısıyla sözleşmeden dönmeksizin ifa yerine

⁸¹⁷ Atamer, *CISG*, 451; Buna karşılık, alıcının böyle bir seçim yapma zorunluluğunun bulunmadığı yönünde bkz. Saidov, *Pace Int'l L. Rev.* 2002, s. 309.

⁸¹⁸ Christoph Brunner, UN-Kaufrecht CISG, Kommentar zum Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf von 1980, Unter Berücksichtigung der Schnittstellen zum internen Schweizer Recht, Bern 2004, Art. 74 N. 6.

⁸¹⁹ *Buz*, s. 269-270.

müspet zararın talep edilebilmesi imkânı CISG kapsamında kabul edilmemek gerekir⁸²⁰.

Yukarıda belirtilen çerçevede CISG'ın getirdiği düzenlemenin sözleşmeden dönmemiş olan alıcıya ifa yerine uğramış olduğu “müspet” zararının tazmin edilmesini talep etmeye izin vermediği sonucuna varılabilecektir. Bu bakımdan Türk-İsviçre hukukunun alıcı açısından daha avantajlı bir durum yaratmış olduğu sonucuna varılabilecektir. Yukarıda değinildiği üzere BK m. 106 gereği alıcının aynen ifadan vazgeçip “müspet” zararının tazmin edilmesini talep edebilmesi için bu yönde satıcıya derhal bir beyanda bulunması gerekir. Aksi takdirde alıcının aynen ifada ısrar ettiği varsayılacaktır. Öte yandan böyle bir varsayıma rağmen satıcı sözleşmeyi ifa etmezse alıcı BK m. 106 uyarınca yeniden bir mehil tayin ederek, bu mehilin sonunda bu sefer sözleşmeden dönme hakkını kazanabilecektir⁸²¹. Böylece alıcı ilk etapta sözleşmeden dönmeksizin “müspet” zararının, ikinci aşamada ise sözleşmeden dönerek ve fakat bu sefer “menfi” zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. Dikkat edilmelidir ki, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullandığı böyle bir halde tek ön koşul ifanın ikinci kez tayin edilen mehil sonunda gerçekleşmemiş olmasıdır. Buna mukabil, ticari satımlar bakımından böyle bir imkândan alıcı faydalanamayacaktır. Zira ticari satımlarda alıcı, derhal dönmeyi beyan etmemesi halinde yeniden mehil verilmesi yoluyla dönme hakkını yeniden kazanamayacaktır⁸²². Öte yandan BK m. 187 zaten alıcının ifa yerine “müspet” zararının tazmin edilmesini talep ettiğini varsaydığından, alıcı ancak aynen ifada ısrarcı ise derhal bildirimde bulunma çabası içerisinde olacaktır. Yoksa alıcı, böyle bir külfete katlanmaksızın ifa yerine “müspet” zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir.

CISG sisteminde ise sözleşmeden dönmeyen alıcının ifa yerine “müspet” zararını talep etmesi kabul edilmemektedir. Dolayısıyla alıcı ancak sözleşmeden dönmek suretiyle “müspet” zararının tazmin edilmesini talep edebilecektir. Öte

⁸²⁰ Atamer, *CISG*, s. 451-452.

⁸²¹ Oğuzman/Öz, s. 423.

⁸²² Tandoğan, s. 134 vd.

yandan alıcının CISG kapsamında sözleşmeden dönmesi her zaman kolay olmayacaktır. Zira Antlaşma düzeni ancak “esaslı ihlal” halinde sözleşmeden dönmeye izin vermektedir. Bu durumda alıcının “müspet” zararının tazmin edilmesini talep etmesi için sözleşmeden dönmeye ön koşulu olan “esaslı ihlal” şartının varlığı aranmak gerekecektir. Bu şart ise her somut olayda kolay kolay hâsıl olamayabilecektir. İşte bu sebeplerle ve ancak alıcının ifa yerine tazminat talebi özelinde CISG’ın alıcıya Türk-İsviçre hukukuna nazaran daha dar bir çerçevede hareket etme olanağı tanıdığı sonucuna varılabilecektir.

3. Ayıplı İfa

BK sisteminde diğer bir ifa engeli olan ve bir kusursuz sorumluluk öngören ayıplı ifa halinde sözleşmeden dönen alıcı BK m. 205 f. 2 uyarınca satıcıdan (kusuru olmaksızın) uğradığı doğrudan zararların tazminini; BK m. 205 f. 3 uyarınca ise ayıp sebebiyle doğan dolaylı zararlarının tazminini kusurlu satıcıdan talep edebilecektir. Türk doktrininde ve İsviçre Federal Mahkemesi’nce kabul edilen görüşe göre, doğrudan zarar ve dolaylı zarar ayırımının ölçütü olarak müspet zarar ve menfi zarar ayırımına başvurulmaktadır. Böylece doğrudan zararın tazmini ile “fiili zarar” şeklindeki menfi zararın tazmini; dolaylı zararın tazmini ile “fiili zarar” ve “kazanç kaybı” şeklindeki müspet zararın tazmini anlaşılmalıdır⁸²³.

Sözleşmeden dönen alıcının tazminini talep edeceği doğrudan zararların menfi zarar olacağı doktrinde genellikle kabul edilmektedir⁸²⁴. Öte yandan sözleşmeden dönen alıcının uğradığı dolaylı zararların müspet zararları kapsadığı doktrinde genellikle kabul edilmektedir⁸²⁵. Özellikle *Cavin*, sözleşmeden

⁸²³ Cavin, P, Vente-Echange-Donation, in *Traité de Droit privé suisse*, vol. VII, t. I/1, Fribourg, 1978, s. 101; Baur, K., *Minderung und Wandelung beim Kauf nach Schweizerischen Obligationenrecht*, Diss. Hamburg, 1928, s. 59-60; Oser/Schönenberger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. V: Das Obligationenrecht, I. Teil, 2. Auflage, Zürich 1929; 2. Teil, 2. Aufl., Zürich 1936; 3. Teil, 2. Aufl., Zürich 1945. Art. 195 N. 7-8, Art. 208 N. 5-7.

⁸²⁴ Stanislas, G., *Le droit de résolution dans le contrat de vente-Sanction de l’inexécution des obligations contractuelle*, Genève, 1977, s. 144.

⁸²⁵ Oser/Schönenberger, Art. 208 N. 5-7; Cavin, s. 101.

dönmeyle rağmen dolaylı zararın tazmin edilmesinin (özellikle müspet zararın) istenebilmesini, burada BK m. 106-108'de olduğu gibi borcun yerine getirilmemesinden dolayı sözleşmeye dayanan bir sorumluluk değil ve fakat kanunun özel bir sorumluluk hali öngördüğü gerekçesiyle açıklamaktadır⁸²⁶. Doktrindeki bazı yazarlarca savunulan bir başka görüşe göre ise, satım sözleşmesinden dönme ile müspet zararın tazmin edilmesi gereği birbiriyle bağdaşır nitelikte değildir. Dolayısıyla sözleşmeden dönme durumunda alıcı, sadece uğradığı menfi zararın tazminini isteyebilmelidir⁸²⁷. Görüldüğü üzere tıpkı yukarıda temerrüt halinde sözleşmeden dönme ile birlikte müspet zararın talep edilip edilememesinde olduğu gibi konu oldukça tartışmalıdır.

CISG sisteminde ise böyle bir tartışma yaşanmaz. CISG sistemi BK'daki gibi doğrudan ve dolaylı zarar şeklinde bir ayırıma da zaten yer vermemiştir. CISG ile alıcının sözleşmeye aykırılık sebebiyle malvarlığında meydana gelen (ölüm ve yaralanma nedeniyle doğan zararlar hariç) tüm zararların tazmin edilmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. CISG sisteminde sözleşmenin temerrüt veya ayıplı ifa nedeniyle ihlal edilmiş olması bakımından bir fark bulunmamaktadır.

C. Alıcının Diğer Seçimlik Hakları ile İlişkisi Bakımından

CISG sisteminde alıcının m. 45 f. 2 uyarınca seçimlik haklarının yanında ve bunlardan bağımsız olarak satıcıdan tazminat talep etme hakkına sahip olduğu belirtilmişti. Ancak Türk-İsviçre hukuku bu yönden CISG ile önemli ölçüde ayrılmaktadır. Buna göre BK düzenlemesinde tazminat talebinin alıcının diğer seçimlik hakları ile birlikte kullanılabilmesi tek hâl ayıplı ifa halinde alıcının sözleşmeden dönmeye rağmen alıcının ayıplı mal tesliminden doğan doğrudan ve dolaylı zararlarını talep edebileceğine ilişkin BK m. 205 düzenlemesidir. Bunun dışında alıcının malın yenisi ile değiştirilmesini, malın tamir edilmesini (kaldı ki bu hak BK'da dahi düzenlenmemiştir) ya da semenin tenzilini talep etme

⁸²⁶ Cavin, s. 101.

⁸²⁷ Stanislas, s. 146-147.

şeklindeki diğer seçimlik haklarıyla birlikte ve bunların yanında tazminat talep edebileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır.⁸²⁸ Öte yandan Türk doktrinindeki bazı yazarlarca ve Yargıtay uygulamasında tazminat talep etme hakkının dönme dışındaki diğer seçimlik haklarla birlikte kullanılabilmesi de kabul edilmektedir⁸²⁹.

D. Tazminat Talebinde Kusurun Rolü Bakımından

Daha önce aktarıldığı gibi CISG tazminat sisteminde kusurdan bağımsız bir sorumluluk öngörülmüştür. Bunun karşısında Türk-İsviçre borçlar hukuku esas olarak kusur sorumluluğu ile çalışmaktadır.⁸³⁰ Gerçekten örneğin sonraki subjektif imkânsızlık hallerine ilişkin BK m. 96 vd. hükümleri uyarınca satıcının tazminat sorumluluğu kusurun varlığına bağlanmıştır. Aynı şekilde BK m. 102'de düzenlenen gecikme tazminatının ödenmesi ya da BK m. 106'da öngörülen ifa yerine müspet zararın yahut BK m. 108 uyarınca sözleşmeden dönme sonucunda talep edilecek menfi zararın tazmini için hep satıcının kusurlu olması şartı aranmaktadır. Yine ayıplı ifa üzerine alıcının sözleşmeden dönmesi halinde BK m. 205 f. 3 uyarınca satıcının dolaylı zararlardan sorumlu tutulabilmesi için zararın doğmasında kusurlu olması gerekir. BK satım hukuku sisteminde satıcının tazminat sorumluluğunun kusura dayanmadığı (ve dolayısıyla CISG ile benzerlik gösteren) tek hâl garanti sorumluluğunun kabul edildiği ayıplı ifa halinde sözleşmeden dönen alıcının BK m. 205 f. 2 uyarınca satıcıdan talep edebileceği *doğrudan* zararların tazmin edilmesi hâlidir. Böyle bir halde satıcı ayıptan doğan doğrudan zararlar bakımından kusuruna bakılmaksızın sorumlu tutulmuştur. Görüldüğü üzere BK m. 205 f. 2'de düzenlenen bu istisna dışında CISG ile Türk borçlar hukukunun tazminat sorumluluğunda satıcının kusurunun rolü açısından farklı temellerde yükseldiği sonucuna varmak mümkündür.

⁸²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 317 ve dn. 187.

⁸²⁹ Bkz. Yavuz, *Ayıplı Sorumluluğu*, s. 187 vd.; Atamer, *CISG*, s. 317 ve dn. 187; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 2006, s.167 vd.; 13. Hukuk Dairesi, 4.11.1986, E. 1986/4397 K 1986/5272 bkz. www.kazanci.com.tr (çevrimiçi 16.04.2010); aksi görüş için bkz. Tandoğan s. 197 vd.

⁸³⁰ İki sistemin ayrıntılı mukayesesi için bkz. Atamer, *CISG*, s. 316 vd.

E. Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması Bakımından

CISG sisteminde satıcının tazminat sorumluluğunu sınırlandıran öngörülebilirlik ilkesi ilk bakışta Türk-İsviçre hukukuna yabancı bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu ilke aslında İsviçre’de çok daha önceleri; 1881 yılında yürürlüğe giren ve ancak 1911 yılında değişikliğe uğrayan İsviçre Borçlar Kanunu Art. 116’da benimsenmiş bir ilkedir. Gerçekten anılan maddede tazminatla sorumlu borçlunun yalnızca sözleşmenin akdi sırasında ifa etmeme veya gereği gibi ifa etmemenin sonuçları olarak öngörebileceği zararlarla sınırlı olarak sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır. Ancak bu düzenleme 1911 yılında yapılan gözden geçirme ile terk edilmiştir⁸³¹.

BK sisteminde tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında BK m. 98 f. 2 gereği⁸³² uygulanan hüküm hâkime bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanıyan BK m. 43’tür. Buna göre alıcıya ödenecek tazminat miktarını belirleme yetkisi hâkime tanınmıştır. Hâkim satıcının kusurunun ağırlığı, ekonomik durumu ve alıcının müşterek kusuruna göre tazminat miktarını tayin edecektir. CISG sisteminde ise hâkimin tazminatta indirim yapma yetkisi bulunmamaktadır⁸³³.

Bunun dışında BK bünyesinde öngörülebilirlik gibi bir kriter benimsenmemiştir. Öte yandan BK m. 44 ile zarar görenin zararın çoğalmaması için gerekli olağan önlemleri almaması halinde (müterafik kusur) hâkimin tazminat miktarını azaltabileceği şeklindeki hüküm sevk edilerek CISG m. 77’de hayat bulan zararı azaltma külfetine benzer ve fakat alıcının kusuruna dayalı bir düzenlemeye yer verilmiştir⁸³⁴. Böylece Serozan’ın da ifade ettiği üzere tıpkı CISG’da benimsenen öngörülebilirlik kriteri ile çakışan bir durum söz konusu olmaktadır⁸³⁵. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus şudur; BK sistemi ile CISG sistemindeki öngörülebilirlik kriteri ancak, zarar görenin uğradığı zararın

⁸³¹ Bkz. Atamer, CISG, s. 444 ve orada dn. 878.

⁸³² BK m. 98 f. 2 hükmü uyarınca; “Haksız fiilden mütevellit mes’uliyete müteallik hükümler, kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur.”

⁸³³ Erdem, *BATİDER* 1992, s. 94.

⁸³⁴ Detaylı bilgi için bkz. Oğuzman/Öz, s. 579 vd.; Reisoğlu, s. 328.

⁸³⁵ Serozan, *İfa Engelleri*, § 16 N. 6.

artmasına sebep olacağını zarar veren tarafın öngöremediği hallerde çakışmaktadır. Zira böyle bir halde zarar veren öngöremediği bir sonuç (zarar görenin zararın artmasına sebep olması) sebebiyle tazminat ödemekle sorumlu tutulmayacak veya ödeyeceği tazminat miktarında indirime gidilecektir.

Belirtmek gerekir ki, BK satım hukukunda da uygulanacak olan m. 43 ve m. 44 ile düzenlendiği gibi hâkime tanınan takdir yetkisi kullanılarak hükmedilebilecek zararın aynen tazmin edilmesine⁸³⁶ CISG düzenlemesinde yer verilmemiştir. Daha önce aktarıldığı üzere CISG para ile tazmin ilkesini benimsemiştir.

F. Tazminat Sorumluluğunun Ortadan Kalkması Bakımından

CISG m. 79, ifa etmemenin satıcının denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklanması ve satıcının bu engeli sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının mümkün olmadığı ve engelin kaçınılmaz olduğu hallerde satıcının sorumluluktan kurtulacağını düzenlemiştir. CISG m. 79 şeklinde bir sorumsuzluk sebebi Türk hukukunda yoktur. Kural, kusur olmaması halinde borçlunun tazminat borcundan sıyrılmasıdır. Gerçekten, Türk hukukunda tazminat sorumluluğunun ortadan kalkması bakımından sözleşmeye aykırılığın türüne göre farklı sonuçlara varılmaktadır. Bu kapsamda temerrüt halinde alıcının BK m. 102 (gecikme tazminatı), BK m. 106 (ifa yerine tazminat) ve BK m. 108 (dönme üzerine tazminat) uyarınca tazminat talep edebilmesi için satıcının kusurlu olması gerekir. Sonraki imkânsızlık hallerinde ise satıcı ancak BK m. 96 gereği kusurunun bulunmadığını ispat ederse tazminat sorumluluğundan kurtulabilir. Türk hukukunda satıcının tazminat sorumluluğunun kusursuz olsa dahi devam ettiği tek hal ayıplı ifa halinde sözleşmeden dönen alıcının satıcıdan (kusuru olmaksızın) uğradığı doğrudan zararların tazminini talep etmesine imkân veren BK m. 205 f. 2'dir. Bu yönüyle BK, CISG kapsamında kabul edilen garanti sorumluluğuna benzer bir düzenleme içermektedir.

⁸³⁶ Ancak uygulamada genellikle malın zarar görmesi halinde aynen tazminin olanak dışı kaldığı ve ister istemez nakden tazmine hükmedildiği yönünde bkz. Serozan, *İfa Engelleri*, § 16 N. 8; Reisoğlu, s. 332.

Diğer yandan CISG sisteminde imkânsızlığın sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra meydana çıkmış olması m. 79'un uygulanması bakımından fark yaratmaz. CISG uyarınca önceki imkânsızlık Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi sözleşmenin geçerliliğine ilişkin bir sorun olarak görülmemiştir. Yine CISG, sonraki imkânsızlığın doğmasında satıcının kusurunun olup olmadığı ile ilgilenmez. Bu sebeple CISG sisteminde satıcıya yüklenen imkânsızlık halleri Türk-İsviçre hukukundan daha geniştir. Zira CISG sisteminde hırsızlık, hastalık gibi haller satıcıyı sorumluluktan kurtarmamaktadır. Görüldüğü üzere bu tür “atipik rizikolar” CISG ile alıcıdan alınmış ve satıcının üzerine yıkılmıştır.

G. Bazı Tazminat Hesaplaması Yöntemleri Bakımından

CISG tazminat sistemi kapsamında alıcı tarafından yapılan ikame mal alımı üzerine tazminatın somut olarak hesaplanması BK m. 188 f. 2 hükmü ile benzerlik göstermektedir. Ancak CISG ile Türk hukuku arasında tazminatın talep edilebilmesi için gereken ön koşullar bakımından önemli bir fark bulunmaktadır. Zira yukarıda aktarıldığı üzere ikame mal alımının yapılması halinde CISG m. 75 uyarınca müspet zararın hesaplanması için alıcının sözleşmeden dönmüş olması gerekir. Buna karşılık BK m. 188 f. 2 uyarınca alıcının sözleşmeden dönmüş olması gerekmez. Alıcının bu metodla tazminat talep edebilmesi için sadece ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini istemesi yeterlidir. Zira bu metod, bir müspet zararın hesaplanması yöntemidir⁸³⁷. Buna ek olarak BK m. 188 f. 2 ile kabul edilen somut hesaplama yöntemi yalnızca satıcının temerrüdü hallerinde uygulanabilmektedir. Fakat CISG m. 75'e gerek temerrüt gerekse ayıplı ifa hallerinde başvurulabilecektir⁸³⁸.

Tıpkı ikame mal alımındaki somut hesaplama yöntemi gibi ikame mal alımı yapılmamış olması halinde alıcının semen ile cari fiyat arasındaki farkı (yani müspet zararı) soyut yöntemle hesaplayarak talep etmesi de gerek CISG gerekse BK m. 188 f. 3 ile tanınmıştır. Ancak zararın somut yöntemle hesaplanmasında

⁸³⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 179.

⁸³⁸ Zira CISG sisteminde temerrüt, ayıplı ifa gibi sözleşme ihlâl türleri bakımından bir ayırım yapılmamıştır.

olduğu gibi böyle bir halde BK sistemi sözleşmeden dönme için ön koşul olarak aramaz. Dolayısıyla malın cari fiyatının tespit anı CISG'daki gibi dönme anı değil, malın teslim anı olarak kabul edilmiştir⁸³⁹. Görüldüğü üzere BK m. 188 f. 3 uyarınca yapılacak soyut hesaplama da satıcının temerrüdü hallerine özgüdür. Yoksa CISG'ta olduğu gibi ayıplı ifa hallerinde de uygulanmaz.

IV. Türk Hâkiminin CISG'ı Uygulaması

Türkiye'nin CISG'a âkit ülke konumuna gelmesi üzerine Türk hukukunun bir parçası haline gelecek olan CISG, özellikle ifa engelleri sistemi bakımından Türk-İsviçre hukukundan bazı temel konularda farklı önermeler üzerine temellendirilmiş olması sebebiyle Türk hâkimleri açısından yeni bir rejimin uygulanmasını gerektirecektir.

Aslında Türk hâkimi, Türkiye'nin âkit ülke konumuna gelmeden dahi CISG hükümlerini uygulamak zorunda kalabilmektedir. Gerçekten taraflardan birisinin veya her ikisinin de işyerinin herhangi bir âkit ülkede olmadığı satım sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta, Türk devletler özel hukuku kuralları gereği⁸⁴⁰ uygulanacak ulusal hukukun, herhangi bir âkit ülke hukuku olması halinde Türk hâkiminin, bu hukukun bir parçası niteliğindeki CISG'ı uygulaması gerekir.⁸⁴¹

Türkiye CISG'a âkit ülke konumuna geldiğinde ise Türk hâkimi, işyeri Türkiye'de bulunan bir kişinin taraf olduğu bir milletlerarası satım sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlıkta, karşı tarafın işyerinin de diğer bir âkit ülkede bulunması halinde CISG hükümlerini doğrudan uygulayacaktır. Böyle bir halde sözleşme taraflarının uygulanacak hukuk olarak Türk hukukunu kararlaştırmış olmaları ise sonucu değiştirmeyecektir. Zira bu sefer Türk hâkimi,

⁸³⁹ Erdem, *BATİDER* 1992, s. 96.

⁸⁴⁰ Kast edilen 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)'dur. Bkz. 12.12.2007 tarih ve 26728 sayılı Resmi Gazete; MÖHUK sisteminde uygulanacak hukukun ne şekilde tespit edileceği yönünde detaylı bilgi için bkz. Ergin Nomer/Cemal Şanlı, *Devletler Hususi Hukuku*, 17. Bası, İstanbul 2009.

⁸⁴¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özsunay, *İBD* 78/3 (2004), s. 955; Atamer, *CISG*, s. 35; Toker, s. 48 vd.; Erdem, *BATİDER* 1992, s. 46; Erdem, *İzBD* 1989, s. 37.

Türk hukukunun bir parçası niteliğindeki CISG hükümlerine başvuracak ve ancak BK hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

Türk hâkimi CISG'ın tazminata ilişkin hükümlerini uygularken BK sisteminden bağımsız bir yaklaşım içerisinde hareket edecek ve CISG'ın otonom yapısı gereği ulusal hukuktaki tazminata ilişkin önermeleri dikkate almayacaktır. Bu kapsamda hâkim örneğin satıcının kusurlu olup olmadığı araştırması yapmayacak, sözleşmeden dönme üzerine yalnızca menfi zarara hükmetme eğiliminde olmayacaktır. Yine alıcının kullanmış olduğu seçimlik hakkın niteliğine bakmaksızın tazminata hükmedebilecektir. Öte yandan hâkim BK m. 44 uyarınca tazminat miktarının belirlenmesinde takdir yetkisini kullanmayıp bu konuda öngörülebilirlik kriterine başvuracaktır.

SONUÇ

1988 yılında yürürlüğe giren CISG günümüzde milletlerarası mal satımlarında uygulanan en önemli hukuk kaynaklarından biridir. 76 ülkenin âkit olduğu CISG, milletlerarası alanda yeknesak bir satım hukukunun oluşması sürecinde önemli bir yere sahiptir. CISG, milletlerarası menkul mal satımlarında uygulanacak maddi hukuk kurallarını içerir. Bir satım sözleşmesine CISG'in uygulanabilmesi için her iki sözleşme tarafının işyerlerinin farklı iki âkit ülkede bulunması gerekli ve yeterlidir.

CISG adeta *common law* ve *civil law* sistemlerinin bir sentezi niteliğinde olup, her iki hukuk sisteminden etkilenecek kaleme alınmıştır. Bununla birlikte ifa engelleri hukuku bakımından *common law* sisteminin CISG üzerindeki etkisi daha ağır basmaktadır. Gerçekten ifa engelleri bakımından CISG, tıpkı *common law* sisteminde olduğu gibi yeknesak bir sözleşmeye aykırılık (*breach of contract*) sistemini benimsemiş ve ifa engellerinin türleri bakımından herhangi bir ayırım yapmamıştır. Sözleşmenin satıcı tarafından ihlal edilmesi halinde alıcının sahip olduğu haklar bakımından ise Antlaşma dörtlü bir ayırımı gitmiştir. Buna göre sözleşmenin ihlali karşısında alıcı aynen ifayı talep etme (malın tamir edilmesi ve yenisi ile değiştirilmesi dahil), semenin tenzilini talep etme ve sözleşmeden dönme hakkına sahip kılınmış ve bu haklardan bağımsız ve bunların yanında kullanılabilir olan tazminat talep etme hakkına sahip kılınmıştır. Alıcının sözleşmeden dönme ve malın yenisi ile değiştirilmesini talep etme hakları bakımından CISG, sözleşme ihlalinin belirli bir ağırlıkta olmasını aramış ve bunun tespit edilmesinde sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş olmasını (*fundamental breach*) kriter olarak belirlemiştir.

Alıcının tazminat talep etme hakkı bakımından CISG sisteminde, sözleşmenin satıcı tarafından ihlal edilmiş olması ve bundan dolayı bir zararın doğmuş olması yeterli görülmüştür. Ayrıca satıcının kusurlu olup olmadığı ile ilgilenilmemiştir. CISG sisteminde tam tazmin ilkesi benimsenmiş ve böylece hem fiili zararların hem de yoksun kalınan kârın talep edilebilmesi mümkün

kılınmıştır. Antlaşma sisteminde Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi müspet-menfi zarar ayırımına yer verilmemiştir.

Alıcının uğradığı zararlar CISG m. 74 kapsamında kural olarak somut yöntemle hesaplanmaktadır. CISG m. 75 ile alıcının sözleşmeden dönmesi üzerine ikame mal alımı yapmış olması halinde uğranılan zararın nasıl hesaplanacağına ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Somut yöntemle zararın hesaplanmasına ilişkin kuralın istisnası ise CISG m. 76'da kabul edilmiştir. Buna göre sözleşmeden dönen alıcının ikame mal alımı yapmamış olması halinde dahi soyut yöntemle uğradığı zararları talep edebilmesine imkân tanınmıştır. CISG m. 75 ve m. 76'da belirtilen özel durumların haricinde ise Antlaşma uyarınca alıcının uğradığı zararların m. 74'e göre hesaplanması gerekmektedir.

Tazminat talep etme hakkının sınırını *common law* sisteminden esinlenerek benimsenen öngörülebilirlik (*foreseeability*) ilkesi teşkil etmektedir. Buna göre satıcının ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarı ancak sözleşmenin kurulduğu anda öngördüğü veya öngörmesi gerektiği zararlar ile sınırlı tutulmuştur.

Satıcının tazminat sorumluluğunun kalkması bakımından ise CISG m. 79 ile satıcının kontrolü dışında gelişen, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının mümkün olmadığı ve sonuçlarıyla beraber kaçınılamaz olan bir engelden kaynaklanan sözleşme ihlallerinden dolayı tazminat sorumluluğunun ortadan kalkacağı şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Böylece kusursuz sorumluluğu bulunan satıcının tazminat sorumluluğuna bir istisna getirilmiştir.

Türk-İsviçre hukukundan önemli noktalarda farklılık gösteren CISG, 7 Nisan 2010 tarih ve 27545 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 11 Mart 2010 tarihli Bakanlar Kurulu Kararnamesi ile Antlaşmaya katılma belgesinin tevdi edilmesine karar verilmesi ve 1 Ağustos 2010 tarihinde katılma belgesinin tevdi edilmesi üzerine Türk hukukunun bir parçası olma yolunda hızla ilerlemektedir. Türkiye bakımından CISG'in yürürlüğe girmesiyle birlikte Türk hukukunda yeni

bir sayfa açılmaktadır. CISG'ın Türk hukukunun bir parçası olarak uygulamaya konulmasıyla birlikte milletlerarası satımlardan doğan uyuşmazlıklarda CISG hükümleri doğrudan uygulanabilir hale gelecektir. Bunun için sözleşme taraflarından birisinin işyerinin Türkiye'de, diğerinin ise başka bir âkit ülkede olması CISG'ın Türk hâkimleri tarafından uygulanması için yeterli olacaktır. Aynı şekilde tarafların Türk hukukunun uygulanmasını kararlaştırdıkları bir satım sözleşmesine bundan böyle Türk hukukunun bir parçası sayılan CISG uygulanacaktır. Böylece milletlerarası menkul mal satımlarında hâlihazırda 76 ülkeyle birlikte yeknesak bir şekilde CISG uygulanacaktır.

Türkiye'nin CISG'a katılması şüphesiz Türkiye'nin başta AB ülkeleri gelmek üzere yoğun ticari ilişkilerde bulunduğu ülkelerin çoğunun CISG'a âkit ülke konumunda olduğu düşünüldüğünde, bu ülkeler ile ticari ilişkilerin yürütülmesi, yeknesak bir satım hukukunun oluşturulması ve ulusal hukukların yarattığı belirsizliklerin aşılması bakımından oldukça önemlidir. Diğer yandan CISG'ın Türk hâkimleri tarafından sorunsuzca uygulanacağını söylemek güçtür. Bu konuda hâkimlere oldukça önemli görevler düşmektedir. Ancak bu konuda ümitsizliğe kapılmamak gerekir. Başta Almanya ve İsviçre olmak üzere birçok AB ülkesinde CISG'a ilişkin akademik çalışmaların yoğun bir şekilde yürütülüyor olması ve CISG uygulamasına yönelik ciddi ve kolay erişilebilir bir içtihat kaynağının oluşması, CISG'a uyumun sağlanması ve CISG'ın yeknesak bir biçimde yorumlanarak uygulanması açısından büyük rol oynayacaktır.