

T.C.

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN  
SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ  
MİLLETLER ANTLAŞMASI (CISG)  
KAPSAMINDA SÖZLEŞMENİN ESASLI İHLALİ**

Murat SARIKAYA

2501110299

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Halil AKKANAT

İstanbul 2013



Y Ü K S E K L İ S A N S  
T E Z O N A Y I

ÖĞRENCİNİN

Adı ve Soyadı : MURAT SARIKAYA Numarası : 2501110299

Anabilim/Bilim Dalı : ÖZEL HUKUK Danışman: Prof. Dr. HALİL AKKANAT

Tez Savunma Tarihi : 25.07.2013 Tez Savunma Saati : 10.00

Tez Başlığı : MİLLETLERARASI MAL SATIMINA İLİŞKİN SÖZLEŞMELER HAKKINDA BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ANTLAŞMASI ( CISG ) KAPSAMINDA SÖZLEŞMENİN ESASLI İHLALİ

TEZ SAVUNMA SINAVI, Lisansüstü Öğretim Yönetmeliği'nin 36. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜ'NE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR. HALİL AKKANAT		Kabul
2- PROF.DR. YUSUF BÜYÜKAY		Kabul
3- DOÇ.DR. BİLGEHAN ÇETİNER		Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1-DOÇ.DR. MUZAFFER ŞEKER		
2- DOÇ.DR. ZEKERİYA KURŞAT		

## ÖZ

### **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Kapsamında Sözleşmenin Esaslı İhlali - Murat Sarıkaya**

Bu çalışmada, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın (CISG) 25. maddesi kapsamında "sözleşmenin esaslı ihlali" kavramı incelenmiştir. Borçlar Hukuku'muz bakımından yeni bir kurum olduğu ifade edilebilecek olan bu kavram, Antlaşma'nın ifa engelleri sisteminde merkezî bir öneme sahiptir. Zira esaslı ihlal, her şeyden önemlisi, sonuçları nazara alındığında ağırlığı en büyük olan hukukî çarelerden sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimini talep edebilmenin ön koşuludur. Bu bakımdan çalışmanın temel amacı; esaslı ihlal kavramını Antlaşma'daki konumu, kıstasları ve örnekleriyle hukuk çevremize tanıtmaktır. Bu çerçevede öncelikle, Antlaşma'nın ifa engelleri sisteminin temel prensipleri ve bu sistem içerisinde esaslı ihlalin konumu araştırılmıştır. Akabinde bir sözleşme ihlalinin esaslı kabul edilebilmesi için CISG m. 25 hükmünün aradığı genel kıstaslar detaylı şekilde analiz edilmiş ve bunun da ardından, sözleşme ihlalinin görünüm şekilleri özelinde esaslı ihlal değerlendirmesinin ne yönde gelişeceği incelenmiştir. Bu amaçla çalışmanın genelinde, gerek ulusal literatür gerekse de milletlerarası doktrin ve yargı kararları göz önünde tutulmuştur. Görülmüştür ki esaslı ihlal kavramı, sözleşme ihlaline bağlanan sonuçları bu ihlalin ağırlığına göre tespit edebilmemize olanak sağlayan esnek bir yaklaşım olarak, bundan sonraki hukukî tartışmalara ve gelişmelere de yön verecek bir kurum olmaya adaydır.

**Anahtar Kelimeler:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, CISG, Madde 25, Sözleşmenin esaslı ihlali, İfa engelleri sistemi, Sözleşmeden dönme, İkame mal teslimi, Sözleşme ihlali

## ABSTRACT

### **Fundamental Breach of Contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) - Murat Sarıkaya**

In this thesis, the term of fundamental breach of contract is examined pursuant to Article 25 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). As a new concept for the Turkish Law of Obligations, the fundamental breach of contract has a great importance in the remedial system of the Convention. Above all, the fundamental breach of contract is the prerequisite for the avoidance of contract and the claim for substitute goods which are the most rigorous remedies considering their drastic consequences. Therefore, the main purpose of this study is to introduce the notion of the fundamental breach to our legal community by taking into account its position in the Convention as well as its criteria and examples. In this respect, the basic principles of the remedial system of the Convention and the position of the fundamental breach therein have been initially explained. Subsequently, the general criteria, which are sought in accordance with Article 25 of the CISG while considering a breach as fundamental, have been examined in detail and following this, the course of fundamental breach analysis in the context of specific forms of breach of contract has been studied. For this purpose, the legal doctrine and the judicial precedents have been taken into consideration in both national and international level throughout the study. In conclusion, it has been ascertained that the notion of the fundamental breach, as a flexible legal concept to determine the appropriate remedies for the breach of contract in reference to its impact on the aggrieved party, is likely to play a key role in further legal discussions and developments.

**Key Words:** United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG, Article 25, Fundamental breach of contract, Remedial system, Avoidance of contract, Claim for substitute goods, Breach of contract

## ÖNSÖZ

1 Ağustos 2011 tarihinde ülkemizde yürürlüğe girmiş olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, satım hukukumuzda yeni bir soluk getirmiştir. Yakın gelecekte, Antlaşma'nın uygulanmasına ilişkin olarak Türk mahkemelerince verilmiş kararları saptayabilmemizin de mümkün olacağı inancındayız. Bu bakımdan, Antlaşma'nın sisteminin ve kavramlarının Türk hukukçularına tanıtılması, Antlaşma'nın ülkemizde de sağlıklı ve etkin şekilde uygulanabilmesinin teminatı olacaktır. Biz de bu amaçla, Antlaşma'daki "sözleşmenin esaslı ihlali" kavramını çalışmamıza konu edinmiş ve bu kavramı, gerek ifa engelleri sistemi içerisindeki konumu gerekse de kıstasları ve uygulamasındaki örnekleriyle incelemeyi amaçlamış bulunmaktayız.

Esaslı ihlal kavramının Antlaşma literatüründe hayli yoğun tartışmaları bünyesinde barındırması, çalışmamız için belirgin güçlükleri beraberinde getirmesine karşın, bu kavramı araştırması zevkli bir konu kılmıştır. Çalışmamızın neticesinde, esaslı ihlal kavramında görülen güçlükleri tatmin edici çözüm yolları ile aşmış olmayı ve bu kavrama yüklenmesi gereken anlamı açıklığa kavuşturmuş bulunmayı ümit etmekteyiz.

Nihayet tezimizin tamamlanmasında emeği geçenleri ve katkıda bulunanları zikretmememiz düşünülemez. Giessen Justus Liebig Üniversitesi'ndeki tez araştırmalarımın üç aylık bir bölümüne tahsis ettiği yüksek lisans araştırma bursundan ötürü Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı'na teşekkür ederim.

Son olarak fakat en önemlisi, bu tezin hazırlanmasında büyük desteği olan Hocalarıma ve çalışma dostlarıma teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Öncelikle, lisans eğitimimi tamamlamamın ardından hiçbir konuda akademik desteğini esirgemeyen ve tez danışmanlığımı da üstlenmek nezaketini göstererek çalışmamıza, konusunun belirlenmesinden neticelenmesine kadar geçen her evrede gerekli tüm desteği veren saygıdeğer Hocam Sayın Prof. Dr. Halil Akkanat'a şükranlarımı sunarım. Yine

değerli Hocam Sayın Doç. Dr. Bilgehan Çetiner'e, çalışmamıza dair her vesile ile paylaştığı değerli önerileri ve yapıcı eleştirileri için ne kadar teşekkür etsem azdır.

Tezin hazırlık sürecinde yaşanan meşakkatli dönemlerde, vermiş oldukları manevi destek ile güçlükleri hafifleten sevgili meslektaşlarımı ve dostlarımı da unutmam mümkün değildir. Türk Alman Üniversitesi'nin değerli mensuplarından; Medeni Hukuk Anabilim Dalı'nda sevgili kürsü arkadaşım araştırma görevlisi Mustafa Tolga Özer'e ve Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi sevgili Anıl Köroğlu'na teşekkürlerimi sunarım.

## İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖNSÖZ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	1

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### I. ESASLI İHLAL KAVRAMININ ANTLAŞMA'DAKİ YERİ VE ÖNEMİ

A. Antlaşma'nın İfa Engelleri Sisteminin Temel Özellikleri .....	5
1. Genel Açıklamalar .....	5
2. Sözleşme İhlali Hâlinde Alacaklıya Sunulan Hukukî Çarelerin Genel Şablonu .....	6
3. "Yeknesak Sözleşmeye Aykırılık" Prensibi.....	9
4. Kusurdan Bağımsız Sorumluluk Sistemi ve Sorumluluktan Kurtulmanın Temel Çerçevesi.....	11
B. CISG m. 25 Hükmü Kapsamında Esaslı İhlal Kavramının Antlaşma'da Sahip Olduğu Fonksiyon.....	13
1. Esaslı İhlal Kavramının İfa Engelleri Sistemindeki Merkezî Konumu .....	13
2. Esaslı İhlali Bir Ön Koşul Olarak Aramanın Gerekçesi .....	16
C. CISG m. 25 Hükmünün Genel Hatları .....	18
1. Hükmün Düzenlenme Şekli .....	18
2. Hükme Yöneltilen Eleştiriler .....	21
D. CISG m. 25 Hükmü Kapsamında Esaslı İhlal Kavramının Hukuk Uyumlaştırması Projeleri ve Türk Borçlar Hukuku ile Mukayesesi.....	23
1. Genel Açıklamalar .....	23
2. Hukuk Uyumlaştırması Projelerindeki Muadil Hükümler.....	24
3. Türk Borçlar Kanunu'nun Mukayese Edilebilir Düzenlemeleri .....	28

E. Esaslı İhlal Değerlendirmesinde Yardımcı Normlar .....	33
1. Genel Açıklamalar .....	33
2. Taraf İradelerinin Önceliği (CISG m. 6).....	33
3. CISG m. 7 Çerçevesinde CISG m. 25 Hükümünün Yorumu .....	37
4. CISG m. 8 ve m. 9 Kapsamında Akdi İlişkiyi Çevreleyen Koşullar .....	46
a. Sözleşmenin Yorumu (CISG m. 8) .....	46
b. Taraflar İçin Bağlayıcı Teamüller ve Alışkanlıklar (CISG m. 9) .....	49
c. Ticari Terimlerin Yorumu .....	55
F. Esaslı İhlal Hükümünün Tarihçesi.....	61
1. Genel Açıklamalar .....	61
2. UNCITRAL Öncesi Metinlerdeki Süreç.....	63
a. Erken Dönemdeki İlk Çalışmalar .....	63
b. ULIS m. 10 Hükümünün Düzenlemesi.....	66
3. UNCITRAL'in Yönlendirdiği Hazırlık Çalışmaları ve Viyana Konferansı'nda CISG m. 25 Hükümünün Kabulü.....	67
a. Genel Açıklamalar.....	67
b. Viyana Konferansı Öncesi Gelişmeler.....	68
c. Viyana Konferansı'nda Esaslı İhlal Hükümünün Tartışılması .....	73
(1) Birinci Komitede Gerçekleşen Müzakereler .....	73
(2) Ad hoc Çalışma Grubu Tarafından Sunulan Düzenleme .....	78
(3) Tasarı Komitesi'nin Sunduğu Düzenleme ve Genel Kurul'da Kabulü..	79
4. Hazırlık Tarihçesine İlişkin Genel Değerlendirme .....	80

## İKİNCİ BÖLÜM

### II. CISG m. 25 HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE ESASLI İHLALIN GENEL DOKTRİNİ

A. Esaslı İhlalin Kıstasları.....	82
1. Genel Açıklamalar .....	82
2. Sözleşme İhlali .....	83
a. "Sözleşme İhlali" Kıstasının Kapsamı .....	83
b. "Sözleşme İhlali" Kıstasının İşlevi.....	92



c. İspat Yüğü .....	95
3. Sözleşme İhlalinin Önemli Bir Olumsuzluğa Yol Açması .....	96
a. Genel Açıklamalar .....	96
b. Geniş Anlamda Olumsuzluk .....	97
(1) Olumsuzluk Kıstasının Kapsamı .....	97
(2) Olumsuzluk Kıstasının İşlevi .....	102
c. Sözleşme Uyarınca Beklenmekte Haklı Olunan Menfaatler.....	106
(1) Sözleşme Uyarınca Beklenmekte Haklı Olunan Menfaatlerin Kapsamı .....	106
(2) Sözleşme Uyarınca Beklenmekte Haklı Olunan Menfaatlerin Saptanmasının Önemi ve İşlevi.....	109
d. Meşru Menfaatlerden Önemli Ölçüde Yoksunluk .....	111
e. İspat Yüğü .....	120
4. Öngörülebilirlik.....	121
a. Genel Açıklamalar.....	121
b. Öngörülebilirlik Kıstasının Kapsamı .....	123
(1) Sübjektif Değerlendirme .....	123
(2) Objektif Değerlendirme.....	124
c. Öngörülebilirlik Kıstasının Sözleşme İçeriği ile Bağlantısı.....	126
d. Öngörülebilirlik Kıstasının İşlevi.....	130
e. Öngörülebilirliğin Aranacağı Zaman Dilimi .....	133
f. İspat Yüğü.....	142
B. Kullanılmak İstenen Hakka Bağlı Olarak Esaslı İhlal Değerlendirmesinin Çerçevesi.....	144
C. Esaslı İhlal Değerlendirmesinde Sözleşme Hükümlerinin Sahip Olduğu Etkinin Sınırı.....	148
D. Borçlunun Kusurlu İhlalinin ve Sözleşmenin İfa Edileceğine Duyulan Güvenin Yitirilmesinin Esaslı İhlal Üzerindeki Etkisi.....	152
E. Ek Süre Tanıma İmkânının Esaslı İhlal Üzerindeki Etkisi .....	155
F. Esaslı İhlal Kıstalarının Yorumlanmasına İlişkin Genel Değerlendirme .....	160

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**III. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ ÖZELİNDE**  
**ESASLI İHLAL İNCELEMESİ**

A. Genel Açıklamalar.....	164
B. Satıcının Borçlarına İlişkin Olarak Görülen Tipik Sözleşme İhlalleri .....	165
1. Sözleşme Konusu Malların Teslim Edilmemesi .....	165
2. Malların Geç Teslimi .....	173
a. Malların Geç Teslimi Hâlinde Esaslı İhlal Değerlendirmesinin Genel Özellikleri.....	173
b. Sözleşmede Incoterms'e Yer Verilmesinin Etkisi .....	180
3. Malların Erken Teslimi .....	183
4. Teslim Edilen Malların Sözleşmeye Aykırı Olması .....	184
a. Genel Açıklamalar.....	184
b. Alıcının Mallardan Makul Şekilde Yararlanma Olanağı .....	192
c. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkının Etkisi.....	203
d. Aliud İfa .....	222
e. Malların Kararlaştırılan Miktarda Teslim Edilmemesi .....	224
5. Teslim Edilen Mallarda Hukukî Ayıp Bulunması .....	225
6. Belgelere İlişkin Yükümlülüklerin İhlali .....	229
a. Genel Açıklamalar.....	229
b. Belgeye Dayalı Emtia Satımlarında Esaslı İhlal Değerlendirmesi .....	232
C. Alıcının Borçlarına İlişkin Olarak Görülen Tipik Sözleşme İhlalleri .....	237
1. Semeninin Ödenmemesi.....	237
2. Semeninin Geç Ödenmesi .....	239
3. Malları Teslim Alma Borcunun İhlali.....	242
D. Alıcının ve Satıcının Yan Edim Yükümlülüklerinin İhlali .....	245
<b>SONUÇ.....</b>	<b>249</b>
<b>KAYNAKÇA.....</b>	<b>259</b>

## KISALTMALAR

AC	: Advisory Council
a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
a.g.t.	: Adı geçen tez
Art.	: Article
aş.	: Aşağıda
b.a.	: Eserin bütünü
bkz.:	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
c.	: Cümle
Ch.	: Chapter
CIETAC	: China International Economic and Trade Arbitration Commission
CISG	: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Çev.	: Çeviren
DCFR	: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference
dn.	: Dipnot
Ed.	: Editör
Ewca Civ	: England and Wales Court of Appeal (Civil Division) Decisions
ICC	: International Chamber of Commerce
inc.	: İnceleyiniz

Incoterms	: International Commercial Terms
karş.	: Karşılaştırınız
k.g.:	: Karşı görüş
m.	: Madde
N.	: Numara
örn.	: Örneğin
PECL	: Principles of European Contract Law
PICC	: UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
UCP	: Uniform Customs and Practice for Documentary Credits
ULF	: Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods
ULIS	: Uniform Law on the International Sale of Goods
UN	: United Nations
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	: International Institute for the Unification of Private Law
v.	: Versus
vd.	: Ve devamı
Y.	: Yıl
yuk.	: Yukarıda

## GİRİŞ

Ulusal sınırları aşan ticaretin gelişmesine paralel olarak, buna ilişkin hukuk kurallarının ve şüphesiz satım sözleşmesine uygulanacak hukukun yeknesaklaştırılması, doğal bir ihtiyaç olarak ortaya çıkar. Nitekim bu uğurda uzunca bir süre uğraş verildiği görülmektedir. UNIDROIT'in 1926 yılında kurulmasını takiben Ernst Rabel öncülüğünde uluslararası satım hukukunun yeknesaklaştırılması amacıyla başlayan çalışmalar<sup>1</sup>, 1964 yılında ilk nihai ürünlerini vermiş ve ULIS ("Menkullerin Milletlerarası Satımına İlişkin Yeknesak Kanun" / "Uniform Law on the International Sale of Goods") ile ULF ("Menkullerin Milletlerarası Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kurulması Hakkında Yeknesak Kanun" / "Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods") 1 Temmuz 1964 tarihinde Lahey'de kabul edilmiştir<sup>2</sup>. Bu aşamaya gelinceye kadar ise 1935 yılında ilk taslak çalışma açıklanmış<sup>3</sup>, bunu 1939 yılında hazırlanan taslak takip etmiş; fakat İkinci Dünya Savaşı ile birlikte bu süreç kesintiye uğramıştır<sup>4</sup>. 1951 yılında yeniden başlayan çalışmaların ardından, 1956 ve 1963 tarihlerinde iki ayrı taslak daha açıklanmış ve nihayet 1964 tarihinde bu süreç, Lahey Konferansı'nda Antlaşmaların kabulüyle sonuçlanmıştır<sup>5</sup>.

ULIS ve ULF'nin uluslararası boyutta beklenen ilgiyi görmemesi ve bu Antlaşmalara taraf olan oldukça yetersiz devlet sayısı nazara alındığında, söz konusu Antlaşmaların uluslararası satım hukukunda yeknesaklığı sağlama amacını yerine

---

<sup>1</sup> James J. Fawcett, Jonathan M. Harris, Michael Bridge, **International Sale of Goods in the Conflict of Laws**, New York, Oxford University Press, 2005, N. 16.10; Ali Gümrah Toker, **11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s. 20.

<sup>2</sup> M. Bridge (General Ed.), **Benjamin's Sale of Goods**, 8. Bası, London, Sweet & Maxwell, 2010, (Rawlings), N. 1-024; Fawcett/Harris/Bridge, **a.g.e.**, N. 16.10.

<sup>3</sup> Fawcett/Harris/Bridge, **a.g.e.**, N. 16.10.

<sup>4</sup> Ergun Özsunay, "1980 Tarihli 'Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması' (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. LXXVIII, S. 3, 2004, s. 908; Fawcett/Harris/Bridge, **a.g.e.**, N. 16.10; Yeşim M. Atamer, **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2005, s. 22; Toker, **a.g.e.**, s. 21.

<sup>5</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 22; Zafer Zeytin, **Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri (CISG) Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s. 30; Toker, **a.g.e.**, s. 21, 22.

getiremeyeceği anlaşılmış ve bu kez UNCITRAL tarafından, ULIS ve ULF'nin metinlerini gözden geçirmek, daha geniş çapta kabul görebilecek bir metin hazırlamak maksadıyla çalışmalara başlanmıştır<sup>6</sup>. 1970 yılından itibaren faaliyet gösteren bir çalışma grubu, 1976 yılında satım sözleşmesinin esasına ilişkin bir taslak hazırlamıştır. Bu taslak UNCITRAL Komisyonu tarafından gözden geçirilmiş ve 1977 yılında yeni bir taslak yayınlanmıştır. Aynı yıl satım sözleşmesinin kurulmasına ilişkin taslak da bitirilmiştir. 1978 yılında ise sözleşmenin kurulmasına ve esasına ilişkin konuları birleştiren Antlaşma Taslağı hazırlanmıştır<sup>7</sup>. Bu Antlaşma Taslağı'nı müzakere etmek üzere 10 Mart - 11 Nisan 1980 tarihleri arasında Viyana'da bir diplomatik konferans düzenlenmiş ve bu konferans sonunda Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması<sup>8</sup> ("United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods"), uluslararası satım hukukunda birliği sağlamak üzere kabul edilmiştir<sup>9</sup>. Başlangıçta ULIS ve ULF'nin hükümlerinin gözden geçirilmesi amaçlanmış olsa da nihai olarak imzalanan CISG metni, bazı konularda bu öncül çalışmalardan oldukça farklı bir içeriğe sahip olmuştur<sup>10</sup>. Gerekli koşulların sağlanmasıyla<sup>11</sup> 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe giren CISG'a, 02.07.2013 tarihi itibarı ile Türkiye dâhil, pek çoğu dünya ticaretinde önemli rol oynayan 79 ülke taraf durumdadır<sup>12</sup>. Milletlerarası karakterli taşınır mal satımlarını konu edinen Antlaşma'nın<sup>13</sup>, uluslararası camiada

<sup>6</sup> Benjamin/(Rawlings), **a.g.e.**, N. 1-024; Fawcett/Harris/Bridge, **a.g.e.**, N. 16.10.

<sup>7</sup> Fawcett/Harris/Bridge, **a.g.e.**, N. 16.10, 11; Atamer, **a.g.e.**, s. 23; Toker, **a.g.e.**, s. 25.

<sup>8</sup> Çalışma kapsamında "CISG" veya "Antlaşma" olarak anılmıştır.

<sup>9</sup> Özsunay, **a.g.m.**, s. 910; Benjamin/(Rawlings), **a.g.e.**, N. 1-024; Fawcett/Harris/Bridge, **a.g.e.**, N. 16.10; Atamer, **a.g.e.**, s. 23.

<sup>10</sup> Benjamin/(Rawlings), **a.g.e.**, N. 1-024.

<sup>11</sup> CISG m. 99/I: "*Bu Antlaşma, bu maddenin 6. fıkrası saklı kalmak kaydıyla, 92. madde uyarınca yapılmış bir beyanı içeren bir belge dahil olmak üzere, onuncu onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin tevdi edildiği tarihten itibaren on iki ayın tamamlanmasını izleyen ayın ilk gününde yürürlüğe girer.*" Çalışmada yer verilen Türkçe Antlaşma hükümlerinde, Bakanlar Kurulu tarafından alınan 11.03.2010 tarih ve 2010/247 sayılı Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Katılmamız Hakkında Karar'da (R.G.: T. 07.04.2010, S. 27545) yer verilen metne riayet edilmiştir.

<sup>12</sup> Taraf devletlerin listesi için bkz.: (Çevrimiçi) [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html), 02.07.2013. Antlaşma, 01.08.2011 tarihinden bu yana Türkiye için yürürlüktedir.

<sup>13</sup> Toker, **a.g.e.**, s. 75, 88. Çalışmamızın devamında, Antlaşma'nın uygulama alanına özel bir başlık açmaksızın, Antlaşma'nın uygulanmasına ilişkin koşulların (CISG m. 1 - 6, m. 100) sağlanmış olduğu kabulünden hareket etmiş bulunmaktayız.

gördüğü bu geniş kabul sayesinde, yeknesaklığı sağlama amacı yolunda önemli bir mesafe katetmiş olduğu ifade edilebilecek durumdadır.

Hâlihazırda Antlaşma, Türk Hukuku'nun bir parçası hâline gelmiştir. Keza Türk hâkiminin, doğrudan uygulanırlığa ilişkin şartlar sağlandığında Antlaşma'yı, devletler özel hukuku kurallarına bakmaksızın uygulaması gerekecektir (CISG m. 1/I.a). Bu bakımdan, Antlaşma'nın satım sözleşmesine ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'na nazaran farklı hükümler içerebildiği dikkate alındığında, bilhassa bu farklılıkların incelenmesi ve anlaşılması önem arz etmektedir. Biz de çalışmamıza, Borçlar Hukuku'muz açısından bir yenilik kabul edilebilecek olan "sözleşmenin esaslı ihlali" kavramını konu edinmiş bulunmaktayız.

Çalışmamız temelde, esaslı ihlal kavramının düzenlendiği CISG m. 25 hükmü etrafında gelişmiştir. Bununla beraber, esaslı ihlal kavramının içeriğini saptamak, Antlaşma'daki konumunu belirginleştirmek ve önemini ortaya koymak bakımından, Antlaşma'nın ilgili diğer düzenlemelerinin de araştırılması şüphesiz bir gereklilik olmuştur. Bu çerçevede incelememizi üç bölüm altında toplamış bulunmaktayız.

İlk bölüme başlarken Antlaşma'nın ifa engelleri sisteminin temel özellikleri izah edildikten sonra, esaslı ihlal kavramının bu sistemdeki konumu ve önemi açıklanmaya çalışılmıştır. Bunun devamında, CISG m. 25 hükmünün genel hatları ortaya konmuş ve ayrıca, diğer hukuk metinlerindeki mukayese edilebilir düzenlemeler araştırılmıştır. Akabinde, esaslı ihlal değerlendirmesi yaparken ihtiyaç duyulan Antlaşma kapsamındaki diğer yardımcı normların içerikleri araştırılmıştır. Nihayet, esaslı ihlal düzenlemesinde yer verilen kavramları somutlaştırabilmemize çoğu zaman yardımcı olan CISG m. 25 hükmünün hazırlık tarihçesi ayrıca incelenmiş ve tarihçeden çıkarılabilen sonuçlar ortaya konmuştur.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise esaslı ihlal değerlendirmesinin genel kıstasları, çerçevesi ve bu değerlendirmeyi etkileyebilen özel durumlar incelenmiştir. Bu kapsamda özellikle, CISG m. 25 hükmünde yer verilen "olumsuzluk", "beklenmekte haklı olunan menfaat", "önemli ölçüde yoksunluk" veya

"öngörülebilirlik" gibi kavramların ne anlam ifade ettiğinin açıklanması ikinci bölümün temel amacı olmuştur.

Nihayet çalışmamızın son bölümünde, sözleşme ihlalinin görünüm şekilleri özelinde esaslı ihlal değerlendirmesinin ne şekilde gelişeceği irdelenmiştir. Bu amaçla, satım sözleşmelerinde satıcının ve alıcının borçlarına ilişkin olarak sıklıkla görülen sözleşme ihlalleri için yapılması gereken esaslı ihlal değerlendirmesinin yanı sıra, tarafların yan edim yükümlülüklerini ihlal etmeleri hâlinde esaslılık değerlendirmesinin ne yönde gelişebileceğine ilişkin kriterler ortaya konmaya çalışılmıştır.

Belirtmek gerekir ki Antlaşma'nın uygulamasına yönelik olarak, hâlihazırda kapsamlı bir doktrinel kaynakça ve içtihat zenginliği bulunmaktadır. Çalışmanın genelinde, Antlaşma'nın milletlerarası niteliğine uygun olarak, bu kaynaklardan hem ulusal hem de uluslararası ölçekte yararlanmayı amaç edinmiş bulunmaktayız. CISG uygulamasına yönelik kararların araştırılması noktasında özellikle, kararlara ulaşımın kolaylığından dolayı CISG-online.ch veri bankasından<sup>14</sup> istifade edilmiş ve incelenen kararların bu veri bankasında sahip olduğu numara ayrıca belirtilmiştir. Bu veri bankası üzerinden ilgili kararın gerek orijinal metnine gerekse de İngilizce tercümesine erişim çoğu zaman mümkün olmaktadır.

---

<sup>14</sup> Bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=28>, 02.07.2013.



## BİRİNCİ BÖLÜM

### I. ESASLI İHLAL KAVRAMININ ANTLAŞMA'DAKİ YERİ VE ÖNEMİ

#### A. Antlaşma'nın İfa Engelleri Sisteminin Temel Özellikleri

##### 1. Genel Açıklamalar

İfa engelleri sistemini açıklamaya başlarken öncelikle Antlaşma'nın, *civil law* sistemi ile *common law* sistemi prensiplerini bir arada kullanabilen bir metin olarak karşımızda durduğunu ifade etmeliyiz<sup>15</sup>. Antlaşma'yı hazırlayanların farklı hukuk çevrelerinden gelmiş olduğu ve temel amaçlarının, ULIS hükümlerine nazaran uluslararası arenada daha geniş çaplı kabul görebilecek bir metin hazırlamak olduğu düşünüldüğünde, bu durum kolaylıkla anlaşılabilir. Antlaşma hükümlerinin kabulünde, ortak bir paydada buluşma çabası ön plana çıkmıştır<sup>16</sup>. Bu bakımdan CISG'in ifa engelleri sistemi bazı açılardan Türk hukukçularına tanıdık gelebilir; fakat iki sistem arasında çok önemli farklılıklar da bulunduğunu derhal vurgulamamız gerekir<sup>17</sup>. Bu hususa çalışma kapsamında, yeri geldikçe dikkat çekilmiştir.

---

<sup>15</sup> Yeşim M. Atamer, "Saticının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", **Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)**, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 221; Erhan Kanişlı, **CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Saticının Hakları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 46.

<sup>16</sup> Jacob S. Ziegel, "The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives", **International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Ed. Nina M. Galston, Hans Smit, New York, Matthew Bender, 1984, Ch. 9, s. 3.

<sup>17</sup> Keza CISG'in ifa engelleri sisteminde yoğun bir *commom law* etkisi görüldüğü yönünde bkz.: Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 221.

## 2. Sözleşme İhlali Hâlinde Alacaklıya Sunulan Hukukî Çarelerin Genel Şablonu

Sözleşmenin borçlu tarafından ihlali hâlinde alıcı ve satıcının sahip olduğu hukukî imkânların temel şablonu, sırasıyla CISG m. 45 ve CISG m. 61 hükümlerinde ortaya konmuştur:

CISG m. 45/I hükmünün açılımı yapılırsa<sup>18</sup> sözleşmenin satıcı tarafından ihlal edilmesi hâlinde alıcı, ifayı talep edebileceği gibi (CISG m. 46)<sup>19</sup>, prensip olarak sözleşmenin esaslı ihlali hâlinde sözleşmeden dönebilir (CISG m. 49) veya sözleşmeye aykırı mal teslim edilmişse semenin tenzilini isteyebilir (CISG m. 50) ve tüm bu imkânlara ek olarak ya da tek başına<sup>20</sup> satıcıdan tazminat talep edebilir (CISG m. 74 - m. 77). Koşulların sağlanması şartıyla alıcı; ifa talebi, sözleşmeden dönme ve semenin tenzili hukukî çareleri arasında seçim hakkına sahiptir. Fakat bu hakların bir arada kullanımı mümkün değildir<sup>21</sup>. Belirtilen bu temel hukukî çarelerin yanı sıra CISG m. 45/I.a hükmü, bazı tamamlayıcı kurallara da atıf yapmaktadır<sup>22</sup>. Buna göre, alıcının; yükümlülüklerini yerine getirmesi hususunda satıcıya ek süre tanıma imkânı (CISG m. 47), satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı (CISG m. 48), kısmi sözleşme ihlallerinde sahip olunan hakların kullanımı (CISG m. 51) ve malların

---

<sup>18</sup> CISG m. 45/I: "Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse, alıcı: (a) Madde 46 ilâ 52'de öngörülen haklarını kullanabilir. (b) Madde 74 ilâ 77'de öngörülen tazminatı talep edebilir."

<sup>19</sup> CISG'in ifa engelleri sisteminde alıcının sahip olduğu ifayı talep hakkı, örneğin malların teslim edilmemiş olması durumunda malların teslimini talep edebilmenin yanı sıra, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmiş olması durumunda onarım veya sözleşmenin esaslı ihlaline bağlı olarak ikame mal teslimini talep edebilme imkânlarını da kapsayacak şekilde değerlendirilir; bkz.: 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. 297; Başak Başoğlu, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 222. Bu bağlamda doktrinde yapılan sınıflandırmaya göre, satıcının hiç ifa etmemesi hâlinde alıcının talebinin asli ifa talebi olduğu (CISG m. 46/I), satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi hâlinde ise ikame mal teslimi veya onarım istenmesinin (CISG m. 46/II, III) tali ifa talebi olduğu belirtilmektedir; Atamer, **a.g.e.**, s. 363.

<sup>20</sup> CISG m. 45/II: "Alıcı diğer hukukî imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez."

<sup>21</sup> Peter Schlechtriem, Ingeborg Schwenzer (Ed.), **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, 3. Bası, New York, Oxford University Press, 2010, (Müller-Chen), Art. 45 N. 12.

<sup>22</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 45 N. 11.

vadeden önce ya da kararlaştırılandan fazla miktarda teslim edilmesi hâlinde alıcının sahip olduğu malı reddetme hakkı (CISG m. 52), sözleşmenin satıcı tarafından ihlal edilmesi hâlinde uygulama alanı bulabilecek diğer normlardır. CISG m. 45/III hükmünde ise alıcının sözleşme ihlali sebebiyle sahip olduğu hakları kullanmak istemesi hâlinde, mahkeme veya hakem tarafından satıcıya bir ek süre tanınamayacağı ayrıca düzenlenmiştir<sup>23</sup>.

Sözleşmenin alıcı tarafından ihlal edilmesi hâlinde ise bu defa satıcının hakları aynı sistemle düzenlenmiştir. Nitekim CISG m. 61/I hükmünün açılımı yapıldığında<sup>24</sup> satıcı, aynen ifayı talep edebilir (CISG m. 62) veya prensip olarak sözleşmenin esaslı ihlali hâlinde sözleşmeden dönebilir (CISG m. 64) ve bu imkânlarla ek olarak ya da tek başına<sup>25</sup> alıcıdan tazminat talep edebilir (CISG m. 74 - m. 77). Ayrıca satıcı, sözleşmenin ifası için ek süre tanıyabilmekte (CISG m. 63) ve alıcının malların özelliklerini belirlememesi hâlinde bu belirlemeyi kendisi yapabilmektedir (CISG m. 65). Yine CISG m. 61/III hükmünde ise satıcının, sözleşme ihlali sebebiyle sahip olduğu hakları kullanmak istemesi hâlinde, mahkeme veya hakem tarafından alıcıya bir ek süre tanınamayacağı ayrıca düzenlenmiştir<sup>26</sup>.

Bu temel şablonun yanı sıra, sözleşmenin ihlal edilmesi veya ihlal edilmesinin beklenmesi durumunda, Antlaşma tarafından alacaklıya tanınan bir takım başka imkânlar da bulunmaktadır. Buna göre, öne alınmış sözleşmeye aykırılıklarda alacaklı kendi ediminin ifasını askıya alabilmekte (CISG m. 71) ve esaslı ihlal şartına bağlı olarak sözleşmeden dönebilmektedir (CISG m. 72). Antlaşma ayrıca, art arda teslimli satım sözleşmelerinde sözleşmeden dönülebilmesini özel kurallarla düzenlemiştir (CISG m. 73). Nihayet muaccel bir

---

<sup>23</sup> CISG m. 45/III: "Alıcı, sözleşmenin ihlâl edilmesi halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan birine başvurduğu takdirde, satıcıya, bir mahkeme veya hakem tarafından ek süre tanınamaz."

<sup>24</sup> CISG m. 61/I "Alıcı sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmezse, satıcı: (a) Madde 62 ilâ 65'te öngörülen hakları kullanabilir. (b) Madde 74 ilâ 77'de öngörülen tazminatı talep edebilir."

<sup>25</sup> CISG m. 61/II: "Satıcı diğer hukukî imkânlardan yararlanmakla tazminat talep etme hakkını kaybetmez."

<sup>26</sup> CISG m. 61/III: "Satıcı, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan birine başvurduğu takdirde, alıcıya, bir mahkeme veya bir hakem tarafından ek süre tanınamaz."

meblağın ödenmemesi durumunda faiz istenebileceği Antlaşma'da düzenlenen bir başka husustur (CISG m. 78).

Sözleşme ihlaline maruz kalan taraf, tazminat talebini sahip olduğu diğer hukukî imkânlarla birlikte kullanabilmektedir (CISG m. 45/II, m. 61/II)<sup>27</sup>. Tazminat talebinin, diğer tüm hukukî çareler ile birleştirilebilmesi, CISG'ın ifa engelleri sisteminin karakteristik özelliklerinden biri olarak gösterilmektedir<sup>28</sup>. Bunun yanında alacaklı, diğer hukukî çarelere başvuramıyor olsa bile tazminat talebinde bulunabilecektir<sup>29</sup>. Fakat yukarıda belirtildiği üzere, seçimlik hakların bir arada kullanılması imkânı yoktur. Örneğin, semenin ödenmesini isteyen satıcının bir de sözleşmeden dönmesi birbiri ile uyumlu değildir. Bununla beraber, teslim edilmesi istenen malların ayıplı çıkması durumunda semenin tenzilinin istenmesi örneğinde olduğu gibi, bu hakların peşi sıra kullanılması mümkün olabilir<sup>30</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki uğranılan zarardan fazla tazminata hükmedilemeyeceği için tazminat miktarı, kullanılan diğer hakkın kapsamına göre değişebilecektir. Bu anlamda, başvuru diğer hukukî çare vasıtasıyla giderilemeyen zararın tazmini mümkün olacaktır<sup>31</sup>.

Belirtmek gerekir ki sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın başvurabileceği hukukî çareler, temelde alacaklının tek taraflı beyanı ile kullanılabilir durumdadır<sup>32</sup>. Bu anlamda, sahip olunan hakka bir mahkeme kararı ile hükmedilmesi gerekmemektedir. Şüphesiz söz konusu hak taraflar arasında ihtilaf olduğunda bu ihtilaf, hâkim veya hakem önüne gelecektir. Öte yandan Antlaşma, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın kullanabileceği haklar bakımından zamanaşımı süreleri öngörmemektedir. Bu mesele, devletler özel hukuku kuralları uyarınca uygulanacak

---

<sup>27</sup> Jürgen Basedow, "Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG", **International Review of Law and Economics**, C. XXV, S. 3, Eylül 2005, s. 495.

<sup>28</sup> Christiana Fountoulakis, "Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods", **ERA Forum**, C. XII, S. 1, 2011, s. 10.

<sup>29</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 45 N. 25.

<sup>30</sup> Fountoulakis, **a.g.m.**, s. 11.

<sup>31</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 45 N. 25, (Mohs), Art. 61 N. 13; Stefan Kröll (Ed.), Loukas Mistelis (Ed.), Pilar Perales Viscasillas (Ed.), **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**, München, C.H.Beck - Hart - Nomos, 2011, (Huber), Art. 45 N. 15.

<sup>32</sup> Fountoulakis, **a.g.m.**, s. 21, 22.

milli hukuka göre veya Birleşmiş Milletler'in Milletlerarası Mal Satım Sözleşmelerinde Zamanaşımına İlişkin Antlaşmasına ("Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods") göre çözümlenir<sup>33</sup>.

### 3. "Yeknesak Sözleşmeye Aykırılık" Prensibi

Yukarıda belirtilen hukukî çarelere başvurabilmek için aranan "sözleşme ihlali" kavramı, sözleşmeye uygun olarak ifası gerçekleşmeyen tüm yükümlülükleri kapsamaktadır<sup>34</sup>. Bu bağlamda sözleşmeden, taraflar için bağlayıcı kabul edilen teamüllerden veya doğrudan CISG hükümlerinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, asli veya yan edim olmalarına bakılmaksızın "sözleşme ihlali" olarak kabul edilmektedir<sup>35</sup>. Bu anlayış, edimin ifa edilmemesinin görünüş şekilleri bakımından da geçerlidir. Bu anlamda; başlangıçtaki veya sonraki imkânsızlık, ifade gecikme ya da sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi gibi ayrımlar, CISG'da kabul edilen "sözleşme ihlali" konseptinde ön planda değildir<sup>36</sup>. Önemli olan, sözleşme içeriğine uygun bir ifanın gerçekleşmemiş olması durumudur.

"Sözleşme ihlali" kavramında kabul edilen bu bütüncül yaklaşım, temelde ihlalin sonuçları bakımından da kendini göstermekte ve bu sayede işlevsel bir anlam kazanmaktadır. Zira CISG'in ifa engelleri sisteminde sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın bu ihlal sebebiyle hangi hukukî imkanlar ile donatılacağı, prensip olarak, ihlal

---

<sup>33</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 45 N. 33; Rudolf Welsler, Irene Welsler, "Legal Remedies in Breach of Contract by the Seller under CISG", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. V, S. 1-2, Aralık 2006, s. 134.

<sup>34</sup> Sözleşme ihlaline bağlanan haklar, ihlale maruz kalan tarafın haklarını kullanabilmesi için öngörülen külfetlerin yerine getirilmemesi durumunda uygulama alanı bulmaz; Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 45 N. 4, (Mohs), Art. 61 N. 4; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 47 dn. 8. Bu külfetler örneğin; muayene (CISG m. 38), ihbar (CISG m. 39) ve zararı azaltma (CISG m. 77) olarak gösterilebilir; Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 61 N. 4; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 47 dn. 8.

<sup>35</sup> Fritz Enderlein, Dietrich Maskow, **International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods**, New York, Oceana Publications, 1992, Art. 45 N. 1; Koch, **Fundamental Breach**, s. 298.

<sup>36</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 45 N. 1; Welsler/Welsler, **a.g.m.**, s. 133. Bir "sözleşme ihlalinin" mevcudiyeti, esaslı ihlalin ilk kıstası olduğu için bu kavramın kapsamı, esaslı ihlalin kıstasları altında daha kapsamlı incelenmiştir. Bkz.: aş. II. A. 2.

edilen yükümlülüğün kaynağına veya sözleşme ihlalinin görünüm şekline bağlı olarak belirlenmemektedir<sup>37</sup>. Bu anlamda, ilk bakışta "tek parça" bir ifa engelleri sisteminin karşımızda durduğunu ifade edebiliriz. Örneğin, alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için sözleşme ihlalinin mutlaka ifada gecikme veya ayıplı ifa gibi belirli bir kategori altında vuku bulması gerekmemektedir. Ayrıca yan edim yükümlülüklerin ihlal edilmesi durumunda da sözleşmeden dönmeye ilişkin koşulların sağlanması mümkün olabilmektedir.

Bununla beraber, CISG'nin ifa engelleri sisteminde kabul edilen bu "tek parça" sistemin, sözleşme ihlalinin görünüm şekline bağlı olarak bazı istisnalara sahip olduğu gözlenebilmektedir<sup>38</sup>. Örneğin, semeninin tenzilin istenebilmesi bakımından mutlaka, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi aranmaktadır. Diğer bir önemli istisna ise ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönebilme imkânında kendisini gösterir. Gerçekten de alıcının ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönmesi, ancak satıcı tarafından malların teslim edilmemesi hâlinde mümkün iken (CISG m. 49/I.b); satıcının ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönmesi, ancak alıcının semeni ödememesi veya malları teslim almaması hâlinde mümkündür (CISG m. 64/I.b)<sup>39</sup>. Sözleşme ihlalinin bu görünüm şekilleri dışında alacaklının sözleşmeden dönebilmesi ancak esaslı ihlal şartına bağlı olarak mümkündür.

---

<sup>37</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 45 N. 3; Koch, **Fundamental Breach**, s. 298; Basedow, **a.g.m.**, s. 490; Gerhard Lubbe, "Fundamental breach under the CISG: A source of fundamentally divergent results", **Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, C. LXVIII, 2004, s. 449, 450; Atamer, **a.g.e.**, s. 327; F. İtr Bingöl, **Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep: Türk Borçlar Hukuku'nda ve Viyana Satım Antlaşması'nda Mücbir Sebep**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 264; Cansu Kaya, **CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012, s. 46; Yavuz Dayıoğlu, **CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 45.

<sup>38</sup> Bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 298.

<sup>39</sup> Bu konu için ayrıca bkz.: aş. II. E.

## 4. Kusurdan Bağımsız Sorumluluk Sistemi ve Sorumluluktan Kurtulmanın Temel Çerçevesi

CISG'in ifa engelleri sisteminin önemli özelliklerden biri de sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusurlu olup olmasının veya kusur derecesinin, sözleşme ihlaline bağlanan sonuçlara herhangi bir tesirinin bulunmamasıdır. Sözleşme ihlaline maruz kalan tarafa tanınan hukukî çareler, sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusurlu olmasına bağlanmış değildir<sup>40</sup>. Bu anlamda örneğin; sözleşmeden dönülebilmesi, ikame mal tesliminin istenebilmesi veya tazminat talep edilebilmesi bakımından, sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusurlu olması aranmamaktadır<sup>41</sup>. Dolayısıyla sorumluluğun kusura bağlanmadığı ifade edilebilir<sup>42</sup>. Bu bakımdan, *civil law* sistemine kıyasla daha çok *common law* sistemine bir benzerlikten söz edilmektedir<sup>43</sup>. Diğer yandan, sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusur derecesi, temelde sözleşme ihlalinin niteliği üzerinde de herhangi bir etkiye sahip değildir. Örneğin ileride daha kapsamlı inceleneceği üzere, sözleşmesel yükümlülüğün kasıtlı olarak yerine getirilmemesi, bu ihlalin mutlaka esaslı olduğu anlamına gelmez<sup>44</sup>.

Şu hâlde borçlunun sorumluluktan kurtulmasının kusursuz olduğunu ispatlamak suretiyle mümkün olmayacağı belirtilmektedir<sup>45</sup>. Bununla beraber,

---

<sup>40</sup> Bkz.: G. H. Treitel, **Remedies for Breach of Contract: A Comparative Account**, New York, Clarendon Press Oxford, 1991, s. 23; C. M. Bianca (Ed.), M. J. Bonell (Ed.), **Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention**, Milan, Giuffrè, 1987, (Will), Art. 45 N. 2.1.2; Koch, **Fundamental Breach**, s. 331; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 229; Zeytin, **a.g.e.**, s. 162, 206; Kanişlı, **a.g.e.**, s. 49.

<sup>41</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 299.

<sup>42</sup> Oberster Gerichtshof, 11.03.1999, CISG-online no: 524. Bununla beraber, teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılık satıcı tarafından biliniyorsa veya bilinmemesi mümkün değilse ve satıcı bunu alıcıya açıklamamışsa alıcının muayene ve ihbar külfetini yerine getirmedigine dayanamayacaktır (CISG m. 40). Yine satıcı, teslim ettiği mallardaki üçüncü kişinin hakkını veya talebini ve bunun mahiyetini biliyorsa alıcı tarafından kendisine bu hususta makul sürede bir bildirim yapılmadığı gerekçesine dayanamayacaktır (CISG m. 43/II). Ayrıca satıcının, teslim ettiği mallardaki üçüncü kişilerin sınaî veya diğer bir fikri mülkiyete dayanan hak ya da taleplerinden sorumluluğu, satıcının bu hak ya da talebi bilmesine veya bilmemesinin mümkün olmamasına bağlıdır (CISG m. 42/I).

<sup>43</sup> Treitel, **a.g.e.**, s. 23; Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 45 N. 2.1.2; Johan Erauw, Harry M. Flechtner, "Remedies Under the CISG and Limits to their Uniform Character", **The International Sale of Goods Revisited**, Ed. Petar Šarčević, Paul Volken, The Hague, Kluwer Law International, 2001, s. 39; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 229; Başoğlu, **a.g.e.**, s. 219.

<sup>44</sup> Bu konuda bkz.: aş. II. D.

<sup>45</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 454.

Antlaşma'da sorumluluktan kurtulmaya ilişkin iki hükmün düzenlendiği görülür. Bu bağlamda, sözleşmenin ifa edilmemesine; borçlunun denetimi dışında kalan, sözleşmenin kuruluşu sırasında hesaba katılmayan ve kendisinden ve sonuçlarından kaçınılması mümkün olmayan bir engel sebep olmuşsa borçlunun, CISG m. 79/I kapsamında sorumsuzluğu gündeme gelmektedir<sup>46</sup>. CISG m. 79/I hükmünde aranan şartların sağlanması hâlinde borçlu, yalnız tazminat sorumluluğundan kurtulmaktadır<sup>47</sup>. Borcun ifa edilmemesine belirtilen kapsamda bir engel sebep olmuş olsa dahi bu durum bir sözleşme ihlali oluşturacak ve örneğin şartları mevcut ise sözleşmeden dönmek mümkün kalacaktır<sup>48</sup>. CISG m. 80 hükmü ise borcun ifa edilmemesine alacaklının eylemleri veya eylemsizliği sebep olmuşsa borçlunun

---

<sup>46</sup> CISG m. 79/I: "*Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz.*" Buna karşın, borçlunun hâkimiyet alanında gerçekleşen engellerin, sorumluluktan kurtulmayı sağlayamayacağı belirtilmektedir; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 79 N. 18; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 254; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 141, 142. Bu bağlamda örneğin; hastalık, iflas veya borçlunun çalışanlarının davranışları sebebiyle sorumluluktan kurtulunamayacağı ifade edilmektedir; Bingöl, **a.g.e.**, s. 193, 197, 198; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 141, 142. Sözleşmenin ihlal edilmesine, sözleşmenin kısmen veya tamamen ifa edilmesi için görevlendirilen bağımsız üçüncü kişilerin davranışları sebep olmuşsa borçlunun sorumluluğu prensip olarak yine devam etmektedir; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 79 N. 2. Şu kadar ki yukarıda belirtilen kapsamda bir engel, hem borçlu açısından hem de sözleşmenin ifası ile görevlendirilen üçüncü kişi açısından mevcut ise borçlu tazminat sorumluluğundan kurtulabilmektedir; CISG m. 79/II: "*Taraflardan birinin yükümlülüklerini ifa etmemesi, sözleşmeyi kısmen veya tamamen ifa etmek ile görevlendirdiği bir üçüncü kişinin ifa etmemesinden kaynaklanıyorsa, bu tarafın sorumluluktan kurtulması ancak; (a) Fıkra 1 uyarınca sorumluluktan kurtulmuş olduğu takdirde ve, (b) Görevlendirmiş olduğu kişiye 1. fıkra hükmünün uygulanması durumunda görevlendirilen kişi de sorumluluktan kurtulacak olduğu takdirde mümkündür.*" Bunun yanında, belirtilen kapsamda bir engelle dayanarak sözleşmeyi ifa edemeyen taraf, söz konusu engeli ve bunun sözleşmenin ifası üzerindeki etkilerini belirtilen bir bildirim, bu engeli öğrendiği veya öğrenmesi gereken andan itibaren makul bir süre içerisinde alacaklıya ulaştırmalıdır. Bildirim bu şekilde ulaşmamasından kaynaklanan zararı borçlu tazminle yükümlüdür (CISG m. 79/IV). Diğer bir söylemle, böyle bir bildirim vaktinde yapılmış olsaydı ortaya çıkmayacak olan zararın tazmin ettirilmesi söz konusu olmaktadır; Atamer, **a.g.e.**, s. 474, 475. Engelin geçici olması hâlinde, borçlunun sorumluluktan kurtulmasının ancak bu engelin devam ettiği süre müddetince mümkün olabileceği ayrıca düzenlenmiştir (CISG m. 79/III). Engelin ortadan kalkmasından itibaren borçlunun sözleşmeyi ifa etmesi gerekir; fakat engel sebebiyle yaşanan gecikmeden dolayı sorumlu tutulmaz; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 79 N. 41; Atamer, **a.g.e.**, s. 473. Ayrıca ortaya çıkan geçici engel, esaslı ihlale sebebiyet vermişse sözleşmeden dönülmesi mümkündür; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 79 N. 41; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 148.

<sup>47</sup> CISG m. 79/V: "*Bu madde, tarafların bu Antlaşma uyarınca tazminat talebi dışındaki herhangi bir hakkını kullanmasını engellemez.*"

<sup>48</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 79 N. 49, 55; Ulrich Magnus, "CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma", Çev. Cüneyt Süzel, **Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)**, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 302, 306; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 255, 256; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 149.



sorumlu tutulamayacağını düzenlemektedir<sup>49</sup>. Ayrıca CISG m. 79 hükmünden farklı olarak, burada borçlunun sorumluluktan kurtulması tazminat talebi ile sınırlı değildir<sup>50</sup>. Borçlu diğer sorumluluklarından da kurtulmaktadır.

## **B. CISG m. 25 Hükmü Kapsamında Esaslı İhlal Kavramının Antlaşma'da Sahip Olduğu Fonksiyon**

### **1. Esaslı İhlal Kavramının İfa Engelleri Sistemindeki Merkezî Konumu**

Sözleşme ihlalinin görünüm şekline bağlı olarak kabul edilen istisnalar bir kenara bırakılacak olursa CISG kapsamında ortaya çıkan tüm sözleşme ihlallerinin hiçbir ayırım yapılmaksızın aynı şekilde muamele gördüğü ve bu yüzden sözleşme ihlaline maruz kalan tarafa hep aynı imkânların tanındığı bir an için düşünülebilir. Şüphesiz böyle bir varsayımın gerçekleşmesi hâlinde, bu durumun adil olmayan sonuçlara yol açabileceği daha en baştan fark edilebilmektedir. Zira vuku bulabilecek her sözleşme ihlalinin, aynı ağırlıkta etkiler doğurabileceğini söylemek imkânsızdır. Farklı ağırlıkta etkiler doğuran sözleşme ihlallerinin ise ifa engelleri sisteminde aynı rejime tabi tutulması makul değildir. Şu durumda, ortaya çıkabilecek sözleşme ihlalleri arasında, bunların muhtemel görünüm şekillerinden öte, nitelik bakımından bir sınıflandırma yapma ihtiyacı hasıl olmaktadır. İşte CISG'in ifa engelleri sisteminde "odak noktası" olarak kabul edilebilecek olan ve çalışmamızın temel konusunu teşkil eden "sözleşmenin esaslı ihlali" yapısı, bu amaca hizmet etmektedir. Gerçekten de bu değerlendirme sayesinde, ortaya çıkan sözleşme ihlalinin, bu ihlale maruz kalan taraf için yarattığı olumsuz sonuçları tartmakta ve ihlalin "esaslı" olup olmadığına karar verebilmekteyiz. İhlalin esaslı olup olmadığı ise temelde, bu ihlalin

---

<sup>49</sup> CISG m. 80: "*Bir taraf, diğer tarafın yükümlülüklerini ifa etmemesine, bu ifa etmeme durumu kendi eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz.*"

<sup>50</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 80 N. 2; Magnus, **Tazminat**, s. 307; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 150.

olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak için başvurulabilecek olan hukukî imkânlar yelpazesinin genişliğini belirleyebilmemizi sağlamaktadır<sup>51</sup>.

Bu noktada Antlaşma, bir sözleşme ihlalinin ne zaman esaslı kabul edilebileceğine ilişkin formülü CISG m. 25 hükmünde düzenlemiştir. Şu hâlde, CISG m. 25 hükmünün temel fonksiyonu, Antlaşma kapsamında esaslı kabul edilen sözleşme ihlallerini, bu özelliğe sahip olmayanlardan ayırt etmektir. Sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş olması ise ihlale maruz kalan tarafa bazı ilave imkânlar tanınabilmesi bakımından önemlidir. Gerçekten de alıcı veya satıcının sözleşmeden dönebilmesi (CISG m. 49/I.a, m. 64/I.a, m. 51/II, m. 72/I, m. 73/I, II) ve alıcının ikame mal teslimi isteyebilmesi (CISG m. 46/II) bakımından esaslı ihlal ön koşulu aranacaktır<sup>52</sup>. Ayrıca CISG m. 70 hükmü satıcının esaslı ihlali hâlinde, alıcı tarafça sahip olunan hukukî imkânların; normal olarak hasarın geçişinin ardından da korunduğunu açıkça düzenlemektedir (CISG m. 70). Buna karşın, CISG'in sözleşme ihlaline maruz kalan tarafa tanıdığı diğer imkânlar, örneğin tazminat (CISG m. 74), semeni tenzili (CISG m. 50) veya onarım (CISG m. 46/III) talepleri esaslı ihlal şartına bağlı olmaksızın ileri sürülebilmektedir. Dolayısıyla CISG m. 25 hükmü, tarafların doğrudan başvurabileceği bir hukukî çare yaratmamakta; bazı hukukî çarelere başvurabilmek için aranan "sözleşmenin esaslı ihlali" ön koşulunun tarifini

---

<sup>51</sup> Fountoulakis, **a.g.m.**, s. 8, 9.

<sup>52</sup> Satıcının teslim etmek istediği malların sözleşmeye aykırı olması hâlinde, alıcının bu malları teslim almaktan kaçınıp kaçınmayacağı da yine esaslı ihlal ile bağlantılı bir konudur. Belirtildiği üzere, sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen mallar esaslı ihlal sonucuna yol açmış ise alıcı, sözleşmeden dönebilecek veya ikame mal teslimi isteyebilecek; böylece sözleşmeye aykırı malları iade edebilecektir. Dolayısıyla, sözleşme ihlalinin esaslı olduğu daha baştan anlaşılıyorsa alıcının bu malları teslim almaktan kaçınabilmesi ve belirtilen haklarını kullanabilmesi gerekir; Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 60 N. 15; Atamer, **a.g.e.**, s. 242, 243. Benzer şekilde, belgeye dayalı satımlarda belgelere ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilmesi esaslı ihlal sonucuna yol açmışsa bu belgelerin reddedilebilmesi mümkün olacaktır. Fakat mallardaki sözleşmeye aykırılık esaslı ihlale yol açmıyorsa alıcı, prensip olarak bunları teslim almakla yükümlü olacaktır. Bkz.: Atamer, **a.g.e.**, s. 366. (CISG m. 71 hükmü kapsamında alıcının malları teslim alma borcunun ifasından kaçınabileceği yönünde bkz.: M. G. Bridge, **The International Sale of Goods**, 3. Bası, Oxford, Oxford University Press, 2013, N. 12.10.) Malların henüz alıcıya nakledilmediği veya satıcının sözleşme konusu malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurarak malları teslim borcunu ifa ettiği (CISG m. 31.b, c) durumlarda da aynı sonuç varılması gerekir. *Inc.* John O. Honnold, **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**, 4. Bası, Edited and updated by Harry M. Flechtner, AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, § 283, 304; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 46 N. 34, Art. 49 N. 55; Atamer, **a.g.e.**, s. 365, 366. *Karş.* Schlechtriem/Schwenzer/(Widmer), **a.g.e.**, Art. 31 N. 66, (Müller-Chen), Art. 46 N. 19, Art. 49 N. 17.

vermektedir<sup>53</sup>. İfa engelleri sistemindeki önemi de buradan gelmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bir sözleşme ihlalinin esaslı olduğuna kanaat getirilen hâllerde dahi CISG tarafından öngörülen bir takım başka hükümler sebebiyle esaslı ihlale bağlı olarak başvurulabilen imkânların kullanılması mümkün olmayabilir<sup>54</sup>.

Görüldüğü üzere CISG'in ifa engelleri sisteminde, esaslı sayılmayan bir sözleşme ihlali, bu ihlale maruz kalan tarafa daha kısıtlı imkânlar sağlamaktadır. Böylece, diğerlerine nazaran özel bir ağırlık taşıyan imkânların, esaslı ihlal koşuluna bağlandığı ifade edilebilecek durumdadır<sup>55</sup>. Hâl böyle iken "sözleşmenin esaslı ihlali" yapısının, CISG'in ifa engelleri sisteminde merkezî bir rol oynadığı kolaylıkla fark edilebilecektir<sup>56</sup>. Esaslı ihlal kavramının Antlaşma sistemindeki bu rolü ve aşağıda görüleceği üzere sınırlarını saptamak için yoruma ihtiyaç duyulması, CISG m. 25 hükmünün ilgili olduğu diğer hükümlerle birlikte okunmasını gerektirmektedir<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 6.

<sup>54</sup> Örneğin, CISG m. 39/I'e uygun bir sözleşmeye aykırılık bildiriminde bulunulmaması hâlinde, sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimini isteme imkânları kullanılamayabilir.

<sup>55</sup> Franco Ferrari (Ed.), Harry Flechtner (Ed.), Ronald A. Brand (Ed.), **The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention**, München, Sellier European Law Publishers / London, Sweet & Maxwell, 2004, (Magnus), s. 320, 321; Leonardo Graffi, "Case Law on the Concept of 'Fundamental Breach' in the Vienna Sales Convention", **International Business Law Journal**, S. 3, 2003, s. 338; Roberto Martin Paiva, "Fundamental Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)", Haziran 2004, § 1.1.3, 3.1, (Çevrimiçi) <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/paiva.html>, 29.06.2013; Alexander Lorenz, "Fundamental Breach under the CISG", § I, (Çevrimiçi) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html>, 29.06.2013.

<sup>56</sup> Bu yönde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 6; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 230; Paiva, **a.g.m.**, § 1.1.3, 3.1; Lorenz, **a.g.m.**, § I; Esra Kaşak, "Viyana Satım Sözleşmesi'nde Esaslı İhlâl Kavramı", **Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 337.

<sup>57</sup> Bu yönde bkz.: Franco Ferrari, "Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention - 25 Years of Article 25 CISG -", **Journal of Law and Commerce**, C. XXV, S. 2, Spring 2006, s. 490; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 4; Bruno Zeller, "Fundamental Breach and the CISG - A Unique Treatment or Failed Experiment?", **Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration**, C. VIII, S.1, 2004, s. 81; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 237. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-online no: 1729. CISG m. 25 hükmünün ilgili olduğu diğer hükümlerle birlikte ele alınması, Antlaşma'nın sistematik yorumunun da bir gereğidir. Bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 296; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 237.

## 2. Esaslı İhlali Bir Ön Koşul Olarak Aramanın Gerekçesi

CISG'in ifa engelleri sisteminde, sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimini isteme gibi ağır sonuçlar doğuran hukukî çarelerin, bir ön koşul olarak sözleşmenin esaslı surette ihlal edilmiş olmasını gerektirmesi, şu gerekçelerle açıklanmaktadır: İlkin, esaslı olmayan bir sözleşme ihlalinin ortaya çıkması hâlinde, sözleşmenin bu ihlale rağmen ayakta tutulması amaçlanmaktadır<sup>58</sup>. Burada zikredilmesi gereken ilk prensip şüphesiz ahde vefa ilkesi olup ("*pacta sunt servanda*") karşılıklı irade uyumu ile kurulan sözleşmenin, taraflardan birince önemsiz sebeplerle sona erdirilmesine izin vermemek gerekir<sup>59</sup>. Oysa piyasadaki değişiklikler, tarafları sözleşmeden dönmeye ve bu şekilde ilgili sözleşmeyi ifa etmekten kurtularak yeni alternatifler aramaya teşvik edebilir<sup>60</sup>. Bununla beraber, CISG uygulamasında sözleşmenin ayakta tutulmaya çalışılması bazı ekonomik sonuçlar bakımından da daha önemli bir hâl almaktadır. Zira esaslı olmayan bir sözleşme ihlali hâlinde dahi sözleşmeden dönülmesi durumunda, malların bir ülkeden diğerine geri gönderilmesinin yaratacağı masraflar gibi bir takım ağır ekonomik külfetlerin ve risklerin oluşabileceği ifade edilmektedir<sup>61</sup>. Şu durumda, sözleşmeden dönme hakkının kullanımı bakımından, alıcının kesinlik ihtiyacı ile - özellikle malların teslim edildiği durumlarda - önemsiz sebeplerle sözleşmenin çözülmesinin önlenmesi

<sup>58</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.3; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 490; Kaşak, **a.g.m.**, s. 338.

<sup>59</sup> Peter Huber, "CISG - Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları", Çev. Başak Başoğlu, **Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)**, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 269, 270.

<sup>60</sup> Darren Peacock, "Avoidance and the Notion of Fundamental Breach Under the CISG: An English Perspective", **International Trade and Business Law Review**, C. VIII, 2003, s. 106.

<sup>61</sup> Bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 49 N. 2.1.2; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 6, 51; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 490, 491; Peter Huber, "CISG - The Structure of Remedies", **Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, C. LXXI, 2007, s. 20; Eduardo Grebler, "Fundamental Breach of Contract under the CISG: A Controversial Rule", **The American Society of International Law: Proceedings of the Annual Meeting**, C. CI, The Future of International Law, March 28 - 31, 2007, s. 410; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 231; Graffi, **a.g.m.**, s. 341; Peacock, **a.g.m.**, s. 106; Clemens Pauly, "The Concept of Fundamental Breach as an International Principle to Create Uniformity of Commercial Law", **Journal of Law and Commerce**, C. XIX, S. 2, 2000, s. 225; Lorenz, **a.g.m.**, § II. C; Benjamin K. Leisinger, **Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods**, München, Sellier European Law Publishers, 2007, s. 25, 26; Kaşak, **a.g.m.**, s. 337, 338.

hususunda satıcının beklentisini dengelemek ihtiyacı ortaya çıkmaktadır<sup>62</sup>. Sözleşmeden dönme konusunda sahip olunan bu ekonomik kaygılar, sözleşmeye uygun olmayan malların satıcıya iadesini ve ikame malların alıcıya teslimini gerektirmesi sebebiyle, alıcının ikame mal teslimini isteyebilmesi hususunda da geçerli kabul edilmektedir<sup>63</sup>. Diğer yandan, alıcının önemsiz sözleşme ihlallerinden dolayı sözleşmeden dönülebilmesi ihtimalinde de özellikle sözleşme konusu malları tekrar satmış olan veya sözleşme konusu mallara güvenerek yatırım yapmış olan alıcının, tazminat talepleri ile karşı karşıya kalması ya da oldukça güç bir duruma girmesi gibi tehlikeler bulunmaktadır<sup>64</sup>. İşte CISG m. 25 hükmünde öngörülen esaslı ihlal kavramı ile, çatışan bu menfaatlerin dengelenmesi ve sözleşme ihlaline bağlanan ağır yaptırımların sınırının çizilmesi amaçlanmıştır.

Özellikle sözleşmeden dönme bakımından konu ele alındığında, bu talebin ön koşulu olan sözleşmenin esaslı ihlalinin ağır koşullara bağlanmış olması karşısında<sup>65</sup>, sözleşmeden dönmeye CISG sisteminde son çare ("*ultima ratio*") olarak başvurulması gerektiği sıklıkla ortaya konmaktadır<sup>66</sup>. Bu bağlamda, CISG'da

---

<sup>62</sup> Ziegel, **a.g.m.**, s. 12.

<sup>63</sup> Bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 46 N. 2.2.1.2; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 6; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 45 N. 14, Art. 46 N. 33; Huber, **Structure of Remedies**, s. 24, 28; Atamer, **a.g.e.**, s. 377; Leisinger, **a.g.e.**, s. 64; Lorenz, **a.g.m.**, § II. D; Kaşak, **a.g.m.**, 338.

<sup>64</sup> Ulrich Magnus, "The Remedy of Avoidance of Contract Under CISG - General Remarks and Special Cases", **Journal of Law and Commerce**, C. XXV, S. 1, Fall 2005, s. 423.

<sup>65</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2, 12.

<sup>66</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 4; Rona Serozan, "CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXX, S. 2, 2012, s. 208, 209; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 496, 502; Huber, **Structure of Remedies**, s. 18; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 424; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 2; Zeller, **a.g.m.**, s. 82; Fountoulakis, **a.g.m.**, s. 17; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 231; Chengwei Liu, "The Concept of Fundamental Breach: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law (2nd edition: Case annotated update [May 2005])", § 6, (Çevrimiçi) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html>, 29.06.2013; Pauly, **a.g.m.**, s. 225; H. Ercüment Erdem, "Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 866; Zeytin, **a.g.e.**, s. 178; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 37. Sözleşmeden dönmeye son çare olarak başvurulması gerektiği yönünde örnek içtihatlar için bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-online no: 1729; Oberlandesgericht Hamburg, 25.01.2008, CISG-online no: 1681; Tribunal Cantonal du Valais, 27.04.2007, CISG-online no: 1721; Tribunale di Padova, 11.01.2005, CISG-online no: 967; Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online no: 709; Landgericht München, 27.02.2002, CISG-online no: 654; Tribunale di Busto Arsizio, 13.12.2001, CISG-online no: 1323; Oberster Gerichtshof, 07.09.2000, CISG-online no: 642; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135.

arzulanan belirgin özelliğın, mümkün olduğunca sözleşmeyi ayakta tutmak olduğu ifade edilmektedir<sup>67</sup>. Keza günümüzde, özellikle uluslararası satımlarda sözleşmeden dönmeyi bu şekilde sınırlandırma ve sözleşmenin devamını sağlama genel anlamda öne çıkan anlayış olarak görülmektedir<sup>68</sup>. Nitekim aşağıda incelendiği üzere, hukuk uyumlaştırması projeleri de benzer bir felsefeyle hareket etmiştir<sup>69</sup>.

## C. CISG m. 25 Hükümünün Genel Hatları

### 1. Hükümün Düzenlenme Şekli

Esaslı ihlalin kapsamını belirleyen CISG m. 25 hükmü, şu şekilde kaleme alınmıştır<sup>70</sup>:

*"Taraflardan birinin sözleşme ihlali, diğer tarafı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep oluyorsa, esaslıdır; meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun."*

---

<sup>67</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 4; Zeller, **a.g.m.**, s. 89; Pauly, **a.g.m.**, s. 225; Erdem, **Sözleşmeden Dönme**, s. 866. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Handelsgericht Aargau, 05.11.2002, CISG-online no: 715; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135.

<sup>68</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 45 N. 10; Grebler, **a.g.m.**, s. 410.

<sup>69</sup> Bu konu için bkz.: aş. I. D. 2.

<sup>70</sup> Antlaşma'nın orijinal dillerinden İngilizce metindeki düzenleme ise şu şekildedir: *"A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result."* Bkz.: United Nations, **United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods: Vienna, 10 March - 11 April 1980: Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees**, New York, United Nations, 1991, s. 180; John O. Honnold, **Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations**, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989, s. 768.

Görüldüğü üzere CISG m. 25 hükmünde, özel olarak hangi tür sözleşme ihlallerinin esaslı ihlal oluşturabileceğinden hareket edilmemiştir<sup>71</sup>. Bunun yerine, gündeme gelebilecek tüm sözleşme ihlallerine uygulanabilir nitelikte soyut kıstaslar öngörülmüştür. Bu durumun önemli bir anlamı, CISG m. 25 hükmünün, sözleşme ihlalinin görünüm şekillerden herhangi birini "genelgeçer" bir kabulde esaslı ihlal addetmemiş olmasıdır. Keza hükümde, esaslı ihlal olarak değerlendirilebilecek örnek olaylara da yer verilmemiştir<sup>72</sup>. Bu sonucun karşısında hükümden çıkarılabilecek bir diğer önemli anlam da öngörülen kıstasların yerine gelmesi koşuluyla, sözleşme ihlalinin bütün görünüm şekillerinin esaslı ihlale yol açabileceğinin kabul edilmiş olmasıdır<sup>73</sup>. Buradan da anlaşılacağı üzere, taraflardan birinin edimini sözleşme ile üstlendiği şekilde ifa etmemiş olması, bu ihlalin "esaslı" olarak değerlendirilebilmesi için tek başına yeterli değildir. İhlalin, hükümde ortaya konan kıstaslar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu noktada, sözleşme ihlalinin; malların geç teslimine, sözleşmeye aykırı mal teslimine veya semenin ödenmemesine ilişkin olması gibi ayrımlar önem arz etmemektedir. Tüm bunlar bakımından aynı kıstaslar uygulanacaktır.

Şu durumda, CISG m. 25 hükmünde ortaya konan bu soyut kıstasların yakından incelenmesi büyük önem taşımaktadır. Aşağıda esaslı ihlalin kıstasları ayrıntılı olarak incelendiğinden<sup>74</sup>, burada hükmün genel yapısının izah edilmesi ile yetinilmiştir. Hükümde öncelikle, "*Taraflardan birinin sözleşme ihlali...esaslıdır*" denilerek bir sözleşme ihlalinin varlığı, esaslı ihlalin gündeme gelebilmesi için gerekli olan ilk şart olarak ortaya konmuştur. Bunun akabinde ise söz konusu sözleşme ihlalinin esaslı sayılabilmesi için bu ihlalin karşı tarafta bir olumsuzluğa sebebiyet vermesi ve bu olumsuzluğun da sözleşme ihlaline maruz kalan tarafı,

---

<sup>71</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 5; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 494; Ferrari/Flechtner/Brand/(Gabriel), **a.g.e.**, s. 337, 338; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 27. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-online no: 1729.

<sup>72</sup> Andrew Babiak, "Defining 'Fundamental Breach' Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", **Temple International and Comparative Law Journal**, C. VI, S. 1, Spring 1992, s. 115; Koch, **Fundamental Breach**, s. 185; Graffi, **a.g.m.**, s. 338.

<sup>73</sup> Ferrari/Flechtner/Brand/(Gabriel), **a.g.e.**, s. 337, 338. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Oberster Gerichtshof, 11.03.1999, CISG-online no: 524; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135.

<sup>74</sup> Bkz.: aş. II. A.

sözleşme ilişkisi içerisinde beklemekte haklı olduğu menfaatlerden<sup>75</sup> ("meşru menfaatlerinden") önemli ölçüde yoksun bırakması gibi birbirine bağlı ek şartlar aranmıştır. Hükmün ikinci kısmında ise belirtilen tüm bu şartlar gerçekleşse dahi varlığı saptanan sözleşme ihlalinin "esaslı" sayılmasına engel olabilecek mahiyette bir kıstas daha ortaya konmuştur. Bu ise sözleşmeyi ihlal eden tarafın, ihlalin esaslı sayılmasına sebep olabilecek sonuçları öngörememiş olması ve kendisiyle aynı konum ve koşullarda bulunan makul bir üçüncü kişiden de bu sonuçları öngörmesinin beklenebilir olmamasıdır. Görüldüğü üzere, öngörülebilirlik olarak ifade ettiğimiz bu kıstasta da biri subjektif diğeri ise objektif olmak üzere birbirine ekli iki değerlendirme tasarlanmıştır. Ortaya konan tabloya genel olarak bakıldığında ise esaslı ihlal değerlendirmesinde iki büyük testin ön plana çıktığı kabul edilmektedir. Bunlar: Sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın, meşru menfaatlerinden önemli ölçüde yoksun kalmasına sebep olan bir olumsuzluğa uğraması ve bu sonucun, sözleşmeyi ihlal eden tarafça öngörülebilir olmasıdır<sup>76</sup>. Bunlardan ilki, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın içinde bulunduğu durumu dikkate almaktayken; ikincisi, sözleşmeyi ihlal eden tarafın perspektifinden konuya yaklaşmaktadır<sup>77</sup>.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, CISG m. 25 hükmü çerçevesinde esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken bir takım fiili olguların ve bazı soyut değerlendirmelerin birlikte ele alınması gerekmektedir<sup>78</sup>. Bunlar ise genelde akdi ilişkinin kendi yapısına göre değişebilecek unsurlardır. Bu sebeple, esaslı ihlal incelemesi temelde, her somut olayın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesini gerektirir<sup>79</sup>. Olayın tüm özelliklerinin dikkate alınmasının gerekmesi ise bir sözleşme

---

<sup>75</sup> Hükümde, "beklemekte haklı olduğu şeyden" ifadesi yer almaktadır.

<sup>76</sup> *Inc. Bianca/Bonell*(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 183; Babiak, **a.g.m.**, s. 118; Peter Huber, Alastair Mullis, **The CISG: A new textbook for students and practitioners**, München, Sellier European Law Publishers, 2007, (Huber) s. 213; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 9; Graffi, **a.g.m.**, s. 339; Pauly, **a.g.m.**, s. 225; Erdem, **Sözleşmeden Dönme**, s. 864, 865; Lorenz, **a.g.m.**, § II. G.

<sup>77</sup> Liu, **a.g.m.**, § 2.1.

<sup>78</sup> Grebler, **a.g.m.**, s. 409.

<sup>79</sup> Babiak, **a.g.m.**, s. 120; Koch, **Fundamental Breach**, s. 214; Michael Bridge, "Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods", **International and Comparative Law Quarterly**, C. LIX, S. 4, Ekim 2010, s. 934; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 500; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 227; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Björklund),



ihlalinin esaslı olup olmadığına ilk bakışta karar vermeyi güçleştirmekte ve yargısal incelemeyi gerekli kılabilmektedir<sup>80</sup>. Bununla beraber, hükümde öngörülen kıstaslarla, esaslı ihlal uygulamasına yön gösterici nitelikte kriterlerin ortaya konması yine de mümkündür<sup>81</sup>. Nitekim hangi şekilde gelişen sözleşme ihlallerinin çoğunlukla esaslı ihlali haklı kılan sonuçlara yol açtığı hususunda bazı belirlemeler yapılabilmektedir<sup>82</sup>.

## 2. Hükme Yöneltilen Eleştiriler

CISG'ı hazırlayanlar, Antlaşma'nın uluslararası alanda mümkün olduğunca geniş boyutta kabul görmesi hedefiyle hareket etmiş ve özellikle *common law* sistemi ile *civil law* sistemi arasındaki farklılıkları törpülemeye çalışmışlardır<sup>83</sup>. Bir görüşe göre, bu ilke ile hareket edilirken esaslı ihlalin düzenlendiği CISG m. 25 hükmünde olduğu gibi bir takım yapısal problemler ortaya çıkabilmiştir<sup>84</sup>. Nitekim yukarıda açıklanan düzenleniş tarzından ötürü CISG m. 25 hükmü, anlaşılması ilk bakışta güç bir düzenleme olarak görülmektedir<sup>85</sup>. Ayrıca hükümde kesin bir tarif verilememesi

---

**a.g.e.**, Art. 25 N. 9; Graffi, **a.g.m.**, s. 340, 345; Pauly, **a.g.m.**, s. 225, 229; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 40. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135. Bununla beraber, somut olayın koşullarının gözetilecek olması, hükümde öngörülen kıstasların işlevsiz hâle gelmesi sonucunu doğurmamalıdır. Bkz.: Paiva, **a.g.m.**, § 4.2.1.2.1.

<sup>80</sup> Bu yönde bkz.: Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 495; Bridge, **a.g.m.**, s. 922; Grebler, **a.g.m.**, s. 409. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135.

<sup>81</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 493.

<sup>82</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 500; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 9. Bu hususta, aşağıda sözleşme ihlalinin görünüm şekillerine göre esaslı ihlal değerlendirmesinin incelendiği üçüncü bölüme bakılması gerekmektedir.

<sup>83</sup> Katılımcı ülkelerin hukuk geçmişinin hükme ilişkin tartışmaları şekillendirdiği ve *civil law* sisteminden gelen ülkeler ile *common law* sisteminden gelen ülkeler arasında farklılıklar oluştuğu yönünde bkz.: Pauly, **a.g.m.**, s. 223.

<sup>84</sup> Grebler, **a.g.m.**, s. 408.

<sup>85</sup> Grebler, **a.g.m.**, s. 408; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 321. Hükümdeki esaslı ihlal tarifinin belirsiz veya karmaşık olduğu görüşünde bkz.: Harry M. Flechtner, "Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C.", **Journal of Law and Commerce**, C. VIII, S. 1, 1988, s. 74; Koch, **Fundamental Breach**, s. 185; Bridge, **a.g.m.**, s. 917, 939; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 493; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 426; Zeller, **a.g.m.**, s. 89; Zeytin, **a.g.e.**, s. 105; Graffi, **a.g.m.**, s. 339; Pauly, **a.g.m.**, s. 229; Lorenz, **a.g.m.**, § IV; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 36. CISG m. 25 hükmünün İngilizce metnine ilişkin açıklamada bulunan pek çok yazar, "*fundamental breach*" kavramını "*substantial*" kavramıyla açıklamada bir ikilem/tekrar bulunduğundan bahsetmektedir; Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.2; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3.2; Grebler, **a.g.m.**, s. 409; Zeller, **a.g.m.**, s. 87; Graffi, **a.g.m.**, s. 339. Buna karşın

sebebiyle, hangi sözleşme ihlallerinin esaslı ihlal sayılacağını önceden kavramanın mümkün olmadığı ve bunun da belirsizliğe yol açtığı ifade edilmektedir<sup>86</sup>. Benzer şekilde, esaslı ihlal kavramının ifa engelleri sistemi içindeki merkezî konumu düşünüldüğünde, hükmün birbirinden farklı yorumlara ve sonuçlara yol açabilecek olması, hukuk kurallarında yeknesaklığı sağlama amacını tehlikeye sokabilecek nitelikte görülmektedir<sup>87</sup>. Bir görüşe göre, hükmün karmaşık yapısı, olayın özelliklerine göre hukukî sonuçların kavranması yerine, adil olduğu sezilen hukukî sonuçlar için olayın özelliklerinin yorumlanmasına yol açabilecektir<sup>88</sup>. Başka bir görüşe göre ise hükmün esaslı ihlal bakımından yol gösterici olmaktan uzak yapısı, mahkemeleri hükmün kendisine bakmaktan uzaklaştırmış; bunun yerine metinde olmayan unsurlar yaratmaya yönlendirmiştir<sup>89</sup>. Hatta, hükmün alışılmış olmayan kaleme alınış tarzının, bazı hukuk çevrelerinin Antlaşma'ya taraf olmaktan gösterdikleri isteksizliğin bir gerekçesi olabileceğine temas edenler de olmuştur<sup>90</sup>. Yine, sözleşme taraflarının CISG m. 6 uyarınca CISG m. 25 hükmünden ayrılımlarının en isabetli yaklaşım olabileceği de ifade edilmiştir<sup>91</sup>.

---

*Bridge*, CISG m. 25 hükmü altında "*fundamental*" ve "*substantial*" kavramlarının çok farklı manalara geldiğini ve hükümde bu anlamda bir ikilem bulunmadığını ifade etmektedir. Yazara göre, hükümde aranan "*substantial deprivation*" ("önemli ölçüde yoksunluk"), "*fundamental*" ("esaslı") olmaktan uzaktır; *inc. Bridge*, **a.g.m.**, s. 920 ve orada dn. 52. Son yazar ile benzer yönde bkz.: Peacock, **a.g.m.**, s. 102.

<sup>86</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 185, 186; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 9. Esaslı ihlalin oluşup oluşmadığının taraflarca herhangi bir yargısal incelemenin evvelinde kavranması, özellikle esaslı ihlale bağlı olarak kullanılabilen hukukî çarelere haklı olarak başvurulabilmesi noktasında önem taşıyacaktır. Özellikle hükümde yer verilen; "olumsuzluk" ("*detriment*"), "önemli ölçüde yoksunluk" ("*substantial deprivation*") veya "öngörülebilirlik" ("*foreseeability*") gibi geniş anlamli kavramların, esaslı ihlalinin oluşup oluşmadığı noktasında önceden bir değerlendirme yapılmasını zorlaştırdığı yönünde bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 185, 186. Doktrinde bir görüşe göre, esaslı ihlal yapısının daha belirgin bir zemine yerleştirilebilmesi adına, mahkemelerin benzer özellik gösteren bazı durumlar için ortak alt prensipler kabul etmesi yararlı olabilecektir. Bkz.: Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 322; Graffi, **a.g.m.**, s. 345.

<sup>87</sup> Lubbe, **a.g.m.**, s. 445, 446.

<sup>88</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.4. Şüphesiz böyle bir varsayımın gerçekleştiği düşünülürse CISG'in yeknesak uygulaması ağır bir yara alacaktır. Ne var ki bazı yazarların tespitine göre, esaslı ihlale karar vermek noktasında Alman mahkemeleri; Fransız, Avusturya ve ABD mahkemelerine göre daha isteksiz görünmektedir; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, N. 6; Peter Schlechtriem, Petra Butler, **UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods**, Berlin - Heidelberg, Springer, 2009, s. 100, 101 (İsviçre mahkemelerini de Alman mahkemelerinin grubuna ekleyerek).

<sup>89</sup> *Bridge*, **a.g.m.**, s. 939. Şüphesiz böyle bir olasılık da yeknesaklığın sağlanması adına çok ciddi bir tehdittir.

<sup>90</sup> Grebler, **a.g.m.**, s. 409.

<sup>91</sup> *Bridge*, **a.g.m.**, s. 940.

CISG m. 25 hükmünün yorumuna açık bir yapıya sahip olduğu hususunda kuşku yoktur<sup>92</sup>. Buna karşın, hükmün bu denli eleştirileri hak edip hak etmediği de tartışmaya açıktır. Esasen bu meselenin cevaplanması, hükmün her yönüyle incelenmesinden sonra mümkün olabilecektir. Şu an için ifade etmekle yetineceğimiz tek husus, CISG m. 25 hükmünü inceleyen bir okuyucunun, hükmün metninden "yalın" bir anlam çıkarmasının oldukça güç olduğudur.

## **D. CISG m. 25 Hükmü Kapsamında Esaslı İhlal Kavramının Hukuk Uyumlaştırması Projeleri ve Türk Borçlar Hukuku ile Mukayesesi**

### **1. Genel Açıklamalar**

Modern hukuk düzenlemeleri, özellikle sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırılmasına yönelik hükümlere ihtiyaç duymaktadır. Konumuzun kapsamı itibarı ile bu hususta başvuru, sözleşmeden dönmeyi ihlalin esaslı olması şartına tabi tutma yaklaşımı bizim için özellikle önem arz etmektedir. Belirtildiği üzere Antlaşma da bu yaklaşımı, CISG m. 25 hükmü ile benimsemiştir. Bu başlık altında ise sözleşmenin ortadan kaldırılması noktasında yine esaslılık şartını arayan hukuk uyumlaştırması projelerindeki ilgili hükümler incelendikten sonra, temelde sözleşmeden dönme için CISG m. 25 hükmündeki anlamıyla esaslı ihlal ön koşulu aramayan Türk Borçlar Kanunu'nun mukayese edilebilir diğer hükümleri, konuya karşılaştırmalı bir bakış açısıyla hâkim olabilmek gayesiyle incelenmeye çalışılmıştır.

---

<sup>92</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2; Koch, **Fundamental Breach**, s. 188; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 12; Işıl Yelkenci, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali", **Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 1344.

## 2. Hukuk Uyumlaştırması Projelerindeki Muadil Hükümler

CISG'da kabul edilen ifa engelleri sistemi, gerek ulusal düzeyde gerekse de uluslararası düzeyde gelişen kodifikasyon çalışmalarını etkilemiştir. Bu anlamda, ihlalin esaslı olması durumunda sözleşmeden dönebilme yaklaşımı da özellikle hukuk uyumlaştırması projelerinde genel olarak benimsenmiştir<sup>93</sup>. Bu bağlamda, gerek UNIDROIT tarafından hazırlanan PICC ("Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler" / "UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts")<sup>94</sup> gerekse de Avrupa Birliği düzleminde yapılan çalışmalar neticesinde üretilen PECL ("Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri" / "Principles of European Contract Law")<sup>95</sup> ve DCFR ("Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımları ve Model Kuralları – Ortak Referans Noktalarına İlişkin Taslak" / "Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference")<sup>96</sup>, sözleşmenin ortadan kaldırılabilmesi sonucunu doğuracak şekilde ihlalin esaslı olmasına ilişkin düzenlemeler içermektedir<sup>97</sup>. Dolayısıyla, sözleşmeden dönmenin sınırlandırılması anlayışı bu projeler tarafından da takip edilmiştir<sup>98</sup>. Sözü edilen bu metinlerin genel özelliği, *soft law* olarak ifade edilen metinler olmalıdır. Dolayısıyla, model kanun kabul edilebilecek bu metinlerin bağlayıcılığı olmamasına rağmen, mukayeseli bir araştırma neticesinde bulunan hukukî çözümleri yansıtmaları dolayısıyla hukukun modern çizgisini ortaya koymaları ve ulusal yasa koyucular için

---

<sup>93</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 84; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 230 dn. 36. Esaslı ihlal yaklaşımının ayrıca ulusal hukuklara tesiri hususunda bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 84. Sözleşmenin ortadan kaldırılmasının esaslı ihlale bağlanması, bilhassa uluslararası satım sözleşmeleri için yadsınamaz bir temayül olarak gösterilmektedir; Grebler, **a.g.m.**, s. 411.

<sup>94</sup> Bu prensiplere ilişkin Şerh ile birlikte İngilizce metin için bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>, 09.06.2013.

<sup>95</sup> İngilizce metin için bkz.: (Çevrimiçi) <http://www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/>, 09.06.2013.

<sup>96</sup> İngilizce metin için bkz.: (Çevrimiçi) [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf), 09.06.2013.

<sup>97</sup> Bu normların mukayeseli bir incelemesi için bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 50 - 60. Ayrıca ek süre tanımak suretiyle sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı bu metinlerde de yer bulmuştur. Bkz.: PICC Art. 7.3.1/III, 7.1.5; PECL Art. 9:301/II, 8:106/III; DCFR Art. III - 3:503.

<sup>98</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 45 N. 10; Grebler, **a.g.m.**, s. 410.

yol gösterici bir niteliğe sahip olmaları bakımından önemlidirler<sup>99</sup>. Belirtmek gerekir ki önemli ölçüde CISG'ı takiben ifa engelleri sistemini düzenleyen bu metinlerde de sözleşme ihlalinin görünüm şekillerinden çok, genel olarak "ifa etmeme" kavramı öne çıkmakta ve bunun esaslı olup olmadığı sözleşmenin ortadan kaldırılması hususunda belirleyici olmaktadır<sup>100</sup>.

PICC Art. 7.3.1 düzenlemesi, taraflardan birinin ademi ifası<sup>101</sup> esaslı ise ("*fundamental non - performance*"), diğer tarafın sözleşmeyi ortadan kaldırdığını ("*termination*") düzenlemektedir (PICC Art. 7.3.1/I)<sup>102</sup>. Ademi ifanın esaslı addedilebilmesi noktasında ise özellikle dikkate alınacak bazı kriterler öngörülmüştür (PICC Art. 7.3.1/II). Buna göre, ademi ifaya maruz kalan tarafın, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalması, diğer taraf bu sonucu öngörmemiş ve makul olarak da öngöremeyecek olmadıkça dikkate alınacak kriterlerden biridir (PICC Art. 7.3.1/II.a). Dikkat edileceği üzere bu kriter, CISG m. 25 hükmünde kullanılan formüle paraleldir. Bununla beraber PICC'da ademi ifanın esaslı addedilebilmesi noktasında dikkate alınması gereken başka kriterler de bulunmaktadır: Sözleşme uyarınca, ifa edilmeyen yükümlülükle aranan sıkı bağlılığın önemli olması<sup>103</sup> (PICC Art. 7.3.1/II.b); ademi ifanın kasıtlı olarak veya düşüncesizce gerçekleştirilmesi (PICC Art. 7.3.1/II.c); ademi ifanın, buna maruz kalan taraf için diğer tarafın gelecekteki ifasına güvenememe noktasında gerekçe oluşturması (PICC Art. 7.3.1/II.d); ifa etmeyen tarafın, sözleşme ortadan kaldırıldığı takdirde ifa hazırlıkları veya ifa sebebiyle orantısız bir zarara uğrayacak

---

<sup>99</sup> Bkz.: Yeşim M. Atamer, "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 327 vd.; Başoğlu, **a.g.e.**, s. 218.

<sup>100</sup> Atamer, **İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek**, s. 332 vd.

<sup>101</sup> Ademi ifa, ayıplı ifa ve geç ifa dâhil olmak üzere, bir tarafın sözleşme kapsamındaki herhangi bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi olarak tanımlanmıştır (PICC Art. 7.1.1). Dolayısıyla burada ifade edilen "ademi ifa" ("*non - performance*"), CISG kapsamında "sözleşme ihlali" ("*breach of contract*") ile aynı anlamı taşımaktadır; Koch, **Fundamental Breach**, s. 232 dn. 187; Leisinger, **a.g.e.**, s. 32.

<sup>102</sup> PICC kapsamında sözleşmenin ortadan kaldırılması konusunda bkz.: Ceyda Süral, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2008, s. 130 vd.

<sup>103</sup> Bu maddeye ilişkin Şerh'de, PICC Art. 7.3.1/II.b'nin ademi ifanın gerçek ağırlığını değil, sıkı şekilde ifası önemli olan yükümlülüğün niteliğini gözettiği belirtilmiştir. Bkz.: PICC Art. 7.3.1 Comment 3.b.

olması (PICC Art. 7.3.1/II.e) dikkate alınması gereken kriterlerdir<sup>104</sup>. Anlaşıldığı üzere PICC kapsamında esaslılık değerlendirmesi, CISG m. 25 hükmünde öngörülen formüle nazaran daha detaylı kriterler içermekte ve bazı yönlerden farklılaşabilmektedir. Örneğin, ifa etmemenin fiili ağırlığından bağımsız olarak, ifa edilmeyen yükümlülükle sıkı bir bağlılığın aranmasının esaslılık değerlendirmesini yönlendirmesi (PICC Art. 7.3.1/II.b)<sup>105</sup>; ifa etmemenin kasten ve düşüncesizce gerçekleşmesinin (PICC Art. 7.3.1/II.c)<sup>106</sup> veya ifa etmeyen tarafın orantısız bir zarara uğrayacak olmasının (PICC Art. 7.3.1/II.e) gözetiliyor oluşu dikkat çekicidir.

PECL Art. 9:301/I düzenlemesi uyarınca, ademi ifa esaslı ise ("*fundamental non-performance*") sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkı ("*termination*") bulunmaktadır. Esaslı ademi ifa kavramı ise PECL Art. 8:103 düzenlemesinde yer bulmuştur. Burada ademi ifanın esaslı sayılacağı üç durum öngörülmüştür<sup>107</sup>. Buna göre, yükümlülük ile sıkı bağlılık sözleşme kapsamında önemliyse<sup>108</sup> (PECL Art. 8:103.a); ademi ifaya maruz kalan taraf, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalıyorsa meğerki diğer taraf bu sonucu öngörmemiş ve makul olarak öngöremeyecek olsun<sup>109</sup> (PECL Art. 8:103.b); ademi ifa kasıtlı ise ve buna maruz kalan taraf için diğer tarafın gelecekteki ifasına güvenememe noktasında gerekçe oluşturuyorsa (PECL Art. 8:103.c) ademi ifa esaslı addedilebilecektir. Burada da özellikle PECL Art. 8:103.b düzenlemesinin CISG m.

---

<sup>104</sup> Bu kriterler hükümde, özellikle dikkate alınması gereken kriterler olarak anılmıştır. Bundan dolayı sayılan kriterlerin tüketici olmadığı ifa edilmektedir; Stefan Vogenauer (Ed.), Jan Kleinheisterkamp (Ed.), **Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)**, New York, Oxford University Press, 2009, (Huber), Art. 7.3.1 N. 12.

<sup>105</sup> Bkz.: PICC Art. 7.3.1. Comment 3.b.

<sup>106</sup> Fakat kasıtlı olmasına rağmen önemsiz bir ademi ifa sebebiyle sözleşmenin ortadan kaldırılmasının dürüstlük kuralına aykırı olabileceği belirtilmiştir. Bkz.: PICC Art. 7.3.1. Comment 3.c.

<sup>107</sup> Hossam El-Saghir, "Fundamental breach of contract: Remarks on the manner in which the Principles of European Contract Law may be used to interpret or supplement Article 25 of the CISG", **An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law**, Ed. John Felemegas, New York, Cambridge University Press, 2007, s. 338.

<sup>108</sup> Bu hükmün, ihlalin gerçek ağırlığıyla değil, sözleşme ile sıkı bağlılığın önemli olduğu hususundaki anlaşmayla ilgili olduğu vurgulanmıştır. Bkz.: PECL Art. 8:103 Comment B. PECL Art. 8:103 düzenlemesine ilişkin Şerh için bkz.: The Commission of European Contract Law, **Principles of European Contract Law: Parts I and II Combined and Revised**, Ed. Ole Lando, Hugh Beale, The Hague, Kluwer Law International, 2000, s. 364 - 368.

<sup>109</sup> Bu maddeye ilişkin şerhte, öngörülebilirliğin sözleşmenin kurulduğu ana göre değerlendirileceği belirtilmektedir. Bkz.: PECL Art. 8:103 Comment C.

25 hükmünde yer verilen formül ile paralel olduğu görülür<sup>110</sup>. Ademi ifanın esaslı sayılması noktasında dikkate alınabilecek diğer iki durum ise CISG m. 25 hükmünün metnine yansımamıştır.

Nihayet DCFR Art. III - 3:502 düzenlemesi de yükümlülüğün ifa edilmemesi esaslı ise ("*fundamental non - performance*") sözleşmenin ortadan kaldırılabilceğini ("*termination*") belirtmektedir (DCFR Art. III - 3:502/I). Nitekim DCFR Art. III - 3:502/II düzenlemesi, yükümlülüğün ifa edilmemesinin esaslı sayılabileceği iki durum öngörmektedir. Buna göre, edimin bütününe veya ilgili kısmına uygulandığında, ademi ifa alacaklıyı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakıyorsa meğerki sözleşmenin kurulduğu anda borçlu, bu sonucu öngörmemiş ve öngörmesi makul olarak beklenemiyor olsun<sup>111</sup> (DCFR Art. III - 3:502/II.a) ya da ademi ifa kasten veya düşüncesizce gerçekleşmiş ve alacaklı için diğer tarafın gelecekteki ifasına güvenilemeyeceği noktasında gerekçe oluşturuyorsa (DCFR Art. III - 3:502/II.b) esaslılık şartı sağlanabilecektir<sup>112</sup>.

Görüldüğü üzere, uyumlaştırma projelerinde de esaslı ihlal kavramı, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesinin önemli bir koşulu olarak ortaya çıkar. Bununla beraber, esaslı ihlalin tanımı noktasında bu metinlerdeki düzenlemelerin gerek birbirlerine göre gerekse de CISG m. 25 hükmüne göre bazı farklılıklar içerdiği de anlaşılmaktadır. Bu tanımların her biri, CISG m. 25 hükmünde yer verilen formüle göre daha geniştir ve ihlalin esaslı addedilebilmesi noktasında bazı ek kriterler içermektedir. CISG m. 25 hükmünün yorumunda bu tanımlardan yararlanılıp yararlanılamayacağı tartışmalı bir konu olmakla birlikte, *kanımızca*, bu

---

<sup>110</sup> El-Saghir, **a.g.m.**, s. 339.

<sup>111</sup> Öngörülebilirlik değerlendirmesinin sözleşmenin kurulduğu ana göre yapılmasının açıkça tercih edilmesi, CISG m. 25 hükmüne nazaran bir farklılıktır.

<sup>112</sup> Bu maddeye ilişkin Şerh'de yapılan açıklamalardan, PECL Art. 8:103.a düzenlemesinin aksine yükümlülükle sıkı bağlılık sözleşme kapsamında önemliyse ademi ifanın esaslı sayılabileceğinin düzenlenmemesine ilişkin olarak, ademi ifanın diğer taraf için ciddi sonuçlar doğurmayabileceği gözetildiğinde PECL Art. 8:103.a'da kabul edilen yaklaşımı genel bir kural olarak uygulamanın uygun görülmediği anlaşılmaktadır. Bkz.: DCFR Art. III - 3:502 Comment A. DCFR Art. III - 3:502 düzenlemesine ilişkin Şerh için bkz.: Study Group on a European Civil Code, Research Group on EC Private Law (Acquis Group), **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition**, C. I, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009, s. 852 - 862.

metinler doğrudan bir başvuru kaynağı olarak görülmemelidir. Bu tanımların kendi bütünlüğü içerisinde, hangi tür ihlallerin esaslı addedilebileceğine yönelik bir çıkarsamaya dayandığı nazara alındığında, farklılık arz eden kriterlerin CISG m. 25 hükmünde öngörülen sisteme dâhil edilmesi uygun olmayacaktır. Keza Antlaşma'nın otonom yorumlanması ilkesi (CISG m. 7/I) incelenirken bu konu tekrar gündeme gelmektedir<sup>113</sup>.

### **3. Türk Borçlar Kanunu'nun Mukayese Edilebilir Düzenlemeleri**

Türk Borçlar Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri incelendiğinde ise gerek CISG'dan gerekse de yukarıda belirtilen uyumlaştırma projelerinden farklı olarak, kanun koyucunun, ihlale maruz kalan tarafın başvurabileceği hukukî imkânları, sözleşme ihlalinin görünüm şekillerden hareket eden bir yaklaşımla düzenlemeyi tercih ettiği gözlemlenmektedir. Dolayısıyla CISG'ın ifa engelleri sisteminde görülen bütüncül "sözleşme ihlali" yaklaşımı, Türk Borçlar Kanunu'nda yer bulmamıştır. Bunun doğal sonucu olarak, sözleşmeden dönme veya ikame mal teslimini isteme haklarının kullanılabilmesi adına, yan edim yükümlülüklerini de kapsayacak şekilde sözleşmenin ifa edilmemesinin ne zaman esaslı addedileceğini düzenleyen CISG m. 25 hükmünün muadili kabul edilebilecek bir hüküm, Türk Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin ifa edilmemesine bağlanan sonuçları, ifa engellerinin görünüm şekillerinin düzenlendiği ilgili maddelerden takip etmek gerekmektedir. Bu anlamda taşınır satımı bakımından örneğin; imkânsızlık (TBK m. 27, m. 112, m. 136, m. 137), borçlu temerrüdü (TBK m. 117 vd., m. 212 vd., m. 235 vd.), gereği gibi ifa etmeme (TBK m. 112), aşırı ifa güçlüğü (TBK m. 138), satılanın zaptı (TBK m. 214 vd.) veya ayıplı ifa (TBK m. 219 vd.) birer ifa engeli olarak ortaya çıkabilir. Sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesine sebep olabilen bu durumları düzenleyen hükümlerde, alacaklıya hangi imkânların tanınmış olduğunun veya sözleşmenin hangi akıbete uğradığının bütünüyle incelenmesi çalışmamızın

---

<sup>113</sup> Bkz.: aş. I. E. 3.



kapsamını aşmaktadır. Bu bakımdan, her ne kadar CISG m. 25 hükmünün karşılığı olarak gösterilebilecek genel bir hüküm ortaya koymak mümkün görülmesi de fikri anlamda esaslı ihlal ile benzerlik gösterdiği ifade edilebilecek örnek hükümlerin araştırılması tercih edilmiştir.

Türk Hukuku'nda, borcunu ifa etmek zorunda olan borçlu, borç muaccel olmasına ve ifası da mümkün olmasına rağmen bunu ifa etmezse kusurlu olmasa dahi ifayı kabule hazır olan alacaklının - kural olarak<sup>114</sup> - ihtarıyla temerrüde düşer (TBK m. 117/I)<sup>115</sup>. Satım sözleşmesi gibi karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönebilir (TBK m. 125/II). Fakat bunun için kural olarak mütemerrit borçluya, edimini ifa etmesi için uygun bir süre verilmesi gerekir (TBK m. 123). Şu kadar ki borçlunun içinde bulunduğu durumdan veya tutumdan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa veya temerrüt sebebiyle borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa veya belirli bir zamanda ya da belirli bir süre içinde gerçekleşmeyen ifanın artık kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa borçluya süre verilmesi şartı aranmamaktadır (TBK m. 124). Borçluya süre verilmesine gerek olmayan örnek durumlar doktrin tarafından sırasıyla; borcun ifa edilmeyeceğinin kesin olarak beyan edilmiş olması, sözleşmede güdülen amaca göre ifanın alacaklı için yararsız kalması ve sözleşmede kesin vade kararlaştırılması olarak gösterilmektedir<sup>116</sup>. Aşağıda incelendiği üzere, CISG uygulamasında vaktinde ifa etmeme kendiliğinden esaslı ihlal olarak kabul edilmemekte, sözleşmeden dönmek isteyen alacaklının CISG kapsamında da şartları mevcut ise ek süre vererek sözleşmeden dönme hakkını kullanması gerekmektedir<sup>117</sup>. Bununla beraber, TBK m. 124 hükmüne göre borçluya ek süre verilmesine gerek olmayan durumlar, CISG m. 25 kapsamında ihlalin esaslı kabul edilebilmesini sağlamaya ve böylece derhal

---

<sup>114</sup> İhtarsız temerrüdün şartları için bkz.: TBK m. 117/II.

<sup>115</sup> Bkz.: M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, C. I, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 376 - 386; Halil Akkanat, "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s. 7 vd.

<sup>116</sup> Bkz.: Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 531, 532; Selâhattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atillâ Altop, **Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 950 vd.

<sup>117</sup> Bu hususta *inc.* aş. II. E; III. B. 2; III. C. 2.

sözleşmeden dönülebilmesi imkânını yaratmaya müsaittir<sup>118</sup>. Dolayısıyla, en azından asli edim yükümlülüklerinin vaktinde ifa edilmemesi noktasında, CISG m. 25 hükmü ile TBK m. 124 hükmü arasında paralellik bulmak mümkündür<sup>119</sup>. Yine sözleşmeden dönebilmek için borçlunun kusurunun aranmaması<sup>120</sup>, CISG sistemi ile uyumludur.

Burada zikredilebilecek diğer bir hüküm ise ayıplı mal tesliminden sorumlu olan satıcı karşısında, sözleşmeden dönmek isteyen alıcının bu hakkını sınırlandıran TBK m. 227/IV hükmü olabilir. Buna göre, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istemesi ihtimalinde hâkim, durum sözleşmeden dönmeyi haklı göstermiyorsa satılanın onarımına veya satış bedelinin indirilmesine karar verebilmektedir<sup>121</sup>. Doktrinde bu hükmün uygulamasına ilişkin olarak; alıcının malı kullanabildiği, satılanın geri gönderilmesi masraflarının yüksek olduğu, satılanın alıcının özel siparişi üzerine teslim edildiği ve başkası tarafından kullanımının mümkün olmadığı durumlar örnek olarak gösterilmektedir<sup>122</sup>. Satıcının ayıplı mal teslim etmesi, CISG m. 25 kapsamında yapılacak değerlendirmede de ihlalin mutlaka esaslı olduğu anlamına gelmez. Özellikle alıcının, ayıplı mallardan istifade ederek sözleşmeden beklediği menfaati ne ölçüde elde edebileceği önem kazanır<sup>123</sup>. Nitekim *Yavuz/Özen/Acar*, TBK m. 227/IV uygulamasında alıcının malları kullanabilmesi bakımından, satılan ayıplı olsa dahi alıcının sözleşme ile güttüğü amacı gerçekleştirme imkânına sahip bulunduğu durumların, sözleşmeden dönme hakkını sınırlandırabileceğine işaret etmektedir<sup>124</sup>. Şu hâlde sözleşmeden dönme hakkının sınırlandırılması noktasında, TBK m. 227/IV hükmünde hâkime tanınan yetki ile

---

<sup>118</sup> Bkz.: aş. III. B. 2; III. C. 2.

<sup>119</sup> Aynı yönde bkz.: Atamer, **a.g.e.**, s. 336 dn. 286; Bilgehan Çetiner, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile BM Satım Hukuku'nun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelemesi", **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 5, S. 58, Ekim 2007, s. 3142; Başoğlu, **a.g.e.**, s. 227.

<sup>120</sup> Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 519; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 962.

<sup>121</sup> Bu hüküm, seçim hakkının hâkimde olması sebebiyle eleştirilmekte ve bunun yerine sözleşmeden dönme hakkının ön koşula bağlanması gerektiği ifade edilmektedir; Atamer, **İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek**, s. 350, 351 dn. 100.

<sup>122</sup> Bkz.: Halûk Tandoğan, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan Altıncı TıpkıBasım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 188; Fahrettin Aral, Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 126; Cevdet Yavuz, Burak Özen, Faruk Acar, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul, Beta, 2007, s. 120, 121; Mustafa Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 132.

<sup>123</sup> Bu konunun incelemesi için bkz.: aş. III. B. 4. b.

<sup>124</sup> Yavuz/Özen/Acar, **a.g.e.**, s. 120.

CISG m. 25 kapsamında ihlalin esaslı olması koşulunun belli noktalarda örtüştüğü görülür. Fakat belirtmek gerekir ki TBK m. 227/IV kapsamında gösterilen ve temelde, dönmenin alıcıya sağladığı faydaya nazaran satıcı aleyhine sebep olduğu zarar arasında orantısızlık bulunması temeline dayanan<sup>125</sup> diğer örnekler, CISG m. 25 kapsamında esaslılık şartının kıstasları değildir.

Bu kapsamda değinmeyi uygun bulduğumuz son örnek ise kısmi zapt hâlinde alıcının haklarını düzenleyen TBK m. 218 hükmüdür. Buna göre, kısmi zapt hâlinde alıcı ancak bu yüzden uğradığı zararın tazminini isteyebilir (TBK m. 218/I). Fakat alıcının, satılanın bu durumunu bilseydi onu satın almayacağı durum ve koşullardan anlaşılıyorsa alıcı sözleşmenin sona erdirilmesini hâkimden isteyebilmektedir (TBK m. 218/II). Alıcının sözleşmenin sona erdirilmesini isteyebileceği durumlara örnek olarak, zapta sebep olan hakkın alıcının sözleşmeyi yaparken göz önünde tuttuğu kullanım amacına aykırı olması veya bir bütün teşkil eden şeylerin bir kısmının zaptı gibi durumlar ortaya konmaktadır<sup>126</sup>. Bu gibi durumların, CISG m. 25 hükmü kapsamında da alıcının sözleşmeden beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmasına sebebiyet veren hâller olarak değerlendirilmesi muhtemeldir. Fakat belirtmek gerekir ki satılanın tam zaptı sebebiyle sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi sonucu (TBK m. 217/I), CISG kapsamında ortaya çıkmaz. CISG m. 25 çerçevesinde alıcı, sözleşme konusu malı üçüncü bir kişiye bırakması sebebiyle ihlalin esaslı olduğunu kanıtlayarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir<sup>127</sup>.

Satım sözleşmesine uygulanabilecek özellikteki belirtilen hükümlerin yanında, Türk Borçlar Kanunu kapsamında örneğin, kira sözleşmesinin (TBK m. 304 - 306) ve eser sözleşmesinin (TBK m. 475) ayıp sebebiyle ortadan kaldırılabilmesi için bu ayıbın belli bir ağırlıkta olması aranır. Bu hükümlerde sözleşmenin ortadan kaldırılmasındaki sınırlama ile esaslı ihlal arasında bir benzerlik kurmak yine mümkündür<sup>128</sup>. Fakat görüldüğü üzere var olan sınırlamalar, ilgili sözleşme tipine ve

---

<sup>125</sup> Bkz.: Tandoğan, **a.g.e.**, s. 188; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 126; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 121.

<sup>126</sup> Tandoğan, **a.g.e.**, s. 162; Yavuz/Acar/Özen, **a.g.e.**, s. 95.

<sup>127</sup> Bkz.: aş. III. B. 5.

<sup>128</sup> Atamer, **İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek**, s. 350, 351 dn. 100; Kutluhan Erkan, "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler

ihlalin görünüm şekline göre düzenlenmiştir. Bu bağlamda, CISG'da kabul edilen esaslı ihlal yaklaşımının, Türk Borçlar Kanunu'nda ancak bazı izlerinin bulunduğu ifade edilebilecektir<sup>129</sup>. Bununla beraber, sözleşmeden dönme ve esaslı ihlal olguları bakımından, iki sistem arasında pek çok farklılık bulunmaktadır. Bunlardan ilk zikredilmesi gerekenleri şu şekilde ortaya koymak mümkündür: CISG m. 25 hükmü kapsamında, yan edim yükümlülükleri dâhil olmak üzere, tüm sözleşme ihlalleri fark gözetilmeksizin esaslı ihlal değerlendirmesine tabi tutulmakta ve ihlalin esaslı olduğu kabul edilirse sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir. Buna karşın, Türk Borçlar Hukuku'nda yan edim yükümlülüklerinin ifa edilmemesi prensip olarak sözleşmeden dönmeye yol açmaz<sup>130</sup>. Öte yandan CISG kapsamında önemli olan, sözleşmenin ifa edilmemesi sonucunun ortaya çıkmasıdır. Bu bağlamda, sözleşme öncesi imkânsızlık (TBK m. 27), sözleşme sonrası borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık (TBK m. 112), sözleşme sonrası borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık (TBK m. 136) gibi ayrımlar, CISG m. 25 kapsamında önem arz etmemektedir. Borcun ifa edilmemesine sebep olan hadiseyle ilgilenilmediğinden, tüm bu durumlar temelli ifa etmeme çatısı altında birleşecek<sup>131</sup> ve ihlalin esaslı olmasına göre sözleşmeden dönme sonucuna bağlanabilecektir. Ayrıca, TBK m. 227/I. (4) hükmünde, ayıplı teslim edilen malın yenisi ile değiştirilmesi için ihlalin esaslı olması şartı aranmamış; "imkân varsa" bu hakkın kullanılacağı düzenlenmiştir<sup>132</sup>. Bununla beraber, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istemesi hâlinde, durum bunu haklı göstermiyorsa hâkime, onarıma veya bedelin indirilmesine karar verme yetkisi tanıyan TBK m. 227/IV hükmünün, satılanın

---

Antlaşması (CISG) Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012, s. 52 dn. 21.

<sup>129</sup> Fakat bkz.: Serozan, **a.g.m.**, s. 211: "...bölümsel hükümsüzlüğe ilişkin TBK 27 II (OR 20 II) ve haklı nedenle olağanüstü feshe ilişkin TBK 617/OR 527 ekseninde yürekli bir 'toplu hukuki ilke kıyası' yoluyla geliştirilebilecek olan şöyle bir genel dönme sınırı (koşulu) da bizde CISG 25/49 ikilisinin paralelinde ve eşdeğerde bir dönme sınırı oluşturabilir: 'Dönme hakkı ancak ihlal edilen sözleşmesel yüküme uymanın dürüstlük kuralına göre alacaklının gözünde bir olmazsa olmaz koşul önemi ve ağırlığı taşıdığı ya da alacaklının sözleşmeyle izlediği çıkarı ve amacı çökerttiği ve böyle bir ihlalden sonra artık alacaklıdan sözleşme ilişkisine katlanmasının beklenemeyeceği durumda kullanılabilir. Aksi halde dönme işlemi hükümsüz sayılır.'"

<sup>130</sup> *İnc.* Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 538; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 962; Kanişlı, **a.g.e.**, s. 62, 63 dn. 102.

<sup>131</sup> Bkz.: aş. III. B. 1.

<sup>132</sup> Bkz.: ve karşı. Çetiner, **a.g.m.**, s. 3148.

ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesine karar verme yetkisini hâkime tanımamış olması dikkat çekicidir.

## **E. Esaslı İhlal Değerlendirmesinde Yardımcı Normlar**

### **1. Genel Açıklamalar**

CISG m. 25 hükmünün düzenleniş şekli incelenirken izah edildiği üzere, hükümde yer verilen geniş anlamlı kavramlar, somut olaydaki esaslı ihlal değerlendirmesinin ne yönde gelişeceği yönünde şüphe oluşturabilir. Bu zorluğu aşma noktasında, Antlaşma'da yer verilen diğer bazı düzenlemeler önem taşımaktadır. Antlaşma'nın taraf iradelerine üstünlük tanıyan genel yaklaşımı gereği öncelikle, esaslı ihlal değerlendirmesinin sınırlarının taraflarca belirlenip belirlenmediği dikkate alınacaktır (CISG m. 6). Bu yönde bir belirleme olmaması hâlinde, CISG m. 25 hükmünü somut olaya uygularken Antlaşma'nın yorumuna ilişkin genel ilkelerin de göz önünde bulundurulması ve esaslı ihlal değerlendirmesinin kıstaslarının bu ilkelerle uyumlu olacak şekilde yorumlanması gerekecektir (CISG m. 7). Öte yandan, esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken sözleşme içeriğinin bütünüyle ortaya konması ayrıca önem arz etmektedir. Bu noktada da ilk olarak taraf iradelerinin ve sözleşmenin, doğru şekilde yorumlanması gerekir (CISG m. 8). Dahası, örneğin yazılı bir sözleşmede açıkça kaleme alınan hükümlerin dışında taraflar için bağlayıcı başka kurallar mevcut olabilir. Bu bağlamda, zımnî anlaşmalar ve özellikle teamüller ile alışkanlıklar çerçevesinde sözleşmenin gerçek içeriğinin saptanması gereklidir (CISG m. 9).

### **2. Taraf İradelerinin Önceliği (CISG m. 6)**

Tarafların sözleşmelerinde, belirli hükümlere aykırılıkların esaslı ihlal oluşturacağını veya benzer şekilde, sözleşme ihlali hâlinde gündeme gelebilecek

belirli olumsuzlukların esaslı sayılacağını düzenlemeleri mümkündür<sup>133</sup>. Böylece tarafların, CISG m. 25 hükmünde öngörülenden daha sert veya daha esnek bir yaklaşım benimsemeleri imkân dâhilindedir<sup>134</sup>. Bu imkân, CISG m. 6 hükmünün taraflara sağladığı irade serbestisi ile ilintilidir<sup>135</sup>. Keza sözleşme serbestisi prensibi, CISG'ın en önemli köşe taşlarından biri olarak gösterilmektedir<sup>136</sup>. Zira CISG m. 6 hükmü taraflara, Antlaşma'nın uygulanmamasını kararlaştırma veya 12. madde saklı kalmak şartıyla hükümlerine istisna getirme veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirme hakkı tanımaktadır<sup>137</sup>. Böylece sözleşmede kararlaştırılan hükümler, aynı konuyu düzenleyen Antlaşma hükümlerine nazaran öncelik

<sup>133</sup> *Inc. Bianca/Bonell/(Will)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 2; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 181.2; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 6 N. 28; Alastair Mullis, "Avoidance for Breach under the Vienna Convention: A Critical Analysis of Some of the Early Cases", **Anglo-Swedish Studies in Law**, Ed. Mads Andenas, Nils Jareborg, Uppsala, Iustus Förlag, 1999, s. 350, 351; Koch, **Fundamental Breach**, s. 299, 300; Bridge, **a.g.m.**, s. 932, 933; Zeytin, **a.g.e.**, s. 107; Lachmi Singh, Benjamin Leisinger, "A Law for International Sale of Goods: A Reply to Michael Bridge", **Pace International Law Review**, C. XX, S. 1, Spring 2008, s. 164; Paiva, **a.g.m.**, § 2.1.3; Leisinger, **a.g.e.**, s. 40 - 42.

<sup>134</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 181.2; Koch, **Fundamental Breach**, s. 337, 338; Singh/Leisinger, **a.g.m.**, s. 164; Leisinger, **a.g.e.**, s. 41, 134; Maartje Bijl, "Fundamental Breach in Documentary Sales Contracts The Doctrine of Strict Compliance with the Underlying Sales Contract", **European Journal of Commercial Contract Law**, C. I, S. 1, 2009, s. 26. Esasen bu hususta sahip olunabilecek irade serbestisinin sınırı, uygulanması gereken ulusal hukuk kurallarına göre saptanacaktır. Zira sözleşme hükümlerinin veya teamüllerin geçerliliği Antlaşma'nın uygulama alanı dışındadır (CISG m. 4.a). Buna göre, kararlaştırılan ölçüsüz standartların, sözleşmenin geçerliliğine uygulanacak hukukun emredici hükümlerine aykırı olması hâlinde geçersiz olması ihtimal dâhilindedir. Bu konuda *inc. Bianca/Bonell/(Bonell)*, **a.g.e.**, Art. 6 N. 3.3 - 3.3.2; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 6 N. 3.1. Nitekim taraflarca esaslı ihlal bakımından getirilen ölçünün, sözleşmeden dönmeyi ve ikame mal teslimini uygulama dışı bırakacak derecede yüksek olması hâlinde, bu yönde bir hükmün geçerliliğinin Devletler Özel Hukuku kuralları uyarınca uygulanacak hukuka göre değerlendirileceği yönünde bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 41. Yine, küçük boyutlu sözleşmeye aykırılıkların dahi esaslı sayılacağı düzenlenebileceği ve bu yöndeki irade serbestisinin ancak emredici kurullarla sınırlanabileceği; fakat dürüstlük kuralı sebebiyle kısıtlanamayacağı yönünde bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 337, 338, 342 - 344. Ayrıca *inc. Paiva*, **a.g.m.**, § 2.1.3. Keza taraflardan birinin genel işlem şartlarında, tüm sözleşme ihlallerinin esaslı sayılacağı yönünde bir hüküm bulunması hâlinde, bu hükmün geçerliliği de yine uygulanacak ulusal hukuka göre saptanacaktır; bkz.: ve *karş. Ferrari*, **Fundamental Breach**, s. 498; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 240, 241 dn. 84.

<sup>135</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 181.2; Mullis, **a.g.m.**, s. 350, 351; Koch, **Fundamental Breach**, s. 299, 300; Bridge, **a.g.m.**, s. 932, 933; Singh/Leisinger, **a.g.m.**, s. 164; Leisinger, **a.g.e.**, s. 40, 134; Paiva, **a.g.m.**, § 2.1.3; Bijl, **a.g.m.**, s. 26.

<sup>136</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 6 N. 1.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 6 N. 8; Koch, **Fundamental Breach**, s. 299; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Mistelis), **a.g.e.**, Art. 6 N. 1; United Nations Commission on International Trade Law, **UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, 2012 Basısı, New York, United Nations, 2012, Art. 6 N. 3. Ayrıca bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 74; Fawcett/Harris/Bridge, **a.g.e.**, N. 16.57; Atamer, **a.g.e.**, s. 69; Kaya, **a.g.e.**, s. 9 - 11.

<sup>137</sup> CISG m. 6: "*Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler.*"

kazanmaktadır<sup>138</sup>. Baskın olarak kabul edilen görüşe göre, tarafların bu yönde anlaşması açık veya zımni olabilir<sup>139</sup>. Şu hâlde, Antlaşma hükümlerinin, prensip olarak, yedek hukuk kuralı niteliğini haiz olduğu anlaşılmaktadır<sup>140</sup>.

Bununla beraber taraflar, hangi hâllerin esaslı ihlal sayılacağını düzenlemek istiyorlarsa sözleşmelerinde bu hususa dikkatle yer vermelidirler. Zira bu yöndeki gerçek iradenin şüpheye yer olmadan anlaşılması gerekir<sup>141</sup>. Nitekim CISG m. 6 kapsamında zımni anlaşmalara cevaz verilmekle birlikte, tarafların irade uyuşmasının şüpheye yer olmadan anlaşılması gerektiği belirtilmektedir<sup>142</sup>. *Kanımızca*, semeni ödeme borcu için kesin bir vade kararlaştırılması veya malların mutlaka belirli özellikleri taşıması gerektiği hususunda anlaşılması gibi düzenlemeler, akdi ilişkinin diğer koşullardan daha başka bir mana çıkarılmadıkça, tek başına CISG m. 6

<sup>138</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 6 N. 8.

<sup>139</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 6 N. 2.2, 2.3; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 6 N. 1.2; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 76; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 6 N. 3; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Mistel), **a.g.e.**, Art. 6 N. 1; Atamer, **a.g.e.**, s. 58; Zeytin, **a.g.e.**, s. 63; Kaya, **a.g.e.**, s. 31; Dayioğlu, **a.g.e.**, s. 17. ULIS m. 3 hükmü bu konuda zımni bir anlaşmanın da yeterli olabileceğini açık olarak düzenlemektedir. 1978 tarihli Antlaşma Taslağı'na ilişkin Sekretarya Şerhi'nde yapılan açıklamalara göre, CISG'da bu yönde açık bir düzenlemeye yer verilmemesinin sebebi; mahkemelerin, tarafların zımni bir anlaşmayla CISG'ı uygulama dışı bıraktıkları hususunda sıklıkla karar vermelerinin önüne geçilmek istenmesidir; **Official Records**, s. 17. Aynı yönde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/ (Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 6 N. 3. Hükmün hazırlık tarihçesinin de aynı hususa işaret ettiği belirtilmektedir; Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 6 N. 1.2, 2.3. Nitekim - aksi yönde kararların da mevcudiyetine rağmen - pek çok kararda zımni anlaşmaların gözetildiği rapor edilmektedir. Bkz.: **Digest**, Art. 6 N. 9.

<sup>140</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 69; Kaya, **a.g.e.**, s. 10; Dayioğlu, **a.g.e.**, s. 16. İstisnai olarak emredici bir düzenlemeye CISG m. 12 hükmünde yer verilmiştir. Buna göre: "*Taraflardan birinin işyeri, 96. madde uyarınca beyanda bulunmuş âkit bir devlette bulunduğu takdirde, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan bu Antlaşmanın 11. ve 29. maddesinin veya II. Kısımının hükümleri uygulanmaz. Taraflar bu maddeye istisna getiremeyecekleri gibi maddenin etkilerini de değiştiremezler.*" Bununla beraber, uygulama dışı bırakılmaları veya değiştirilmeleri nitelikleri gereği mümkün görülmeyen başka hükümler de bulunduğu doktrinde ifade edilmektedir. Bu bağlamda, tarafların haklarını ve borçlarını düzenlemekten ziyade, üye devletlere veya mahkemelere yönelik olan hükümlerin (örneğin, Antlaşma'nın "Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmı, CISG m. 28) taraflarca uygulama dışı bırakılmaya veya değiştirilmeye tabi olmadıkları görüşü öne çıkmaktadır. *İnc.* Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 6 N. 3.4; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 74 dn. 2; Schlechtriem/Schwenzer/ (Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 6 N. 9; Erauw/Flechtner, **a.g.m.**, s. 60; Kröll/Mistel/Viscasillas/ (Mistel), **a.g.e.**, Art. 6 N. 9; **Digest**, Art. 6 N. 5.

<sup>141</sup> Bkz.: ve *karş.* Bridge, **a.g.m.**, s. 935; Paiva, **a.g.m.**, § 2.1.3. Bu bağlamda, irade beyanlarının yorumlanması amacıyla CISG m. 8 hükmünden faydalanmak mümkündür; Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 6 N. 2.3.1. Bu yönde bir iradenin açıkça ortaya konması taraflar için tavsiye edilebilir mahiyettedir.

<sup>142</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 76; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 6 N. 1.2; Atamer, **a.g.e.**, s. 60; Zeytin, **a.g.e.**, s. 63.

uyarınca CISG m. 25 hükmünün uygulamasından ayrılmak anlamına gelmez. Zira tarafların belirli yükümlülüklerle özel bir önem atfetmiş olması ve bunlarla sıkı bir bağlılık aramış olması, ilgili yükümlülüğün ihlal edilmesi hâlinde CISG m. 25 hükmündeki kıstasların uygulanmaması sonucunu doğurmaz ve böyle bir yükümlülüğün ihlali kendiliğinden esaslı ihlal anlamına gelmez<sup>143</sup>. Bu gibi düzenlemeler, özellikle sözleşmeden beklenmekte haklı olunan menfaatler<sup>144</sup> ile bu menfaatlerin taraflar için öneminin değerlendirilmesi bakımından<sup>145</sup> ve çoğunlukla da "öngörülebilirlik" kıstası bakımından<sup>146</sup> karar vermemizde etkili olabilmektedir. Fakat bu yönde bir düzenleme, prensip olarak, CISG m. 25 hükmünün uygulamasından ayrılmak manasına gelmeyeceğinden, yine hükümde öngörülen tüm değerlendirmelerin ve özellikle ihlalin gerçekte ne tür olumsuzluklar ile sonuçlandığı araştırmasının somut olayda uygulanması gerekecektir. Dolayısıyla, tarafların belirli yükümlülüklerle sözleşmelerinde önem atfetmiş olmaları ile CISG m. 25 hükmünün uygulamasından ayrılmış olmaları durumlarını birbirinden ayırt etmek gerekmektedir<sup>147</sup>.

Buna karşın, belirli bir yükümlülüğün ihlal edilmesi hâlinde taraflardan birinin doğrudan sözleşmenin esaslı ihlaline bağlanan sonuçlardan birini kullanabileceğinin kararlaştırılması, bu sonuç bakımından CISG m. 25 hükmünün uygulanmasından ayrılmak manasına gelebilir<sup>148</sup>. Örneğin, semenin kararlaştırılan vadede ödenmemesi durumunda başka bir şart aranmaksızın satıcının sözleşmeden dönebileceğinin

---

<sup>143</sup> Bkz.: Paiva, **a.g.m.**, § 2.1.3, 3.2.1.4. *Karş.* Koch, **Fundamental Breach**, s. 216, 217, 300; Singh/Leisinger, **a.g.m.**, s. 164, 165; Leisinger, **a.g.e.**, s. 41, 134; Bijl, **a.g.m.**, s. 26.

<sup>144</sup> Bkz.: aş. II. A. 3. c. (1).

<sup>145</sup> Bkz.: aş. II. A. 3. d.

<sup>146</sup> Bkz.: aş. II. A. 4. c.

<sup>147</sup> Paiva, **a.g.m.**, § 3.2.1.4.

<sup>148</sup> Bu yönde bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 347. Örneğin, Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry tarafından görülen davada, sözleşme konusu imalat setine ilişkin son teslimatın gerçekleşmesinin ardından altı ay içerisinde sözleşmeye uygun şekilde üretime geçilememesi hâlinde, alıcının teslim edilen bu malları iade edeceği düzenlenmiştir. Bununla beraber tahkim heyeti, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi sebebiyle alıcının sözleşmeden dönebileceğine karar verirken ilgili sözleşme hükmünün yanı sıra, CISG m. 25 hükmünü de nazara almış ve bu hükme göre esaslı ihlalin oluştuğunu belirtmiştir. Bkz.: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 25.06.2004, CISG-online no: 1437.



düzenlenmesi<sup>149</sup> veya teslim edilen malların birinci kalite olmaması hâlinde alıcının her zaman ikame mal teslimini isteyebileceğinin düzenlenmesi böyledir. Keza belirli yükümlülüklerin ifası bakımından sözleşme ile sıkı bir bağlılığın gerekli olduğunun düzenlenmesine ek olarak, bu yükümlülüğe uyulmamasının esaslı ihlal addedileceğinin kararlaştırılması da mümkündür<sup>150</sup>. Ayrıca taraflar, esaslı ihlale ilişkin kendi kıstaslarını tek tek sayma yerine, PICC<sup>151</sup> veya PECL gibi diğer kaynaklarda yer alan muadil hükümlerin uygulanmasını da kararlaştırabilirler. Böylece, CISG m. 25 hükmünün uygulamasından tamamen ayrılmak mümkün olduğu gibi, belirli sözleşmeye aykırılıkların esaslı addedileceğini kararlaştırmak da mümkündür<sup>152</sup>. Buna karşın, CISG uygulamasında bu tür anlaşmalar yaygın görülmemektedir<sup>153</sup>.

### 3. CISG m. 7 Çerçevesinde CISG m. 25 Hükümünün Yorumu

CISG m. 25 hükmünün içerdiği bazı muğlak kavramlar göz önünde bulundurulduğunda, CISG'in uygulanma sahasında karşılaşılabilecek muhtemel ve önceden bütünüyle öngörülmesi mümkün olmayan muhtelif durumlar karşısında, içeriği daha kesin hatlarla oluşturulmuş bir hüküm sevk etmenin zorluğuna<sup>154</sup> da vurgu yapılmakta ve gündeme gelebilecek tüm bu durumları kapsamak adına, sınırları geniş bir düzenlemenin tercih edilmesi zorunluluğuna dikkat çekilmektedir<sup>155</sup>. Şu hâlde, esaslı ihlal kavramının muğlak bir karaktere sahip olduğu

---

<sup>149</sup> *Inc. Lubbe*, **a.g.m.**, s. 449 dn. 30; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 05.10.1998, CISG-online no: 1831 (Kararda, hem bir tarafın yükümlülüğünü ifa etmemesi hâlinde diğer tarafa sözleşmeden dönme hakkı tanıyan sözleşme hükmüne hem de CISG m. 25 hükmüne yer verilmiştir.). Yine akreditifin vaktinde açılmaması hâlinde satıcının derhal sözleşmeden dönebileceğinin düzenlenmesi de böyledir; Schlechtriem/Schwenzer/ (Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 9.

<sup>150</sup> *Inc. Lubbe*, **a.g.m.**, s. 449 dn. 30.

<sup>151</sup> Paiva, **a.g.m.**, § 2.2.2.

<sup>152</sup> Paiva, **a.g.m.**, § 2.1.3.

<sup>153</sup> Paiva, **a.g.m.**, § 2.1.3.

<sup>154</sup> Şüphesiz bu zorluğu, farklı hukuk çevrelerine mensup ülkelerden gelen - ve diğer ülkeler için kabul edilemez bulunan - teklifler bir kat daha artırmaktaydı. Bkz.: Zeller, **a.g.m.**, s. 88; Graffi, **a.g.m.**, s. 338.

<sup>155</sup> *Inc. Honnold/Flechtner*, **a.g.e.**, § 181.2; Grebler, **a.g.m.**, s. 411; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 322; Yelkenci, **a.g.m.**, s. 1344. Bunun ötesinde, tarihi gelişimi içerisinde esaslı ihlal hükmündeki kelime sayısında yaşanan artışa dikkat çekerek esaslı ihlal gibi genel bir kavramı

eleştirisine takılmak yerine, yorumda başvurulacak temel prensiplerin anlaşılması önem taşımaktadır<sup>156</sup>. Bu noktada ise CISG m. 25 hükmünün yorumlanmasında, Antlaşma'nın milletlerarası niteliği, Antlaşma'nın yeknesak uygulanmasının gözetilmesi ve milletlerarası ticaretteki dürüstlük kuralının korunması ilkelerinden hareket etmek gerekir<sup>157</sup>.

CISG m. 7/I hükmü, Antlaşma hükümlerinin yorumunda; Antlaşma'nın milletlerarası karakterinin, yeknesak uygulanmasının teşvikinin ve milletlerarası ticaretteki dürüstlük kuralının nazara alınmasını gerektirmektedir<sup>158</sup>. Özellikle Antlaşma'nın milletlerarası karakterinin dikkate alınmasının ve yeknesak uygulamanın gözetilmesinin gerekmesi, temelde CISG m. 7/I hükmüne göre yorumun otonom olarak yapılmasına ve kavramların anlamı tespit edilirken belirli ulusal hukuklara başvurulmamasına işaret etmektedir<sup>159</sup>. CISG m. 7/II hükmüne göre ise Antlaşma'da düzenlenen konulara ilişkin olup da açıkça cevaplanmamış olan meselelere, öncelikle Antlaşma'nın temelinde yatan ilkelere göre cevap bulmak gerekmektedir<sup>160</sup>. Buna karşın, sözleşmenin esaslı ihlali yapısı açıkça CISG m. 25 hükmünde kaleme alınmış olduğundan, hükmün içeriğine ilişkin yorumun temelde CISG m. 7/I hükmünde belirtilen ilkeler kapsamında yapılması gerekmektedir<sup>161</sup>.

Belirtildiği üzere, Antlaşma hükümlerinin otonom yorumlanması esastır. Gerçekten de CISG m. 7/I hükmü uyarınca Antlaşma'nın yorumunda dikkate

---

tanımlamaya çalışmanın eleştirel bir incelemesi için bkz.: Gyula Eörsi, "A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", **American Journal of Comparative Law**, C. XXXI, S. 2, Spring 1983, s. 336 - 341. Hükmün tarihi gelişiminin ayrıntılı incelemesi için bkz.: aş. I. F.

<sup>156</sup> Zeller, **a.g.m.**, s. 89.

<sup>157</sup> *Inc.* Zeller, **a.g.m.**, s. 89; Lubbe, **a.g.m.**, s. 447.

<sup>158</sup> CISG m. 7/I: "*Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir.*"

<sup>159</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 7 N. 5; Koch, **Fundamental Breach**, s. 189, 190; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 12; Lubbe, **a.g.m.**, s. 447; Zeytin, **a.g.e.**, s. 65, 66; Pauly, **a.g.m.**, s. 241. İçtihatlarda bu yönde *inc.* Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135.

<sup>160</sup> CISG m. 7/II: "*Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.*"

<sup>161</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 211.

alınacak kriterlerden biri olan "Antlaşma'nın milletlerarası karakteri", Antlaşma'yı yorumlayacak olanlar için yorumda salt ulusal hukukların kural ve tekniklerinden hareket etmemeyi gerektirmektedir<sup>162</sup>. Bunun yanında, CISG'da yer alan kavramların, Antlaşma'nın kendi sistemi içerisinde okunması ve belirli hukuk çevrelerinde bunlara verilen anlamlara başvurulmaması gerekmektedir<sup>163</sup>. Bu anlamda, CISG m. 25 hükmünde esaslı ihlal kavramının ulusal hukuklardan bağımsız düzenlendiği<sup>164</sup> ve hükmün anlamının tespit edilmesi noktasında ulusal hukukların

---

<sup>162</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 7 N. 2.2.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 7 N. 20; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 18; Franco Ferrari, "Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler", Çev. Candan Yasan, **Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)**, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 42, 43; Kaya, **a.g.e.**, s. 22; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 10. Bu bağlamda, hukuk sistemleri arasında ortak olarak kabul edilen yorum tekniklerine Antlaşma'nın yorumlanmasında da başvurulmaktadır; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 7 N. 20. Antlaşma'nın yorumlanmasında lafzi yorum, tarihsel yorum, sistematik yorum, amaca uygun (gai) yorum ve karşılaştırmalı yorum teknikleri genellikle ön plana çıkarılmaktadır. Bunlar hakkında bilgi için bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 195 vd.; Atamer, **a.g.e.**, s. 97 vd.; Zeytin, **a.g.e.**, s. 73 vd.

<sup>163</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 7 N. 2.2.2; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 7 N. 3; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 7 N. 8; Babiak, **a.g.m.**, s. 117; Ferrari, **Yorum ve Boşluk Doldurma**, s. 41 - 43; Atamer, **a.g.e.**, s. 93; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 10. Geliştirilen çözümlerin, diğer hukuk çevrelerinde de kabul edilebilir olması gerektiği ifade edilmektedir; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 7 N. 8. Antlaşma'da yer alan hükümlerin kaynağı tespit edilerek bu kaynak hukuka göre yorum yapılmasının da tavsiye edilebilir nitelikte olmadığı yönünde bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 7 N. 3.

<sup>164</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 181.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 12; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 491; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 6; Zeller, **a.g.m.**, s. 86, 87. *Karş.* Tribunal Supremo, 17.01.2008, CISG-online no: 1640 (Kararda, esaslı ihlal yapısının aslen Anglo-Sakson hukuk sisteminden türetildiği ifade edilmiştir.). Aşağıda CISG m. 25 hükmünün tarihçesinde etraflıca ele alındığı üzere bu hüküm, 1930'lu yıllardan bu yana hazırlanan çeşitli öncül maddeler üzerine yaşanan tartışmalar neticesinde gelişmiş ve nihayet bugünkü hâlini almıştır (Hükmün bilhassa ULIS temel alınarak geliştirildiği yönünde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/[Schroeter], **a.g.e.**, Art. 25 N. 12.). Hükmün hazırlanışı sırasında ülkelerin delegasyonları çeşitli önerileri, alternatifleri tartışmış ve şu anki düzenleme üzerinde anlaşmaya varmışlardır. Dolayısıyla bugün, CISG m. 25 hükmünün diğer hukuk sistemlerinden bağımsızlığını kabul etmek zaruridir. Zira hareket noktası, belirli hukuk sistemlerinin kabulleri üzerinden bir esaslı ihlal düzenlemesi geliştirmek olmamıştır. Bugünkü metin, herkes için kabul edilebilir yeni bir düzenleme bulma çalışmalarının ürünüdür. Bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2: "*In sum, «fundamental breach» is not fraught with history. It is a fresh legal concept, born from compromise and -- for better or worse -- open to interpretation...*"; Paiva, **a.g.m.**, § 4.2.1.1.1.1. Ne var ki hükmün hâlihazırdaki şeklini kazanmasına kadar geçen süreçte, esaslı ihlal kavramının hangi kıstaslarının nasıl düzenlenmesi gerektiği yönünde dış kaynaklardan da beslenilmesi şüphesiz bir gerekliliktir. Bu anlamda hükümde yer verilen bazı kıstaslarda diğer hukuk çevrelerinin izlerinin görülmesi kaçınılmazdır. Nitekim CISG m. 25 hükmünde temel olarak kabul edilen yaklaşımın, İngiliz Hukuku'nun 1962 tarihli ünlü bir kararında ortaya konan mülhaza ile paralellik gösterdiği doktrinde ifade edilmektedir. Bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.2.1; Koch, **Fundamental Breach**, s. 185 dn. 13; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 84; Peacock, **a.g.m.**, s. 103, 104. İngiliz Court of Appeal tarafından verilen *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v. Kawasaki Kisen Kaisha Ltd.* kararında (Bkz.: [1961] EWCA Civ 7) Mahkeme, ihlal edilmesi hâlinde sözleşmeden dönme hakkı tanıyan

esaslarına yönelinmemesi gerektiği<sup>165</sup> ifade edilmelidir. Bunun yanında, özel hukukun uluslararası alanda birleştirilmesi yönünde yürütülen çalışmalar neticesinde

---

*condition* sözleşme hükümleri ile ihlale maruz kalan tarafa bu yönde bir hak bahsedemeyen *warranty* sözleşme hükümleri arasında İngiliz Hukuku bakımından önem taşıyan klasik ayrımı (Bu konuda bkz.: Peacock, **a.g.m.**, s. 108.) aşarak çarter sözleşmesinin ihlal edilen uyumsuzluk konusu denize elverişlilik ("*seaworthiness*") hükmünü ne *condition* ne de *warranty* olarak tanımlamış ve sözleşmenin ortadan kaldırılması noktasında, ihlalin yarattığı sonuçların, sözleşmede belirtilen taraf iradelerine göre - kendi yükümlülüklerini ifa etmeyi sürdüren ihlale maruz kalan tarafça - elde edilmesi gereken tüm menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmaya sebep olup olmadığının araştırılması gerektiğini vurgulamıştır. Karar hakkında bilgi ve daha fazla açıklama için bkz.: Benjamin/(Reynolds), **a.g.e.**, N. 10-030; Peacock, **a.g.m.**, s. 108, 109; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 232 - 234. Atamer, izah edilen içtihatla, sözleşmenin çözülmesi bakımından ihlal edilen sözleşme hükümlerinin esaslılığının değil, ihlalin sonuçlarının esaslılığının belirleyici kabul edildiğini belirtmekte ve ayrıca bu içtihatın, CISG'da kabul edilen esaslı ihlal kavramını da şekillendirdiğini ifade etmektedir; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 233, 234. Benzer yönde bkz.: Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 35 ve orada dn. 21. Karşılaştırmalı olarak, CISG'da kabul edilen esaslı ihlal yaklaşımının, "tüm menfaatten önemli ölçüde" ("*substantially the whole benefit*") yoksun kalmaya değinen ilgili içtihatteki testin benzeri olmakla birlikte aynıysa olmadığı da belirtilmektedir; Benjamin/(Reynolds), **a.g.e.**, N. 12-131. *Bridge*, ilgili içtihatla belirtilen "tüm menfaatten önemli ölçüde" yoksun kalma testinin, karşılanması oldukça güç bir test olduğunu vurgulamakta ve CISG m. 25 hükmünde öngörülen "menfaatten önemli ölçüde yoksunluk" ("*substantial deprivation of benefit*") kriterinin daha farklı bir anlam ifade ettiğini savunmaktadır; *Bridge*, **a.g.m.**, s. 920. Belirtmemiz gerekir ki zikredilen kararda her ne kadar esaslı ihlal kavramına yer verilmiş olsa da gerekçede ortaya konan yaklaşım ile CISG'da kabul edilen esaslı ihlal yaklaşımı arasında düşünsel bir paralellik bulmak mümkündür. Bu anlamda, CISG'ı hazırlayanların söz konusu kararda ortaya konan fikirden de beslenmiş olmaları muhtemeldir (Nitekim CISG m. 25 hükmünde düzenlenen formülün, bu kararda ortaya konan görüşten ilham almış görüldüğü yönünde bkz.: Bianca/Bonell/[Will], **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.2.1; Lubbe, **a.g.m.**, s. 446 dn. 8.). Ayrıca Atamer, CISG m. 25 hükmünün öncülü durumundaki ULIS m. 10 hükmünde yer verilen esaslı ihlal tarifinde Fransız Hukuku'nun etkisine dikkat çekmektedir; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 234, 235. Dolayısıyla, hükmün hazırlanışı sırasında dış kaynaklardan da fikri anlamda yararlanılması doğal bir sonuçtur. Bu durum, hükmün düzenlenmesini münhasıran belirli hukuk sistemlerine atfetmek anlamına gelmemelidir. Zira bugünkü metin bir uzlaşımın ürünüdür. Atamer, farklı hukuk çevrelerinin etkisiyle düzenlenmiş olsa da bu kavramın Antlaşma'ya dâhil olmasıyla artık, otonom yorum yöntemiyle anlamlandırılması gerektiğini ifade etmektedir; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 237. Buna karşın, CISG m. 25 hükmünde kaleme alınan esaslı ihlal düzenlemesinin, kavramsal olarak ulusal hukuklardan bağımsız olduğu ortaya konmaktadır. Örneğin, aşağıda tekrar vurgulanacağı üzere, İngiliz Sözleşme Hukuku'nda gerçekten kavramsal olarak varlık göstermiş olan esaslı ihlalin, CISG m. 25 hükmündeki düzenleme ile bir bağlantısı bulunmamaktadır.

<sup>165</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 181.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 12; Babiak, **a.g.m.**, s. 117; Koch, **Fundamental Breach**, s. 190; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 491; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 6; Lubbe, **a.g.m.**, s. 447. Zaman zaman bu ilkeye riayet edilmediği ve CISG m. 25 hükmünün ulusal hukuklardaki diğer hüküm veya ilkelerle birlikte okunduğu da gözlenebilmektedir. Bkz.: United States District Court, Southern District of New York, 20.08.2008, CISG-online no: 1777; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 18.10.2005, CISG-online no: 1457; Tribunale di Padova, 11.01.2005, CISG-online no: 967; Ontario Superior Court of Justice, 06.10.2003, CISG-online no: 1436; Supreme Court of Queensland-Court of Appeal, 12.10.2001, CISG-online no: 955. Ayrıca Oberlandesgericht Düsseldorf tarafından verilen 10.02.1994 tarihli kararın (Bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994, CISG-online no: 115.), Alman Hukuku'nda kabul edilen benzer prensiplerden etkilenerek hatalı değerlendirmeler üzerine inşa edildiği yönünde dikkat çekici bir inceleme için bkz.: Pauly, **a.g.m.**, s. 230 - 232. Son yazar ayrıca, United States Court of Appeals for the Second Circuit tarafından verilen 06.12.1995 tarihli kararda da (Bkz.: United States Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995, CISG-online no: 140.) Mahkeme'nin, esaslı ihlal hükmünü yorumlarken Amerikan Hukuku'ndan faydalandığının anlaşıldığını ifade etmektedir. Bkz.:

üretilen PICC veya PECL gibi diğer belgeler de CISG m. 25 hükmünün anlamının tespitinde doğrudan bir başvuru kaynağı olamaz<sup>166</sup>.

---

Pauly, **a.g.m.**, s. 236. Ayrıca bkz.: ICC International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-online no: 834 (Bu kararda hakem heyeti, Fransız milli hukukunu ve CISG hükümlerini uyumsuzluğa zaten bir arada uygulamıştır.).

<sup>166</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 12. Ayrıca bkz.: ve *karş.* Koch, **Fundamental Breach**, s. 199 - 204 (Yazar, diğer uluslararası antlaşmalar ile PICC ve PECL kurallarının CISG hükümlerinin yorumlanmasında genel olarak kaynak olamayacağını belirtmekte ve ancak hazırlık tarihçesi ve ilgili hükmün temelinde yatan ilkeler kapsamında haklı görülebildiği takdirde PICC veya diğer yeknesaklaştırma projelerine başvurulabilmesini mümkün görmektedir.). *K.g.:* Leisinger, **a.g.e.**, s. 35 - 37 (Yazar, bahsi geçen uluslararası kaynaklarda da ilgili hükme ilişkin temel prensiplerin aynı olması hâlinde, CISG'ın yorumlanmasında bu belgelerin dikkate alınabileceği görüşündedir. Bunun devamında yazar, PICC ve PECL'in ihlalin esaslılığı ile ilgilenen hükümlerinin, CISG m. 25 hükmüyle benzer bir konsept kabul ettiğini zikretmekte ve CISG kapsamında esaslı ihlal kavramı yorumlanırken bu kaynakların da dikkate alınabileceğini belirtmektedir.). Buna karşın, özellikle PICC'in genel olarak CISG'ı yorumlamakta ve boşlukları doldurmada sahip olabileceği etki tartışmalıdır. Bu konuda olumlu bir yaklaşımın lehine ve aleyhine olan argümanların incelemesi için bkz.: Fawcett/Harris/Bridge, **a.g.e.**, N. 16.47 vd. Bu konuda olumlu yaklaşımlar için bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 7 N. 3; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 20, 61, Art. 9 N. 36. *Schwenzer/Hachem* ise PICC'in (ve aynı şekilde PECL ve DCFR'nin), Antlaşma'nın yorumunda dikkate alınmasının temelde CISG m. 7/I hükmünde öngörülen otonom yorum ile bağdaşmayacağı fikrinde görünmektedir. Yazarlara göre, bu projeler ancak hukukun gelişimine ilişkin veriler sağlayabilir ve kararlarda ortaya konan savların desteklenmesi amacıyla kullanılabilir; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 7 N. 26. *Atamer*, PICC'in CISG'da boşluk doldurma rolünü açıklarken CISG m. 25 hükmünde esaslı ihlal kavramının ana hatları ile tanımlandığını, buna karşın PICC Art. 7.3.1'de daha ayrıntılı ve örnekler verilerek suretiyle kaleme alındığını belirtmekte ve kavramı somutlaştırmak adına PICC'a başvurulabileceğini ifade etmektedir; *Atamer*, **a.g.e.**, s. 122. *Kanımızca*, PICC'in Antlaşma'nın yorumundaki genel etkisi bir yana, PICC Art. 7.3.1 düzenlemesi, CISG m. 25 hükmünün uygulaması için başvurulabilecek bir kaynak olarak görünmemektedir. Zira her iki düzenleme karşılaştırılacak olursa PICC Art. 7.3.1'de "esaslı ademi ifa" ("*fundamental non-performance*") kavramının, CISG m. 25 kapsamında esaslı ihlalden farklı bir temelde inşa edildiği anlaşılmaktadır. Bu konuda bkz.: yuk. I. D. 2. *Kanımızca*, bir takım uyumsuzluklara iki düzenlemenin ayrı ayrı uygulanması hâlinde, farklı sonuçlara varılabilmesi mümkün görünmektedir. PICC Art. 7.3.1'de özellikle; ifa edilmeyen yükümlülükle sıkı bir bağlılığın aranmış olmasının sözleşmede önemli olması (Art. 7.3.1/II.b), ifa etmemenin kasten veya düşüncesizlikle gerçekleşmesi (Art. 7.3.1/II.c) ve sözleşmenin sona erdirilmesi hâlinde ifa etmeyen tarafın ifa hazırlıkları veya ifa sebebiyle orantısız bir zarara uğraması (Art. 7.3.1/II.e), CISG m. 25 hükmünden farklı olarak esaslılık değerlendirmesinde dikkate alınmaktadır. Bu kriterler, CISG m. 25 hükmünde esaslı ihlal değerlendirmesinin kıstası değildir. CISG m. 25 kapsamında, sözleşme ihlalinin meşru menfaatlerden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebep olması ve bunun da öngörülebilir olması, esaslılık değerlendirmesinin bütününe oluşturmaktadır. Bu testin yerini alabilecek veya etkisini zayıflatabilecek başka bir kıstas hükmünde öngörülmüş değildir. Yine esaslılık değerlendirmesinde CISG m. 25 hükmündeki kıstaslara nazaran farklı kriterler içeren PECL ve DCFR projelerini de (Bkz.: yuk. I. D. 2.) bu anlamda, yorumda başvurulabilecek kaynaklar olarak görmemekteyiz. PICC Art. 7.3.1 düzenlemesinin, CISG m. 9/II kapsamında kabul edilen bir teamül işlevi de göremeyeceği yönünde bkz.: Fawcett/Harris/Bridge, **a.g.e.**, N. 16.54. *Karş.* Robert Koch, "Fundamental Breach: Commentary on whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Article 25 CISG", **An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law**, Ed. John Felemegas, New York, Cambridge University Press, 2007, s. 129 vd. (Yazar, CISG m. 25 hükmünün yorumlanmasında PICC'a başvurulup başvurulamayacağını, bu hükmün kıstasları bakımından ayrı ayrı değerlendirmektedir.).

CISG m. 7/I hükmünde yer verilen "Antlaşma'nın yeknesak uygulanmasının teşviki" kriterinin de "Antlaşma'nın milletlerarası karakteri" kriteri ile paralel sonuçlar doğurduğu söylenebilir<sup>167</sup>. Esasen bunlar yakından ilgili ve birbirine bağlı kavramlardır<sup>168</sup>. Keza Antlaşma'nın yorumunda ulusal hukukların tesirinden uzak durulması, yeknesak uygulamanın teşvikinin de gereğidir<sup>169</sup>. CISG m. 25 hükmünde ele alınan esaslı ihlal düzenlemesinin, özellikle İngiliz Sözleşme Hukuku'nda bir süre kullanılmış olan esaslı ihlal kavramı ile özdeş tutulmaması gerektiği doktrinde vurgulanmaktadır<sup>170</sup>.

Bu kriterler gözetildiğinde yorumda, hazırlık tarihçesinin<sup>171</sup> ve hükmün düzenleniş şeklinin<sup>172</sup> nazara alınması isabetli olacaktır. Antlaşma yorumlanırken öncelikle hükmün lafzından çıkarılabilen yalın anlamın araştırılması icap eder<sup>173</sup>. Ayrıca uygun düştüğü ölçüde bu yorumun, Antlaşma'nın yorumlanmasında kullanılan diğer yöntemlerden örneğin gai yorum veya tarihi yorum ile desteklenmesi

---

<sup>167</sup> Nitekim bu kriterin esasen, Antlaşma'nın milletlerarası karakterinin gözetilmesi kriterinin mantıklı bir sonucundan ibaret olduğu görüşünde bkz.: Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 7 N. 2.2.1.

<sup>168</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 16.

<sup>169</sup> Babiak, **a.g.m.**, s. 117; Graffi, **a.g.m.**, s. 338, 339.

<sup>170</sup> Ziegel, **a.g.m.**, s. 15; Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 181.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 12; Koch, **Fundamental Breach**, s. 192; Bridge, **a.g.m.**, s. 916, 917; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 491; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 6; Peacock, **a.g.m.**, s. 107. İngiliz Sözleşme Hukuku'nda esaslı ihlal kavramının ortaya çıkış amacındaki farklılık sebebiyle, CISG m. 25 kapsamında ele alınan esaslı ihlal kavramının İngiliz Hukuku ile bağdaştırılmaması gerektiği belirtilmektedir; Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 181.1; Bridge, **a.g.m.**, s. 916, 917; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 6. *Bridge* böyle bir bağdaştırmaya ayrıca, CISG'da öngörülen esaslı ihlal kavramının kökenlerinin, bu kavramın İngiliz Hukuku'nda ortaya çıkışından daha öncelere gitmesi sebebiyle ve CISG m. 7/I hükmünün gerekleri uyarınca da karşı çıkmaktadır; Bridge, **a.g.m.**, s. 916, 917. İngiliz Hukuku'nda esaslı ihlal kavramının 1950'li yıllardan 1970'li yılların sonuna kadar, sorumluluktan muafiyet şartlarını kontrol etmek için kullanıldığı ifade edilmektedir; bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 192 dn. 31; Bridge, **a.g.m.**, s. 916; Peacock, **a.g.m.**, s. 107. Bu hususta ayrıca *inc.* Ziegel, **a.g.m.**, s. 14, 15; Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 181.1; Zeller, **a.g.m.**, s. 83 - 86. Hatta Antlaşma'nın hazırlık çalışmalarında, bazı *common law* ülkelerinde kullanılan esaslı ihlal kavramının başka bir anlama geldiği gerekçesiyle bu ifadenin değiştirilmesi teklif edilmiştir; United Nations Commission on International Trade Law, **Yearbook**, C. II: 1971, New York, United Nations, 1972, s. 47.

<sup>171</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 88; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 12; Babiak, **a.g.m.**, s. 117.

<sup>172</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 12.

<sup>173</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 205; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 33; Lubbe, **a.g.m.**, s. 447; Atamer, **a.g.e.**, s. 97, 98; Zeytin, **a.g.e.**, s. 73. Antlaşma'nın Türkçe metni orijinal dillerden olmadığı için çelişki bulunması hâlinde orijinal dillerdeki metinlerin (Arapça, Çince, İngilizce, İspanyolca, Fransızca ve Rusça) esas alınması gerekecektir.

söz konusu olabilir<sup>174</sup>. Örneğin *Atamer*, madde lafzı açık görünmesine rağmen, bunun hükmün amacı ile çelişebileceğine dikkat çekmektedir<sup>175</sup>. Keza *Honnold/Flechtner*, nihai metnin anlamının açıklığa kavuşturulmasında, hazırlık tarihçesine bakılmasının önemine vurgu yapmaktadır<sup>176</sup>. Bunun yanında, hakem kararları da dâhil olmak üzere CISG konusunda hüküm veren diğer ülkelerdeki yargı kararlarına ve yine bu konuda doktrinde ortaya konan fikirlere bakılması da bir gerekliliktir<sup>177</sup>. Özellikle yeknesak uygulamayı sağlama çabası bu yönde bir çalışmayı salık vermektedir<sup>178</sup>. Buna karşın belirtmek gerekir ki CISG uygulamasında, hükümlerin anlamını açıklığa kavuşturmak bakımından diğer tüm mahkemeleri bağlayacak şekilde karar verebilme yetkisine sahip bir yargı merci bulunmadığı gibi<sup>179</sup>, yabancı yargı mercileri tarafından verilen kararların diğer ülkelerdeki mahkemeler üzerinde mutlak bir bağlayıcılığı da yoktur<sup>180</sup>. Fakat bu durum, ülke dışında verilen kararların da değerlendirmede dikkat alınması gerekliliğini değiştirmez, bu kararların ulusal mahkemeler üzerinde yol gösterici bir etkisi vardır<sup>181</sup>.

---

<sup>174</sup> Lubbe, **a.g.m.**, s. 447.

<sup>175</sup> *Atamer*, **a.g.e.**, s. 98.

<sup>176</sup> *Honnold/Flechtner*, **a.g.e.**, § 91.

<sup>177</sup> Bkz.: *Bianca/Bonell/(Bonell)*, **a.g.e.**, Art. 7 N. 3.1.3; *Honnold/Flechtner*, **a.g.e.**, § 92; *Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem)*, **a.g.e.**, Art. 7 N. 10 - 13, (*Schroeter*), Art. 25 N. 12; *Babiak*, **a.g.m.**, s. 117; *Koch*, **Fundamental Breach**, s. 204, 205, 213 vd.; *Ferrari*, **Yorum ve Boşluk Doldurma**, s. 48 vd.; *Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas)*, **a.g.e.**, Art. 7 N. 40 - 44; *Atamer*, **a.g.e.**, s. 94, 95; *Zeytin*, **a.g.e.**, s. 65, 66, 70, 71; *Graffi*, **a.g.m.**, s. 339; *Singh/Leisinger*, **a.g.m.**, s. 180, 181.

<sup>178</sup> *Bianca/Bonell/(Bonell)*, **a.g.e.**, Art. 7 N. 3.1.3; *Honnold/Flechtner*, **a.g.e.**, § 92; *Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem)*, **a.g.e.**, Art. 7 N. 10 - 13; *Babiak*, **a.g.m.**, s. 117; *Koch*, **Fundamental Breach**, s. 213; *Ferrari*, **Yorum ve Boşluk Doldurma**, s. 48; *Atamer*, **a.g.e.**, s. 94 - 96; *Zeytin*, **a.g.e.**, s. 70, 71; *Graffi*, **a.g.m.**, s. 339; *Singh/Leisinger*, **a.g.m.**, s. 180, 181.

<sup>179</sup> *Ziegel*, **a.g.m.**, s. 6; *Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem)*, **a.g.e.**, Art. 7 N. 10; *Koch*, **Fundamental Breach**, s. 188, 212; *Ferrari*, **Yorum ve Boşluk Doldurma**, s. 59; *Atamer*, **a.g.e.**, s. 92; *Zeytin*, **a.g.e.**, s. 68, 71; *Graffi*, **a.g.m.**, s. 339.

<sup>180</sup> *Honnold/Flechtner*, **a.g.e.**, § 92; *Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem)*, **a.g.e.**, Art. 7 N. 13; *Koch*, **Fundamental Breach**, s. 212; *Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas)*, **a.g.e.**, Art. 7 N. 41; *Ferrari*, **Yorum ve Boşluk Doldurma**, s. 60; *Atamer*, **a.g.e.**, s. 95; *Zeytin*, **a.g.e.**, s. 68, 71; *Singh/Leisinger*, **a.g.m.**, s. 180, 181.

<sup>181</sup> Bkz.: *Bianca/Bonell/(Bonell)*, **a.g.e.**, Art. 7 N. 3.1.3; *Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem)*, **a.g.e.**, Art. 7 N. 13; *Ferrari*, **Yorum ve Boşluk Doldurma**, s. 60, 61; *Atamer*, **a.g.e.**, s. 95; *Zeytin*, **a.g.e.**, s. 71; *Graffi*, **a.g.m.**, s. 339; *Singh/Leisinger*, **a.g.m.**, s. 180, 181; *Dayioğlu*, **a.g.e.**, s. 10. Bunun da ötesinde, belirli bir konu üzerinde mevcut karar bütünlüğü varsa bunun, bir tür bağlayıcı emsal kabul edilebileceği yönünde bkz.: *Bianca/Bonell/(Bonell)*, **a.g.e.**, Art. 7 N. 3.1.3. Son yazar ile benzer görüşte bkz.: ve *karş.* *Paiva*, **a.g.m.**, § 2.3 (Yazar, mevcut eğilimi takip etmeyen mahkemenin, bu kararını desteklemesi gerektiği görüşündedir.). Yabancı kararlara atfedilmesi gereken önem saptanırken bu kararın kendisinin CISG m. 7/I hükmünün standartları ile ne derece uyumlu olduğunun ve ayrıca diğer yargı çevrelerinde verilen kararların aynı yaklaşımı ne ölçüde benimsediğinin

CISG m. 7/I hükmünün içerdiği son kriter olan "milletlerarası ticarete dürüstlük kuralı" ise anlamını ve kapsamını saptamanın daha güç olduğu bir kavram olarak görülmektedir<sup>182</sup>. Zira Antlaşma'da "milletlerarası ticarete dürüstlük kuralından" ne anlaşılması gerektiği düzenlenmiş değildir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki burada da "dürüstlük kuralının" anlamlandırılması bakımından, ulusal hukukların kavramlarıyla bağlı kalınmamak gerektiği belirtilmektedir<sup>183</sup>. Buna göre, "milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının" anlamı saptanırken Antlaşma'nın temelinde yatan genel ilkelerin nazara alınabileceği önerilmektedir<sup>184</sup>. CISG hükümlerinin yorumlanmasında dürüstlük kuralının dikkate alınması noktasında ise

---

belirleyici olması gerektiği yönünde bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 92. Muhtemel bir yanlışın devam ettirilmemesi adına, yabancı kararlarda veya hakem kararlarında ortaya konan görüşün ayrıca dikkatlice değerlendirilmesi gerektiği hususunda bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 7 N. 13.

<sup>182</sup> Dürüstlük kuralının CISG m. 7/I hükmünde yer alması, bu ilkeye Antlaşma'da açıkça yer verilmesine karşı olan görüş ile sözleşme taraflarına dürüstlük kuralı içerisinde davranma yükümlülüğü getirilmesine taraf olan görüşün güç bir uzlaşısı neticesinde ortaya çıkmıştır. Bu konuda bkz.: Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 7. N. 2.4; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 94; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 7 N. 2.1; Koch, **Fundamental Breach**, s. 206 dn. 85; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 22; Ferrari, **Yorum ve Boşluk Doldurma**, s. 62; Atamer, **a.g.e.**, s. 96; Zeytin, **a.g.e.**, s. 72.

<sup>183</sup> Bkz.: Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 7 N. 2.4.2; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 7 N. 18; Babiak, **a.g.m.**, s. 118; Koch, **Fundamental Breach**, s. 206, 207; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 29; Ferrari, **Yorum ve Boşluk Doldurma**, s. 64 dn. 167; Atamer, **a.g.e.**, s. 96, 97; Kaya, **a.g.e.**, s. 22, 23; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 10. *Karş.* Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 94. Bununla beraber Oberlandesgericht München tarafından verilen 15.09.2004 tarihli kararda, CISG m. 7/I hükmünde öngörülen "milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunması" kıstasının, Antlaşma'ya taraf ülkelerin hukuk sistemlerinde yerleşmiş dürüstlük kuralına ilişkin ilkelerin dikkate alınmasına zemin yarattığı belirtilmiş ve "*venire contra factum proprium*" (çelişkili davranış yasağı) ilkesine başvurulmuş sözleşmenin ifasını kesin olarak reddetmesi sebebiyle satıcının, alıcı tarafından sözleşmenin ortadan kaldırılma beyanı yapılmadığı gerekçesine dayanamayacağına karar verilmiştir. Bkz.: Oberlandesgericht München, 15.09.2004, CISG-online no: 1013. Esasen çelişkili davranış yasağı CISG'da açıkça düzenlenmemiş olsa da irade beyanlarının yorumunda tarafların sonraki davranışlarının da göz önünde bulundurulması gerektiğinden bu ilke, CISG m. 8/III kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 8 N. 11; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 52; Atamer, **a.g.e.**, s. 74; Kaya, **a.g.e.**, s. 17. Ayrıca CISG m. 29/II hükmüne bu prensibin yansıdığı hususunda bkz.: Atamer, **a.g.e.**, s. 74, 75 dn. 28; Kaya, **a.g.e.**, s. 17 dn. 29.

<sup>184</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 208, 209. Örneğin, Antlaşma'nın birçok hükmüne sirayet eden "makulluk" kıstasına (İlgili hükümlerin listesi için bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 95 dn. 54.), dürüstlük kuralının anlamı tespit edilirken başvurulabileceği belirtilmektedir. Bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 95; Babiak, **a.g.m.**, s. 118; Koch, **Fundamental Breach**, s. 209. İlgili ticaret bakımından normal ve kabul edilebilir olan, "makul" olarak değerlendirilmektedir; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 95. Yine dürüstlük kuralının korunmasının, iş adamları arasında normal olan davranışı sergilemek anlamına geldiği yönünde bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 7 N. 5. Bu bağlamda, söz konusu ticaretteki alışkanlıkların ve teamüllerin de göz önünde tutulacak olması (CISG m. 9), dürüstlük kuralına uygunluk bakımından ilgili görülmektedir. Bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 95; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 7 N. 5; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 7 N. 18.



bu ilkenin, esneklik sağlayabileceği ve anlaşılması güç bazı hükümlerin dürüstlük kuralına uygun anlamlarının tercih edilebileceği ifade edilmektedir<sup>185</sup>. Böylelikle koşulları belirsiz veya tartışmalı olan hükümlerin yorumlanması suretiyle, bu hükümlerden taraflar adına doğan hak ve borçların belirginleştirilebileceği belirtilmektedir<sup>186</sup>.

Yine CISG m. 7/I hükmünde yer verilen "dürüstlük kuralı" konusunda yaşanan bir diğer uyumsuzluk, bu ilkenin Antlaşma'nın yorumunda kullanılan bir kriter olmasının ötesinde, sözleşme taraflarının davranışlarına da tatbik edilip edilmeyeceğidir<sup>187</sup>. Bu noktada dürüstlük kuralını, tarafların davranışlarına uygulamaksızın Antlaşma'nın yorumunda kullanmanın neredeyse imkânsız olmasından<sup>188</sup> ve Antlaşma'da sevk edilen bazı hükümlerin aslında dürüstlük kuralının görünümünü sergilemesinden hareketle<sup>189</sup>, dürüstlük kuralının Antlaşma'nın temelini oluşturan genel ilkelerden biri olduğu<sup>190</sup> ve ayrıca tarafların davranışlarına da tatbik edilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>191</sup>.

---

<sup>185</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 96.

<sup>186</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 7 N. 19.

<sup>187</sup> Bkz.: Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 7 N. 2.4.1; Koch, **Fundamental Breach**, s. 206; Ferrari, **Yorum ve Boşluk Doldurma**, s. 62; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 24; Zeytin, **a.g.e.**, s. 66, 72.

<sup>188</sup> Örnekler için bkz.: Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 7 N. 2.4.1.

<sup>189</sup> Dürüstlük kuralını yansıttığı ifade edilen hükümlerin bir listesi için bkz.: **Digest**, Art. 7 N. 9.

<sup>190</sup> Buradan hareketle mahkemelerin uygulanması gereken hükümlerin yerine hakkaniyete dayanarak karar verme yetkisine sahip olamayacağı hususunda bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 210. Aynı yönde bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 7 N. 5; Oberlandesgericht München, 15.09.2004, CISG-online no: 1013.

<sup>191</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 7 N. 2.4.1; Koch, **Fundamental Breach**, s. 207, 208, 336. Dürüstlük kuralının taraflar arasındaki anlaşmalara da tatbik edilmesi gerektiği hususunda benzer argümanlarla ayrıca bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 7 N. 2.1; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 25 - 28. Keza Ferrari, dürüstlük kuralına dayanarak taraflara ek borçlar yüklemenin şüpheli olduğunu; fakat CISG'dan kaynaklanan borçların ifasında tarafların dürüstlük kuralına riayet etmelerinin gerektiğini ifade etmektedir; Ferrari, **Yorum ve Boşluk Doldurma**, s. 66. Nitekim mahkemelerin de dürüstlük kuralını geniş bir alanda uyguladıkları anlaşılmaktadır; *inc. Digest*, Art. 7 N. 13 - 15. Örneğin Oberlandesgericht Hamm, taraflar arasında yerleşmiş alışkanlık uyarınca, en geç yazılı siparişin alınmasını takip eden gün satıcının sözleşmeyi ifa etmesi gerektiğini tespit etmiştir. Buna karşın dürüstlük kuralını gözetken Mahkeme, olayda alıcının ifada gecikmeye dayanamayacağı yönünde görüş bildirmiştir. Zira satıcı önceki teslimata ilişkin ödemenin yapılmasını talep etmiş ve alıcı bu talebi kabul ederek ödemeyi gerçekleştirmiştir. Bunu takip eden gün ise satıcı sözleşmeyi ifa etmiştir. Mahkeme, alıcının ifada gecikmeye dayanması hâlinde, önceki davranışına aykırı hareket etmiş olacağını belirtmiştir. Bkz.: Oberlandesgericht Hamm, 12.11.2001, CISG-online no: 1430. *Karş.* Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 94; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 7 N. 17; Fawcett/Harris/Bridge, **a.g.e.**, N. 16.57.

## 4. CISG m. 8 ve m. 9 Kapsamında Akdi İlişkiyi Çevreleyen Koşullar

Esaslı ihlal değerlendirmesinde, taraflarca açıkça kararlaştırılan hükümlerin yanı sıra, sözleşmeden ulaşılabilen zımni anlaşmalar başta olmak üzere, akdi ilişkiyi çevreleyen diğer koşulların saptanması da çoğu zaman bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle sözleşmenin yorumlanmasında başvurulan araçlar ve taraflar için bağlayıcı olan teamüller ile alışkanlıklar bu kapsamda önem arz etmektedir. Belirtilen çerçeveyi oluşturmak noktasında ise CISG m. 8 ve m. 9 hükümleri, göz önünde bulundurulacak hükümler olmaktadır.

### a. Sözleşmenin Yorumu (CISG m. 8)

CISG m. 8 hükmü, tarafların beyanlarına ve diğer davranışlarına verilecek anlamın saptanmasına ilişkin kriterler içermektedir. Gerek sözleşmenin kurulmasından önce gerekse de bundan sonra taraflarca açığa vurulan beyan ve davranışlar, bu hüküm kapsamında yorumlanabilecektir<sup>192</sup>. Bununla beraber hükmün, sözleşmenin yorumlanmasında da başvurulacak kaynak olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır<sup>193</sup>. Sözleşmenin CISG m. 8 çerçevesinde yorumlanması, esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken bilhassa, tarafların ilgili yükümlülüğe atfettikleri önemin anlaşılabilmesinde ve bu yükümlülük yoluyla alacaklı tarafın ulaşmayı beklediği menfaatin saptanmasında önem arz etmektedir<sup>194</sup>. Bu konular, CISG m. 8 hükmüyle olan bağlantıları ile birlikte esaslı ihlalin kıstasları kapsamında ayrıntılı olarak incelendiğinden, burada CISG m. 8 hükmünün genel çerçevesinin çizilmesi amaçlanmıştır.

---

<sup>192</sup> Bkz.: Bianca/Bonell/(Farnsworth), **a.g.e.**, Art. 8 N. 2.1; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 105; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 8 N. 1; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 1, 2; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Zuppi), **a.g.e.**, Art. 8 N. 11; **Digest**, Art. 8 N. 1.

<sup>193</sup> Bianca/Bonell/(Farnsworth), **a.g.e.**, Art. 8 N. 2.1; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 105; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 8 N. 2.3; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 3; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Zuppi), **a.g.e.**, Art. 8 N. 2; Atamer, **a.g.e.**, s. 71; Zeytin, **a.g.e.**, s. 78; Kaya, **a.g.e.**, s. 12; **Digest**, Art. 8 N. 3.

<sup>194</sup> Bkz.: Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 240.

Öncelikle CISG m. 8/I uyarınca, tarafların beyan ve davranışlarının kendi iradelerine uygun olarak yorumlanacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme irade teorisini yansıtmaktadır<sup>195</sup>. Dolayısıyla sübjektif bir değerlendirmeye dayanmaktadır<sup>196</sup>. Fakat bunun için karşı tarafın da açıklanmak istenen iradeyi bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması gerekmektedir<sup>197</sup>. Böylece sözleşmenin yorumlanmasında da öncelikle, tarafların ortak olarak paylaştığı gerçek iradenin araştırılması gerektiği anlaşılmaktadır<sup>198</sup>.

Buna karşın, irade açıklamasında bulunanın iradesi karşı tarafça gerçekten bilinmiyor ve bilinmesi de mümkün görülüyorsa bu irade açıklamasına verilecek anlamın tespitinde, CISG m. 8/II hükmüne başvurulacaktır. Hükme göre, söz konusu irade açıklaması, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda buna vereceği anlama göre yorumlanmalıdır<sup>199</sup>. Bu yaklaşım ise güven teorisi ile paralel

---

<sup>195</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 106, 107; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 8 N. 3.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 11; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Zuppi), **a.g.e.**, Art. 8 N. 7; Atamer, **a.g.e.**, s. 71.

<sup>196</sup> Bianca/Bonell/(Farnsworth), **a.g.e.**, Art. 8 N. 2.3; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 107; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 11; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Zuppi), **a.g.e.**, Art. 8 N. 3; **Digest**, Art. 8 N. 6.

<sup>197</sup> CISG m. 8/I: "*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.*"

<sup>198</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 22; Atamer, **a.g.e.**, s. 72. Bu konuda verilen bir örneğe göre, aracının ücretini azaltmak amacıyla taraflar gerçekte 100.000 olan semeni 50.000 olarak göstermek konusunda anlaşmışlarsa sözleşme, 100.000 üzerinden değerlendirilecektir; Bianca/Bonell/(Farnsworth), **a.g.e.**, Art. 8 N. 2.3; United Nations Commission on International Trade Law, **Yearbook**, C. IX: 1978, New York, United Nations, 1981, s. 97.

<sup>199</sup> CISG m. 8/II: "*Eğer fıkra 1 uygulanıyorsa, taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır.*" Aynı konumdaki bir başka kişinin aynı koşullar altında standart bir özen ölçüsü kapsamında sahip olduğu davranış şekli, basiret ve sorumluluğun; "makul kişi"ye delalet ettiği ifade edilmektedir; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Zuppi), **a.g.e.**, Art. 8 N. 21. Bu bağlamda, karşı taraf ile "aynı konumda" makul bir kişi varsayılırken göz önüne alınması gereken unsurlar doktrinde örneklendirilmektedir. Karşı tarafın dili, teknik becerisi (Bkz.: Bianca/Bonell/[Farnsworth], **a.g.e.**, Art. 8 N. 2.4.), faaliyet gösterdiği iş türü, işyerinin bulunduğu ülkenin özellikleri (Bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 8 N. 5.) bunlar arasında gösterilebilmektedir. *Schmidt-Kessel*, aynı iş kolundaki makul bir iş adamının ölçü alınması gerektiğini ifade etmektedir; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 25. Buradaki objektif standart gereği, muhatabın mesleki açıdan yetersiz veya dürüstlük kuralına aykırı davranışlarının değerlendirme dışı bırakılması gerekebilir. Bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 8 N. 5. Ayrıca aşağıda izah edildiği üzere, bu değerlendirmede dikkate alınacak olan karşı tarafa etki eden koşullar, CISG m. 8/III hükmünde örnek olarak ortaya konmuştur.

bir zemine oturmaktadır<sup>200</sup>. Böylece irade açıklamasının objektif içeriği araştırılmaktadır<sup>201</sup>. Aynı şekilde sözleşme içeriğinin tespit edilmesi bakımından da yine taraf iradelerinin objektif anlamı belirleyici olacaktır<sup>202</sup>.

CISG m. 8/III hükmü ise tarafların iradesini ve makul bir kişinin anlayışını tespit etmek için olayın ilgili tüm koşullarının dikkate alınmasını gerektirmektedir. Olayın ilgili tüm koşulları değerlendirilirken taraflar arasındaki sözleşme görüşmelerinin, aralarında oluşmuş alışkanlıkların, teamüllerin<sup>203</sup> ve tarafların sonraki davranışlarının dikkate alınması gerektiği hükümde örnek minvalinde belirtilmiştir<sup>204</sup>. CISG m. 8/III hükmünde ortaya konan kriterlere, gerek CISG m. 8/I kapsamında sübjektif değerlendirme aşamasında gerekse de CISG m. 8/II kapsamında objektif değerlendirme aşamasında başvurulabilecektir<sup>205</sup>. Susma, tek

<sup>200</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 20; Zeytin, **a.g.e.**, s. 79, 80; Kaya, **a.g.e.**, s. 14. Atamer, **a.g.e.**, s. 71: "*CISG, irade özerkliği ilkesini genel bir ilke olarak kabul etmiş ancak güven ilkesini ona eşdeğerde bir ilke olarak karşısına çıkarmıştır.*" Esasen yoruma ilişkin ihtilafların çoğunlukla objektif yaklaşıma göre çözülmek durumunda kalacağı yönünde bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 107; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 20; **Digest**, Art. 8 N. 10.

<sup>201</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 107; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 11, 20; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Zuppi), **a.g.e.**, Art. 8 N. 3; Atamer, **a.g.e.**, s. 71; Zeytin, **a.g.e.**, s. 80; Kaya, **a.g.e.**, s. 13.

<sup>202</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 73.

<sup>203</sup> CISG m. 8/III kapsamında iradelerin yorumlanmasında dikkate alınabilecek teamüllerin, milletlerarası karakterli olmasının gerekmediği hususunda bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 8 N. 10; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 47; Atamer, **a.g.e.**, s. 86, 87; Kaya, **a.g.e.**, s. 16. K.g.: Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 2.1.2 (Yazar, CISG m. 9/II hükmündeki kriterleri sağlayan teamüllerin yorumda dikkate alınabileceği görüşündedir.).

<sup>204</sup> CISG m. 8/III: "*Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dahil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır.*" Hükümde sayılan örneklerin içerikleri hakkında bilgi için bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 8 N. 7 - 11; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 32, 46 - 48, 52 - 54; Atamer, **a.g.e.**, s. 73, 74; Zeytin, **a.g.e.**, s. 81, 82; Kaya, **a.g.e.**, s. 14 - 17. Hükümde sayılan örneklerin yanı sıra; işlemi ayakta tutan yorumun tercih edilmesi (*Inc.* Schlechtriem/Schwenzer/[Schmidt-Kessel], **a.g.e.**, Art. 8 N. 51; Leisinger, **a.g.e.**, s. 43, 44; Kröll/Mistelis/ Viscasillas/[Zuppi], **a.g.e.**, Art. 8 N. 29.), belirsiz hükümlerin sözleşmeyi kaleme alan tarafın aleyhinde yorumlanması (Bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 107.1; Schlechtriem/Schwenzer/[Schmidt-Kessel], **a.g.e.**, Art. 8 N. 49; Kröll/Mistelis/Viscasillas/[Zuppi], **a.g.e.**, Art. 8 N. 24; Leisinger, **a.g.e.**, s. 43, 44.), sözleşmenin amacının gözetilmesi (Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/[Schmidt-Kessel], **a.g.e.**, Art. 8 N. 29; Leisinger, **a.g.e.**, s. 44.), sözleşmenin bir bütün olarak yorumlanması (Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/[Schmidt-Kessel], **a.g.e.**, Art. 8 N. 30.) gibi ilkeler doktrin tarafından ortaya konmaktadır. Ayrıca her ne kadar hükümde açıkça belirtilmemişse de ilk çıkışı noktasının beyanın lafzı olması gerektiği; fakat taraflarca ortaya konmak istenen irade öncelikli olduğundan (CISG m. 8/I), lafızdan çıkarılabilen olağan anlamın (CISG m. 8/II) nihai olarak belirleyici olmadığı yönünde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 13, 41.

<sup>205</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 13, 21.

başına irade açıklaması olarak görülemese de<sup>206</sup> özellikle taraflar arasında yerleşmiş alışkanlıklar veya teamüller gibi diğer unsurlar göz önüne alındığında, bunlara uygun belirli bir anlam ifade edebilir<sup>207</sup>.

## **b. Taraflar İçin Bağlayıcı Teamüller ve Alışkanlıklar (CISG m. 9)**

CISG m. 9 hükmünde, tarafların teamüller ve alışkanlıklar ile bağlı olma şartları ortaya konmuştur. Öncelikle CISG m. 9/I uyarınca taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır<sup>208</sup>. Alışkanlıkların bağlayıcı olması için belirli bir ticari çevrede yaygınlaşmış olması gerekmez<sup>209</sup>. Taraflar geçmişte aralarındaki sözleşmelerin ifa edilişi bakımından hep belirli bir yol izlemişlerse taraflardan biri, ötekinin söz konusu tutarlı yaklaşımına güvenerek hareket edebilecektir<sup>210</sup>. Böyle bir sonucun gündeme gelebilmesi için taraflar arasında belirli bir sıklığa ulaşılmış uygulamanın gelişmiş olması gerekir<sup>211</sup>. Ayrıca ileride de buna uygun şekilde hareket edileceği noktasında haklı bir beklenti yaratılması gerektiği belirtilmektedir<sup>212</sup>. Taraflar arasında yerleştiği kabul edilebilen alışkanlık, sözleşmede bahsedilmemiş olsa da bağlayıcıdır<sup>213</sup>. Esasen bu alışkanlıklar, taraflar arasında zımni bir anlaşma olarak yorumlanabilir<sup>214</sup>. Örneğin, taraflar önceki sözleşmelerde tekrarlayan şekilde, sözleşmeye aykırı mal teslim

<sup>206</sup> Bkz.: CISG m. 18/I: "... *Susma veya eylemsizlik tek başına kabul sayılmaz.*"

<sup>207</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 8 N. 37; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Zuppi), **a.g.e.**, Art. 8 N. 13; Atamer, **a.g.e.**, s. 75.

<sup>208</sup> CISG m. 9/I: "*Taraflar, uygulanmasını kabul ettikleri teamüller ve aralarında yerleşmiş olan alışkanlıklarla bağlıdır.*" CISG m. 6 ve m. 8'in bir arada okunması ile de hükümde öngörülen sonuçlara ulaşılabildiğinden, CISG m. 9/I açıklayıcı bir hüküm olarak görülmektedir; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 1; Leisinger, **a.g.e.**, s. 135.

<sup>209</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 8; Atamer, **a.g.e.**, s. 78.

<sup>210</sup> Leisinger, **a.g.e.**, s. 44.

<sup>211</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 116; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 8; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 8, 11; Atamer, **a.g.e.**, s. 78; Zeytin, **a.g.e.**, s. 84; Leisinger, **a.g.e.**, s. 44; **Digest**, Art. 9 N. 7. Bu bağlamda, taraflar arasında önceden mevcut olan bir veya iki sözleşme genellikle yeterli kabul edilmemektedir. Bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 11; Zeytin, **a.g.e.**, s. 84; Leisinger, **a.g.e.**, s. 44; **Digest**, Art. 9 N. 7.

<sup>212</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 8. Aynı yönde bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 116.

<sup>213</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 11.

<sup>214</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 3.

edilmesi hâlinde alıcının sözleşmeden dönebileceğini kararlaştırmış veya bu yönde bir teamülü kabul etmiş iseler aralarında yerleşmiş bu alışkanlıkla bağlıdırlar<sup>215</sup>. Diğer yandan, ifa zamanının belli bir ölçüde kaçırılması veya teslim edilen mallarda görülen bazı sözleşmeye aykırılıklar gibi hususlarda, aralarında belirli bir müsamaha yerleşmiş olabilir<sup>216</sup>. Keza teslim edilecek olan malların sözleşmeye uygunluğu, malların teslim zamanı, semeni ödeme borcunun ifa ediliş şekli veya zamanı gibi akdi ilişkiye ilişkin hemen her konuda alışkanlıklar bağlayıcı bir role sahip olabilir<sup>217</sup>. Hülasa taraflar arasında yerleşmiş olan alışkanlıklar ve keza uygulanması kabul edilen teamüller, Antlaşma hükümlerine göre öncelik kazanmaktadır<sup>218</sup>. Zira belirtildiği üzere Antlaşma hükümlerinin çoğu yedek hukuk kuralı niteliğini haizdir.

CISG m. 9/I uyarınca teamüllerin bağlayıcılığı konusunda tarafların açıkça veya zımmen anlaşması mümkündür<sup>219</sup>. Bu kapsamda taraflar, herhangi bir teamülün uygulanması konusunda anlaşabilirler<sup>220</sup>. Örneğin, üzerinde anlaşmaya varılan teamülün asıl uygulama alanı önem arz etmemektedir<sup>221</sup>. Bu anlamda bölgesel, yerel

<sup>215</sup> Bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 137.

<sup>216</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 2.1.1. Örneğin, söz konusu alışkanlığın yerleştiği şartlar devam etmek kaydıyla, müsamaha süresi içerisinde kalan bir gecikme, esaslı ihlalin oluşmadığına bir işaret olarak görülebilir. *Inc. American Arbitration Association International Centre for Dispute Resolution*, 23.10.2007, CISG-online no: 1645.

<sup>217</sup> Örnekler için bkz.: Kröll/Mistel/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 10; **Digest**, Art. 9 N. 6.

<sup>218</sup> Bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 122; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 1.2, 3; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 7, 10; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 4; Atamer, **a.g.e.**, s. 78; Zeytin, **a.g.e.**, s. 82, 84; Oberster Gerichtshof, 21.03.2000, CISG-online no: 641. Taraflar arasında yerleşmiş olan alışkanlığın uygulamasından vazgeçilebileceği veya kapsamının değiştirilebileceği açıktır. Mevcut sözleşmeler için tarafların bu konuda anlaşması gerekir; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 9; ICC International Court of Arbitration, 01.12.1997, CISG-online no: 776. *Viscasillas*, tarafların açık veya zımmi bir anlaşmasını mümkün görmektedir; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 12. Ayrıca taraflardan birinin, önceki mevcut uygulamaları ilerisi için açıkça dışarıda tutmak istemesi ve diğer tarafın da bunun farkında olması hâlinde, bu duruma rağmen yapılan sonraki sözleşmeler kapsamında bağlayıcı bir alışkanlık olmamalıdır; *inc. Bianca/Bonell/(Bonell)*, **a.g.e.**, Art. 9 N. 2.1.1; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 116; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 9 (Yazar, ilerideki sözleşmeler için tek taraflı sona erdirmenin etkili olabileceğini ifade etmektedir.). Bunun yanında, taraflar arasındaki akdi ilişkinin koşullarının değişmesinin de bu sonuca yol açabileceği belirtilmektedir; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 116; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 9.

<sup>219</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 2.1.2; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 2; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 7; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 14; Leisinger, **a.g.e.**, s. 135; Zeytin, **a.g.e.**, s. 83; Kaya, **a.g.e.**, s. 19; **Digest**, Art. 9 N. 3; Oberster Gerichtshof, 21.03.2000, CISG-online no: 641.

<sup>220</sup> Leisinger, **a.g.e.**, s. 135; **Digest**, Art. 9 N. 3.

<sup>221</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 2.1.2.

veya uluslararası teamüller üzerinde anlaşmaya varılabileceği gibi<sup>222</sup>, karşılaştırılan teamülün esasen farklı bir ticari alana ait olması<sup>223</sup> da mümkündür. Böylece CISG m. 9/I kapsamında uygulama alanı bulan teamüllerin ne uluslararası yaygınlık kazanmasının<sup>224</sup> ne de tarafların ait olduğu bölgede geçerli olmasının<sup>225</sup> arandığı anlaşılmaktadır. Keza Incoterms'ün<sup>226</sup>, UCP kurallarının<sup>227</sup> veya PICC'ın<sup>228</sup> uygulanması konusunda yapılan anlaşmalar bu kapsamda değerlendirilebilmektedir. Buna göre örneğin, sözleşmeden dönme konusunda belirli standartlar getiren bir teamülün uygulanması hususunda taraflar anlaşmış ise bu standartların gözetilmesi gerekecektir<sup>229</sup>. Zira taraflarca uygulanması kabul edilen teamüller, zaten sözleşme içeriği hâline gelmektedir<sup>230</sup>.

Bu noktada, "teamül"den ne anlaşılması gerektiği sorulabilir. Aslında bu kavram CISG'da tanımlanmış değildir. Doktrinde, ulusal düzenlemelerin yaklaşımlarıyla bağlı kalınmaması<sup>231</sup> ve kavramın geniş olarak ele alınması<sup>232</sup>

---

<sup>222</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 14; Atamer, **a.g.e.**, s. 78; Zeytin, **a.g.e.**, s. 83.

<sup>223</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 2.1.2; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 14; Leisinger, **a.g.e.**, s. 135.

<sup>224</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 2.1.2; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 1.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 6; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 14; Atamer, **a.g.e.**, s. 78; Zeytin, **a.g.e.**, s. 83; Oberster Gerichtshof, 21.03.2000, CISG-online no: 641.

<sup>225</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 2.1.2; Leisinger, **a.g.e.**, s. 135.

<sup>226</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 3.5; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 114; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 6; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 15; Atamer, **a.g.e.**, s. 78. Örn. bkz.: ICC International Court of Arbitration, 01.03.1995, CISG-online no: 844 (Olayda, Incoterms 1990'da yer alan CFR klotuna atıf yapılmıştır.). Incoterms, Milletlerarası Ticaret Odası (International Chamber of Commerce) tarafından hazırlanan ve sözleşmeye dâhil edilmeleri hâlinde tarafların karşılıklı yükümlülüklerini belirleyen standart kurallardır; bkz.: Benjamin/(Treitel), **a.g.e.**, N. 18-002. Incoterms ile düzenlenen yükümlülükler ve ticari terimlerin gruplandırılması konularında genel bilgi için bkz.: H. Ercüment Erdem, **Sif Satışlar**, İstanbul, Beta, 1999, s. 35 vd.; Atamer, **a.g.e.**, s. 83, 84.

<sup>227</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 3.5; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 15. UCP kuralları (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits / UCP - 600), Milletlerarası Ticaret Odası tarafından, akreditiflere yeknesak olarak uygulanmak üzere hazırlanan kurallardır; Nuray Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul, Beta, 2010, s. 255.

<sup>228</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 78; Paiva, **a.g.m.**, § 2.2.2.

<sup>229</sup> Leisinger, **a.g.e.**, s. 136.

<sup>230</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 76, 77.

<sup>231</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 3.2; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 7; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 20; Atamer, **a.g.e.**, s. 79; Zeytin, **a.g.e.**, s. 82, 83; Kaya, **a.g.e.**, s. 20.

<sup>232</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 3.2; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 7; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 20.

gerektiği belirtilmektedir. Buna göre, ilgili ticari branşta veya pazarda belirli işlemler için yaygın olarak gözlenen tüm davranış kuralları ve uygulamalar teamül olarak ifade edilmektedir<sup>233</sup>. Ayrıca tarihi veya çok uzun süredir devam eden bir uygulamanın aranmadığı belirtilmektedir<sup>234</sup>. Bununla beraber, teamül kavramının kapsamının esasen CISG m. 9/I hükmü bağlamında belirleyici bir önem arz etmediği de ortaya konmaktadır<sup>235</sup>. Nitekim teamül vasfını taşımaları bakımından hukukî nitelikleri kuşkuolu olan kurallar üzerinde de tarafların anlaşmaya varması mümkün görülmektedir<sup>236</sup>. Bu kabulün temeli ise şu gerekçeye dayanmaktadır: Taraflar, açık veya zımni olarak belirli kuralların uygulanması hususunda anlaşmaya vardıldıktan sonra, bu kuralların teamül olarak nitelendirilip nitelendirilmediği bağlayıcılıklarını etkilememektedir<sup>237</sup>. Üzerinde anlaşmaya varılan kurallar teamül vasfında ise bunlar öncelikle CISG m. 9/I kapsamında sözleşme içeriği hâline gelmekte; fakat bu kurallar teamül vasfını haiz olmasa da CISG m. 6 uyarınca yine taraflar için bağlayıcı olmaktadır<sup>238</sup>. Nitekim tarafların üzerinde anlaşmaya vardığı teamüllerle bağlı olması zaten CISG m. 6 kapsamında kabul edilen irade serbestisine dayanmaktadır<sup>239</sup>. Buna karşın bazı teamüller, tarafların aksi yönde bir iradesi mevcut olmadıkça kendiliğinden bağlayıcı kabul edilmekte ve fakat bunun için CISG m. 9/II hükmünde öngörülen koşulları sağlaması aranmaktadır.

---

<sup>233</sup> Bkz.: Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 3.2; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 22; Atamer, **a.g.e.**, s. 79; Kaya, **a.g.e.**, s. 20. CISG m. 4.a uyarınca sözleşme hükümlerinin geçerliliğinde olduğu gibi, sözleşmeye uygulanacak teamüllerin geçerliliği de Antlaşma'nın uygulama alanı dışındadır. Burada sözleşmeye uygulanabilecek bir teamül bulunup bulunmadığı değil, sözleşme içeriği hâline gelen teamül muhtevasının yetkili ulusal hukuk yasaklamalarıyla çelişmesi sebebiyle geçerli olup olmadığı ulusal hukuka göre tespit edilmektedir. Bkz.: Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 3.4, 3.4.1; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 122; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 5; Atamer, **a.g.e.**, s. 105; Zeytin, **a.g.e.**, s. 60.

<sup>234</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 120.1; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 7; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 20 dn. 54.

<sup>235</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 6; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 1.1.

<sup>236</sup> *Inc.* Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 2.1.2; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 1.1; Leisinger, **a.g.e.**, s. 135.

<sup>237</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 1.1.

<sup>238</sup> Nitekim bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 16.

<sup>239</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 2.1.2; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 7. CISG m. 6, m. 8 ve m. 9 hükümleri bir arada okunduğunda, pratikte bir muğlaklık oluşmayacağı anlaşılır.



CISG m. 9/II hükmü, belirli teamüller üzerinde tarafların zımnen anlaşmaya varmış sayılmalarını düzenlemektedir. Buna göre, aksi kararlaştırılmadıkça taraflar, bildikleri veya bilmelerinin gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin, sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul etmiş varsayılmaktadırlar<sup>240</sup>. Bunun önemi, taraflarca ilgili teamüller tartışılmış, uygulanmaları hususunda üzerlerinde pozitif bir irade ortaya çıkmış olmasa da bunların sözleşmeye uygulanmasıdır<sup>241</sup>. CISG m. 9/II kapsamında bir teamülün mevcut olup olmadığı, ilgili ticari branş gözetilerek değerlendirilmelidir<sup>242</sup>. Salt yerel veya bölgesel ölçekli teamüller bu kapsamda kabul edilmese de milletlerarası ticarete ilgili branşta yeterli düzeyde gözlenmek kaydıyla dünya çapında bir uygulama aranmaz<sup>243</sup>. Dolayısıyla yerel orijinli olmakla birlikte,

---

<sup>240</sup> CISG m. 9/II: "*Aksi kararlaştırılmadıkça, tarafların bildiği veya bilmesi gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin sözleşmelerine ve sözleşmenin kurulması aşamasına uygulanmasını zımnen kabul ettikleri varsayılır.*"

<sup>241</sup> Bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 1.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 12; Atamer, **a.g.e.**, s. 77; Kaya, **a.g.e.**, s. 19; **Digest**, Art. 9 N. 9. CISG m. 9/II kapsamında uygulanması söz konusu olabilecek bir teamüle ters düşen açık veya zımni bir anlaşma bulunması hâlinde bu teamül sözleşme içeriği olamayacaktır. Bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 19; Kaya, **a.g.e.**, s. 19. Keza CISG m. 9/I kapsamında uygulama alanı bulan teamüllerin, CISG m. 9/II kapsamında uygulanması mümkün görülen teamüllere göre öncelikli olacağı yönünde bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 1.2; Kaya, **a.g.e.**, s. 19. Tabiatıyla alışkanlıklar (CISG m. 9/I) ile CISG m. 9/II kapsamındaki teamüller arasında da aynı hiyerarşi geçerli olmalıdır; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 116; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 5. Ayrıca bkz.: ve *karş.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 10. Böylece aralarında uyumsuzluk bulunması hâlinde uygulanma sırası bakımından taraflar iradeleri, teamüller ve CISG hükümleri arasındaki hiyerarşiyi ortaya koymak mümkün olabilmektedir. Buna göre (CISG'nin sınırlı sayıda emredici hükmü saklı kalmak koşuluyla), CISG m. 6 ve CISG m. 9/I kapsamında tarafların anlaşmaları, aralarında yerleşmiş alışkanlıklar ve uygulanmasını kabul ettikleri teamüller, diğerlerine nazaran öncelikli uygulanır. Bunu takiben, CISG m. 9/II kapsamında sözleşme içeriği olabilen teamüller gelmektedir. Aksi kararlaştırılabilen CISG hükümleri ise sayılan kaynaklardan bir kurala ulaşılabilen hâlinde uygulanır. Bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 4; Atamer, **a.g.e.**, s. 88, 89; Paiva, **a.g.m.**, § 2.1.1. Buna karşın, yerleşik alışkanlıklar ile uygulanması kabul edilen teamüller arasında uyumsuzluk bulunması hâlinde, hangisinin öncelikli olacağı doktrinde tartışmalıdır. *İnc.* Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 3 (alışkanlıkların önceliği yönünde); Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 5 (uygulanması kabul edilen teamüllerin önceliği yönünde); Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 10 (taraf iradelerinin yorumlanması gerektiği ve genel bir kural koymanın uygun olmadığı yönünde). *Kanımızca*, belirli bir teamülün uygulanması kararlaştırıldığında, önceki alışkanlıktan vazgeçilmek istendiği anlaşılıyorsa bu teamülün bağlayıcı olması gerekir. Nitekim gerekçe yönünden bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 5.

<sup>242</sup> Bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 9; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 16; Leisinger, **a.g.e.**, s. 45.

<sup>243</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 16, 18; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 27; Atamer, **a.g.e.**, s. 80; Zeytin, **a.g.e.**, s. 83.

milletlerarası ticarete ilgili türden sözleşmeleri kuranlar tarafından da yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüller, bu kapsama girebilir<sup>244</sup>. Ayrıca ilgili teamülün taraflarca bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi, bu teamül ile taraflar arasında yeterli derecede bir bağlantının bulunmasını gerektirmektedir<sup>245</sup>. Nihayet CISG m. 9/I kapsamında olduğu gibi, CISG m. 9/II uyarınca uygulanan teamüller de CISG'nin yedek hukuk kuralı niteliğini haiz hükümlerine nazaran öncelikli uygulanır<sup>246</sup>.

Burada genel çerçevesinin ortaya konması amaçlanmış olan CISG m. 9 hükmü uyarınca taraflar için bağlayıcılık kazanan alışkanlıklar veya teamüller, esaslı

---

<sup>244</sup> Bkz.: Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 2.2.2; 2.2.3; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 120.1; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 7; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 27. Örneğin, yabancılara da düzenli olarak uygulanması koşuluyla emtia borsalarında geçerli olan teamüllerin, CISG m. 9/II kapsamına girebileceği belirtilmektedir; Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 2.2.3; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 27; Leisinger, **a.g.e.**, s. 138.

<sup>245</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 19. İlgili ticari teamülün gözlemlendiği bölgede yerleşik bulunmak veya düzenli olarak ticari faaliyet göstermek, bu kriterin sağlanması bakımından yeterli kabul edilmektedir. Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 19; Atamer, **a.g.e.**, s. 81; Kaya, **a.g.e.**, s. 20; Oberster Gerichtshof, 21.03.2000, CISG-online no: 641.

<sup>246</sup> Bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 122; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 1.2; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 14; Kaya, **a.g.e.**, s. 20; **Digest**, Art. 9 N. 2, 10; Oberster Gerichtshof, 21.03.2000, CISG-online no: 641. CISG m. 9/II kapsamında uygulamaya yansıyan örnekler için bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 21; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 23; **Digest**, Art. 9 N. 14. Bazı ahlaki değerler de bu kapsama alınabilmektedir; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 18. PICC hükümlerinin CISG m. 9/II kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bu bakımdan olumsuz görüşte bkz.: Paiva, **a.g.m.**, § 2.2.2. *Ferrari*, bu bağlamda her somut olayın koşullarına göre değerlendirme yapılması gerektiğini ifade etmekte ve şu anda bu prensiplerin mutlak olarak, taraflarca bilinen veya bilinmesi gereken ve milletlerarası ticarete aynı tip sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerden görülemeyeceğini belirtmektedir; Ferrari/Flechtner/Brand/(Ferrari), **a.g.e.**, s. 204. Yine *Atamer*, bu hükümlerin CISG m. 9/II kapsamında teamül olarak kabul edilebilmesi için henüz erken olduğunu ifade etmektedir; Atamer, **a.g.e.**, s. 87. PICC'in ödeme yeri, ödeme şekli ve para birimi gibi bazı düzenlemelerinin (PICC Art. 6.1.6 - 6.1.10) CISG m. 9/II kapsamında teamül olarak değerlendirilmesinin mümkün olabileceği yönünde bkz.: Fawcett/Harris/Bridge, **a.g.e.**, N. 16.54. Yine PICC'in bir bütün olarak CISG m. 9/II kapsamında ticari teamül olarak görülmediği; fakat bazı hükümlerinin bu nitelikte görülebileceği yönünde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 26 (Yazar, düzenli olarak uygulanma ve yaygın olarak bilinme kriterlerinin sorun teşkil ettiği görüşündedir.). Nitekim konumuz bakımından önem taşıyan PICC Art. 7.3.1 düzenlemesinin, CISG m. 9/II kapsamında kabul edilen teamül işlevi göremeyeceği yönünde bkz.: Fawcett/Harris/Bridge, **a.g.e.**, N. 16.54. *Karş.* Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 05.06.1997, CISG-online no: 1247 (CISG m. 9/II kapsamında PICC'a başvurulmuş ve buradaki ilgili hüküm uyarınca fahiş bulunan cezai şartın indirilmesine karar verilmiştir. Tahkim heyeti ayrıca, dibacesine göre PICC'in, uluslararası yeknesak kanun metinlerinin yorumlanmasında ve tamamlanmasında kullanılabileceğini belirtmiştir.). Incoterms'un CISG m. 9/II hükmünün kapsamına girip girmediği hususunda bkz.: aş. I. E. 4. c.

ihlal değerlendirmesine çeşitli yönlerden etki edebilir. Örneğin, bir sözleşme ihlalinin bulunup bulunmadığı araştırılırken sözleşmenin gerçek içeriğini saptamak noktasında, taraflar için bağlayıcı olan alışkanlıklar ve teamüller de önemlidir. Yine bu alışkanlıklar veya teamüller, tarafların sözleşmeden doğan beklentilerini ve taraflar arasında mevcut bir yükümlülüğün akdi ilişkide özel bir ağırlığa sahip olup olmadığını değerlendirirken de önemlidir. Bu konular, CISG m. 9 hükmü ile olan bağlantıları ile birlikte esaslı ihlalin kıstasları kapsamında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

### c. Ticari Terimlerin Yorumu

Uluslararası satım sözleşmelerinde tarafların yükümlülüklerini belirlemek üzere sıklıkla kullanılan "CIF", "FOB", "CFR" gibi ticari terimlerin CISG kapsamında nasıl değerlendirileceği de özellikle önem taşımaktadır. Zira CISG'da bu ticari terimlere ilişkin özel hükümler öngörülmemiştir. Buna karşın, dünya genelinde bu tip terimleri tanımlayan birden çok düzenleme bulunabilmektedir<sup>247</sup>. Şu durumda tarafların yalnızca bu ticari terimlerden birine yer vermeleri ve hangi kaynağa gönderme yaptıklarını belirlememeleri hâlinde, ilgili terimin hangi kapsamda değerlendirileceği sorusu doğmaktadır. CISG bu konuya özgü bir düzenleme de içermemektedir<sup>248</sup>. Bu hususta doktrindeki ve kararlardaki genel eğilimin, Incoterms'deki düzenlemelere öncelik tanımak olduğu söylenebilir. Bununla beraber ortaya konan gerekçeler birbirinden farklılık arz ettiği gibi, bu konuda belirli sınırlamalar da önerilebilmektedir. Bu meselenin bizim için önemi, bazı ticari terimlerin sözleşme içeriği olmasının esaslı ihlalin kıstasları üzerinde tartışma yaratması ve özellikle ifa zamanına riayet edilmemesi hâlinde yapılan esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından önem arz etmesidir. Bu konu özellikle satıcının

<sup>247</sup> Bu konuda bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 142.

<sup>248</sup> Fakat bkz.: ULIS m. 9/III, ULF m. 13/II: "Where expressions, provisions or forms of contract commonly used in commercial practices are employed, they shall be interpreted according to the meaning usually given to them in the trade concerned." Söz konusu ticari terimlerde olduğu gibi, ticari uygulamada yaygın olarak kullanılan ifadelerin, ilgili ticari branşta genellikle bunlara verilen anlama göre yorumlanacağını öngören bu hüküm, CISG metnine alınmamıştır. Bu konuda bkz.: Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 1.4.2; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 118.

malları geç teslim etmesi hâlinde yapılan esaslilik değerlendirmesinde ele alınmış<sup>249</sup>; burada ise ilgili ticari terimlerin anlamını saptamak noktasında hangi kaynağa başvurulması gerektiği CISG m. 8 ve m. 9 hükümleri kapsamında incelenmiştir.

Öncelikle, Incoterms'ün CISG m. 9/II kapsamında kabul edilen teamüllerden olup olmadığı tartışılmaktadır. Bir dizi Amerikan Mahkemesi kararına göre Incoterms, CISG m. 9/II kapsamında sözleşmeye dâhil olabilmektedir<sup>250</sup>. Diğer taraftan ise Incoterms'ün bir bütün olarak bu kapsamda kabul edilemeyeceği; fakat kısmen CISG m. 9/II altında değerlendirilebileceği belirtilmektedir. Örneğin, *Honnold/Flechtner*'e göre ticari terimlerin bazı tanımlarının içerdiği detaylar, "aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinme ve düzenli olarak uygulanma" şartını sağlayamayabilir. Bu detaylar, ilgili ticari tanımların düzenli olarak uygulandığı ticari branşlarda CISG m. 9/II hükmündeki kriterlerin sağlanmasıyla veya Incoterms'ün açıkça sözleşmeye dâhil edildiği durumlarda CISG m. 9/I kapsamında bağlayıcı olabilir. Ayrıca, ticari terimlerin tanımlarındaki bazı detayların dünya genelinde etki kazanması için uluslararası uygulamanın daha geniş çaplı bütünlük kazanmasının beklenmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>251</sup>. Benzer şekilde *Schmidt-Kessel*'e göre de bir bütün olarak Incoterms bugüne dek ticari teamül olarak görülemese de münferit hükümlerinin bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür. Bu bağlamda yazar, Incoterms'de temel olarak gözlenen zorluğun, belirli ticari branşta düzenli olarak uygulanma şartından kaynaklandığını ifade etmektedir. Bir bütün hâlinde bu kuralları kesin olarak uygulanmanın ancak açık anlaşma ile sağlama alınabileceğini belirten yazar, bu

---

<sup>249</sup> Bkz.: aş. III. B. 2. b.

<sup>250</sup> United States District Court, Southern District of Texas, 07.02.2006, CISG-online no: 1177 (CIF terimi karara konu olmuştur.); United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 11.06.2003, CISG-online no: 730 (CFR terimi karara konu olmuştur. Incoterms'ün kullanımı dünya çapında olmasa da bunların uluslararası ticarete iyi bilindiği ifade edilmiştir.); United States District Court for the Southern District of New York, 26.03.2002, CISG-online no: 615 (CIF terimi karara konu olmuştur.). ICC tarafından geliştirilen Incoterms'ün ve UCP kurallarının CISG m. 9/II anlamında ticari teamül olduğu görüşünde bkz.: Singh/Leisinger, **a.g.m.**, s. 183, 184; Leisinger, **a.g.e.**, s. 44, 45. UCP kuralları bakımından ayrıca bkz.: CISG Advisory Council Opinion No. 5, **The buyers right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents**, Rapporteur: Ingeborg Schwenzer, Badenweiler (Germany), 7 May 2005, (Çevrimiçi) <http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=147&sid=147>, 29.06.2013, N. 4.15; Bijl, **a.g.m.**, s. 26; ICC International Court of Arbitration, 01.03.1995, CISG-online no: 844.

<sup>251</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 114, 118.

şekilde anlaşma veya ticari teamül uyarınca uygulanmaları mümkün olmasa da bu kuralların, CISG m. 8/III kapsamında yine de yorumda dikkate alınabileceğini ifade etmektedir<sup>252</sup>. Yine *Viscasillas*, en sık kullanılan terimler olarak "CIF" ve "FOB" terimlerinin, CISG m. 9/II hükmünde öngörülen kriterleri sağladığının ortaya konabileceğini ifade etmektedir<sup>253</sup>.

Incoterms'ün CISG m. 9/II kapsamında sözleşmeye dâhil olduğunu belirten kararlarda, belirli bir ticari terimin kullanıldığı; fakat Incoterms'e açık bir atfın yapılmadığı sözleşmeler için Incoterms tanımları uygulanmıştır<sup>254</sup>. Tribunal Cantonal du Valais tarafından verilen 28.01.2009 tarihli kararda ise taraflar arasında yerleşik bir alışkanlık bulunmadığı sürece Incoterms'ün, prensip olarak, ancak tarafların açık anlaşmasıyla uygulanabileceği belirtilmiştir. Bununla beraber, böyle açık bir anlaşma bulunmaması hâlinde de bu kuralların CISG m. 9/II uyarınca uygulanabileceği; zira bunların uluslararası ticarete teamül olarak yaygın şekilde tanındığı ve düzenli olarak uygulandığı belirtilmiş; fakat uygulanacak Incoterms teriminin sözleşmeye dayanması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca, Incoterms'ün açık veya zımni olarak sözleşmeye dâhil olmadığı durumlarda da bunların yorumda kullanılacağı belirtilmiştir<sup>255</sup>.

Bununla beraber doktrinde, tarafların belirli bir ticari terime yer verdikleri; fakat bunlara hangi düzenlemenin uygulanacağını saptamadıkları durumlar için farklı

---

<sup>252</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 26. Yazar UCP kuralları bakımından aynı kabulleri benimsemekte; fakat bu kurallar açısından çoğu kez, hem düzenli olarak uygulanma hem de yaygın olarak bilinme kriterlerinin sorun teşkil ettiğini ifade etmektedir; Schlechtriem/Schwenzer/(Schmidt-Kessel), **a.g.e.**, Art. 9 N. 26.

<sup>253</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 38. FOB terimi bakımından bu yönde bkz.: Corte di Appello di Genova, 24.03.1995, CISG-online no: 315.

<sup>254</sup> United States District Court, Southern District of Texas, 07.02.2006, CISG-online no: 1177 (CIF terimi karara konu olmuştur.); United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 11.06.2003, CISG-online no: 730 (CFR terimi karara konu olmuştur.); United States District Court for the Southern District of New York, 26.03.2002, CISG-online no: 615 (CIF terimi karara konu olmuştur.). Ayrıca bkz.: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 06.06.2000, CISG-online no: 1249 (CIF terimine yer verilen bir sözleşmede Incoterms'e atıfta bulunulmamış olsa da uluslararası ticaret uygulamalarını yansıttığı gerekçesiyle Incoterms tanımlarına başvurulmuştur.). İlgili diğer kararlar için bkz.: **Digest**, Art. 9 N. 18. Bu yönde genel bir kabulün eleştirisi için bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 118; Ferrari/Flechtner/Brand/(Ferrari), **a.g.e.**, s. 203.

<sup>255</sup> Tribunal Cantonal du Valais, 28.01.2009, CISG-online no: 2025.

görüşler ve gerekçeler de ortaya konabilmektedir. Örneğin *Bonell*, kullanılan terimlerin yorumlanmasına uygulanacak kuralların taraflarca açıkça kararlaştırılmamış olması hâlinde, öncelikle uluslararası yeknesak tanımlara yapılmış zımni bir yollamanın, CISG m. 9/I kapsamında uygun görülüp görülemediğinin araştırılması gerektiğini belirtmektedir<sup>256</sup>. Daha da önemlisi yazar, Incoterms'ün dünya genelinde kabul gördüğünü zikrederek bu düzenlemelere yapılmış zımni yollamayı uygun görmenin fazla bir zorluk arz etmeyeceğini savunmaktadır<sup>257</sup>. *Enderlein/Maskow* da sözleşmede belirli ticari terimler kullanıldığında, ulusal kuralların yerine Incoterms'ün uygulanması gerektiği görüşündedir<sup>258</sup>. Zira yazarlara göre Incoterms; taraflarca bilinme veya bilinmek gerekme, milletlerarası ticarete yaygın olarak bilinme ve düzenli olarak uygulanma koşullarını sağlamaktadır. Bu koşulları sağlayan kurallar üzerinde tarafların anlaşmaları varsayılır. Bununla beraber, sözleşmede belirli bir ticari terimin kullanılmış olması gerekir<sup>259</sup>. Hangi yorumun belirleyici olduğu saptanmaksızın örneğin, "FOB, (yükleme limanının adı)" şeklinde bir terime yer verilmesi hâlinde, ulusal hukuklara değil Incoterms'e başvurulması gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda ayrıca CISG m. 8/II hükmünden yararlanılması da mümkün görülmektedir.

*Leisinger*'e göre Incoterms, taraflar arasındaki satım sözleşmesi tipine düzenli olarak uygulanmaktaysa CISG m. 9/II gereği, tarafların Incoterms üzerinde anlaşığı varsayılmalıdır<sup>260</sup>. Yazara göre, bu şartın sağlanmadığı durumlarda da karine olarak tarafların Incoterms'e gönderme yapmak istedikleri kabul edilmelidir. Bunun gerekçesi ise CISG m. 8/II ve m. 7/I hükümleri göz önüne alınarak ilgili sözleşme şartının yorumlanması sonucu ortaya konmaktadır<sup>261</sup>. CISG m. 8/II hükmü, taraf beyanlarının, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara

---

<sup>256</sup> Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 9 N. 3.5.

<sup>257</sup> Yazar aynı kabulü, UCP kurallarına yapılmış zımni bir yollama bakımından da mümkün görmektedir. *Inc. Bianca/Bonell/(Bonell)*, **a.g.e.**, Art. 9 N. 3.5. Yine *Paiva*, Incoterms'e göndermede bulunulmaksızın bunlarda düzenlenen bir ticari terime yer verilmesi hâlinde, CISG m. 9/I bağlantısıyla Incoterms'ün uygulanması gerektiği fikrinde görünmektedir. Bkz.: *Paiva*, **a.g.m.**, § 2.1.1.1.

<sup>258</sup> *Enderlein/Maskow*, **a.g.e.**, Art. 9 N. 11.

<sup>259</sup> Yazarlar, UCP kuralları bakımından da aynı durumu kabul etmektedirler; *Enderlein/Maskow*, **a.g.e.**, Art. 9 N. 11.

<sup>260</sup> *Leisinger*, **a.g.e.**, s. 144.

<sup>261</sup> *Leisinger*, **a.g.e.**, s. 144, 145.

vereceği anlama göre yorumlanmasını gerektirmektedir. CISG m. 7/I hükmüne ise "karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişi" ögesinin açıklığa kavuşturulmasında ve bu kişinin anlayışının tespit edilmesinde başvurulmaktadır. Buna göre Antlaşma'nın yorumlanmasında, Antlaşma'nın milletlerarası niteliğinin göz önünde tutulması ve yeknesak uygulanmasının teşvikinin gerekmesi, bu tip ticari terimler değerlendirilirken şüphe hâlinde Incoterms'e başvurulmasının dayanağı olarak ortaya konmaktadır. Zira ICC tarafından hazırlanan Incoterms, uluslararası arenada bu tip ticari terimleri tanımlayan en yaygın kurallar olarak gösterilmektedir<sup>262</sup>. Yine yazara göre, sözleşmede yer verilen ticari terim ile Incoterms'e gönderme yapılmadığının iddia edilmesi hâlinde ise karinenin aksinin ispat edilmesi gerekmektedir<sup>263</sup>. Bu anlamda ilgili ticari branşta, tarafların sözleşmelerinde yer verdiği ticari terimi tanımlayan başka bir kuralın veya ticari teamülün bulunduğu ortaya konması gerektiği belirtilmektedir. Yine karinenin aksini gösteren bir alışkanlığın taraflar arasında yerleşmiş olması da mümkün görülmektedir. Bu bağlamda taraflar, geçmişteki sözleşmeleri karşılıklı olarak belirli bir tarzda ifa ederek ilgili ticari terimi kendileri tanımlamış olabilirler.

*Atamer*, Incoterms'ün CISG m. 8/II ve 8/III hükümleri kapsamında değerlendirilebileceği fikrindedir<sup>264</sup>. Yazara göre, karşı âkit, CISG m. 8/II kapsamında Incoterms çerçevesinde sözleşme yapılmak istendiğini anlayabilecek ise Incoterms'deki kurallar sözleşme içeriği olur. İlgili sektör ve pazarda sürekli bu kurallar kapsamında sözleşme yapılması bu duruma örnek gösterilmektedir. Karşı âkitin bu durumu anlamasının mümkün olmaması hâlinde ise hâkimin ilgili ticari terimin anlamını yorumlaması gerektiği belirtilmektedir. Bu takdirde de CISG m. 8/III hükmünde teamüllere yapılan yollama nedeniyle hâkimin, taraf iradelerinin yorumunda Incoterms kurallarını dikkate alabileceği ifade edilmektedir. Yine *Viscasillas* da bu bağlamda CISG m. 8/II ve m. 8/III hükümlerine vurgu yapmaktadır<sup>265</sup>. Yazar ayrıca, karşılaştırılan ticari terimin CISG m. 9/II hükmünün

---

<sup>262</sup> Leisinger, **a.g.e.**, s. 145.

<sup>263</sup> Leisinger, **a.g.e.**, s. 144, 145.

<sup>264</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 86, 87.

<sup>265</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 9 N. 38.

şartlarını sağladığı ispatlanamadıkça ICC tarafından oluşturulan bir terime yapılacak atfı genel olarak CISG m. 9/I hükmü ile ilişkilendirmektedir.

Şu durumda öncelikle belirtmek gerekir ki tarafların bir ticari terime yer verdikleri ve örneğin Incoterms gibi belirli bir kaynağı açıkça belirttikleri varsayımında, bu terime verilecek anlam konusunda şüphe oluşmayacaktır. Dolayısıyla, seçilen ticari terime hangi kuralların uygulanacağını açıkça düzenlenmesi, taraflar için tavsiye edilebilir bir durumdur. Bu noktada CISG m. 9/I kapsamında tarafların seçtiği kurallar sözleşme içeriği olur<sup>266</sup>. Ayrıca CISG m. 6 ve m. 8 hükümleri kapsamında da ulaşılabilecek sonuç aynı olacaktır. Tarafların, seçtikleri ticari terime hangi kuralların uygulanacağını açıkça belirlememeleri hâlinde ise CISG m. 8 kapsamında irade açıklamalarının ve sözleşmenin yorumu gerekecektir. Bu bağlamda özellikle CISG m. 8/II ve m. 8/III hükümleri uyarınca, Incoterms'e yapılmış bir atfın objektif olarak kabul edilebilir olup olmadığı belirleyici olacaktır. Tarafların seçtikleri ticari terim için faaliyet gösterdikleri ticari branşta ve ilgili sözleşme tipinde Incoterms'deki tanımın uygulanması CISG m. 9/II kapsamında bir teamül hâline gelmişse bu seçime verilecek objektif anlamın Incoterms olduğunu kabul etmek herhâlde güç olmayacaktır. Keza CISG m. 8/III hükmü de yorumda teamüllerin dikkate alınmasına cevaz vermektedir. Buna karşın, yorumda kullanılan diğer araçlarla, tarafların bu ticari terimi farklı bir anlamda kullandıkları, başka bir kaynağa atıfta buldukları ortaya konabilir. Taraflar arasında belirli bir ticari terimin anlamı, aralarındaki alışkanlıkla şekillenmişse Incoterms'ü açıkça belirtmeksizin ilgili ticari terimin kullanılması hâlinde, bu terime objektif olarak verilecek anlamın, mevcut alışkanlıktan vazgeçilerek Incoterms tanımının esas alınması olduğunu kabul etmek güçleşecektir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki Incoterms'ün uygulama alanı bulabilmesi için sözleşmede belirli bir ticari terime yer verilmiş olması gerekir<sup>267</sup>. Öte yandan, Incoterms'ün sözleşme içeriği olması, CISG'in uygulama dışı bırakıldığı veya tüm

---

<sup>266</sup> Incoterms'ün hangi versiyonuna atıfta bulunulduğu belirli değilse sözleşme kurulduğu sırada güncel olan versiyon uygulanabilir kabul edilmektedir; Zeytin, **a.g.e.**, s. 83; Tribunal Cantonal du Valais, 28.01.2009, CISG-online no: 2025.

<sup>267</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 9 N. 11; Atamer, **a.g.e.**, s. 87.



hükümlerinden sapıldığı anlamına gelmez<sup>268</sup>. Bunlar; tarafların yükümlülüklerini belirleyen sözleşme hükümleri gibidir<sup>269</sup>, malların teslimi veya hasarın intikali gibi düzenledikleri konulara ilişkin CISG hükümlerini etkileyebilirler<sup>270</sup>. Bu terimler genellikle sözleşme ihlaline bağlanan hukuki sonuçları düzenlemediğinden<sup>271</sup>, esaslı ihlal değerlendirilmesinin yine CISG m. 25 hükmünün kıstasları çerçevesinde yapılması gerekecektir.

## F. Esaslı İhlal Hükümünün Tarihçesi

### 1. Genel Açıklamalar

CISG m. 25 hükmünde yer verilen "esaslı ihlal" kavramına, anlam ve uygulama alanı bakımından kaynaklık eden diğer hukuk sistemlerindeki bir öncülün bulunmadığı genellikle ifade edilmektedir<sup>272</sup>. Fakat bu kavram, aniden ortaya çıkmış bir düşüncenin ürünü de değildir<sup>273</sup>. Uluslararası satım hukukunun yeknesaklaştırılmasına yönelik ilk çalışmalardan itibaren geliştirilen fikirler, nihayet hükmün bugünkü görünümünü kazanmasını sağlamıştır.

Yukarıda izah edildiği üzere<sup>274</sup>, Antlaşma'nın yorumunda hazırlık tarihçesinin dikkate alınması, otonom yorum ilkesinin desteklediği bir faaliyettir. Nitekim Antlaşma'nın hazırlık tarihçesi, hükümlere yüklenmek istenen hâkim anlayışı açığa çıkardıkları ölçüde, yorumda başvurulabilecek bir kaynak olarak görülmektedir<sup>275</sup>.

<sup>268</sup> Bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 76; Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 6 N. 26; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Mistelis), **a.g.e.**, Art. 6 N. 20, 24; Leisinger, **a.g.e.**, s. 146. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunal Cantonal du Valais, 28.01.2009, CISG-online no: 2025.

<sup>269</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 76.

<sup>270</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 6 N. 26; Tribunal Cantonal du Valais, 28.01.2009, CISG-online no: 2025.

<sup>271</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 76.

<sup>272</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2; Zeller, **a.g.m.**, s. 86, 87. ULIS'in 1956 yılındaki taslağında görülen kavramın, bu andan sonra dâhil olduğu bazı hukuk çevreleri için bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.

<sup>273</sup> Zeller, **a.g.m.**, s. 86.

<sup>274</sup> Bkz.: yuk. I. E. 3.

<sup>275</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 91.

CISG m. 25 hükmünde kabul edilen esaslı ihlal yapısının açıklığa kavuşturulmasında da zaman zaman, CISG'in hazırlık çalışmaları ve bundan da önce üretilen öncül metinler yol gösterici bir özelliğe sahip olabilmektedir<sup>276</sup>. Zira bu alanda üretilen ilk taslaklardan itibaren esaslı ihlal yapısının izlerini takip etmemiz mümkün olmaktadır. Sözleşmenin esaslı ihlali yapısı veya bunun ilk nüveleri, uluslararası satım sözleşmelerine uygulanacak hukuku yeknesaklaştırma çabasıyla üretilen birçok metinde farklı şekillerde karşımıza çıkmış, tartışılmış ve nihayetinde bugün CISG m. 25 hükmünde düzenlendiği şekliyle kabul görmüştür. Öyleyse bu geçmiş metinleri incelememiz ve hangi noktalarda esaslı ihlal yapısının bir dönüşüme uğradığını saptamamız, CISG m. 25 hükmü ile erişilmek istenen uygulamanın aydınlığa kavuşturulmasında yararlı olabilecektir<sup>277</sup>. Nitekim esaslı ihlal yapısının tarih boyunca uğradığı bu değişiklikler, daha sağlıklı bir kuram oluşturma ve eksikleri giderme ihtiyacından ileri gelmiştir. Bunu karşın, CISG hükümlerinin anlamlandırılmasında, şüphesiz tek başına hazırlık çalışmaları etkili değildir. Öncelikle, hazırlık çalışmalarının yürütülmesine özgü sebeplerle tarihi yorumun açık bir netice vermekten uzak kalması mümkündür<sup>278</sup>. Bunun yanında, esaslı ihlal yapısı; CISG m. 25 hükmünün metninde vücut bulmuş, yaşayan bir uygulama olarak karşımızda durmaktadır<sup>279</sup>. Tarihsel yorum, günün gereklerine uygun neticeler verebilmekten uzak bir kaynak hâline gelmiş ise başvurulabilecek bir referans olma özelliğini yitirir<sup>280</sup>. Bu bakımdan, yeni gelişmeleri de göz önüne alan dinamik bir

---

<sup>276</sup> CISG hükümlerinin yorumlanmasında hazırlık tarihçesine göre yorumun işlevi, kaynakları ve zorlukları hakkında bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 88 - 91; Koch, **Fundamental Breach**, s. 196 - 198; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 35 - 37.

<sup>277</sup> Hazırlık tarihçesi kapsamında yapılan yorum, Antlaşma'yı hazırlayanların amaçlarını ve aralarındaki müzakereleri dikkate alarak hükümlerin doğasında mevcut belirsizlikleri çözme amaçlamaktadır; Koch, **Fundamental Breach**, s. 268.

<sup>278</sup> *Inc.* Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 91; Koch, **Fundamental Breach**, s. 197, 198; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 36. Bunun ötesinde Zeller, CISG m. 25 hükmünün yorumunda hazırlık çalışmalarının üstleneceği role belli bir çekingenlikle yaklaşmaktadır. Yazara göre, hazırlık çalışmaları ancak öğretici bir fikir sahibi olmamıza yardımcı olabilir. Bunun haricinde tarihçenin önemli bir kısmı, münferit görüşlerin yansımından ibarettir; Zeller, **a.g.m.**, s. 88.

<sup>279</sup> Bonell tarafından zikredildiği üzere, Antlaşma hükümlerinin kesin anlamı üzerindeki şüphenin kaldırılması amacıyla hazırlık çalışmalarına bakılması faydalı olacaktır. Bununla beraber, bu hükümler kabul edilmekle yaşayan hukuk normları hâline gelmekte ve anlamlarının zaman içerisinde değişme ihtimali bulunmaktadır. Bu bakımdan, Antlaşma'yı hazırlayanların niyeti, yorumda dikkate alınabilecek unsurlardan yalnızca biri olmaktadır. Bkz.: Bianca/Bonell/(Bonell), **a.g.e.**, Art. 7 N. 3.1.3.

<sup>280</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 99. Benzer yönde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 7 N. 22.

yorumun tercih edilmesi gerekebilir<sup>281</sup>. Tüm bu hususlar göz önünde bulundurularak aşağıda, esaslı ihlal hükmünün tarihi gelişimi incelenmiş ve bugün için de takip edilebilir olan sonuçlar ortaya çıkarılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda görülmüştür ki CISG m. 25 hükmünün hazırlık çalışmalarında mevcut bazı doneler sayesinde, hükmün metninde açık bir çözüm bulamadığımız pek çok sorunun cevabına yaklaşmamız mümkün olabilmektedir.

Aşağıda esaslı ihlal hükmünün tarihi gelişimi, UNCITRAL öncesi süreç ile UNCITRAL'in yönlendirdiği hazırlık çalışmaları ve Viyana Konferansı'nda hükmün kabulü başlıkları altında iki ayrı dönemde incelenmiştir. Böylece hükmün geçirdiği evreler izlenerek bir anlamda film şeridinin çıkarılması amaçlanmıştır.

## 2. UNCITRAL Öncesi Metinlerdeki Süreç

### a. Erken Dönemdeki İlk Çalışmalar

Sözleşmenin ortadan kaldırılması bakımından bu hakkın kullanımının, sözleşme ihlalinin ciddiyetine bağlanması gerektiği yönündeki anlayış, 1930'lu yıllardan bu yana takip edilebilmektedir<sup>282</sup>. Öyle ki 1935 yılındaki ilk taslakta dahi bu yapının izleri görülebilir<sup>283</sup>. Nitekim bazı sözleşme ihlalleri arasında bir

---

<sup>281</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 36.

<sup>282</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 269.

<sup>283</sup> Zeller, **a.g.m.**, s. 86. Bu taslakta dikkate değer düzenlemeler olarak şunlar örnek gösterilebilir: 26. maddede, malların vaktinde teslim edilmemesi hâlinde alıcının ancak, olayın koşulları veya sözleşmenin hükümleri sebebiyle teslim tarihinin sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğunu kanıtlamış olması hâlinde ya da 21. madde kapsamında taraflarca malların teslimi için belirli bir periyot kararlaştırıldıktan sonra satıcının veya alıcının teslimat için kesin tarihi belirlemiş olması durumunda, sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir. 31. madde de malları teslim borcunun kısmen yerine getirilmemesi veya bunda kısmen gecikmesi durumunda, bu ihlalin ancak sözleşmenin temeline ("*root of contract*") gitmesi durumunda sözleşmenin bütününden dönebileceği öngörülmüştür. Satıcının, malları teslim borcu ve ayıba karşı yükümlülükleri dışında kalan borçlarından birini ifa etmemesi hâlinde ise bu borç esaslıysa alıcının sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiş (m. 61/IV) ve söz konusu yükümlülük olmaksızın alıcının sözleşmeyi yapmayacak olduğu anlaşılıyorsa borcun esaslı olduğu belirtilmiştir (m. 61/V). 80. maddede ise alıcının sözleşme hükümlerine uygun şekilde malları teslim almaması durumunda, bu ihlal semenin ödenmeyeceğinin düşünülmesine sebep oluyorsa veya malların kabulünün sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğu şartlardan anlaşılıyorsa

derecelendirme yapma ihtiyacı, 1939 Taslağı'na da yansımıştır<sup>284</sup>. Bununla beraber, bu öncül çalışmalarda "tek parça" bir sözleşmeye aykırılık modeli kurgulanmamış; bunun yerine, sözleşme ile üstlenilen muhtelif yükümlülüklerin ihlalden hareket eden bir yaklaşım kabul edilmiştir<sup>285</sup>. Doktrinde, bu sistemin yapısının, *common law* anlayışındaki "*warranty*" ve "*condition*" ilişkisine benzediği ifade edilmekte ve özellikle 1939 Taslağı'nda yer alan 55/III. maddedeki düzenleme örnek gösterilmektedir<sup>286</sup>. Zira bu düzenlemeye göre, satıcının borçlarından birinin sözleşmenin esaslı koşulu olarak kabul edilebilmesi için olayın koşullarından, bu yükümlülük olmaksızın alıcının sözleşmeyi yapmayacak olduğu anlaşılmalıydı<sup>287</sup>.

---

satıcının sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir. Taslak metni için bkz.: League of Nations International Institute in Rome for the Unification of Private Law, **Draft of An International Law of the Sale of Goods**, Roma, La Libreria Dello Stato, 1935, s. 79 - 108.

<sup>284</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3. Yine bu taslakta dikkate değer düzenlemeler olarak şunlar örnek gösterilebilir: Örneğin 28. maddede, malların vaktinde teslim edilmemesi hâlinde alıcının, olayın koşulları veya sözleşmenin hükümleri sebebiyle teslim tarihinin sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğunu kanıtlaması hâlinde sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir. 32. maddede de malların bir kısmının teslim edilmemesi hâlinde, malların tüm olarak teslimi sözleşmenin esaslı bir koşuluysa alıcının sözleşmenin bütününden dönebileceği; ayrıca, malların bir kısmının tesliminde gecikilmesi hâlinde, malların tüm olarak teslim tarihi sözleşmenin esaslı bir koşuluysa alıcının sözleşmenin bütününden dönebileceği öngörülmüştür. Satıcının; malların teslimine, mallardaki ayıba veya hukukî ayıba ilişkin yükümlülükleri dışında kalan yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi hâlinde ise bu borç esaslıysa alıcının sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiş (m. 55/II) ve söz konusu yükümlülük olmaksızın alıcının sözleşmeyi yapmayacak olduğu olayın şartlarından anlaşılıyorsa borcun, sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğu öngörülmüştür (m. 55/III). Yine şartlar, vaktinde ödemenin sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğunu gösteriyorsa semenin muaccel olmasından hemen sonra satıcının sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir (m. 64/II). 66. maddede ise alıcının sözleşme hükümlerine uygun şekilde malları teslim almaması durumunda, bu ihlal semenin ödenmeyeceğinin düşünülmesine sebep oluyorsa veya malların kabulünün sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğu şartlardan anlaşılıyorsa satıcının sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir. Alıcının semeni ödeme ve malları teslim alma borçları dışında kalan borçlarından birini ifa etmemesi hâlinde ise bu borç sözleşmenin esaslı bir koşulu ise satıcının sözleşmeden dönebileceği öngörülmüş (m. 70/II) ve söz konusu yükümlülük olmaksızın satıcının sözleşmeyi yapmayacak olduğu şartlardan anlaşılıyorsa borcun, sözleşmenin esaslı bir koşulu olduğu düzenlenmiştir (m. 70/III). Taslak metni ("Draft Uniform Law on International Sales of Goods [Corporeal Movables]") için bkz.: International Institute for the Unification of Private Law, **Unification of Law: A general survey of work for the unification of private law (Drafts and Conventions)**, Rome, Editions "Unidroit", 1948, s. 102 - 159.

<sup>285</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 1.1.1; Koch, **Fundamental Breach**, s. 269; Peacock, **a.g.m.**, s. 98. Bu durum, 1935 ve 1939 taslaklarının hükümlerine ilişkin yukarıdaki notlardan anlaşılabilir.

<sup>286</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 1.1.1; Koch, **Fundamental Breach**, s. 269, 270 ve orada dn. 306; Peacock, **a.g.m.**, s. 98 ve orada dn. 23.

<sup>287</sup> "An obligation of the seller is an essential condition of the contract where it appears from the circumstances of the case that the buyer would not have concluded the contract without such an undertaking."

ULIS öncesi devam eden çalışmalar kapsamında, 1951 yılında yapılan bir teklif ile "esaslı yükümlülüklerin ihlali" yaklaşımı yerine, "yükümlülüklerin esaslı ihlali" yaklaşımının kabul edilmesi önerilmiştir<sup>288</sup>. Bu bağlamda, 1939 Taslağı'nda kabul edilen yaklaşımın, sözleşmenin ayakta tutulması amacını desteklemediği gerekçesiyle kusurlu bulunduğu ifade edilmektedir. Zira esaslı bir sözleşme koşulunun ihlal edilmesi hâlinde, nispeten önemsiz sonuçlar ortaya çıksa dahi ihlale maruz kalan taraf sözleşmeden dönebilecekti<sup>289</sup>. Teklifte açıkça görülen yenilik ise daha en başta yükümlülükler arasında bir ayrıma gidilmemesidir. Böylece 1956 ve 1963 yılındaki taslaklarda sözleşmenin esaslı ihlali, ilk defa tek madde altında genel bir prensip olarak düzenlenmiştir<sup>290</sup>.

1956 Taslağı'nın 15. maddesinde yer alan esaslı ihlal düzenlemesine göre<sup>291</sup>; diğer tarafın, böyle bir ihlalin oluşacağını öngörseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğu, sözleşme kurulduğu sırada biliniyor veya bilinmek gerekiyor idiyse, ihlal esaslı kabul edilmiştir<sup>292</sup>. 1956 Taslağı, görüşleri alınmak üzere ülkelere ve uluslararası kuruluşlara gönderilmiş ve bu görüşler doğrultusunda 1963 Taslağı hazırlanmıştır. Esaslı ihlalin düzenlendiği 15. madde metninde ise herhangi bir değişiklik yaşanmadığı aktarılmaktadır<sup>293</sup>. Buna karşın hükmün, özellikle subjektif yapısından dolayı eleştirildiği ve tarafların niyetlerini tespit etmek gerektiğinde, farklı ülkelerde farklı yorumlara ulaşılabileceğinin belirtildiği ifade edilmektedir<sup>294</sup>.

---

<sup>288</sup> Bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 1.1.2; Peacock, **a.g.m.**, s. 99.

<sup>289</sup> Bkz.: Peacock, **a.g.m.**, s. 98, 99.

<sup>290</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 3; Koch, **Fundamental Breach**, s. 270.

<sup>291</sup> Taslak metni ("Draft of A Uniform Law on International Sales of Goods [Corporeal Movables]") için bkz.: International Institute for the Unification of Private Law, **Unification of Law: Year-Book 1956, A general survey of work for the unification of private law (Drafts and Conventions)**, C. I, Rome, Editions "Unidroit", 1957, s. 70 - 115.

<sup>292</sup> "A breach of the contract shall be deemed to be fundamental wherever the party knew or ought to have known, at the time the contract was made, that the other party would not have contracted had he foreseen that such breach would occur."

<sup>293</sup> Eörsi, **a.g.m.**, s. 339; Koch, **Fundamental Breach**, s. 270 dn. 307.

<sup>294</sup> *Inc.* Peacock, **a.g.m.**, s. 99.

## b. ULIS m. 10 Hükümünün Düzenlemesi

1964 yılında Lahey Konferansı'nda kabul edilen ULIS m. 10 hükmünde ise esaslı ihlal kavramında içerik değişikliğine gidildiği görülmektedir<sup>295</sup>. Buna göre; sözleşmeyi ihlal eden taraf, diğer tarafla aynı durumda makul bir kişinin, ihlali ve bunun sonuçlarını öngörseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğunu sözleşme kurulduğu sırada biliyor veya bilmesi gerekiyor idiye ihlal esaslı kabul edilmiştir<sup>296</sup>.

1935 ve 1939 Taslakları'nda, sözleşmenin esaslı koşulları tespit edilirken ilgili hüküm olmaksızın "karşı tarafın" sözleşmeyi yapmayacak olmasından hareket edilmişti<sup>297</sup>. 1956/1963 Taslakları'nda da bu kez sözleşmenin esaslı ihlali değerlendirilmesi yapılırken ihlali öngördüğü varsayılan yine "karşı tarafın" sözleşmeyi yapmayacak olması dikkate alınmaktaydı. ULIS m. 10 hükmüne göre esaslı sözleşme ihlalleri belirlenirken ise sözleşme ihlalinin ve bunun sonuçlarını öngören "makul bir kişinin" sözleşmeyi yapmayacak olması nazara alınmıştır. Bu anlamda, görünürde daha objektif bir bakış açısı yakalandığı ifade edilmektedir<sup>298</sup>. Yine de ULIS m. 10 hükmü, esaslı ihlal değerlendirilmesi bakımından tarafların farazi iradesi üzerine yoğunlaşmış ve bu bakımdan subjektif bir içerikle kaleme alınmıştır<sup>299</sup>.

---

<sup>295</sup> ULIS metni için bkz.: International Institute for the Unification of Private Law, **Unification of Law: Year-Book 1964: A general survey of work for the unification of private law (Drafts and Conventions)**, Rome, Editions "Unidroit", 1965, s. 58 - 119.

<sup>296</sup> "For the purposes of the present Law, a breach of contract shall be regarded as fundamental wherever the party in breach knew, or ought to have known, at the time of the conclusion of the contract, that a reasonable person in the same situation as the other party would not have entered into the contract if he had foreseen the breach and its effects."

<sup>297</sup> *Inc.* 1935 Taslağı m. 61/V; 1939 Taslağı m. 55/III, 70/III.

<sup>298</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 1.1.2.

<sup>299</sup> Bkz.: Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 235; Olof Clausson, "Avoidance in Nonpayment Situations and Fundamental Breach under the 1980 U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods", **New York Law School Journal of International and Comparative Law**, C. VI, S. 1, 1984, s. 96; Lorenz, **a.g.m.**, § II. G. Keza *Leisinger*, ULIS m. 10 hükmüne göre yapılacak esaslı ihlal değerlendirmesinde inceleme konusunun, salt ihlale maruz kalan tarafın sözleşme menfaatinin kaybedip kaybetmediği etrafında toplanmasını hükmün bir zayıflığı olarak görmekte ve bu sebeple hükmü bütünüyle subjektif bulmaktadır; *Leisinger*, **a.g.e.**, s. 29.

### 3. UNCITRAL'in Yönlendirdiği Hazırlık Çalışmaları ve Viyana Konferansı'nda CISG m. 25 Hükümünün Kabulü

#### a. Genel Açıklamalar

ULIS'in genel olarak da geniş bir kabul görmemesi ve bu nedenle de bir anlamda amacını gerçekleştirememiş olması karşısında, UNCITRAL tarafından bu alanda yeknesaklığın sağlanması adına tekrar çalışmalara başlanmıştır. Antlaşma'nın hazırlık sürecine ve bunun yöntemlerine ilişkin tüm ayrıntıları aktarmak bu çalışmanın amacı olmamakla birlikte, esaslı ihlal hükmünün bu yeni evrede gelişimini incelerken hafızada tutulması gereken temel hususlara da kısaca değinmekte fayda görmekteyiz<sup>300</sup>. UNCITRAL tarafından yürütülen süreçte, Çalışma Grubu'nun (Working Group) faaliyetleri önemli bir yere sahip olmuştur. 1970 - 1977 yılları arasında devam eden bu faaliyetlerde özellikle ULIS ve ULF'nin metinleri üzerinde çalışılmış, 1976 yılında esasa ilişkin hükümlerin, 1977 yılında ise sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlerin taslakları hazırlanmıştır. Bu taslaklar UNCITRAL Komisyonu (Commission) tarafından gözden geçirilmiş ve esasa ilişkin hükümlerle sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlerin birleştirilmesine karar verilerek 1978 tarihli Antlaşma Taslağı tek metin altında kabul edilmiştir. Hazırlık sürecinin üçüncü aşamasında ise Viyana Diplomatik Konferansı 1980 yılında toplanmıştır. Viyana Konferansı'nda müzakereler iki ayrı komite tarafından yürütülmüş ve bu komitelerin her birinde Konferans'a katılan devletler temsil edilmiştir. Birinci Komite (First Committee), esaslı ihlal hükmünün de dâhil olduğu Antlaşma'nın ilk üç kısmının hazırlanmasıyla görevliken İkinci Komite (Second Committee), Antlaşma'nın "Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının hazırlanması ile görevlendirilmiştir. Komitelerin çalışmalarının ardından ilgili Antlaşma hükümleri Genel Kurul'da (Plenary Meeting) oylanmış ve nihai metin kabul edilmiştir.

<sup>300</sup> Bu kapsamda bkz.: Honnold, *a.g.e.*, s. 2 - 4; Fawcett/Harris/Bridge, *a.g.e.*, N. 16.11.

## b. Viyana Konferansı Öncesi Gelişmeler

Öncelikle belirtmek gerekir ki ULIS m. 10 hükmü varsayımsal yapısından dolayı eleştirilere uğramış ve UNCITRAL tarafından yürütülmeye başlanan çalışmalarda, daha nesnel bir değerlendirme yaratma ihtiyacı ön plana çıkmıştır<sup>301</sup>. Bu hüküm temel olarak, belirsiz ve karmaşık bir karaktere sahip oluşu; sözleşmeyi ihlal eden tarafın, karşı tarafla aynı durumdaki makul bir kişinin sözleşme ilişkisine girip girmeyeceğini bilebilmesinden hareket eden subjektif bir teste dayanması ve kesin bir yargı sağlayamadığı düşünülen "makul kişi" ("*reasonable person*") standardı sebepleriyle hazırlık çalışmalarında eleştiriler almıştır<sup>302</sup>.

Nitekim Çalışma Grubu tarafından hazırlanan 1976 Taslağı'nda<sup>303</sup>, esaslı ihlal düzenlemesindeki eksiklerin giderilebilmesi adına gerçekleştirilen köklü bir değişiklik, "önemli ölçüde olumsuzluk" ("*substantial detriment*") kriterinin hükme dâhil edilmesi olmuştur<sup>304</sup>. Bu değişiklik, hükmün subjektif bir değerlendirme yerine objektif bir kıstasa dayanması fikrinden gelişmiştir<sup>305</sup>. Böylece 1976 Taslağı'nın 9. maddesine göre esaslılık şart için; sözleşme ihlalinin, diğer tarafta önemli ölçüde bir

---

<sup>301</sup> *Inc.* Ziegel, **a.g.m.**, s. 15; Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 1.2; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 182; Koch, **Fundamental Breach**, s. 271 - 273; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 235; Leisinger, **a.g.e.**, s. 30.

<sup>302</sup> *Inc.* United Nations Commission on International Trade Law, **Yearbook**, C. I: 1968 - 1970, New York, United Nations, 1971, s. 169; **Yearbook II**, s. 47, 58, 59; United Nations Commission on International Trade Law, **Yearbook**, C. III: 1972, New York, United Nations, 1973, s. 46 - 48; United Nations Commission on International Trade Law, **Yearbook**, C. VI: 1975, New York, United Nations, 1976, s. 53, 72, 77, 78, 94, 95; Honnold, **a.g.e.**, s. 52, 64, 65, 88 - 90, 219, 220, 244. Ayrıca bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 1.2.1.

<sup>303</sup> Taslak metni ("Draft Convention on the International Sale of Goods") için bkz.: United Nations Commission on International Trade Law, **Yearbook**, C. VII: 1976, New York, United Nations, 1977, s. 89 - 96.

<sup>304</sup> Bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 1.2.1. "Önemli ölçüde olumsuzluk" kriteri, 1976 yılındaki taslakta yer almadan önce, 1975 yılında Çalışma Grubu tarafından kabul edilen metinde de mevcuttu (m. 9): "*A breach committed by one of the parties to the contract shall be regarded as fundamental if it results in substantial detriment to the other party and the party in breach had reason to foresee such a result.*" Bkz.: **Yearbook VI**, s. 53, 64; Honnold, **a.g.e.**, s. 244. Ayrıca bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 272, 273 ve orada dn. 312.

<sup>305</sup> *Inc.* **Yearbook VI**, s. 77, 78, 94, 95; Honnold, **a.g.e.**, s. 219, 220.



olumsuzluğa sebebiyet vermesi ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu sonucu öngörmesi veya öngörmesinin gerekmesi aranmıştır<sup>306</sup>.

Bu taslak için hazırlanan Şerh'de<sup>307</sup> esaslı ihlal hükmüne yönelik yapılan açıklamalar, konumuz bakımından önem arz etmektedir. Söz konusu Şerh'de sözleşmenin esaslı ihlali yapısının önemine değinildikten sonra, bir sözleşme ihlalinin esaslı olarak değerlendirilmesi için gerekli temel kriterin, bu ihlalin karşı tarafta önemli ölçüde bir olumsuzluğa yol açması olduğu ifade edilmiştir. Bu değerlendirmenin ise her somut olayın kendi koşulları çerçevesinde yapılabileceği; örneğin, sözleşmenin mali değerinin, ihlalin sebep olduğu mali zararın veya ihlalin karşı tarafın diğer faaliyetlerini ne ölçüde engellediğinin dikkate alınabileceği belirtilmiştir. İhlalin esaslı sayılabilmesi için ayrıca, ortaya çıkan sonucu, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörmüş veya öngörmesinin gerekmiş olmasının arandığı belirtilmiştir. Buna karşın, ortaya çıkan sonucu, sözleşmeyi ihlal eden tarafın gerçekten öngörmüş olmasının şart olmadığı vurgulanmıştır<sup>308</sup>.

1976 yılında hazırlanan Taslak ve buna ilişkin Şerh, görüşleri alınmak üzere ülkelere ve ilgili uluslararası örgütlere gönderilmiştir<sup>309</sup>. Bu Taslak'da yer alan esaslı ihlal hükmüne ilişkin çeşitli ülkelerden ve uluslararası örgütlerden gelen muhtelif eleştirileri ve önerileri genel olarak ortaya koymamız mümkündür<sup>310</sup>. Buna göre, hükümde öngörülebilirlik kıstası bakımından dikkate alınacak zaman diliminin belirtilmediği; öngörülebilirlik kıstasında dikkate alınacak zaman diliminin sözleşmenin kurulma anı olarak düzenlenmesinin gerektiği; hükmün belirsiz bir özellik arz etmeye devam ettiği; "önemli ölçüde olumsuzluk" ("*substantial detriment*") kıstasının belirsiz bir yapıya sahip olduğu; yine bu kriterin uygulanmasında mahkemelerin birbirinden farklı kararlara varmasının mümkün

---

<sup>306</sup> "A breach committed by one of the parties to the contract is fundamental if it results in substantial detriment to the other party and the party in breach foresaw or had reason to foresee such a result." Bkz.: **Yearbook VII**, s. 90.

<sup>307</sup> Bu Şerh'in metni ("Commentary on the draft Convention on the International Sale of Goods") için bkz.: **Yearbook VII**, s. 96 - 142.

<sup>308</sup> Bkz.: **Yearbook VII**, s. 101.

<sup>309</sup> Bkz.: United Nations Commission on International Trade Law, **Yearbook**, C. VIII: 1977, New York, United Nations, 1978, s. 110.

<sup>310</sup> *Inc.* **Yearbook VIII**, s. 111, 113, 116, 117, 119, 136, 139, 148, 149.

olabileceği; esaslı ihlal değerlendirmesinde belirleyici olan kriterin, sözleşmenin ifası ile güdülen amacı dikkate alması gerektiği; sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın, sözleşmenin ifasında menfaatinin kalıp kalmadığının gözetilmesi gerektiği; sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın, bu ihlalin sonuçlarının sözleşmeyi ihlal eden tarafça öngörüldüğünü veya öngörülmesi gerektiğini ispatlamasının çok güç olduğu ve bu sebeple öngörülebilirlik kıstasının esaslı ihlal değerlendirilmesinden çıkarılması gerektiği; hükmün ULIS'de yer alan düzenlemeye kıyasla daha dar bir etki alanına sahip olduğu gibi değişik hukuk çevrelerinden gelen birçok farklı değerlendirmeyi tespit etmemiz mümkün olmaktadır.

Nitekim 1976 Taslağı'nı incelemek üzere görevlendirilen Komite'nin raporunda<sup>311</sup>, bu eleştiriler de dikkate alınarak esaslı ihlal hükmüne ilişkin bir takım önemli değerlendirmelerde bulunulmuştur<sup>312</sup>. Bu bağlamda öncelikle, öngörülebilirlik kıstası üzerindeki ispat yükünün, sözleşme ihlaline maruz kalan taraf üzerinde bırakılmasının uygun bir yaklaşım olamayacağı belirtilmiştir. Yine öngörülebilirlik kıstasında ilgili zaman dilimi bakımından, ULIS m. 10 hükmünün sözleşmenin kurulduğu ana atıfta bulunduğu ortaya konduğu; diğer bir görüşe göre ise sözleşmenin ihlal edildiği ana atıfta bulunulmasının daha adil olduğu belirtilmiş ve sözleşme ihlalinin sebep olduğu sonuçların sözleşmeyi ihlal eden tarafça hangi anda öngörülmesinin gerektiği sorusuna, hükümde açık bir cevap vermenin, müzakerelerin ardından, gerekli görülmediği ifade edilmiştir. Öngörülebilirliğe ilişkin kısmın hükümden çıkarılması teklifi de kabul görmemiştir. Esaslı ihlalin kriteri olarak, ihlale maruz kalan tarafın sözleşmedeki menfaatini kaybetmesinin dikkate alınması teklifi de sözleşme yapmadaki saiki gündeme getirmesi ve bu sebeple fazla subjektif olması gerekçesiyle kabul görmemiştir. Yine, esaslı ihlal düzenlemesine; önemli ölçüde olumsuzluğun değerlendirilmesi noktasında, "sözleşmeye aykırılığı gidermeye yönelik makul bir teklif de dâhil tüm şartlar altında" şeklinde bir ekleme yapılmasına ilişkin teklif de kabul görmemiştir<sup>313</sup>.

---

<sup>311</sup> Bu raporun metni ("Report of Committee of the Whole I relating to the draft Convention on the International Sale of Goods") için bkz.: **Yearbook VIII**, s. 25 - 65; Honnold, **a.g.e.**, s. 318 - 357.

<sup>312</sup> *Inc. Yearbook VIII*, s. 31, 32; Honnold, **a.g.e.**, s. 324, 325.

<sup>313</sup> Söz konusu teklif şu şekilde idi: "A breach committed by one of the parties to the contract is fundamental if, under all the circumstances, including a reasonable offer to cure, it results in

Bu değerlendirmelerin neticesinde, esaslı ihlal hükmünün tarihi gelişimi içerisinde yaşadığı önemli bir değişiklik, öngörülebilirlik kıstasının "meğer ki" ("*unless*") yapısı ile yeniden formüle edilmesi olmuştur<sup>314</sup>. Bu değişiklik ihtiyacının; öngörülebilirlik kıstası konusundaki ispat yükünün, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafa bırakılması hâlinde, bu durumun yaratacağı mantıki zorluktan kaynaklandığı söylenebilir<sup>315</sup>. Böylece, esasa ilişkin hükümlerin gözden geçirilmesi sonucu Komisyon tarafından onaylanan 1977 Taslağı'nın<sup>316</sup> 8. maddesine göre; bir sözleşme ihlali, diğer tarafta önemli ölçüde olumsuzluğa sebep oluyorsa esaslıdır; meğer ki, sözleşmeyi ihlal eden taraf bu sonucu öngörmemiş ve öngörmesi gerekmemiş olsun<sup>317</sup>.

1978 yılında ise bu Taslak ile Milletlerarası Mal Satımı Sözleşmelerinin Kurulmasına İlişkin Antlaşma Taslağı'nın ("Draft Convention on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods") birleştirilmesine karar verilmiştir<sup>318</sup>. Böylelikle 1978 tarihli Antlaşma Taslağı<sup>319</sup> oluşturulmuş ve esaslı ihlal hükmüne ilişkin düzenleme 23. maddede yer bulmuştur<sup>320</sup>. 1977 Taslağı'nda yer alan hüküm içerik olarak aynen korunmuştur<sup>321</sup>.

---

*substantial detriment to the other party and the party in breach foresaw or had reason to foresee such a result.*" Bu teklifi destekleyen görüşe göre önerilen ekleme ile, 29. madde uyarınca (CISG m. 48 hükmünün karşılığıdır.) sözleşmeye aykırılığı giderme teklifi yapıldığında, teknik olarak sözleşmeden dönülebilmesine engel olunabilinecekti. Bir başka görüşe göre ise satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme teklifine ilişkin koşullar 29. madde tarafından düzenlenmekte, böyle bir teklifin olmadığı durumu ise 9. madde (esaslı ihlal hükmü) düzenlemekteydi. Bu sebeple değişiklik gereksizdi.

<sup>314</sup> Bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 1.2.1.

<sup>315</sup> Ayrıca bkz.: Ziegel, **a.g.m.**, s. 18, 19; Koch, **Fundamental Breach**, s. 273.

<sup>316</sup> Taslak metni ("Draft Convention on the International Sale of Goods") için bkz.: **Yearbook VIII**, s. 15 - 21.

<sup>317</sup> "*A breach committed by one of the parties is fundamental if it results in substantial detriment to the other party unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such a result.*" Bkz.: **Yearbook VIII**, s. 16.

<sup>318</sup> Bkz.: **Yearbook IX**, s. 13.

<sup>319</sup> Taslak metni ("Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods") için bkz.: **Yearbook IX**, s. 14 - 21; **Official Records**, s. 5 - 14; Honnold, **a.g.e.**, s. 382 - 391.

<sup>320</sup> Bu hükmeye ilişkin daha fazla bilgi için bkz.: Shinichiro Michida, "Cancellation of Contract", **American Journal of Comparative Law**, C. XXVII, S. 2/3, Unification of International Trade Law: UNCITRAL's First Decade, Spring - Summer 1979, b.a.

<sup>321</sup> Bkz.: **Yearbook IX**, s. 16; Honnold, **a.g.e.**, s. 384.

1978 tarihli Antlaşma Taslağı'na ilişkin olarak hazırlanan Sekretarya Şerhi'nde<sup>322</sup> de sözleşmenin esaslı ihlali yapısının önemine değinildikten sonra, bir sözleşme ihlalinin esaslı olarak değerlendirilmesi için gerekli temel kriterin, bu ihlalin karşı tarafta önemli ölçüde bir olumsuzluğa yol açması olduğu ifade edilmiştir. Bu değerlendirmenin ise her somut olayın kendi koşulları çerçevesinde yapılabileceği; örneğin, sözleşmenin mali değerinin, ihlalin sebep olduğu mali zararın veya ihlalin karşı tarafın diğer faaliyetlerini ne ölçüde engellediğinin dikkate alınabileceği belirtilmiştir<sup>323</sup>. Dikkat edileceği üzere, buraya kadar yapılan açıklamalar, 1976 Taslağı'na ilişkin olarak hazırlanan Şerh'de yapılan açıklamalar ile paraleldir. Zira hükmün önemli ölçüde olumsuzluğu düzenleyen birinci kısmı, esas bakımından herhangi bir değişikliğe uğramamıştır. Buna karşın, öngörülebilirliğin düzenlendiği ikinci kısmın yapısı değiştirilmiştir. Nitekim Şerh'de verilen açıklamaların devamında, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, yalnızca ihlalin sebep olduğu sonuçları gerçekten öngöremediğini ispat etmesinin yeterli olmadığı; bunun yanında, bu sonuçları öngörmesini gerektirecek bir neden olmadığını da ispat etmesinin aranacağı belirtilmiştir. Ayrıca, Antlaşma Taslağı'ndaki hükümde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, sözleşmenin kurulduğu anda mı yoksa sözleşme ihlalinin olduğu anda mı bu ihlalin sonuçlarını öngörmesi gerektiği meselesinin düzenlenmediği ve uyuşmazlık hâlinde bu kararın mahkeme tarafından verileceği vurgulanmıştır<sup>324</sup>.

Dikkat çekeceği üzere, 1978 yılındaki Antlaşma Taslağı'nda ULIS m. 10 hükmünden farklı olarak, öngörülebilirlik kıstasının hangi zaman dilimi esas alınarak uygulanacağını düzenlenmesi gerekli görülmemiştir<sup>325</sup>.

1978 tarihli Antlaşma Taslağı'nın ve buna ilişkin Şerh'in de ülkelere ve ilgili uluslararası örgütlere dağıtılmasına karar verilmiştir<sup>326</sup>. Bunun sonucu, Viyana

---

<sup>322</sup> Bu Şerh'in metni ("Commentary on the Draft Convention for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat") için bkz.: **Official Records**, s. 14 - 66; Honnold, **a.g.e.**, s. 404 - 456.

<sup>323</sup> Bkz.: **Official Records**, s. 26; Honnold, **a.g.e.**, s. 416. Bir görüşe göre söz konusu açıklamanın son kısmı, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın (Burada alıcının kastedildiği anlaşılmaktadır.), kendi olağan iş faaliyetleri içerisinde sözleşme konusu malları makul şekilde kullanıp kullanamayacağına ilişkindir; Leisinger, **a.g.e.**, s. 30.

<sup>324</sup> Bkz.: **Official Records**, s. 26; Honnold, **a.g.e.**, s. 416.

<sup>325</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 274.

<sup>326</sup> Bkz.: **Yearbook IX**, s. 14.

Konferansı öncesinde esaslı ihlal hükmüne farklı açılardan yaklaşan muhtelif değerlendirmeleri şu şekilde ortaya koymak mümkün olmaktadır<sup>327</sup>: Antlaşma Taslağı'ndaki düzenlemenin, ULIS'de yer alan düzenlemeye kıyasla önemli bir gelişme gösterdiği belirtilebildiği gibi; esaslı ihlal değerlendirmesinin, sözleşme içeriğine daha bağlı hâle getirilmesi gerektiği de savunulabilmiştir. Yine, sözleşmenin kurulma anının, öngörülebilirlik kıstasında dikkate alınan zaman dilimi olarak belirtilmesi gerektiğini ortaya koyanlar olmuştur. Öte yandan, sözleşmeyi ihlal eden taraf önemli ölçüde olumsuzluğu öngörmemişse veya öngörmesi gerekmemişse ihlalin esaslı sayılmamasını kabul etmenin zor olduğu da belirtilebilmiştir. Görüldüğü üzere, esaslı ihlal düzenlemesine gösterilen tepkiler yine oldukça çeşitli olmuştur.

### **c. Viyana Konferansı'nda Esaslı İhlal Hükmünün Tartışılması**

#### **(1) Birinci Komitede Gerçekleşen Müzakereler**

Viyana Konferansı'nda da esaslı ihlal hükmüne ilişkin düzenleme, oldukça farklı görüşlerin ileri sürülmesine sebep olmuştur. Antlaşma Taslağı'ndaki hükmün korunması gerektiğine ilişkin görüşlere ulaşmak mümkün olduğu gibi<sup>328</sup>, ULIS'de yer alan düzenlemenin daha isabetli olduğu yönünde<sup>329</sup> veya Antlaşma Taslağı'ndaki hükmün çeşitli yönlerden değiştirilmesi gerektiği yönünde çok çeşitli başka fikirler de görülebilmektedir. Nitekim hükmün değiştirilmesi konusunda birçok teklif sunulmuştur. Bu teklifleri ve bunlara ilişkin tartışmaları takip ederek Antlaşma Taslağı'ndaki esaslı ihlal hükmünün temel olarak hangi noktalardan eleştirildiğini irdelememiz mümkün ve gereklidir. Zira bu tartışmalar, CISG m. 25 hükmünü şekillendiren son görüşleri ihtiva etmektedir.

<sup>327</sup> *Inc. Official Records*, s. 76; Honnold, **a.g.e.**, s. 397.

<sup>328</sup> Örn. bkz.: İsveç, Avustralya ve Finlandiya Temsilcileri tarafından yapılan açıklamalar; **Official Records**, s. 297, 298; Honnold, **a.g.e.**, s. 518, 519.

<sup>329</sup> Örn. bkz.: İtalya Temsilcisi tarafından yapılan açıklamalar; **Official Records**, s. 297; Honnold, **a.g.e.**, s. 518.

Antlaşma Taslağı'ndaki hükmün eleştirilere konu olan bir yönü, "önemli ölçüde olumsuzluk" ("*substantial detriment*") kıstasının belirsiz bir nitelik taşıması olmuştur. Örneğin bu husus, İtalya Temsilcisi tarafından Antlaşma Taslağı'ndaki hükmün yetersiz olduğu bir konu olarak gösterilmiştir<sup>330</sup>. Yine Çekoslovakya tarafından yapılan teklifte de aynı hususa işaret edilmiş ve doğrudan bu kavrama yer vermeksizin, sözleşme ihlali sebebiyle sözleşmenin ifasına duyulan ilginin kaybolmasından hareket eden bir metin önerilmiştir<sup>331</sup>. Pakistan tarafından yapılan teklifte de "önemli ölçüde olumsuzluk" ("*substantial detriment*") ifadesinin kesinlikten yoksun olduğu gerekçesiyle, "diğer tarafta önemli ölçüde olumsuzluğa sebep oluyorsa" tabiri yerine, "diğer taraf için temelde işlemin koşullarını değiştirecek bir olumsuzluğa sebep oluyorsa" tabirinin kullanılabileceği önerilmiştir<sup>332</sup>.

Antlaşma Taslağı'ndaki hükmün eleştiriye uğradığı bir değer önemli konu ise "öngörülebilirlik" kıstasının subjektif bir karakter taşıması olmuştur. Örneğin

---

<sup>330</sup> **Official Records**, s. 297; Honnold, **a.g.e.**, s. 518.

<sup>331</sup> Antlaşma Taslağı'ndaki hükme göre oldukça farklı bir içeriğe sahip olan söz konusu bu teklifte, "önemli ölçüde olumsuzluk" ("*substantial detriment*") kavramına doğrudan yer verilmemiştir. Sözleşmeyi ihlal eden taraf, sözleşmenin yapılma sebebini oluşturan veriler veya sözleşmenin kurulmasından önceki ya da kurulması sırasındaki herhangi bir zaman diliminde açıklanan bilgiler ışığında, böyle bir ihlal hâlinde diğer tarafın sözleşmenin ifası konusunda bir arzusunun kalmayacağını biliyor veya bilmesi gerekiyor idiyse, ihlalin esaslı sayılması önerilmiştir. Söz konusu teklifin tam metni şu şekilde idi: "*A breach of contract is fundamental if the party in breach knew or ought to have known, in the light of the reasons for the conclusion of the contract, or any information disclosed at any time before or at the conclusion of the contract, that the other party would not be interested in performance in case of such a breach.*" Bkz.: **Official Records**, s. 99; Honnold, **a.g.e.**, s. 671. Bu teklif, bazı ülke temsilcileri tarafından kabul edilebilir bulunsa da uygulanmasında zorluk yaşanabileceği ve esaslı ihlale kavramını oldukça sınırlandırdığı gerekçeleriyle eleştirilmiş ve Birinci Komite tarafından reddedilmiştir; *inc.* **Official Records**, s. 296 - 298; Honnold, **a.g.e.**, s. 517 - 519. Ayrıca bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 275, 276.

<sup>332</sup> Bu teklifin açıklamasında, önerilen yeni ifadenin daha açık olduğu görüşü ortaya konmuştur. Bkz.: **Official Records**, s. 299; Honnold, **a.g.e.**, s. 520. Söz konusu teklifin tam metni şu şekilde idi: "*The words 'if it results in substantial detriment to the other party' may be replaced by the words 'if it results in such detriment to the other party as would basically change the terms of the transaction.'*" Bkz.: **Official Records**, s. 99; Honnold, **a.g.e.**, s. 671. Pakistan tarafından yapılan bu teklif, ülke temsilcileri tarafından iki farklı kutupta algılanmıştır. Bazı ülke temsilcileri söz konusu bu teklifi, temelde hükme daha açık bir içerik sağladığı gerekçesiyle desteklemişlerdir. Buna karşın, diğer bazı ülke temsilcileri ise bu teklife; hükme daha kesin bir içerik sağlayamadığı, önerdiği yeni öğeler nedeniyle karışıklığa yol açabileceği veya hükümde "önemli ölçüde olumsuzluk" ("*substantial detriment*") kıstasının korunması gerektiği gibi gerekçelerle karşı çıkmışlardır; *inc.* **Official Records**, s. 299, 300; Honnold, **a.g.e.**, s. 520, 521. Görüşmelerin ardından, Pakistan'ın teklifi göz önünde bulundurularak hükmün yeniden kaleme alınması amacıyla ad hoc bir çalışma grubunun oluşturulmasına karar verilmiştir; **Official Records**, s. 300; Honnold, **a.g.e.**, s. 521. Ayrıca bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 277 ve orada dn. 339.

Çekoslovakya, yapmış olduğu teklife açıklama getirirken bu hususa da dikkat çekmiştir<sup>333</sup>. Yine Mısır tarafından yapılan teklifte de aynı hususa işaret edilmiş ve bu kıstasın daha objektif bir yapıya kavuşturulması gayesiyle, "aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin" sahip olabileceği öngörü de teste dâhil edilmek istenmiştir. Ayrıca Mısır tarafın yapılan bu teklifin başka bir önemli özelliği de öngörülebilirlik kıstasındaki ispat yükünün, sözleşmeyi ihlal eden taraf üzerinde olacağı konusunda açık bir düzenleme önermesiydi<sup>334</sup>. Mısır'ın teklifine benzer şekilde Hindistan tarafından yapılan teklifte de öngörülebilirlik kıstasının

<sup>333</sup> Bkz.: **Official Records**, s. 295, 296; Honnold, **a.g.e.**, s. 516, 517. Ayrıca bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 275.

<sup>334</sup> Teklifin gerekçesi açıklanırken öngörülebilirlik kıstası bakımından sözleşmeyi ihlal eden tarafın içinde bulunduğu durumun dikkate alınmasının, sübjektif bir değerlendirmeye sebebiyet verdiği ifade edilmiştir. Bkz.: **Official Records**, s. 295; Honnold, **a.g.e.**, s. 516. Söz konusu teklifin tam metni şu şekilde idi: "A breach committed by one of the parties is fundamental if it results in substantial detriment to the other party unless the party in breach proves that he did not foresee such a result and that a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen it." Bkz.: **Official Records**, s. 99; Honnold, **a.g.e.**, s. 671. "Aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin" öngörüsünün de değerlendirmeye dâhil edilmesi önerisi diğer birçok ülke temsilcisi tarafından da genel anlamda destek görmüştür. Örn. bkz.: Avusturya, Norveç, Meksika, Kıbrıs, Danimarka, Singapur, Fransa Temsilcileri tarafından yapılan açıklamalar; **Official Records**, s. 296 - 298; Honnold, **a.g.e.**, s. 517 - 519. Buna karşın, bazı ülke temsilcileri ise Mısır tarafından yapılan bu teklife karşı daha olumsuz bir tutum ortaya koymuşlardır. Örneğin Avustralya, "makul kişi" ("*reasonable person*") ifadesinin hükme girmesi konusunda çekinceleri olduğunu; Macaristan, söz konusu teklifin son kısmı ile değerlendirmeye eklenmeye çalışan ögelerin farklı mahkemelerce farklı şekilde uygulanabileceğini ifade etmiştir; **Official Records**, s. 298; Honnold, **a.g.e.**, s. 519. Pakistan ise Antlaşma Taslağı'ndaki hükmün kabul edilebileceğini; ancak Mısır tarafından yapılan teklifin kendileri tarafından yapılan teklif ile birlikte hükmü güçlendirebileceğini belirtmiştir; **Official Records**, s. 298; Honnold, **a.g.e.**, s. 519. Bununla beraber teklifin bazı yönlerden değiştirilebileceği de ifade edilmiştir. Örneğin Norveç, "aynı meslekte" ("*same occupation - in the same trade*") makul bir kişinin aynı koşullarda olumsuzluğu öngörmesi için herhangi bir sebebin bulunmamasının belirtilebileceğini ve itiraz görmesi hâlinde teklifteki "makul" ("*reasonable*") ifadesinin çıkarılabileceğini; yine Kıbrıs, teklifteki "makul" ("*reasonable*") ifadesinin çıkarılabileceğini ve ayrıca teklifteki "ve" ("*and*") bağlacı yerine "veya" ("*or*") bağlacının kullanılması gerektiğini; Singapur, teklifteki "aynı konum" ("*of the same kind*") ifadesinin çıkarılabileceğini; Fransa "makul kişi" ("*reasonable person*") kavramına başvurulmasına karşı çıktıklarını belirtmişlerdir; **Official Records**, s. 296 - 298; Honnold, **a.g.e.**, s. 517 - 519. Mısır Temsilcisi, teklifteki "ve" ("*and*") bağlacının "veya" ("*or*") bağlacı ile değiştirilmesi gerektiği fikrine karşı çıktığını açıkça belirtmiştir. Zira teklifte, bu iki ögenin (sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörmemiş olması ve aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin öngöremeyecek olması) birbirini tamamladığı ve bölünemez olduğu öngörülmüştür. Yine teklifteki "makul" ("*reasonable*") ifadesinin de korunması gerektiği, Mısır Temsilcisi tarafından ifade edilmiştir; **Official Records**, s. 298; Honnold, **a.g.e.**, s. 519. Buna karşın, ispat yükünün sözleşmeyi ihlal eden taraf üzerinde olacağını açıkça belirten düzenlemeye yönelik öneri, özellikle bu konunun usule ilişkin olması gerekçesiyle diğer temsilciler tarafından destek bulmamıştır. Bkz.: Norveç, Meksika, Kıbrıs, İsveç, Danimarka, Fransa, Macaristan Temsilcileri tarafından yapılan açıklamalar; **Official Records**, s. 296 - 298; Honnold, **a.g.e.**, s. 517 - 519. Ayrıca *inc.* Singapur Temsilcisi tarafından yapılan açıklamalar; **Official Records**, s. 297, 298; Honnold, **a.g.e.**, s. 518, 519. Akabinde söz konusu teklif Mısır Temsilcisi tarafından revize edilmiş ve ispat yükünün sözleşmeyi ihlal eden taraf üzerinde olacağına ilişkin açık düzenleme tekliften çıkarılmıştır. Bunun üzerine Mısır tarafından yapılan söz konusu teklif kabul edilmiştir. Bkz.: **Official Records**, s. 298, 299; Honnold, **a.g.e.**, s. 519, 520. Ayrıca bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 276, 277; Leisinger, **a.g.e.**, s. 106.

muhtevasına "makul bir kişi olarak" ("*as a reasonable person*") ögesinin eklenmesi istenmiştir<sup>335</sup>.

Viyana Konferansı'nda, Antlaşma Taslağı'ndaki hükmün değiştirilmesine yönelik iki önemli teklif daha sunulmuştur. Bunlar, Federal Almanya Cumhuriyeti ve Birleşik Krallık tarafından yapılan tekliflerdir. Federal Almanya Cumhuriyeti, bir sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığı belirlenirken sözleşme hükümlerine de atıf yapılması gerektiğini ifade etmiş ve önemli ölçüde olumsuzluğun ortaya çıkması noktasında, "sözleşmenin tüm açık ve zımnî hükümleri göz önüne alındığında" şeklindeki yeni bir ögenin, esaslı ihlal değerlendirmesine dâhil edilmesini istemiştir<sup>336</sup>. Birleşik Krallık tarafından yapılan teklifte ise Antlaşma Taslağı'ndaki hükmün iki yönden değiştirilmesi önerilmiştir. Bu önerilerden ilki, öngörülebilirlik kıstasında zaman bakımından sözleşmenin kurulduğu anın esas alınmasıydı<sup>337</sup>. Söz konusu teklifteki ikinci değişiklik önerisi ise madde metnine, "sözleşme ihlaline

---

<sup>335</sup> Söz konusu teklifin tam metni şu şekilde idi: "*Insert after the words "had no reason" in the third line of article 23 the words "as a reasonable person."*" Bkz.: **Official Records**, s. 99; Honnold, **a.g.e.**, s. 671; Esasen bu teklif, kabul edilen Mısır teklifinin de bir parçası olduğundan, Birinci Komite tarafından tartışmaya açılmamıştır. Bkz.: **Official Records**, s. 303; Honnold, **a.g.e.**, s. 524.

<sup>336</sup> Bu teklife ilişkin gerekçeler açıklanırken Federal Almanya Cumhuriyeti Temsilcisi önemli bir örnek de vermiştir. Buna göre söz konusu değişiklik, sözleşmede teslim tarihinin özel bir öneme sahip olduğu ortaya konmuşsa bu tarihe uyulmaması esaslı ihlale yol açacaktı. Bkz.: **Official Records**, s. 300; Honnold, **a.g.e.**, s. 521. Söz konusu teklifin tam metni şu şekilde idi: "*A breach committed by one of the parties is fundamental if, having regard to all express and implied terms of the contract, the breach results in substantial detriment to the other party unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such result.*" Bkz.: **Official Records**, s. 99; Honnold, **a.g.e.**, s. 671. Bu teklif, tarafların iradesini ön plana alması, önemli ölçüde olumsuzluk ("*substantial detriment*") kıstasının belirlenmesi için bir temel sağlaması gibi gerekçelerle bazı ülke temsilcileri tarafından destek görmüştür. Buna karşın teklife; fazla sınırlayıcı olması, sözleşmenin açık ve örtülü hükümleri dışında olayın diğer şartlarının dikkate alınmasına izin vermemesi, uğranılan olumsuzluğun derecesinin sözleşme hükümlerine göre saptanmasının mümkün olmaması gibi gerekçelerle eleştiriler yöneltilmiştir. Federal Almanya Cumhuriyeti Temsilcisi, söz konusu eleştiriler üzerine, teklifin önemli ölçüde olumsuzluk ("*substantial detriment*") kıstasını sınırlama veya olayın koşullarını dışlama amacı taşımadığını ifade etmiştir. Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından yapılan bu teklifin de ad hoc çalışma grubu tarafından değerlendirmeye alınmasına karar verilmiştir; *inc.* **Official Records**, s. 300, 301; Honnold, **a.g.e.**, s. 521, 522. Ayrıca bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 278.

<sup>337</sup> Bu konu, daha önce de bazı temsilciler tarafından gündeme getirilmek istenmiştir. Örneğin Bulgaristan Temsilcisi, söz konusu meselenin Antlaşma'da düzenlenmemesi hâlinde, taraflardan birinin sözleşme ihlalinin tek taraflı olarak daha önemli bir hâle getirebileceğini ifade etmiştir; **Official Records**, s. 297; Honnold, **a.g.e.**, s. 518. İtalya Temsilcisi de öngörülebilirlik kıstasında dikkate alınacak zamanın belirlenmemiş olmasını, Antlaşma Taslağı'nın eleştirilmesi gereken bir özelliği olarak görmüştür; **Official Records**, s. 297; Honnold, **a.g.e.**, s. 518. Buna karşın, Danimarka Temsilcisi ise bu konudaki kararın yargıya bırakılmasını uygun bulduğunu belirtmiştir; **Official Records**, s. 297; Honnold, **a.g.e.**, s. 518. Benzer şekilde Macaristan Temsilcisi, bu konuda sıkı kurallar koyulmaması gerektiğini ifade etmiştir; **Official Records**, s. 298; Honnold, **a.g.e.**, s. 519.



maruz kalan taraf için tazminat yeterli bir çare olacak ise ihlal, önemli ölçüde bir olumsuzluğa sebebiyet vermez" ifadesinin eklenmesiydi<sup>338</sup>.

Birinci Komite görüşmelerinde sunulan teklifler ve bunlara ilişkin muhtelif tartışmalar neticesinde, Çekoslovakya tarafından yapılan teklif reddedilmiş, Birleşik Krallık tarafından yapılan teklif ise geri çekilmiştir. Bununla birlikte, Pakistan ve Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından yapılan teklifleri incelemek ve bunları göz önünde bulundurarak yeni bir düzenleme kaleme almak göreviyle ad hoc çalışma grubu oluşturulmuştur. Mısır tarafından yapılan teklif ise öngörülebilirlik kıstasında ispat yükünü açıkça düzenleyen kısım olmaksızın kabul edilmiş ve Tasarı Komitesi'ne (Drafting Committee) aktarılmıştır. Yine Hindistan tarafından yapılan teklif de Tasarı Komitesi'ne aktarılmıştır<sup>339</sup>.

---

<sup>338</sup> Bu teklife ilişkin gerekçeler açıklanırken öngörülebilirlik kıstasında sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınması bakımından, bu anın, sözleşmenin kapsamının oluşturulduğu ve tarafların neyin önemli ölçüde olumsuzluğa yol açabileceğini saptamaları gereken olduğu ifade edilmiştir. Sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın tazminat ile tatmin edilmesi mümkünse ihlalinin önemli ölçüde bir olumsuzluğa sebebiyet vermeyeceği yönündeki teklif ise piyasa fiyatlarındaki olumsuz hareketten etkilenen tarafın, bu durumdan kurtulmak için sözleşmeden dönebilmek adına sözleşme ihlalleri ileri sürmesinin önüne geçmek düşüncesi ile açıklanmıştır. Bkz.: **Official Records**, s. 302; Honnold, **a.g.e.**, s. 523. Söz konusu teklifin tam metni şu şekilde idi: "*A breach committed by one of the parties is fundamental if it results in substantial detriment to the other party unless at the time when the contract was concluded the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such a result. A breach does not result in substantial detriment to the other party if damages would be an adequate remedy for him.*" Bkz.: **Official Records**, s. 99; Honnold, **a.g.e.**, s. 671. Öngörülebilirlik kıstasında zaman bakımından, sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınmasına ilişkin öneri diğer ülke temsilcileri tarafından kabul görmemiştir. Bu noktada, sözleşmenin kurulmasından sonra sağlanan bilginin de hem önemli ölçüde olumsuzluğa hem de öngörülebilirliğe ilişkin durumu değiştirebileceği ve bundan dolayı, esaslı ihlal hükmünün esnek bir yapıda olması gerektiği savunulmuştur. Bu eleştiriler üzerine Birleşik Krallık, öngörülebilirlik kıstasında esas alınacak zaman bakımından yaptığı öneriyi geri çekmiştir. Birleşik Krallık tarafından yapılan ikinci öneri de geniş bir destek görmemiştir. Bu noktada ise önemli ölçüde olumsuzluk oluşunca sözleşme ihlaline maruz kalan tarafı tazminat istemeye mecbur bırakmanın doğru olmayacağı, tazminatın yeterli bir çare olup olmadığının da belirsizlik yaratabileceği, önerinin esaslı ihlal kavramını değişikliğe uğratabileceği ve sözleşmeden dönmeye çok sınırlı hâllerde başvurulabilmesine yol açabileceği gibi sebepler ortaya konmuştur. Bu eleştiriler üzerine Birleşik Krallık, esaslı ihlal hükmüne ilişkin yaptığı ikinci öneriyi de geri çekmiştir. *Inc. Official Records*, s. 302, 303; Honnold, **a.g.e.**, s. 523, 524. Ayrıca bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 279, 280.

<sup>339</sup> **Official Records**, s. 99; Honnold, **a.g.e.**, s. 671. Ayrıca Türkiye tarafından yapılan; hükümde "bir ihlal" olarak yer verilen ifadenin "bir sözleşme ihlali" şeklinde düzenlenmesi önerisi de şekle yönelik olduğundan Tasarı Komitesi'ne aktarılmıştır; **Official Records**, s. 303; Honnold, **a.g.e.**, s. 524. Söz konusu teklifin tam metni şu şekilde idi: "*Insert after the words 'A breach' the words 'of the contract'*". Bkz.: **Official Records**, s. 99; Honnold, **a.g.e.**, s. 671.

## (2) Ad hoc Çalışma Grubu Tarafından Sunulan Düzenleme

Pakistan ve Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından yapılan teklifleri göz önünde bulundurarak hükmü yeniden kaleme alan ad hoc çalışma grubunun Birinci Komite'ye sunduğu düzenlemeye göre; bir sözleşme ihlali, karşı tarafın sözleşme kapsamındaki beklentilerini önemli ölçüde azaltacak bir olumsuzluğa sebebiyet veriyorsa esastır; meğer ki, sözleşmeyi ihlal eden taraf, bu sonucu öngörmemiş ve öngörmesi gerekmemiş olsun<sup>340</sup>.

Antlaşma Taslağı'ndaki hükme nazaran bu düzenlemedeki farklılık, "önemli ölçüde olumsuzluk" ("*substantial detriment*") kıstasında, "sözleşme kapsamındaki beklentileri önemli ölçüde azaltacak bir olumsuzluk" ("*such detriment...as will substantially impair...expectations under the contract*") açıklamasına yer verilmesidir.

Söz konusu bu değişiklik önerisi de Birinci Komite'de iki farklı kutupta algılanmıştır. Öneriyi olumlu bir değişiklik olarak görenler, temel olarak, "diğer tarafın sözleşme kapsamındaki beklentileri" ögesinin değerlendirmeye dâhil edilmesinin hükme objektif bir içerik kazandırdığı ve Antlaşma Taslağı'ndaki mevcut hükmün belirsizliklerinin giderildiği gerekçelerini kullanmışlardır<sup>341</sup>. Buna karşın, ad hoc çalışma grubu tarafından yapılan önerinin hükme daha kesin bir içerik sağlayamadığı, aksine ifadesinin karmaşık olduğu ve Antlaşma Taslağı'nın mevcut hükmünde yer alan "önemli ölçüde olumsuzluk" kıstasının daha esnek bir özellik arz ettiği gerekçeleriyle önerinin kabul edilemeyeceği yönünde fikir beyan eden temsilciler de olmuştur. Tüm bu tartışmaların ardından ad hoc çalışma grubu tarafından yapılan öneri, 18 olumsuz oya karşın 22 olumlu oy ile kabul edilmiş ve

---

<sup>340</sup> "A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as will substantially impair his expectations under the contract, unless the party in breach did not foresee and had no reason to foresee such a result." Bkz.: **Official Records**, s. 99; Honnold, **a.g.e.**, s. 671.

<sup>341</sup> Bununla beraber Birleşik Krallık, önerideki "beklentilerini önemli ölçüde azaltacak" ("*substantially impair his expectations*") ifadesinin, "beklentilerini önemli ölçüde boşa çıkaracak" ("*substantially disappoint his expectations*") ifadesiyle değiştirilmesini teklif etmiştir. Bkz.: **Official Records**, s. 329; Honnold, **a.g.e.**, s. 550. Bu teklif Tasarı Komitesi'ne aktarılmıştır. Bkz.: **Official Records**, s. 330; Honnold, **a.g.e.**, s. 551.

daha önce kabul edilmiş olan Mısır'ın teklifi ile birlikte Tasarı Komitesi'ne gönderilmiştir<sup>342</sup>.

### (3) Tasarı Komitesi'nin Sunduğu Düzenleme ve Genel Kurul'da Kabulü

Tasarı Komitesi'nde, "karşı tarafın sözleşme kapsamındaki beklentilerini önemli ölçüde azaltacak" ("*substantially impair his expectations under the contract*") ifadesinin *civil law* çevresinden gelen temsilciler için kabul edilemez bulunduğu ve sözleşme kapsamındaki beklentiler yerine, taraflardan birinin menfaatlerinden bahsedilebileceğinin önerildiği belirtilmiştir. Bu öneri de *common law* çevresinden gelen temsilciler için kabul edilemez bulunmuştur. Bunun sonucunda ise Tasarı Komitesi'nde, herkes için kabul edilebilir olan şu anki metin üzerinde uzlaşmaya varılmıştır<sup>343</sup>. Tasarı Komitesi tarafından Birinci Komite'ye sunulan metin kabul edilmiş<sup>344</sup> ve 23. madde altında Genel Kurul'a sunulmuştur<sup>345</sup>.

Genel Kurul'da sözleşmenin esaslı ihlali hükmü 2 olumsuz ve 2 çekimser oya karşın 42 olumlu oy ile kabul edilmiş<sup>346</sup> ve bugün okuduğumuz şekliyle CISG m. 25 hükmünde kaleme alınmıştır<sup>347</sup>.

---

<sup>342</sup> *Inc. Official Records*, s. 329, 330, 99; Honnold, *a.g.e.*, s. 550, 551, 671. Ayrıca bkz.: Koch, *Fundamental Breach*, s. 281, 282.

<sup>343</sup> Bkz.: Konferans'ın Yönetim Sekreteryası tarafından yapılan açıklamalar; *Official Records*, s. 425; Honnold, *a.g.e.*, s. 646. Ayrıca bkz.: Koch, *Fundamental Breach*, s. 282.

<sup>344</sup> Bkz.: *Official Records*, s. 426; Honnold, *a.g.e.*, s. 647.

<sup>345</sup> Bkz.: *Official Records*, s. 157; Honnold, *a.g.e.*, s. 716.

<sup>346</sup> İlginçtir ki hüküm, Genel Kurul'da olumsuz oy alan ilk hüküm olmuştur. Bu anlamlı (!) özelliğe daha önce dikkat çeken bir başka yazar olarak bkz.: Bianca/Bonell/(Will), *a.g.e.*, Art. 25 N. 1.2.2. Çekimser oy kullananlardan Kanada, yeni esaslı ihlal tanımının sözleşme ihlaline maruz kalan taraf için ağır bir yük getirdiğini ve özellikle ayıplı mal tesliminde olmak üzere pek çok durumda esaslı ihlalin ortaya konmasının zor olabileceğini belirtmiştir. Olumsuz oy kullananlardan İsveç ise söz konusu hükmün farklı yorumların yapılmasına ve karışıklığa sebep olabileceğini ifade etmiş; esaslı ihlal kavramının tanımlanmaya elverişli bir kavram olmadığından hareketle, herhangi bir esaslı ihlal tanımına vermeyen Antlaşma'yı kabul edebilecek olduklarını belirtmiştir. Yine olumsuz oy kullanan İspanya, hükmün iki büyük zorluk içerdiğini belirtmiştir. Bunların ilki, ihlal sonucu ortaya çıkan olumsuzluğun yeterince esaslı olup olmadığı; ikincisi ise olumsuzluğun öngörülebilir olup olmadığı şeklinde ifade edilmiştir. Olumlu oy kullanan Federal Almanya Cumhuriyeti ise hükmün, Taslak'daki metne kıyasla önemli bir gelişme gösterdiğini ve yorumda oluşabilecek zorlukların

#### 4. Hazırlık Tarihçesine İlişkin Genel Değerlendirme

Hazırlık çalışmalarında, esaslı ihlal değerlendirmesini daha objektif bir hâle getirmek için aranan formüller önemlidir<sup>348</sup>. Örneğin, "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan" menfaatlerin hükme dâhil edilmesi, bu amaca hizmet etmek için öngörülmüştür<sup>349</sup>. Öngörülebilirlik kıstasında ise "makul bir kişi"nin ("*reasonable person*") öngörüsü ölçüt olarak değerlendirmeye dâhil edilmiştir. Bu önemli değişiklik de yine hükme daha objektif bir yapı kazandırmak amacıyla tasarlanmıştır<sup>350</sup>. Ayrıca bu farazi üçüncü kişinin, sözleşmeyi ihlal eden taraf ile "aynı konumda" ("*of the same kind*") ve "aynı koşullarda" ("*in the same circumstances*") olacağı düzenlenmiştir.

ULIS m. 10 hükmü ile CISG m. 25 hükmü bir arada incelendiğinde, bu hükümlerin öngörülebilirlik kıstasına biçtiği görevin birbirinden oldukça farklı olduğu görülebilmektedir<sup>351</sup>. ULIS m. 10 hükmünde öngörülebilirlik kıstası, esaslı ihlal değerlendirmesinin merkezini oluşturmaktaydı<sup>352</sup>. Zira bu hüküm; ihlale maruz kalan tarafla aynı durumda makul birinin, bu ihlali ve sonuçlarını öngörseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğunun, sözleşmeyi ihlal eden tarafça bilinmesi veya bilinmesi gerekmesinden hareket etmekteydi. CISG m. 25 hükmünde ise öngörülebilirlik kıstasına geçilmeden önce, "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan şeyden önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluk" bulunup bulunmadığı araştırılmaktadır. Fakat bu şart sağlansa dahi sözleşmeyi ihlal eden taraf, esaslı ihlali haklı kılan sonuçların öngörülebilir olmadığını ispat ederek ihlalin esaslı sayılmasını önleyebilmektedir<sup>353</sup>. Bu bakımdan, öngörülebilirlik kıstasının konusunun da değişmiş olduğu kolaylıkla görülebilmektedir. ULIS m. 10 hükmünde

---

üstesinden gelinebileceğini belirtmiştir. Bkz.: **Official Records**, s. 206; Honnold, **a.g.e.**, s. 741. Ayrıca bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 282 dn. 368.

<sup>347</sup> Hükmün metni için bkz.: yuk. I. C. 1.

<sup>348</sup> Bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 292; Peacock, **a.g.m.**, s. 99.

<sup>349</sup> Babiak, **a.g.m.**, s. 120; Koch, **Fundamental Breach**, s. 292; Leisinger, **a.g.e.**, s. 30. Hükme ilişkin tartışmaların neticesinde, bu bağlamda daha objektif bir kıstasın üstünlük kazandığı yönünde bkz.: Pauly, **a.g.m.**, s. 223.

<sup>350</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 292; Leisinger, **a.g.e.**, s. 30. Ayrıca bkz.: Clausson, **a.g.m.**, s. 96.

<sup>351</sup> *Inc. Kröll/Mistel/Viscasillas/(Björklund)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 20.

<sup>352</sup> *Bridge*, **a.g.m.**, s. 922; *Kröll/Mistel/Viscasillas/(Björklund)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 20.

<sup>353</sup> Bkz.: aş. II. A. 4.

öngörülebilirlik kıstasının konusu, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafla aynı durumda makul bir kişinin bu ihlali ve sonuçlarını öngörseydi sözleşme ilişkisine girip girmeyeceği idi. Sözleşmeyi ihlal eden tarafın, bu değerlendirmeyi sözleşmenin kuruluşu anında yapması gerektiği de ayrıca düzenlenmişti. Buna karşın CISG m. 25 hükmünde öngörülebilirlik kıstasının konusu, sözleşme ihlalinin karşı tarafta sebep olduğu olumsuz sonuçlardır. Ayrıca, bu değerlendirmede dikkate alınacak zaman dilimi düzenlenmiş değildir.

Esaslı ihlal kavramının tarihi gelişimine ilişkin olarak özellikle altının çizilmesi gerektiğini düşündüğümüz son husus ise bu değerlendirmesinde 1956 Taslağı'ndan itibaren yaşanan kırılmadır. Gerçekten de bu Taslak'da sözleşmenin esaslı ihlali genel bir prensip olarak düzenlenmeden evvel, sözleşmeden dönülmesi bakımından esaslı sözleşme hükümlerinin ihlal edilmesi olgusu öne çıkmış idi. Hâlbuki bu tür sözleşme hükümlerinin ihlal edilmesi hâlinde dahi görece daha önemsiz sonuçlar ortaya çıkabilir ve fiilen oluşan durum nazara alındığında, sözleşmenin ayakta tutulması makul karşılanabilir<sup>354</sup>. Bu anlamda, 1956 Taslağı'ndan itibaren, ihlalin sonuçlarına ağırlık veren fikri bir dönüşümün başladığı ifade edilebilir. Nitekim ULIS m. 10 hükmünde de esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken ihlal edilen sözleşmesel yükümlülüğün niteliği değil, sözleşme ihlali ile ortaya çıkan sonuçların ağırlığı ön planda tutulmuştur<sup>355</sup>. *Kanımızca* bu yaklaşım, bugün de devam etmektedir. CISG m. 25 hükmünün de aynı temel üzerine inşa edildiği ifade edilebilecek durumdadır. Şu hâlde, CISG m. 25 hükmü kapsamında esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken, temel olarak, ihlalin karşı taraf aleyhine sebep olduğu sonuçların nazara alınması gerekliliği, hükmün tarihi gelişiminin desteklediği bir sonuçtur.

---

<sup>354</sup> *Inc. Bianca/Bonell/(Will)*, a.g.e., Art. 25 N. 1.1.2; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 235 dn. 57.

<sup>355</sup> Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 235 dn. 57.

## İKİNCİ BÖLÜM

### II. CISG m. 25 HÜKMÜ ÇERÇEVESİNDE ESASLI İHLALİN

#### GENEL DOKTRİNİ

##### A. Esaslı İhlalin Kıstasları

###### 1. Genel Açıklamalar

CISG m. 25 hükmünün düzenlenme şekli incelenirken görüldüğü üzere, esaslı ihlal düzenlemesi somut örnekler ve ölçütler yerine, geniş tanımlı soyut kıstaslar üzerinde inşa edilmiştir. Dolayısıyla, hükmün anlamını tespit etmekte başvurulabilecek yardımcı normlar ve hazırlık tarihçesi etrafında bu kıstasların içeriğinin tespit edilmesi büyük önem taşımaktadır. Bu amaçla devam eden satırlarda esaslı ihlal hükmünün kıstasları, bunların kapsamı ve işlevi göz önüne alınarak incelenmeye çalışılmıştır. Bu incelemede temel olarak, esaslı ihlal değerlendirmesine hâkim iki büyük testin sınırları göz önüne alınmıştır. Dolayısıyla, "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlerden önemli ölçüde yoksun bırakan olumsuzluk" (sözleşme ihlalinin önemli bir olumsuzluğa yol açması) testi ile "öngörülebilirlik" testi ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Fakat bunlardan önce, "esaslı ihlalin" oluşabilmesi için ön koşul olan "sözleşme ihlalinin" ne anlam ifade ettiğini ortaya koymak da bir gereklilik olmuştur.

## 2. Sözleşme İhlali

### a. "Sözleşme İhlali" Kıstasının Kapsamı

CISG m. 25 uyarınca esaslı ihlalin oluşabilmesi için öncelikle bir "sözleşme ihlalinin" gerçekleşmesi gerekir<sup>1</sup>. Sözleşme ihlali, tarafların sözleşmelerinde düzenledikleri bir hükme aykırılık şeklinde tezahür edebileceği gibi, doğrudan CISG'nin taraflara yüklediği bir borca aykırılık şeklinde de görülebilir<sup>2</sup>. Keza CISG m. 9 vasıtasıyla sözleşme içeriği hâline gelen teamüllerin veya alışkanlıkların ihlal edilmesi de bu anlamda sözleşme ihlali sayılacaktır<sup>3</sup>. Bazen de "sözleşme ihlalinin" gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında sözleşme içeriğinin, sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler uyarınca<sup>4</sup> veya CISG m. 8 uyarınca yapılacak yorum

---

<sup>1</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3.3; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 13, 15; Koch, **Fundamental Breach**, s. 261; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 493; Eldon H. Reiley, **International Sales Contracts: The UN Convention and Related Transnational Law**, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2008, s. 190; Zeytin, **a.g.e.**, s. 106; Liu, **a.g.m.**, § 1; Peacock, **a.g.m.**, s. 100; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 36; Kaşak, **a.g.m.**, s. 339; **Digest**, Art. 25 N. 2. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-online no: 1729. Örneğin, Oberlandesgericht München tarafından görülen bir davada, sözleşme konu malların üçüncü bir şirkete teslim edilmesi esaslı ihlal olarak görülmemiştir. Olayda İsveçli satıcı, karşılaştırılan şekilde sözleşme konusu malları Alman alıcı adına Yugoslavya'daki üçüncü bir şirkete teslim etmiştir. Alıcının Yugoslavya'daki şirkete fatura göndermesi üzerine bu şirket, teslim edilen malların kötü kalitede olduğunu beyan etmiştir. Alıcı, teslim edilen malların kendisine iade edilmesini istediğinde ise Yugoslavya'daki şirket bunu reddetmiş ve malların alıcıya ait olmadığını beyan etmiştir. Olayda, satıcının sözleşmede karşılaştırılan ifa yerine riayet etmesi karşısında, alıcı malların mülkiyetini kazanamamış olsa dahi satıcının zaten sözleşmeye uygun hareket etmiş olduğu belirtilmiştir. Bkz.: Oberlandesgericht München, 02.03.1994, CISG-online no: 108.

<sup>2</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 13, 15; Babiak, **a.g.m.**, s. 127; Koch, **Fundamental Breach**, s. 261; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 493; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 16; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 238; Zeytin, **a.g.e.**, s. 106; Liu, **a.g.m.**, § 1; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 36; Kaşak, **a.g.m.**, s. 339; **Digest**, Art. 25 N. 2. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-online no: 1729. Sözleşmeden dönme hakkına sahip olunmamasına rağmen sözleşmeden dönüldüğünün beyan edilmesi de bu anlamda "sözleşme ihlali" oluşturabilir. Bkz.: Landgericht Kassel, 21.09.1995, CISG-online no: 192.

<sup>3</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 15; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 493; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 16; Reiley, **a.g.e.**, s. 190; Liu, **a.g.m.**, § 1. İçtihatlarda bu yönde *inc.* Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-online no: 1729; Oberlandesgericht Hamm, 12.11.2001, CISG-online no: 1430; CIETAC, 21.07.1997, CISG-online no: 1071 (Uluslararası ticari teamüle göre alıcının, malların tesliminden önce akreditife ilişkin yükümlülüğünü icra etmesi gerektiği belirtilmiş ve sözleşmede malların teslimi için karşılaştırılan periyodun başlamasından evvel bunun yerine getirilmemesi sözleşme ihlali olarak görülmüştür.).

<sup>4</sup> *Inc.* Oberlandesgericht München, 08.02.1995, CISG-online no: 143.

yardımıyla<sup>5</sup> açıklığa kavuşturulması gerekebilir. Bu şekilde sözleşme içeriği olduğu saptanan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi; örneğin, hiç ifa etmeme, eksik ifa, geç ifa veya gereği gibi ifa etmeme tarzında ortaya çıkabilecek sözleşmeye aykırılıkların tümünü kapsayan şekilde "sözleşme ihlali" kabul edilir<sup>6</sup>.

Bununla beraber, taraflar arasındaki akdi ilişkinin milletlerarası mal satımından doğduğu göz önüne alındığında, taraflara etki eden diğer uluslararası kurallar veya yerel hukuklar gibi başka kaynaklar da bulunabilir<sup>7</sup>. Şu hâlde, CISG m. 25 kapsamında "sözleşme ihlalinin", ihlal edilen kaynak bakımından bir sınırının olup olmadığı sorusu gündeme gelebilir. Bu noktada, Antlaşma'nın ilgili diğer hükümlerinin de okunması ile CISG m. 25 kapsamında kabul edilen "sözleşme ihlalinin", ancak taraflar arasındaki sözleşmeden veya CISG'in kendi hükümlerinden doğan yükümlülüklerle aykırı davranıştan tezahür edebileceği belirtilmektedir<sup>8</sup>. Taraflar arasındaki sözleşmeye ve CISG hükümlerine uygun olmakla birlikte, herhangi bir başka hukuk normuna aykırılık taşıyan bir eylem bu anlamda "sözleşme ihlali" olarak kabul edilmez<sup>9</sup>. Dolayısıyla, diğer kaynaklardaki düzenlemelerin

---

<sup>5</sup> *Inc.* Audiencia Provincial de Barcelona, 28.04.2004, CISG-online no: 931 (CISG m. 8/II hükmüne başvurulmuş ve satıcının, alıcının üstlendiği iş için ihtiyaç duyulan malzemelerden haberdar edilmediği belirtilmiştir.); Oberster Gerichtshof, 11.03.1999, CISG-online no: 524 (Sözleşmenin alıcıya tanıtımı yapılan "süper hafif" bisikletler üzerinden kurulup kurulmadığı tartışma konusu olmuştur.).

<sup>6</sup> Reiley, **a.g.e.**, s. 190; Marco Torsello, "Remedies for Breach of Contract under the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)", **Quo Vadis CISG: Celebrating the 25th Anniversary of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Ed. Franco Ferrari, Bruxelles, Bruylant / Paris, Forum Européen de la Communication, 2005, s. 53, 54.

<sup>7</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 14.

<sup>8</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 14. Bu değerlendirmede yararlanılan CISG'in ilgili diğer hükümleri şu şekilde gösterilmektedir: CISG m. 49/I.a: "*Satıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa...*"; CISG m. 64/I.a: "*Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa...*"; CISG m. 45/I: "*Satıcı, sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmese...*"; CISG m. 61/I: "*Alıcı sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmese...*". Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 14 dn. 49.

<sup>9</sup> Teslim edilmesi gereken malların alıcının ülkesinde geçerli resmi düzenlemelere veya standartlara uygunluğu da bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen 08.03.1995 tarihli karar bu hususta özellikle önem arz etmektedir. Olayda İsviçreli satıcı, Alman alıcıya sözleşme konusu gıda ürünlerini teslim etmiş; fakat yapılan testlerde bu ürünlerin Alman sağlık makamlarınca önerilenden daha fazla kimyasal madde içerdiği ortaya konmuştur. Mahkeme, söz konusu standartlara uyulması hususunda taraflarca açık veya zımni bir anlaşmaya yer verilmediğini saptadıktan sonra, olayda bu standartlara uyulmasının CISG m. 35/II.a ve 35/II.b uyarınca da



sözleşme içeriği hâline gelip gelmediği önem taşıyacaktır. Zira bunlara riayet edilmemiş olması, taraflarca sözleşme içeriğine dâhil edilmiş olmaları hâlinde "sözleşme ihlali" olarak değerlendirilebilir.

---

beklenemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme'nin ulaştığı bu neticede, Alman idare makamlarınca meseleye uygulanan karışık hukukî temel de etkili olmuş ve satıcının bu gibi kolay saptanamayan hukukî düzenlemeleri bilmesinin beklenemeyeceği belirtilmiştir. Bu gerekçelerle bir "sözleşmeye aykırılık" oluşmadığını saptayan Mahkeme, esaslı ihlal iddiasını da sonuç olarak reddetmiştir. Bununla beraber kararda, alıcının ülkesindeki standartların gözetilebileceği bazı durumlara değinilmiştir. Bunlar ise aynı standartların satıcının da ülkesinde geçerli olduğu hâller, alıcının bu standartlara satıcının dikkatini çekerek satıcının uzmanlığına güvenebileceği hâller veya olayın özel koşulları gereği malların teslim edildiği ülkedeki ilgili standartların satıcı tarafından bilindiği ya da bilinmesinin gerektiği hâller olarak gösterilmiştir. Bkz.: Bundesgerichtshof, 08.03.1995, CISG-online no: 144. Aynı yönde bkz.: Zeytin, **a.g.e.**, s. 179. United States District Court for the Eastern District of Louisiana tarafından görülen uyuşmazlıkta ise davacı, tahkim heyeti kararının onaylanmasını talep etmiştir. Tahkim yargılamasında satıcı, esaslı bir sözleşme ihlali bulunmadığı gerekçesiyle alıcının sözleşmeden dönme hakkı olmadığını iddia etmiş ve (yukarıdaki) Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen 08.03.1995 tarihli kararı örnek göstermiştir. Tahkim heyeti, Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen 08.03.1995 tarihli kararı göz önünde bulundurmuş ve bu olayda söz konusu kararda zikredilen üçüncü istisnai durumun (olayın özel koşulları gereği malların teslim edildiği ülkedeki ilgili standartların satıcı tarafından bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi) gerçekleştiğini belirterek alıcı lehine tazminata hükmetmiştir. United States District Court for the Eastern District of Louisiana, tahkim heyetince Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen kararın dikkatle incelendiğini ve somut olayın, bu kararda zikredilen istisnai duruma uygun olduğunun saptandığını belirterek tahkim heyeti kararını onaylamıştır. Bkz.: United States District Court for the Eastern District of Louisiana, 17.05.1999, CISG-online no: 387. Yine diğer kararlarda da satım konusu mallar ile aynı türden malların mutlak olarak tahsis edildiği kullanım amacının (CISG m. 35/II.a) genellikle satıcının ülkesindeki standartlara göre saptanması gerektiği ve bu sebeple de alıcının ülkesinde mevcut kamu hukuku hükümleri uyarınca ortaya çıkan gerekliliklerin, ancak bunların satıcının da ülkesinde görülebilmesi veya taraflarca kararlaştırılmış olması veya CISG m. 35/II.b kapsamında satıcıya bildirilmiş olması hâlinde dikkate alınabileceği belirtilmektedir. Bkz.: Oberster Gerichtshof, 25.01.2006, CISG-online no: 1223; Oberster Gerichtshof, 13.04.2000, CISG-online no: 576. Yine Landgericht Ellwangen tarafından verilen 21.08.1995 tarihli kararda uyuşmazlığa ilişkin olarak taraflarca yapılan açıklamaları dikkate alan Mahkeme, sözleşme konusu malların, alıcının ülkesindeki gıda güvenliği kurallarına uygun olması hususunda tarafların sözleşme kurulurken anlaşma içinde olduğu sonucuna varmış ve ilgili kurallara uygun olmamasına rağmen alıcıya teslim edilen malların, Almanya'da satım imkânı bulunmaması sebebiyle esaslı ihlale sebebiyet verdiğini belirtmiştir. Bkz.: Landgericht Ellwangen, 21.08.1995, CISG-online no: 279. Zivilgericht Basel-Stadt tarafından verilen 01.03.2002 tarihli karara konu uyuşmazlıkta ise Belçikalı satıcı, İsviçreli alıcıya genetiği değiştirilmiş soya fasulyesi içeren ürün satmış ve bu ürünlerin teslim tarihinde İsviçre'de satılabilme olanağının bulunmadığı anlaşılmıştır. Sözleşme öncesi görüşmeleri de dikkate alarak genetiği değiştirilmiş ürünlerden arı mal teslim etme taahhüdü altına girildiğini tespit eden Mahkeme, satıcının sözleşmeyi ihlal ettiğine ve bunun da esaslı ihlal oluşturduğuna karar vermiştir. Bkz.: Zivilgericht Basel-Stadt, 01.03.2002, CISG-online no: 729. Appellationsgericht Basel-Stadt da kararı esaslı ihlalin oluşması yönünden onamıştır. Bkz.: Appellationsgericht Basel-Stadt, 22.08.2003, CISG-online no: 943. Zikredilen kararlar göz önünde bulundurulduğunda öncelikle ifade edilmelidir ki sözleşme konusu malların belirli resmi standartlara uygun olması konusunda taraflarca anlaşmaya varılmışsa bu standartlara aykırı mal teslim edilmesi bir "sözleşme ihlali" oluşturacaktır (Bu yönde bkz.: Ferrari/Flechtner/Brand/[Gabriel], **a.g.e.**, s. 337.). Bunun haricinde, ilgili standartlara uyulmasının CISG m. 35/II.a veya m. 35/II.b gereği satıcıya yüklenen bir borç olup olmadığı belirleyici olacaktır. Bu konuda bkz.: Atamer, **a.g.e.**, s. 201 - 206, 211. Yazar temel olarak, CISG m. 8 ve m. 9 hükümleri uyarınca, sözleşme görüşmeleri, alışkanlıklar ve teamüller dikkate alınarak sözleşme içeriğinin belirlenmesine vurgu yapmaktadır; Atamer, **a.g.e.**, s. 203.

Nitekim "sözleşme ihlalinin" gündeme gelebilmesi için ya sözleşmenin bir parçası olan ya da doğrudan CISG tarafından öngörülen bir yükümlülüğün ihlal edilmesi şartı, bazı sınırlamalardan özel olarak bahsetmemizi gerektirmektedir. Bu anlamda, haksız fiil sorumluluğu veya bazı hukuk sistemlerinde kabul edilen koruma yükümlerine aykırılık, kural olarak, CISG m. 25 hükmü altında mütalaa edilmemektedir; meğer ki bunlar taraflarca sözleşme ilişkisi içerisine dâhil edilmiş olsun. Tarafların bu hususları sözleşme ilişkisi içerisine dâhil edip etmedikleri noktasında da irade beyanlarının CISG m. 8 hükmü uyarınca yorumlanması gerekebilir<sup>10</sup>.

Diğer taraftan, sözleşme ihlalinin asli edim yükümlülüklerine veya yan edim yükümlülüklerine aykırılıktan kaynaklanması önem arz etmez. Yan edim yükümlülüklerine aykırı davranılması da esaslı ihlali gündeme getirecek kapsamda bir "sözleşme ihlali" oluşturabilir<sup>11</sup>. Zira somut olayın koşullarına göre, herhangi bir yükümlülük ihlali, esaslı ihlalin oluşumuna neden olan sonuçlar meydana getirebilir<sup>12</sup>. Bu anlamda, satım sözleşmelerinde tipik olarak görülen; malların teslimine, bunlar üzerindeki mülkiyetin geçirilmesine veya semenin ödenmesine ilişkin yükümlülüklerin yanında, taraflar arasında mevcut sözleşmeye mahsus olan yükümlülüklerin ihlal edilmesi de CISG m. 25 kapsamında "sözleşme ihlali" kıstasını

---

<sup>10</sup> *Inc. Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 16, 17; Erkan, a.g.t., s. 61. Koruma yükümlülüklerinin, taraflarca kararlaştırılması veya CISG m. 8 ve m. 9 hükümleri uyarınca sözleşme içeriği hâline gelmesi durumunda CISG m. 25 hükmü kapsamında değerlendirilebileceği hususunda ayrıca bkz.: Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 238.

<sup>11</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 24, 68; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 493; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 367; Bridge, **a.g.e.**, N. 12.04; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 233; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25. N. 42, (Huber), Art. 49 N. 48; Herbert Bernstein, Joseph Lookofsky, **Understanding the CISG in Europe**, 2. Bası, The Hague, Kluwer Law International, 2003, s. 159; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 99; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 241, 242; Zeytin, **a.g.e.**, s. 106; Graffi, **a.g.m.**, s. 339; Kaşak, **a.g.m.**, s. 339; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 69. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-online no: 1729; Handelsgericht Aargau, 26.09.1997, CISG-online no: 329; Oberlandesgericht Koblenz, 31.01.1997, CISG-online no: 256; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135; Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 17.09.1991, CISG-online no: 28. Yan edim yükümlülüklerine aykırı davranılması sebebiyle esaslı ihlale karar verilen durumların incelemesi için bkz.: aş. III. D.

<sup>12</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 42; Larry A. DiMatteo, Lucien J. Dhooge, Stephanie Greene, Virginia G. Maurer, Marisa Anne Pagnattaro, **International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**, New York, Cambridge University Press, 2005, s. 127, 128; **Digest**, Art. 25 N. 2. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135.

karşılıkmaktadır<sup>13</sup>; yeter ki, taraflar arasındaki sözleşme CISG'ın uygulama alanına girsin<sup>14</sup>. Burada esaslı ihlalin oluşabilmesi için ihlal edilen yükümlülüğün malların değişimi/ticareti ile sıkı bir bağlantı içerisinde olmasını<sup>15</sup> veya tarafların, ihlal edilmiş olan yükümlülüğü CISG hükümlerine tabi tutmuş olmalarını<sup>16</sup> arayan görüşler de mevcuttur. *Kanımızca*, taraflar arasındaki sözleşmeden veya CISG hükümlerinden doğan yükümlülüğün ihlal edilmesi, herhangi bir ayrıma tabi olmaksızın, CISG m. 25 altında "sözleşme ihlali" olarak kabul edilebilecek durumdadır<sup>17</sup>. Taraflar arasındaki sözleşmenin CISG'ın uygulama alanına giriyor olması yeterli kabul edilmelidir<sup>18</sup>. CISG m. 4 uyarınca, tarafların satım sözleşmesinden doğan hak ve borçları CISG'ın düzenlediği konular arasındadır. CISG m. 45/I hükmünde alıcının başvurabileceği hukukî çareler tasnif edilirken satıcının, sözleşmeden veya Antlaşma'dan doğan yükümlülüklerinden "herhangi birini" ("*any of his obligations*") yerine getirmemesi aranmaktadır. CISG m. 61/I uyarınca, aynı husus satıcının başvurabileceği hukukî çareler bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla, sözleşmeden dönmeye ve ikame mal teslimine başvurulmak istenmesi hâlinde, ihlalin esaslı olması şartı aranacaktır. Bu noktada, gerekli görüldüğü takdirde boşluk doldurmaya ilişkin CISG m. 7/II hükmünden de faydalanılabilir<sup>19</sup>. CISG m. 25 hükmünde öngörülen diğer kıstasların da karşılanması koşuluyla, alıcının veya satıcının sözleşme ya da Antlaşma kapsamındaki herhangi

<sup>13</sup> Sözleşme ihlalinin, sözleşme konusu mallara veya semenin ödenmesine ilişkin asli borçlara yönelik olması gerektiği şeklinde bir intiba uyandıran ve yan edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesinin ancak asli edim yükümlülüklerinin ifası üzerinde bir tesiri var ise esaslı ihlale sebebiyet verebileceğini belirten İsviçre Federal Mahkemesi kararı (Bkz.: Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770.) bu bakımdan isabetli değildir. Aynı yönde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 15 dn. 52. Yine ihlalin, sözleşmenin temel içeriğine ilişkin olması gerektiğini belirten bazı başka kararlarda bu bakımdan müphemdir. Bkz.: Tribunal Cantonal du Valais, 27.04.2007, CISG-online no: 1721; Arbitral Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 05.04.2007, CISG-online no: 1521.

<sup>14</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 15.

<sup>15</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 494. İctihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-online no: 1729. Yükümlülüğün, "satım hukukuna" ilişkin olması gerektiği yönünde bir ifade için bkz.: Peter Schlechtriem (Ed.), Ingeborg Schwenzer (ed.), **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, 2. Bası, New York, Oxford University Press, 2005, (Schlechtriem), Art. 25 N. 7.

<sup>16</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schlechtriem), **a.g.e.**, (2. Bası) Art. 25 N. 7; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 494.

<sup>17</sup> Bu yönde bkz.: (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 326.

<sup>18</sup> Zeytin, **a.g.e.**, s. 106: "*Antlaşma kapsamındaki bir yükümlülüğün veya Antlaşmanın uygulama alanındaki sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğün ihlali gerekmektedir. Yükümlülüğün asli veya yan yükümlülük olmasının bir önemi yoktur.*"

<sup>19</sup> *Inc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer/Hachem), **a.g.e.**, Art. 3 N. 13 - 17, Art. 7 N. 37, 38.

bir yükümlülüğünü ihlal etmesi, esaslı ihlale sebebiyet verebilir<sup>20</sup>. Sözleşme serbestisi, CISG'in kabul ettiği temel prensiplerden olduğundan, taraflarca yaratılan diğer yükümlülüklerle de esaslı ihlale ilişkin kıstasların aynı şekilde uygulanması gerekir. CISG m. 25 düzenlemesine "genel hükümler" altında yer verilmiş olması da bu sonucu desteklemektedir. Yine bu hüküm, yükümlülüklerin niteliğinden kaynaklanan bir ayırım yapmamaktadır<sup>21</sup>. Keza öngörülen kıstasların, hangi yükümlülüğe aykırı davranıştan kaynaklarsa kaynaklansın tüm "sözleşme ihlallerine" uygulanabilecek özellikte olması da varılan neticeyi güçlendirmektedir<sup>22</sup>. Son olarak belirtmek gerekir ki esaslı ihlalin, daha evvel ortaya çıkmış olan bir sözleşme ihlalinin sonuçlarının giderilmesi için gerekli edimlerin gereği gibi veya hiç yerine getirilmemesi sebebiyle oluşması da mümkündür<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> Örneğin, Federal Court of Australia, South Australia Registry, taraflar arasında ihtilaf konusu olan mülkiyeti muhafaza kaydına ilişkin olarak sözleşmenin esaslı surette ihlal edildiğine karar vermiştir. CISG m. 7/II'ye de atıfta bulunan Mahkeme, öncelikle bu hükmün geçerliliğini ve satım konusu malların mülkiyeti üzerindeki etkisini CISG m. 4 gereği uygulanması gereken ulusal hukuk kapsamında araştırmıştır. Buna karşın Mahkeme, hükmün taraflar arasında kuruluşunun ve içeriğinin CISG hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiş ve alıcı tarafça bu hakkın reddedilmesinin esaslı ihlal oluşturduğuna karar vermiştir. Bkz.: Federal Court of Australia, South Australia Registry, 28.04.1995, CISG-online no: 218.

<sup>21</sup> *Inc. Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 24.

<sup>22</sup> Nitekim bu konuda içtihatlarla yansımış olan örneklerin hayli çeşitli olduğu görülmektedir. Bu konuda bkz.: aş. III. D.

<sup>23</sup> Bkz.: *Rechtbank van Koophandel Kortrijk*, 04.06.2004, CISG-online no: 945 (Olayda alıcıya sözleşme konusu araç yerine yanlış araç gönderilmiş, satıcı tarafından aktarılan bilgide takip eden hafta doğru aracın gönderileceği belirtilmiştir. Bunun gerçekleşmemesi ve sonraki iki ay içerisinde de aracın hâlen gönderilmemesi sebebiyle satıcının esaslı ihlale sebebiyet verdiği belirtilmiştir.); *Oberlandesgericht Köln*, 08.01.1997, CISG-online no: 217 (Satıcı, alıcıya teslim etmiş olduğu makinelerde parça değişikliği yapmak üzere bu makineleri geri almış; fakat kararlaştırılan sürede makineleri alıcıya iade etmemiştir. Olayda Mahkeme, satıcının makineleri alıcıya iade etme borcunu ihlal etmesinin esaslı olduğunu belirtmiştir.); *Landgericht Ellwangen*, 21.08.1995, CISG-online no: 279 (Kararda, sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen malların satıcı tarafından geri alınmasının kabul edilmesi karşısında ikame mal teslim etme borcunun bulunduğu belirtilmiş, buna rağmen ikame mal teslimi yapılmaması esaslı bir sözleşme ihlali olarak kabul edilmiştir.); *Landgericht Baden-Baden*, 14.08.1991, CISG-online no: 24 (Sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen malların yenilerinin gönderilmesi hususunda anlaşılmış; fakat gönderilen yeni paketlerde de ayıplı mallar bulunmuştur. Satıcı, sözleşme ile borçlandığından daha fazla miktarda mal gönderdiğini ve yeterli miktarda [sözleşmeye uygun] malın bulunabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, alıcıdan tüm paketleri açıp bunlardan malları ayırmasının ve tekrardan paketlemesinin beklenemeyeceğini belirterek bu iddâyı etkisiz görmüş ve sözleşmeden dönülebileceğine karar vermiştir.). Anlaşıldığı üzere belirtilen kapsamdaki durumlar genellikle, gerçekleşmiş olan sözleşmeye aykırılığın ortadan kaldırılmaya çalışılması; fakat sözleşmeyi ihlal eden tarafın, bunun da gereğini yerine getirememesi hâlinde gözlenmektedir. Burada da birden fazla ihtimalin mevcut olduğuna değinme ihtiyacı hissetmekteyiz. Bunlardan ilki, gerçekleşmiş olan sözleşme ihlalinin en baştan esaslı ihlale yol açması; fakat tarafların, sözleşmeye aykırılığın giderilmesi hususunda anlaşmaya varmaları veya alıcı tarafından bu yönde haklı bir talep ileri sürülmesidir. Bu ihtimalle bağlantı içinde, sözleşmeye aykırılık giderilemezse ilk ihlal sebebiyle fiilen ileride ortaya çıkacak olan olumsuzluğun, esaslı ihlale dayanak teşkil etmesi de mümkündür. (Bu duruma özgü olarak satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı

Esaslı ihlal değerlendirmesinde sözleşmeye aykırılık, sözleşmeyi ihlal eden tarafın kontrol edemeyeceği bir sebepten ileri gelmiş de olabilir<sup>24</sup>. Bunun gibi, ihlalin temel sebebi, yükümlülüklerin yerine getirebilmesi için faaliyetlerine bağlı olunan üçüncü bir kişinin eylemleri de olabilir<sup>25</sup>. Zira CISG sisteminde "sözleşme ihlali", sözleşme ilişkisi içerisinde sahip olunan yükümlülüklerin fiilen yerine getirilip getirilmediği ile ilgili bir konu olup yükümlülüğün yerine getirilememesinde etkili olan sebeplerle<sup>26</sup> veya yükümlülüğünü yerine getiremeyen tarafın (tazminat) sorumluluğuna gidilebilip gidilemeyeceği ile<sup>27</sup> bağlantılı değildir. Bu anlamda, CISG m. 79 hükmü hasebiyle yükümlülüğünü yerine getiremeyen tarafın belli bir çerçevede tazminat sorumluluğuna gidilemese de bu durum, "sözleşme ihlalinin" varlığını etkilemez<sup>28</sup>. Bu tür ihlallerin esaslı olup olmadığı noktasında, hükümde ortaya konan kıstaslar aynı şekilde uygulanmaya devam eder. Dolayısıyla, sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal eden borçlu, CISG m. 79 hükmü kapsamında tazminat sorumluluğundan kurtulsa dahi alacaklı esaslı ihlale bağlı haklarını kullanabilecektir<sup>29</sup> (CISG m. 79/V).

---

ve esaslı ihlale etkisi konusunda bkz.: aş. III. B. 4. c.) Bir diğer ihtimal ise daha evvel gerçekleşmiş olan sözleşme ihlali aslında esaslı ihlale sebep olmayacakken sözleşmeye aykırılığın giderilmeye çalışılması sebebiyle ihlale maruz kalan tarafın durumunun daha kötü bir hâle gelmesi, yani esaslı ihlalin doğrudan ilk ihlalin ardından bunun sonuçlarının giderilmesi için üstlenilen yükümlülüğün ihlal edilme şekli sebebiyle ortaya çıkmasıdır. Ayrıca *inc. Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen)*, **a.g.e.**, Art. 46 N. 37, 38, 47; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 143; Atamer, **a.g.e.**, s. 384, 386.

<sup>24</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 13; Peacock, **a.g.m.**, s. 101; Kaşak, **a.g.m.**, s. 340.

<sup>25</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 13. Örneğin, alıcıya karşı yükümlülüklerin yerine getirilebilmesi için seçilen tedarikçinin davranışlarından dolayı satıcının esaslı ihlal sorumluluğu hususunda bkz.: ICC International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-online no: 526.

<sup>26</sup> Erdem, **Sözleşmeden Dönme**, s. 866 ve orada dn. 32; Kaşak, **a.g.m.**, s. 340.

<sup>27</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 1, Section IV Introductory Remarks N. 5; Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 45 N. 8.

<sup>28</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 1, Section IV Introductory Remarks N. 5; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 430; Peacock, **a.g.m.**, s. 101; Kaşak, **a.g.m.**, s. 340. Ayrıca bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 261: "*It also includes both excusable and inexcusable non-performance.*" İçtihatlarda bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Hamm, 12.11.2001, CISG-online no: 1430 (CISG m. 49/La kapsamında sözleşmeden dönebilmek için satıcının sözleşmeden veya CISG'dan doğan bir borcunu ifa etmemesinin esaslı ihlale yol açması gerektiği belirtilmiş ve CISG m. 79/V uyarınca, ifa etmeden satıcının mı mesul olduğunun bu bağlamda ilgisiz kaldığı ifade edilmiştir.)

<sup>29</sup> Böylece Antlaşma, mazur görülebilecek bir sebeple sözleşmenin ifa edilmemesi hâlinde, sözleşmeyi ihlal eden tarafı tazminat sorumluluğundan kurtarmakta; fakat ihlalin sonuçları sözleşmeden dönmeyi haklı kılıyorsa ihlale maruz kalan tarafın sözleşmeden dönebilmesini engellememektedir; Treitel, **a.g.e.**, s. 349.

Bir görüşe göre, alacaklının, edimin ifası için gerekli faaliyetlerden kaçınması sebebiyle borçlunun edimini yerine getirememesi durumunda, CISG m 25 kapsamında bir sözleşme ihlali bulunmamaktadır<sup>30</sup>. Diğer bir görüşe göre ise borçlunun edimini ifa etmemesi alacaklının bir eyleminden veya eylemsizliğinden kaynaklanmış olsa da CISG m. 80 gereği ortada bir sözleşme ihlali vardır; fakat genel anlamda bu ihlal esaslı olarak değerlendirilemeyecektir<sup>31</sup>. *Kanımızca* bu hâlde dahi esaslı ihlal değerlendirmesinin, en azından teorik olarak, herhangi bir farklılık gözetilmeksizin yapılması mümkündür. Bu anlamda, alacaklının gerekli işbirliğini yapmaması sebebiyle de olsa edimin gereği gibi yerine getirilememesi bir "sözleşme ihlali" oluşturur<sup>32</sup>. Buna karşın, diğer kıstasların da sağlanması hâlinde sözleşmenin esaslı ihlalinin oluştuğu kabul edilse bile<sup>33</sup>, buna bağlanan sonuçlar CISG m. 80 gereği bir anlamda "donmuş" kalacaktır. Esasen bu yönde bir iddianın varlığı hâlinde, öncelikle sözleşmenin ifa edilmemesine tam anlamıyla diğer tarafın mı sebep olduğu sorusunun çözülmesi gerekmektedir. Zira bu yönde bir sonuca ulaşılması hâlinde, esaslı ihlal değerlendirmesi pratik bir önem arz etmeyecektir<sup>34</sup>.

---

<sup>30</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 493; Kaşak, **a.g.m.**, s. 340.

<sup>31</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 13, 18.

<sup>32</sup> *Inc.* Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 1, Section IV Introductory Remarks N. 5.

<sup>33</sup> *Karş.* Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-online no: 1729 (Kararda alacaklının işbirliği yapmaması sebebiyle borçlunun edimini ifa etmesinin imkânsız hâle gelmesi durumunda esaslı ihlalin oluşmayacağı belirtilmekte; fakat bu durumun bir "sözleşme ihlali" olarak görülüp görülmediği kesin olarak anlaşılamamaktadır.).

<sup>34</sup> Bir sözleşme ihlali bulunsa bile buna sebep olan alacaklının sözleşme ihlaline dayanamaması karşısında, "sözleşme ihlali" ile "sorumluluk" arasında net bir ayırım yapma ihtiyacının zayıfladığı gözlenmektedir. Oberster Gerichtshof tarafından görülen bir davada, semenin ödenmesi bakımından akreditif açılması öngörülmüş ve ayrıca satıcının yüklemeye yeri konusunda alıcıyı bilgilendirmesi kararlaştırılmıştır. Satıcı bu yönde bir bilgiyi alıcıya vermemiş, alıcı ise akreditif açmamıştır. Satıcının alıcıya bu yönde bir bilgilendirme yapmaması karşısında Mahkeme, alıcının yükümlülüğünü yerine getirmemesinin satıcının kusuru olduğunu belirtmiştir. Ayrıca tarafların açık anlaşması gereği, yüklemeye yeri bilgisi olmaksızın akreditif açma imkânı olup olmadığı araştırması gerekli görülmemiştir. Akabinde ise bu anlaşma gereği, öncelikle satıcının yüklemeye yerini bildirme görevi bulunduğu ve ancak bunun yerine getirilmesinden sonra alıcının, akreditif açma yükümlülüğü bulunduğu ifade edilmiştir. Nihayet CISG m. 80 hükmünü göz önüne alan Mahkeme, akreditif açılmamasının satıcının eylemsizliğinden kaynaklandığını vurgulamış ve satıcının akreditif açılmamasına dayanamayacağına hükmetmiştir. Bkz.: Oberster Gerichtshof, 06.02.1996, CISG-online no: 224. United States District Court for New Jersey tarafından görülen davada da bu husus açıkça cevaplanmamakta; fakat alacaklıya isnat edilebilen gecikmenin sözleşme ihlali olarak görülmemesi yönünde üstü kapalı bir yaklaşım fark edilebilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki olayda, ilk sözleşmenin şartlarının değiştirilmesi hususunda taraflar arasında ikinci bir anlaşma yapılmış; fakat Mahkeme bu ikinci anlaşmanın hüküm doğurmadığını kabul etmiş ve tarafların ilk anlaşmayla bağlı olduğu kabulü üzerinden sonuca ulaşmıştır. United States Court of Appeals, Third Circuit ise ikinci anlaşmanın CISG m. 29 kapsamında geçerli olduğunu belirtmiş ve bu hukukî zemin üzerinden yargılamanın yürütülmesi amacıyla davayı geri göndermiştir (Bkz.: United States Court of Appeals,

Sözleşmenin ifa edilmemesinde, alacaklı tarafın davranışlarının yanı sıra borçlunun da davranışlarının rolü varsa esaslı ihlale rağmen sözleşmeden dönme veya ikame mal teslimini isteme haklarının kullanılıp kullanılmayacağı, CISG m. 80 hükmünün sınırları içerisinde tespit edilecektir<sup>35</sup>.

Buna karşın, borçlunun ifadan kaçınma hakkı olduğu durumlarda CISG m. 25 kapsamında bir sözleşme ihlali bulunmamaktadır<sup>36</sup>. Örneğin, CISG m. 71 uyarınca taraflardan biri diğer tarafın ödeme kabiliyetindeki yetersizlik sebebiyle ifadan

---

Third Circuit, 19.07.2007, CISG-online no: 1510.). Şu durumda, taraflar arasında ikinci bir anlaşmanın gerçekleşmediği varsayılırsa söz konusu kararın incelenmesi yine faydalı olacaktır. İlk anlaşmaya göre, sözleşme konusu malların 10 - 20 Eylül tarihleri arasında teslim edilmesi gerekmektedir. Alıcı, diğer maddelerle karıştırarak sözleşme konusu malları Eylül ayı içerisinde piyasaya sunmayı amaçlamıştır. Ayrıca teslimatın alıcının da onay vereceği bir gemi vasıtasıyla yapılması kararlaştırılmış; fakat makul olmayan şekilde bu onaydan imtina edilemeyeceği öngörülmüştür. Satıcı tarafından tutulan gemiyi alıcı reddetmiş ve ayrıca teslimatın kararlaştırılan periyotta yapılamayacağı anlaşılmıştır. Seçilen gemiyi kabul edilemez bulan alıcı, teslimatın ancak dubalar kullanılmak suretiyle yapılabileceğini, 24 Eylül'den geç olmamak üzere malları kabul edeceğini belirtmiş ve ayrıca semenin indirilmesini talep etmiştir. Satıcı, gerçekleştirmesi oldukça zor olsa da teklifi kabul etmekten başka alternatifini hissettiğini ifade etmiştir. Malları taşıyan gemi 22 Eylül'de teslimatın yapılacağı limana ulaşmış; fakat satıcı bu tarihte dubaları temin edememiştir. Alıcı, 24 Eylül'de teslimatın yapılmaması sebebiyle Eylül ayında bu malları piyasaya sunmadığını ve ancak sonraki tarihlerde gerçekleşen alımlar ile Ekim ayında dağıtım yapabildiğini belirterek zarara uğradığını savunmuştur. Mahkeme, tarafların ilk anlaşmayla bağlı olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, alıcının söz konusu gemiyi reddetmesinin makul olmadığına ve bu sebeple alıcı tarafından sözleşmenin ihlal edildiğine kanaat getirilmiştir. Esaslı ihlal değerlendirmesi yapan Mahkeme, alıcının Ekim ayında satım yapması dolayısıyla uğradığı olumsuzluğun esaslı ihlale yol açabileceğine değinmiş; fakat satıcıya isnat edilebilen gecikmenin iki gün olduğunu vurgulamıştır. Buna göre alıcı, söz konusu gemiyi reddederek 22 Eylül'deki teslimatı engellemeseydi, Eylül ayı içerisinde bu malları pazara sunabilecekti. Belirtilen gerekçelerle Mahkeme, 10 - 20 Eylül tarihleri arasında malları teslim edemeyen satıcının sözleşmeyi ihlal ettiğini; fakat satıcının iki günlük gecikmesinin esaslı ihlale yol açmadığını belirtmiştir. Bkz.: United States District Court for New Jersey, 04.04.2006, CISG-online no: 1216.

<sup>35</sup> CISG m. 80 hükmüne göre, borçlunun yükümlülüğünü ifa edememiş olması, alacaklının eyleminden veya eylemsizliğinden "kaynaklandığı ölçüde" kendisini sorumluluktan kurtaracaktır. Buna karşın, bir "sözleşme ihlalinin" ya tam anlamıyla varlığından ya da tam anlamıyla yokluğundan bahsedilebilir. Şu durumda, sözleşmenin ifa edilmemesinde alacaklı tarafın eylemleri veya eylemsizliği etkili olmuşsa sözleşme ihlalinin bulunmadığından bahsetmek mümkün görünmemektedir. Zira sözleşmenin ifa edilmemesinde her iki tarafın eylemleri veya eylemsizliği rol oynamışsa sözleşme ihlalinin bulunmadığını kabul etmek yine mümkün olabilecek midir? Sözleşme ihlalinin varlığı noktasında, CISG m. 79'daki gibi bir tutumun kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira "sözleşme ihlali" koşulu için önemli olan, objektif bir bakış açısıyla sözleşme içeriğine uygun bir ifanın gerçekleşmemiş olması durumudur. Sözleşmenin ifa edilmemesine her iki tarafın davranışlarının sebep olması hâlinde, (şartları mevcutsa) esaslı ihlalin varlığına rağmen CISG m. 80 hükmünün borçluyu ne ölçüde sorumluluktan kurtaracağı, bu hükmün sınırları içerisinde belirlenebilecektir. Bu konudaki tartışmalar için bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 80 N. 7, 9.

<sup>36</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 18; Koch, **Fundamental Breach**, s. 261, 262; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 493; Kaşak, **a.g.m.**, s. 340.

kaçınır ise<sup>37</sup> ödeme güçsüzlüğüne düşen taraf, sözleşmenin ihlal edildiği iddiasında bulunamaz. Zira bu durumda ifadan kaçınan taraf, kendisine CISG tarafından tanınan ifayı askıya alma hakkından yararlanmaktadır<sup>38</sup>. Yine bu anlamda örneğin, belirlenen tarihten önce teslim edilen malları veya malların kararlaştırılan miktardan fazla kısmını reddeden alıcı, bir "sözleşme ihlaline" sebebiyet vermemektedir<sup>39</sup>.

Borçlunun yükümlülüklerini yerine getirmesine mâni olan alacaklının davranışları, aynı zamanda bu tarafın kendi borçlarına da aykırılık teşkil ediyorsa CISG m. 25 kapsamında bir sözleşme ihlalinin olduğu kabul edilebilir. Örneğin, malların teslimi için alıcının sözleşme gereği işbirliği yapması gerekiyorsa bu yükümlülüğünden kaçınan alıcı, satıcının malları teslim etme borcunu ifa etmesine engel olduğu gibi, kendi borcu olan malları teslim alma borcunu da ihlal etmektedir<sup>40</sup>.

## **b. "Sözleşme İhlali" Kıstasının İşlevi**

Yukarıda ifade edildiği üzere, esaslı ihlalin gerçekleşebilmesi için öncelikle bir "sözleşme ihlalinin" bulunması gerekir. Bu, esaslı ihlalin ön koşuludur. Aslında, sözleşme ihlalinin, esaslı ihlal değerlendirmesindeki rolü burada aynı zamanda sona da ermektedir. Bu noktadan itibaren, ihlalin yarattığı olumsuz sonuçların ağırlığı ve bunların öngörülebilirliği belirleyici olmaktadır. Buna karşın, sözleşme ihlalinin

---

<sup>37</sup> CISG m. 71/I: "*Taraflardan biri, sözleşmenin kurulmasından sonra, karşı tarafın; (a) ifa veya ödeme kabiliyetindeki ciddi bir yetersizlik nedeniyle, veya (b) sözleşmeyi ifaya hazırlanmasındaki veya sözleşmenin ifası sırasındaki davranışları nedeniyle yükümlülüklerinin esaslı bir kısmını ifa etmeyeceğinin anlaşılması durumunda, kendi yükümlülüklerinin ifasını askıya alabilir.*"

<sup>38</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 18; Zeytin, **a.g.e.**, s. 106. Örneğin, Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen bir kararda Mahkeme, alıcının malları teslim alma borcunu yerine getiremeyeceğini açıkladığına kanaat getirmiş, bu sebeple de satıcının CISG m. 71/I.b uyarınca kendi yükümlülüklerini askıya alabileceğini ve alıcının ise esaslı ihlal iddiasında bulunamayacağını belirtmiştir. Bkz.: Bundesgerichtshof, 27.11.2007, CISG-online no: 1617. İçtihatlarda bu yönde ayrıca bkz.: Oberlandesgericht Hamm, 22.09.1992, CISG-online no: 57.

<sup>39</sup> CISG m. 52: "*(1) Satıcı, malları belirlenen tarihten önce teslim ederse, alıcı bu teslimi kabul veya red edebilir. (2) Satıcı, sözleşmede belirtilenden daha fazla miktarda mal teslim ederse, alıcı bu fazla miktarı kabul veya red edebilir. Alıcı, fazlayı kısmen veya tamamen teslim alırsa, bunun için sözleşmede öngörülen fiyat üzerinden ödeme yapması gerekir.*" Başkaca örnekler için bkz.: Kaşak, **a.g.m.**, s. 340.

<sup>40</sup> *Inc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 13 ve orada dn. 48, (Widmer), Art. 31 N. 75.



kendi büyüklüğü esaslı ihlal değerlendirmesinde doğrudan bir etkiye sahip değildir. Diğer bir söylemle, sözleşmeyi ihlal eden tarafın; sözleşme hükümlerinden ne ölçüde saparak bu ihlali gerçekleştirmiş olduğu, hükümlerin ne kadar ağır ihlal edildiği belirleyici değildir<sup>41</sup>. Görünürde küçük bir gecikmenin, ihlale maruz kalan taraf nezdinde ağır sonuçlar doğurması mümkündür. Şu kadar ki olayların bir çoğunda, sözleşme hükümlerinin gereklerinden uzaklaşıldıkça ihlalin yaratacağı sonuçların da aynı nispette ağırlaşacağı yönünde mantıki bir ilişki kurulabilir. Benzer bir yaklaşımla, bu denli ciddi bir ihlalin yarattığı sonuçların öngörülebilir olmadığını savunmak da güçleşecektir. Dolayısıyla, sözleşme hükümlerinden sapılmasının ölçüsü, karşı tarafın uğradığı olumsuzluğu artırdığı nispette ancak dolaylı bir öneme sahip olabilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki esaslı ihlali haklı kılan ölçüde bir olumsuzluğun, tek bir sözleşme ihlalden kaynaklanması şart değildir. Sözleşme birden çok sebeple veya birden çok defa ihlal edilmiş ise bu sözleşme ihlalleri bütününe esaslı ihlale sebebiyet vermesi mümkündür<sup>42</sup>. Buna karşın birden fazla yükümlülüğün ihlal edilmesi, kendiliğinden esaslı ihlalin olduğu anlamına gelmez<sup>43</sup>. Hükümdeki diğer kıstasların karşılanması gerekir. Nihayet ifade edelim ki tespit edilen birden fazla sözleşmeye aykırılığın her biri ayrı ayrı esaslı ihlale yol açabilecek mahiyette de olabilir<sup>44</sup>.

Bu konuya ilişkin son olarak, vadeden önce gerçekleşen sözleşme ihlallerinde, alacaklının kullanabileceği hukukî çarelerin, ifa engelleri sisteminin diğer kuralları uyarınca sınırlanabiliyor olmasına dikkat edilmesi gerekir. Zira esaslı

---

<sup>41</sup> Bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 183; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 214, 215; Lubbe, **a.g.m.**, s. 446 dn. 7.

<sup>42</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 20, (Mohs), Art. 64 N. 5; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 11; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 69; **Digest**, Art. 25 N. 12. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Cour de Cassation, 26.05.1999, CISG-online no: 487 (Alt mahkeme olarak Cour d'appel d'Aix-en-Provence tarafından esaslı ihlal temelinde sözleşmeden dönülebileceğine karar verilirken satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesinin yanı sıra, malları teslim etme borcunda gecikmesi de göz önünde tutulmuştur.).

<sup>43</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 11; **Digest**, Art. 25 N. 12. Örn. bkz.: Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135.

<sup>44</sup> Örn. bkz.: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, 05.07.2005, CISG-online no: 1361; Federal Court of Australia, South Australia Registry, 28.04.1995, CISG-online no: 218; Pretura di Parma-Fidenza, 24.11.1989, CISG-online no: 316.

ihlal değerlendirmesinin önemi, kullanılabilme potansiyeli olan bazı hukukî çarelerin ön koşulu olmasından ileri gelir. Bu anlamda örneğin, satıcının sözleşmeye aykırılığı vadeden önce giderme hakkının dikkate alınması gerekebilir<sup>45</sup>. CISG m. 34 hükmü, vadeden önce teslim edilen belgelerdeki sözleşmeyi aykırılığın giderilebileceğini belirtirken<sup>46</sup>; CISG m. 37 hükmü, vadeden önce mal teslim edilmesi hâlinde satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını<sup>47</sup> düzenlemektedir. Böylece satıcı vadeye kadar, malları eksik teslim etmiş olması hâlinde bunu tamamlayabilecek, mallardaki sözleşmeye aykırılığı onarım ya da ikame mal teslimi ile giderebilecek, üçüncü kişilerin mal üzerinde hak veya talebi söz konusu ise bunları bertaraf edebilecek veya belgelere ilişkin yanlışları ya da noksanlıkları ortadan kaldıracaktır<sup>48</sup>. Alıcının, uygun koşulları bulunduğu takdirde satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına riayet etmesi gerekir. Satıcının bu hakkı mevcut olduğu sürece, alıcının CISG m. 45 hükmünde yer alan seçimlik haklara zaten başvuramayacağı belirtilmektedir<sup>49</sup>. Nitekim satıcının vade tarihinden önce sözleşmeye aykırılığı gidermesi hâlinde, alıcının seçimlik hakları kullanma imkânı kalmamaktadır<sup>50</sup>. Buna karşın, sözleşmeye aykırılığın giderilemeyeceği durumlarda CISG m. 72 hükmünün şartları uyarınca sözleşmeden dönmek mümkün olabilir<sup>51</sup>. Sözleşmeye aykırılığın giderilemeyeceği anlaşılıyorsa CISG m. 72 hükmüne göre sözleşmeden dönebilme potansiyeli doğar

<sup>45</sup> Antlaşma, sözleşmeye aykırı ifada bulunan satıcıya gerek vadeden önce (CISG m. 34, m. 37) gerekse de vadeden sonra (CISG m. 48) sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı tanımıştır.

<sup>46</sup> CISG m. 34: "*Satıcının mallara ilişkin vermesi gereken belgeler varsa, bunları sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde vermesi gerekir. Belgelerin erken verilmesi halinde, satıcı, belgelerin verilmesi için öngörülen ana kadar, belgelerdeki tüm sözleşmeye aykırılıkları gidermek hakkına sahiptir, yeter ki bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmete veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır.*"

<sup>47</sup> CISG m. 37: "*Malların teslim tarihinden önce teslim edilmesi halinde satıcı, teslim tarihine kadar, eksik bölümleri veya eksik kalan miktarı teslim edebilir veya sözleşmeye uygun olmayan malları ikame eden yeni mallar teslim edebilir veya malların diğer sözleşmeye aykırılıklarını giderebilir; yeter ki, bu hakkın kullanımı alıcı için makul olmayan zahmet veya masrafa yol açmasın. Bununla birlikte alıcının bu Antlaşmaya uygun olarak tazminat talep etme hakkı saklıdır.*"

<sup>48</sup> *İnc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Widmer), **a.g.e.**, Art. 34 N. 12, (Schwenzer), Art. 37 N. 6 vd.; Atamer, **a.g.e.**, s. 346; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 66; Erkan, a.g.t., s. 44. Buna karşın, satıcı tarafından gerçekleştirilmesi gereken faaliyetlerin, alıcı için makul olmayan bir zahmete veya masrafa yol açmaması gerekmektedir. Daha detaylı bilgi için bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 37 N. 12 - 14; Atamer, **a.g.e.**, s. 346; Zeytin, **a.g.e.**, s. 138.

<sup>49</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 37 N. 15; Atamer, **a.g.e.**, s. 347; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 66; Yelkenci, **a.g.m.**, s. 1357.

<sup>50</sup> Erkan, a.g.t., s. 44. Fakat ilk sözleşmeye aykırı ifa dolayısıyla ortaya çıkan ve sözleşmeye uygun ifa ile giderilemeyen zararların tazmininin istenmesi mümkündür (CISG m. 34/c. 3, m. 37/c. 2); Schlechtriem/Schwenzer/(Widmer), **a.g.e.**, Art. 34 N. 14, (Schwenzer), Art. 37 N. 16.

<sup>51</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 37 N. 15; Atamer, **a.g.e.**, s. 347.

ve bu noktada CISG 25 hükmüne, öne alınmış esaslı bir ihlalin bulunup bulunmadığı değerlendirilmesinde başvurulur. Bu çerçevede, ifa tarihinden önce esaslı ihlalin gündeme gelmesi, CISG m. 72 kapsamında öne alınmış sözleşme ihlali bakımından söz konusu olabilir<sup>52</sup>. Alıcı, CISG m. 72 hükmünden faydalanamamış ve sözleşmedeki vade gelmiş olmasına rağmen satıcı sözleşmeye aykırılığı gidermemişse artık CISG m. 45 hükmü kapsamında sahip olunan hakların kullanımı gündeme gelecektir. Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı da bu andan sonra CISG m. 48 kapsamında değerlendirilir<sup>53</sup>.

### c. İspat Yükü

Sözleşme ihlalinin olduğu noktada ispat yükü, sözleşme ihlalinin varlığını iddia eden taraf üzerindedir<sup>54</sup>. Bu noktada, sözleşmenin gerçek içeriğinin ve buna bağlı olarak yükümlülüklerin tespit edilmesi gerekli olabilir<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 37 N. 3.

<sup>53</sup> Zeytin, **a.g.e.**, s. 138; Erkan, a.g.t., s. 44. Bu konunun incelemesi için bkz.: aş. III. B. 4. c.

<sup>54</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 34; Zeytin, **a.g.e.**, s. 107; Kaşak, **a.g.m.**, s. 352. İçtihatlarda bu yönde *inc.* Tribunal Cantonal du Valais, 27.04.2007, CISG-online no: 1721; Landgericht Saarbrücken, 02.07.2002, CISG-online no: 713; Zivilgericht Basel-Stadt, 01.03.2002, CISG-online no: 729; Handelsgericht Zürich, 26.04.1995, CISG-online no: 248; Oberlandesgericht Innsbruck, 01.07.1994, CISG-online no: 107. Bununla beraber, ayıplı ifa durumunda alıcı, mal kendisine teslim edilmek istendiğinde bu ayıbı tespit ederek malları teslim almamış veya teslim almak zorunda olup da satıcıya bu hususu bildirmişse malların sözleşmeye uygunluğu hususunda ispat yükünün satıcıda olacağı belirtilmektedir; Atamer, **a.g.e.**, s. 244. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Landgericht Berlin, 15.09.1994, CISG-online no: 399 (Karara konu olan uyuşmazlıkta alt derece mahkemesi, teslim edilen mallarda mevcut olduğu iddia edilen ayıba ilişkin ispat yükünün alıcıda olmasına rağmen, iddia edilen ayıpların alıcı tarafından detaylı şekilde belirtilmesi karşısında, satıcının bu iddialara açık olarak cevap verme yükümlülüğünde olduğunu belirtmiştir. Üst derece mahkemesi de teslim edilen mallara ilişkin olarak alıcı tarafından belirli şikayetler öne sürüldüğünde, hasarın intikali anında malların sözleşmeye uygunluğunun satıcı tarafından gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Alıcı en baştan sözleşmeye aykırılık ihbarında bulunduğundan, teslim edilen malları satıcının ifası olarak kabul etmediği ifade edilmiştir.).

<sup>55</sup> *Inc.* CIETAC, 01.01.2000, CISG-online no: 1614.

### 3. Sözleşme İhlalinin Önemli Bir Olumsuzluğa Yol Açması

#### a. Genel Açıklamalar

CISG m. 25 hükmünde, esaslı ihlalin gündeme gelebilmesi için sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalmasına sebep olan bir olumsuzluğa uğramasının arandığı görülmektedir. Şu durumda bir "sözleşme ihlalinin" bulunması, esaslı ihlal için mutlaka aranan şart olmakla birlikte, asıl belirleyici olan, doğrudan bu ihlalin kendisinin ağırlığı değil, ihlalin yol açtığı sonuçların ağırlığıdır. Bu anlamda, CISG m. 25 hükmünün temelinde, sözleşme ihlalinin yarattığı sonuçlarla ilgilendiği ifade edilebilir<sup>56</sup>.

Hükmün tarihi gelişimi içerisinde belirtildiği üzere, "önemli ölçüde olumsuzluk" testi, ULIS'de yer alan düzenlemeye göre bir yenilik olarak kabul edilir<sup>57</sup>. Hatırlanacağı üzere bu hüküm, karşı tarafla aynı durumda makul bir kişinin, ihlali ve bunun sonuçlarını öngörseydi sözleşmeyi yapmayacak olduğunun öngörülebilmesine dayanmaktadır<sup>58</sup>. Antlaşma'nın hazırlık çalışmaları devam ederken ise öncelikle "önemli ölçüde olumsuzluk" kıstası hükme dâhil olmuştur. Akabinde de bu kıstas, "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan şeyden" önemli ölçüde yoksunluk şeklinde bir tarifile açıklanmıştır.

Bu çerçevede, ihlalin esaslı sayılabilmesi için aranan önemli bir olumsuzluğa yol açması şartı, aşağıda üç başlık altında incelenmiştir. Bunlardan ilki, hükümde yer

---

<sup>56</sup> Bu yönde bkz.: Bridge, **a.g.m.**, s. 934, 935. Bu husus, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen 15.09.2000 tarihli bir kararda; ihlalin büyüklüğünün değil, ihlalin buna maruz kalan taraf için sonuçlarının belirleyici olduğu ifade edilerek açıkça ortaya konmuştur. Bkz.: Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770.

<sup>57</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.

<sup>58</sup> Bkz.: yuk. I. F. 2. b. Oberster Gerichtshof önüne gelen bir uyumsuzlukta, ikinci derece mahkemesinin yaptığı esaslı ihlal değerlendirmesi esasen ULIS'deki bu yaklaşımı yansıtmaktadır. Sözleşmenin kurulma anında alıcı, ilgili ihlali öngörseydi bu sözleşmeyi yapmayacaktıysa esaslı ihlalin oluşacağı belirtilmiştir. Bkz.: Oberster Gerichtshof, 11.03.1999, CISG-online no: 524. Hâlbuki bu unsur CISG m. 25 hükmünde yer almamıştır. Bkz.: Bridge, **a.g.m.**, s. 933 dn. 121.

verilen geniş anlamda "olumsuzluk" kıstasını açıklamaktadır. İkinci başlıkta ise olumsuzluğun konusu olarak "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatler" izah edilmeye çalışılmıştır. Son olarak ise sözleşme ihlalinin, "esaslı" vasfını kazanabilmesi için aranan "önemli ölçüde yoksunluk" çitası araştırılmıştır.

## **b. Geniş Anlamda Olumsuzluk**

### **(1) Olumsuzluk Kıstasının Kapsamı**

Öncelikle hükümde öngörülen "olumsuzluk" ("*detriment*") kavramının açıklanması gerekmektedir. Zira bu kavram hükümde tanımlanmadığı gibi, Antlaşma'nın başka bir maddesinde de yer almamaktadır. Hükümde tercih edilen bu kavramın izah edilmesi için Antlaşma'nın hazırlık çalışmalarının ve bu kavramın tercih edilmesi ile güdülen amacın birlikte ele alınması gerekmektedir<sup>59</sup>. İlk olarak, bu kıstasın hükme dâhil edilmesindeki temel amacın, ULIS m. 10'un yetersiz olarak kabul edilen esaslı ihlal tarifini değiştirmek olduğu söylenebilir<sup>60</sup>. Fakat bu durum, olumsuzluk kıstasının kapsamı hakkında yeterli bilgi vermemektedir.

Antlaşma'nın taslaklarına ilişkin şerhlerde yer verilen açıklamalardan hareket eden bir görüşe göre, Antlaşma'yı hazırlayanlar bu kavramı, sözleşme ihlalinin sebep olduğu mali zararın yerine kullanmışlardır<sup>61</sup>. Bugün baskın olarak kabul edilen

---

<sup>59</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 2.1.1.

<sup>60</sup> Babiak, **a.g.m.**, s. 119.

<sup>61</sup> Bkz.: Babiak, **a.g.m.**, s. 119, 120; Paiva, **a.g.m.**, § 3.2.4.6, 4.1.2, 4.2.1.2.1; Bijl, **a.g.m.**, s. 25. Bu noktada *Babiak*, 1976 yılında hazırlanan Antlaşma Taslağına'da ilişkin Şerh'de yer verilen açıklamalara (Bkz.: yuk. I. F. 3. b.) dayanmaktadır. Bkz.: Babiak, **a.g.m.**, s. 119, 120. Benzer şekilde diğer yazarlar ise 1978 yılında hazırlanan Antlaşma Taslağı'na ilişkin Sekretarya Şerhi'nde yer verilen açıklamaları (Bkz.: yuk. I. F. 3. b.) gerekçe göstermektedir; Bkz.: Paiva, **a.g.m.**, § 4.2.1.2.1, 4.2.1.2.2; Bijl, **a.g.m.**, s. 25. *Paiva* ayrıca, lafzi yorum ile bu sonuca ulaşmakta ve tacirler arasında, ekonomik menfaatin haricince hangi menfaatin meşru şekilde iddia edilebileceğini sorgulamaktadır. Bkz.: Paiva, **a.g.m.**, § 4.2.1.1.1, 4.2.1.1.2. Bu Şerhlerde, sözleşmenin mali değerinin ve ihlalin sebep olduğu mali zararın dikkate alınabileceği, örnek olarak gösterilmiştir. Ayrıca her iki Şerh, "önemli ölçüde olumsuzluk" kıstasının içeriği, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlere göre somutlaştırılmadan evvel hazırlanmıştır. Bu somutlaştırma yapılırken ise sözleşme

görüşe göre ise bu kavram geniş olarak okunmalıdır<sup>62</sup>. Keza *Will*, söz konusu kavramın tarihi gelişimi ve amacı göz önüne alındığında, dar bir yorumun tercih edilmemesi gerektiğini belirtmektedir<sup>63</sup>. Yazar bu kavramın, ulusal hukuklardaki benzer kavramlarla sınırlı bir şekilde ele alınmaması gerektiğini de vurgulamaktadır<sup>64</sup>. Örneğin, CISG m. 25 hükmünün öngördüğü "olumsuzluk" kavramı, sözleşme ihlalinin sebep olduğu parasal/ekonomik kayıplar ile sınırlı değildir<sup>65</sup>. Nitekim bu kavramın, CISG m. 74'ün konusu olan "zarar" ile eş tutulmaması gerektiği sıklıkla belirtilmektedir<sup>66</sup>. Gerçekten de CISG m. 25 hükmünde ifade edilen "olumsuzluk" kavramının, tazminatın düzenlendiği CISG m. 74 hükmünden farklı bir anlam ifade ettiği kabul edilmelidir. Zira aksi bir düşünceye sahip olmamız hâlinde, CISG m. 25 hükmünde bu yeni kavramın neden türetildiği sorusuna cevap vermemiz mümkün değildir<sup>67</sup>. Bu kapsamda, sözleşme ihlaline maruz kalan taraf aleyhine ölçülebilir bir zararın doğmasının şart olmadığı ifade edilmelidir<sup>68</sup>. Örneğin, satıcı tarafından sözleşmenin ihlal edilmesi sebebiyle alıcının, kendi müşterisine karşı yükümlülüklerini yerine getirememiş olması - bu durumun alıcının malvarlığında yarattığı muhtemel menfi sonuçlardan bağımsız olarak - tek başına olumsuzluk olarak kabul edilebilecek durumdadır. Yine, sözleşmenin ifasına duyulan güvenin yitirilmesi de olayın şartlarına göre esaslı ihlali haklı kılan bir olumsuzluk teşkil edebilir<sup>69</sup>. Bununla beraber, sözleşme ihlali neticesinde bir zarara uğrandığı ortaya konabiliyorsa bu hususun da dikkate alınacağı şüphesizdir<sup>70</sup>.

---

uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatin, mali değerlere ilişkin olması yönünde bir sınırlama getirilmemiştir. Aynı yönde bkz.: El-Saghir, **a.g.m.**, s. 337.

<sup>62</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3.1; Bridge, **a.g.m.**, s. 919; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 495; Leisinger, **a.g.e.**, s. 38; Lorenz, **a.g.m.**, § III. A; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 37; Kaşak, **a.g.m.**, s. 341. Ayrıca bkz.: Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006, CISG-online no: 1377.

<sup>63</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.1.2.

<sup>64</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.1.2.

<sup>65</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 22; Bridge, **a.g.m.**, s. 918; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 495; Reiley, **a.g.e.**, s. 190; Çetiner, **a.g.m.**, s. 3146; Graffi, **a.g.m.**, s. 339, 340; Leisinger, **a.g.e.**, s. 38; Kanişlı, **a.g.e.**, s. 69. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006, CISG-online no: 1377; Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770.

<sup>66</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 495; Zeller, **a.g.m.**, s. 89; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 239; Graffi, **a.g.m.**, s. 339; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 37; Kaşak, **a.g.m.**, s. 341; Kanişlı, **a.g.e.**, s. 69.

<sup>67</sup> Bu yönde bkz.: Zeller, **a.g.m.**, s. 89.

<sup>68</sup> Zeytin, **a.g.e.**, s. 106.

<sup>69</sup> Bkz.: Kaşak, **a.g.m.**, s. 342. Bu konunun incelemesi için bkz.: aş. II. D.

<sup>70</sup> Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 239 dn. 72; Kaşak, **a.g.m.**, s. 341. Ayrıca bkz.: Peacock, **a.g.m.**, s. 102. CISG m. 74 kapsamında tazminat istenebilecek tüm zarar kalemleri olumsuzluk kavramının içeriğine dâhildir; Bridge, **a.g.m.**, s. 918.

Uğranılan mali zarar, olumsuzluğun kapsamının belirlenmesinde önemli bir rol de oynayabilir<sup>71</sup>. Olumsuzluk kıstası, bu durumların hiçbirini dışlamamaktadır. Buna karşın, CISG 25 hükmüne asıl karakterini kazandıran özelliklerden biri, zararın ispatlanması zorunluluğunun bulunmamasıdır<sup>72</sup>. Keza aşağıda açıklanacağı üzere, uğranılan kaybın miktarının doğrudan bir etkisi de bulunmamaktadır<sup>73</sup>.

Bununla beraber, "olumsuzluk" kıstasının kapsamını belirleme ihtiyacı ortadan kalmış değildir. Öncelikle belirtmek gerekir ki sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın bu sözleşme ile ulaşmayı hedeflediği en azından bir amacın gerçekleşmemesi gerekir<sup>74</sup>. Burada kastedilen "sözleşme ile güdülen amaç", kâr elde edilmesi veya üretimin artırılması gibi pozitif değerler ile sınırlı olmak zorunda değildir. Bunun yanında, ilgili satım sözleşmesi nedeniyle müşteri kaybına uğranmaması, mal varlığının eksilmemesi veya sahip olunan ticari itibarın zedelenmemesi gibi beklentiler de "sözleşme ile güdülen amaç" kapsamında ele alınabilir<sup>75</sup>. Bununla beraber, aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere<sup>76</sup> "sözleşme ile güdülen amaç", objektif bir sınırlandırmaya da tabi tutulmaktadır: Bu amaç, alacaklının "sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şey" olmalıdır. Dolayısıyla, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı görülen menfaatler, olumsuzluğun mevcut olup olmadığı sorusunun cevabını vermektedir<sup>77</sup>. Şu hâlde en geniş manasıyla "olumsuzluk", sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan bir menfaatin gerçekleşmemesi şeklinde ifade edilebilir. *Huber*'in işaret ettiği gibi, alacaklının sözleşmeden beklediği şeyden yoksun kaldığı ortaya çıkıyorsa olumsuzluk da kendiliğinden var demektir<sup>78</sup>. Örnek olarak ortaya koymak gerekirse ihlale maruz kalan tarafın uğrayabileceği mali zararın yanı sıra; müşteri kaybı, ticari itibar kaybı, başka bir sözleşme yapma olanağının kaçırılması veya daha önce yapılmış olan sözleşmenin ifa edilememesi gibi durumlar, somut

---

<sup>71</sup> Leisinger, **a.g.e.**, s. 38, 82, 83. Fakat ciddi bir mali zararın her zaman esaslı ihlali haklı kıldığı da düşünülmemelidir; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, N. 12.

<sup>72</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 4; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 98; Peacock, **a.g.m.**, s. 102; Leisinger, **a.g.e.**, s. 82, 83.

<sup>73</sup> Bkz.: aş. II. A. 3. c. (2).

<sup>74</sup> *Inc. Enderlein/Maskow*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3.1.

<sup>75</sup> Ayrıca *inc. Leisinger*, **a.g.e.**, s. 85, 86.

<sup>76</sup> Bkz.: aş. II. A. 3. c. (1).

<sup>77</sup> *Inc. Lorenz*, **a.g.m.**, § III. A.

<sup>78</sup> (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 214.

akdi ilişkinin şartlarına göre CISG m. 25 kapsamında "olumsuzluk" olarak mütalaa edilebilir<sup>79</sup>. Fakat bu sonuçların tam karşıt durumlarının, alacaklının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu bir menfaat olması gerekir. Zira CISG m. 25 kapsamında olumsuzluk, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlere yöneliktir<sup>80</sup>.

Ayrıca, fiilen ileride ortaya çıkması beklenen sonuçların da bu kapsama alınması mümkündür<sup>81</sup>. Bununla beraber, olay özelinde objektif bir temele dayanmayan yalnız varsayımsal durumlar bu kapsamda değerlendirilemez. Bu anlamda, saptanabilen "gerçek" bir olumsuzluğun bulunması gerekir<sup>82</sup>. Yukarıda verilen örnek üzerinden incelemeye devam edersek şöyle bir tablo çizebiliriz: Satıcı tarafından teslim edilen mallar ile kendi müşterisine karşı yükümlülüğünü yerine getiremeyecek olan alıcının, ilgili sözleşmeden doğan borcu henüz muaccel olmasa da söz konusu sözleşmeye aykırılığın giderilmesi hususunda satıcıda herhangi bir niyet gözlenemiyorsa alıcı, kendisini bağlayan sözleşmedeki vadede bu yükümlülüğünü yerine getiremeyecek olduğunu ispatlayarak "olumsuzluk" şartını yerine getirebilir. Dolayısıyla, fiilen ileride gerçekleşmesi beklenen olumsuzluğun, objektif bir temelde ispatlanması gerekmektedir. Yalnızca faaliyet gösterilen ticari branşın özelliklerinin veya ihlal edilen yükümlülüğün özel bir anlam ifade ettiğinin ortaya konması yeterli değildir. Bunlara bağlı olarak ortaya çıkmış veya ortaya çıkması objektif olarak beklenen fiili bir olumsuzluğun da ispatlanması gerekir. Örneğin, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı ve iradesi var ise bu durum, ileride gerçekleşme ihtimali bulunan olumsuzluğun dikkate alınmasını engelleyebilir (veya askıya alabilir)<sup>83</sup>.

---

<sup>79</sup> Bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 38, 39; Lorenz, **a.g.m.**, § III. A.

<sup>80</sup> Aynı yönde bkz.: Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 38.

<sup>81</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 22; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 495. Ancak ve ancak sözleşme ihlaline maruz kalan tarafça ispatlanabilen olumsuzlukların dikkate alınabilecek olması, geleceğe yönelik olumsuzlukların zamansal sınırını olayın özelliklerine göre kendiliğinden çizecektir.

<sup>82</sup> *Inc. Bridge*, **a.g.m.**, s. 934; Paiva, **a.g.m.**, § 5.2.5.1.1.

<sup>83</sup> Bu konunun ayrıntılı incelemesi için bkz.: aş. III. B. 4. c.



Öyleyse, sözleşme ihlalinin karşı taraf nezdinde yarattığı veya fiilen ileride yaratması beklenen tüm mali veya mali olmayan menfi sonuçlar, CISG m. 25 anlamında "olumsuzluk" şartını sağlayabilir<sup>84</sup>. Şu noktada, ticari itibarın korunması gibi soyut menfaatlere yönelik menfi sonuçların da "olumsuzluk" kapsamına girip girmediği sorusuna, prensip olarak, olumlu cevap vermek mümkündür<sup>85</sup>. Bununla beraber, CISG'in temelde ticari sözleşmeler ile çevrili yapısı, esaslı ihlal değerlendirmesinde etkili olabilecek soyut olumsuzluklar alanının sınırlarını daraltabilir<sup>86</sup>. Esasen, dolaylı olarak da olsa ekonomik menfaatlerle ölçülebilenlerin yanında, "olumsuzluk" kavramının içeriğine dâhil edilebilecek diğer sonuçların, ne ölçüde karşımıza çıkabileceği sorunu doğmaktadır. *Kanımızca*, olumsuzluk kavramının geniş tanımı içerisinde bu meseleye bir çözüm üretmek mümkündür. Zira "olumsuzluk", sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan şeyin gerçekleşmemesi olarak kabul edildiğinde, CISG kapsamına giren bir sözleşmede alacaklının hangi soyut menfaatleri beklemekte haklı olabileceği değerlendirilmelidir. Şüphesiz bu soruya tüketici bir cevap vermek mümkün değildir ve somut sözleşme ilişkisinin, alışlagelmiş olanlardan farklı özellikler arz etmesi mümkündür. Bununla beraber, CISG'in uygulandığı bir satım sözleşmesinde alacaklının, örneğin üzüntü duymamak için sözleşme yaptığını söylemek güçtür. Aksine bu tür riskler bir ölçüye kadar ticari hayatın içinde yer almaktadır. Olsa olsa ihlale maruz kalan tarafın ağır bir psikolojik çöküntüye uğraması hâlinde, sağlığın bu şekilde bozulmasına sebep vermemenin her sözleşmeden beklenebileceği ifade edilebilir; fakat bu durumda da sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörülemezlik savunması ön plana çıkacaktır<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 495. Aynı yönde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 22.

<sup>85</sup> Bkz.: Bridge, **a.g.m.**, s. 918, 919; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, N. 13. Örneğin, satıcı tarafından teslim edilen ayakkabıları kendi müşterilerine satan küçük çapta bir mağazanın, teslim aldığı ayakkabı adetine kıyasla satım yaptığı müşterilerden aldığı az sayıda şikayete rağmen, bu tür bir mağazanın müşterileri nezdindeki güvenini kaybetmesi olasılığı göz önünde bulundurularak esaslı ihlalin oluştuğuna karar verilmiştir. Bkz.: Oberlandesgericht Koblenz, 21.11.2007, CISG-online no: 1733. Yine Landgericht Landshut tarafından görülen bir davada, alıcıya teslim edilen giysilerin yıkandıklarında bir veya iki beden küçülmesi sebebiyle, alıcıdan bu giysileri satın alan sonraki kullanıcıların ya giysilerdeki ayıp sebebiyle şikayette bulunacakları ya da alıcıdan tekrar mal satın almayacakları belirtilerek esaslı ihlalin oluştuğuna karar verilmiştir. Bkz.: Landgericht Landshut, 05.04.1995, CISG-online no: 193. İçtihatlarda bu yönde ayrıca bkz.: Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006, CISG-online no: 1377.

<sup>86</sup> Bkz.: Bridge, **a.g.m.**, s. 918, 919.

<sup>87</sup> Alacaklının beklentileri ekonomik menfaatlardan uzaklaştıkça sözleşmeyi ihlal eden taraf için öngörülebilirlik kıstasının daha önemli hâle geldiği ifade edilebilir. *Inc.* Bridge, **a.g.m.**, s. 919.

Buna karşın, bizim de isabetli bulduğumuz doktrindeki son eğilime göre, malların üretim sürecinde temel insan haklarının ihlal edilmesi CISG m. 25 kapsamında "olumsuzluk" teşkil edebilir<sup>88</sup>. Burada CISG m. 9/II hükmü vasıtasıyla, asgari ahlaki değerlerin, her uluslararası satım sözleşmesinde zımnen kararlaştırılan sözleşme hükümleri olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir<sup>89</sup>. Yine, karşı tarafça sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine güven duymak her sözleşmeden beklenebileceği için bu güvenin kaybedilmesinin "olumsuzluk" olarak kabul edilebileceği durumlar ortaya çıkabilmektedir<sup>90</sup>.

## (2) Olumsuzluk Kıstasının İşlevi

Doktrinde geniş bir kabul gördüğü üzere, "olumsuzluk" kavramının CISG m. 25 hükmü altında bir "elek" vazifesi gördüğü ifade edilebilecek durumdadır<sup>91</sup>. Bunun anlamı, bir sözleşme ihlali gerçekleşmesine rağmen, bu ihlale maruz kalan taraf nezdinde oluşmuş herhangi bir "olumsuzluk" saptanamıyorsa esaslı ihlalden bahsedilememesidir. Örneğin, satıcı paketleme taahhüdünü ihlal etmesine rağmen, mallar alıcıya bir şekilde sağlam ulaşmışsa esaslı ihlal oluşmayacaktır<sup>92</sup>. Fakat aynı durumda söz konusu ihlal sebebiyle alıcı, bu malları yeniden satma olanağını kaybediyorsa artık esaslı ihlal değerlendirmesinde aranan şartlardan biri olarak "olumsuzluk" kıstası gerçekleşmiş demektir<sup>93</sup>. Yine *Leisinger* tarafından verilen ilgi çekici bir örnekte<sup>94</sup>, kendi müşterisi ile sülfür oranı % 0.6'nın altında olan yağ satımı konusunda anlaşılan alıcı, kendisini güvenceye almak için satıcı ile aralarındaki

---

<sup>88</sup> *Leisinger*, **a.g.e.**, s. 39 dn. 185. Yine dürüstlük kuralını temel alarak, malların üretim sürecinde insan haklarının ihlal edilmesinin esaslı ihlale yol açabileceği görüşünde bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Viscasillas), **a.g.e.**, Art. 7 N. 23.

<sup>89</sup> *Leisinger*, **a.g.e.**, s. 39 dn 185.

<sup>90</sup> Bu konunun incelemesi için bkz.: aş. II. D.

<sup>91</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.1.2; Koch, **Fundamental Breach**, s. 263; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 11; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 239; *Leisinger*, **a.g.e.**, s. 39; Lorenz, **a.g.m.**, § III. A. İçtihatlarda bu yönde *inc.* Oberster Gerichtshof, 21.06.2005, CISG-online no: 1047.

<sup>92</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.1.2; Koch, **Fundamental Breach**, s. 263; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 239 dn. 74; Dayioğlu, **a.g.e.**, s. 37; Kaşak, **a.g.m.**, s. 342.

<sup>93</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.1.2; Koch, **Fundamental Breach**, s. 263; Dayioğlu, **a.g.e.**, s. 37; Kaşak, **a.g.m.**, s. 342.

<sup>94</sup> *Leisinger*, **a.g.e.**, s. 39.

sözleşmede, teslim edilecek olan yağdaki sülfür oranının % 0.5'in altında olmasını kararlaştırmıştır. Satıcı tarafından % 0.55 oranında sülfür içeren yağ teslim edilmesi hâlinde, bu durum bir sözleşme ihlali oluşturacak; fakat alıcı, kendi müşterisine karşı yükümlülüğünü aralarındaki sözleşme şartlarına uygun olarak yerine getirebilecektir. Dolayısıyla, teslim aldığı yağı, aralarındaki sözleşmede kararlaştırılan fiyat üzerinden belirlenen müşterisine yeniden satabilen alıcı, CISG m. 25 hükmü anlamında olumsuzluğa uğramamaktadır. Bu bakımdan, sözleşme ihlaline maruz kalan taraf, sözleşme ile ulaşmak istediği amacı bütünüyle gerçekleştirebilmişse "olumsuzluk" oluşmaz. Buna karşın aynı örnekte alıcı, müşterisine teslim ettiği yağdaki sülfür oranının düşük olması nispetinde daha fazla semene hak kazanabilseydi, satıcıdan teslim aldığı sözleşmeye aykırı malı yeniden satabilse dahi olumsuzluğa uğradığını iddia edebilecek durumda olurdu. Zira bu durumda alıcı, satıcı ile aralarındaki sözleşmeye uygun mal teslim alması varsayımında, müşterisi ile olan sözleşme gereği daha fazla semen elde edebilecekti. Bu son vaziyette ise uğranılan olumsuzluğun, CISG m. 25 hükmü kapsamında aranan seviyeye ulaşıp ulaşmadığı araştırılacak idi.

Ayrıca belirtmek gerekir ki CISG m. 25 kapsamında "olumsuzluk" dinamik bir kavramdır<sup>95</sup>. Örneğin, sözleşme ihlali ile birlikte süreç içinde devam eden bir yapıya sahip olabilir<sup>96</sup>. Başlangıçta esaslı ihlale dayanma olanağı vermeyen bir olumsuzluğun, belirli bir zamanın geçmesiyle esaslı ihlali haklı kılan bir duruma gelmesi mümkündür<sup>97</sup>. Bu gibi hâllerde, hangi andan itibaren söz konusu olumsuzluğun CISG m. 25 hükmünde öngörülen seviyeye ulaştığının tespiti önem taşıyabilir<sup>98</sup>. Örneğin, sözleşmede kararlaştırılan çalışma gücünün altında bir makine teslim edilmesi hâlinde, alıcının üretim kaybı zaman içerisinde artan bir nitelik arz edecektir. Satıcının bu sözleşmeye aykırılığı giderme niyeti veya olanağı yoksa alıcı, ileriye yönelik olarak beklenen olumsuzluğu da dayanarak derhal esaslı ihlal iddiasında bulunabilir. Sözleşmeye aykırılığın giderilmek istenmesi durumunda ise

---

<sup>95</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3: "...it will become obvious that the relevant detriment is not a static element..."; Peacock, **a.g.m.**, s. 103: "... as detriment is not a static element...".

<sup>96</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3; Peacock, **a.g.m.**, s. 103.

<sup>97</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 5.

<sup>98</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3; Peacock, **a.g.m.**, s. 103.

satıcının öncelikle, esaslı ihlalin oluşumunu önleme imkânı bulunmaktadır (CISG m. 48). Zira satıcının sözleşmeye aykırılığı gidermek istemesi ve bunun mümkün görülmesi durumunda, ileride oluşması beklenen olumsuzluğun objektif bir temelde ispatlanması imkânı kalmamaktadır. Fakat alıcının uğradığı olumsuzluk, CISG m. 25 hükmünün aradığı ölçüye fiilen ulaştıktan sonra, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme iradesi de esaslı ihlalin oluşumunu önleyemeyecektir<sup>99</sup>. Yine malları teslim borcunun veya semenin ödenmesi borcunun vaktinde ifa edilmediği durumlarda, alacaklı için ifa tarihinin arz ettiği önem sebebiyle gecikme ilk anda esaslı ihlali haklı kılan bir olumsuzluğa yol açabilir. Fakat çoğu zaman, borçlunun vaktinde ifa etmemesi ilk anda esaslı ihlali haklı kılan bir olumsuzluğa yol açmasa da gecikme süresi uzadıkça alacaklının maruz kaldığı fiili olumsuzluk da zamanla artacak ve bir noktada esaslı ihlale sebep olabilecek düzeye gelecektir<sup>100</sup>. Bu gibi hâllerde alacaklı, sözleşmenin ifa edileceğine duyulan güvenin zaten kaybolduğunu objektif olarak ispat ederek yine esaslı ihlale dayanabilir.

Bunun ötesinde bazı istisnai durumlarda, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın uğradığı olumsuzluğun tamamen ortadan kalkması veya kapsamının daralması da söz konusu olabilir. Bu hususun pratik anlamı, esaslı ihlal ileri sürülebilmesini sağlayan olumsuzluğun ortadan kalkmasıyla, artık esaslı ihlale dayanma olanağının kaybedilebilmesidir. Zira CISG m. 25 hükmünün *ratio legis'i* sözleşmeden dönmeyi ve ikame mal teslimini istemeyi haklı gösteren durumları saptamak olduğundan, bunlara başvurmayı haklı kılan olumsuzluğun ortadan kalkmasıyla, borçlunun esaslı ihlale bağlı sorumluluğuna artık gidilememesi gerekir. Örneğin, sözleşme konusu gıda maddelerinin kararlaştırılandan fazla kimyasal madde içermesi ve bu sebeple de alıcının ülkesinde geçerli olan gıda güvenliği kuralları uyarınca başka malların üretiminde kullanılmaması veya tüketicilere arz edilememesi durumunda, esaslı ihlalin oluşması muhtemeldir. Satıcı tarafından malların teslim edilmesinden kısa bir süre sonra ilgili kurallarda değişiklik olması ve artık teslim edilen malların alıcı tarafından kullanılabilir hâle gelmesi durumunda, esaslı ihlale sebebiyet veren olumsuzluk ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla alıcı, söz

<sup>99</sup> Bu konunun ayrıntılı incelemesi için bkz.: aş. III. B. 4. c.

<sup>100</sup> *Inc. Zeytin, a.g.e.*, s. 179.

konusu sözleşmeye aykırı malları kullansa dahi sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun kalacağını - örneğin tüketici tercihi gibi - diğer sebeplerle ispat edemedikçe, esaslı ihlale dayanma olanağını yitirecektir. Buna karşın, ilgili kurallarda değişiklik yaşanmadan önce alıcı, teslim edilen malları bu periyotta kullanamaması sebebiyle zaten sözleşmeden beklediği menfaati kaybetmişse söz konusu değişiklik, alıcının esaslı ihlale dayanabilmesi üzerinde herhangi bir etki yaratmaz. Zira ilgili kuralların değişmesi, alıcı açısından artık sözleşmeden beklediği menfaati elde etme olanağı yaratamamaktadır. Dolayısıyla, esaslı ihlale sebebiyet veren olumsuzluğu ortadan kaldıran bir özellik de taşımayacaktır. Ayrıca bu kurallar değişmeden önce alıcı, esaslı ihlale dayanarak haklı şekilde sözleşmeden dönmüş olabilir ve bu riski sözleşmeyi ihlal eden tarafın taşıması gerekir.

Bunun yanında, sözleşme ihlalinin esaslı kabul edilmesi için herhangi bir olumsuzluğun saptanmış olması yeterli değildir. CISG m. 25 hükmü, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan şeyden önemli ölçüde yoksunluğun ortaya çıkmasını aramaktadır. Esasen "olumsuzluk" kıstasının geniş okunması karşısında, sözleşmenin esaslı ihlali yapısına "seçici" özelliğini veren kısmın da bu olduğu ifade edilebilir<sup>101</sup>. Dolayısıyla devam eden bölümlerde, "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatler" ve bu "meşru menfaatlerden önemli ölçüde yoksun" kalma kıstasları incelenmiştir.

---

<sup>101</sup> *Inc. (Huber)/Mullis, a.g.e.*, s. 214; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 239; Leisinger, **a.g.e.**, s. 40.

## c. Sözleşme Uyarınca Beklenmekte Haklı Olunan Menfaatler

### (1) Sözleşme Uyarınca Beklenmekte Haklı Olunan Menfaatlerin Kapsamı

Belirtildiği üzere, CISG m. 25 kapsamında kabul edilebilecek bir olumsuzluk, sözleşmeden beklenmekte haklı olunan menfaatten yoksun kalma durumudur. Hâl böyle olunca, esaslı ihlal değerlendirmesinde odak noktasının, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın beklemekte haklı olduğu menfaatlere kaydığı kolaylıkla fark edilebilir<sup>102</sup>.

Beklenmekte haklı olunan bu menfaatlerin saptanması noktasında ise yalnızca sözleşmede kaleme alınan açık düzenlemeler değil, taraflar için bağlayıcı olan teamüller ve alışkanlıklar veya iradelerinin yorumlanmasında başvurulmuş sözleşme öncesi müzakereler gibi akdi ilişkiyi çevreleyen diğer koşullar da dikkate alınacaktır<sup>103</sup>. Şu hâlde, "bir tarafın sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatler" kıstası da zaman zaman belirsizlik yaratabilecek bir niteliğe bürünmektedir. Burada da yapılması gereken, salt sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın bu sözleşme ile kavuşmayı "umduğu" menfaatlere itimat etmeyip<sup>104</sup>; ilgili sözleşmenin yorumu neticesinde, bu sözleşmeden ulaşılabilecek objektif olarak mümkün görülen menfaatleri dikkate almaktır<sup>105</sup>. *Bridge* tarafından aktarılan bir örnekte<sup>106</sup>, sözleşme konusu malların belirli bir cins ahşap paketleme ile teslim edilmesi

---

<sup>102</sup> Grebler, **a.g.m.**, s. 409.

<sup>103</sup> *Inc. Bianca/Bonell/(Will)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.2.1; Babiak, **a.g.m.**, s. 120; Koch, **Fundamental Breach**, s. 292; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 497, 498; Liu, **a.g.m.**, § 2.2 (c); Peacock, **a.g.m.**, s. 103 dn. 54. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-online no: 1729.

<sup>104</sup> *Bianca/Bonell/(Will)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.2.2; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 497; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art 25 N. 14; Peacock, **a.g.m.**, s. 103 dn. 54.

<sup>105</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 497; Kaşak, **a.g.m.**, s. 343. Bu yönde ayrıca *inc. Enderlein/Maskow*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3.3; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 322; *Bridge*, **a.g.m.**, s. 919; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art 25 N. 14; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 215; Peacock, **a.g.m.**, s. 103. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-online no: 1729; Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006, CISG-online no: 1377; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413.

<sup>106</sup> *Bridge*, **a.g.m.**, s. 919.

gerekiyordu. Alıcının bu sözleşme hükmüyle güttüğü amaç, söz konusu ahşap malzemeyi de kendi ürettiği araçlarda kullanmaktır. Bu örnekte, malları temin eden taraf (satıcı), ahşap malzemelerin alıcı tarafından bu şekilde tekrar kullanılabilirliğini taahhüt etmediği gibi, alıcının böyle bir amacından haberdar da değildir. Şu hâlde malların, taahhüt edilen paketleme şekliyle teslim edilmemesi, şüphesiz bir sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır. Buna karşın, alıcının söz konusu ahşap malzemeyi tekrar kullanmayı "umması", CISG m. 25 kapsamında "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaat" olarak görülemez.

Bu noktada ifade edebileceğimiz önemli bir husus da şudur: Taraflardan birinin, kendisi için ehemmiyet arz eden hususlar, örneğin herhangi bir yükümlülüğün özellikle belirli şekilde yerine getirilmesi (malların sahip olması gereken kalite gibi) ve buna bağlı olarak beklediği menfaat hakkında karşı tarafın dikkatini çekmiş olması ve/veya bu hususun sözleşmede açıkça düzenlenmiş olması, ilgili hususların "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan şey" ("meşru menfaat") olarak gösterilebilmesini kolaylıkla sağlayacaktır<sup>107</sup>. Dolayısıyla belirli yükümlülüklerle açık bir önem atfedilmesi, alacaklı tarafın söz konusu bu yükümlülüklerle bağlı olarak beklediği menfaatleri, "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaat" olarak değerlendirebilmemizde etkili olabilmektedir. Burada da hangi hususların taraflar için önem arz ettiği yine sözleşmeyi çevreleyen koşullar dikkate alınarak saptanacaktır. Yukarıda verilen örnekte, paketleme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesinde açıkça sözleşme ile sıkı bir bağlılığın aranmış olması sebebiyle veya bu yükümlülüğün öneminin akdi ilişkiyi çevreleyen diğer koşullardan anlaşılması sebebiyle, söz konusu ahşap malzemeleri elde etmenin alıcının iş organizasyonu için başkaca bir öneme de sahip olduğu satıcı tarafından bilinebilecek durumdaysa alıcının bu malzemeyi kendi ürettiği araçlarda kullanma amacı da sözleşme uyarınca beklenebilecek bir menfaat olarak kabul edilebilecektir. Böyle bir durumda ise alıcının bu menfaatten yoksun kalmasının esaslı ihlali haklı kılıp kılmadığı, sözleşmenin bütünü içinde bu menfaate taraflarca verilmiş önemin

---

<sup>107</sup> *Inc. Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro)*, **a.g.e.**, s. 363, 364; Kaşak, **a.g.m.**, s. 342. İçtihatlarda bu yönde *inc. Oberlandesgericht Linz*, 23.01.2006, CISG-online no: 1377; *Cour d'appel de Versailles*, 29.01.1998, CISG-online no: 337.

saptanması veya tarafların bu yönde bir iradesi tespit edilemiyorsa aynı durumun objektif olarak takdir edilmesi<sup>108</sup> sonucu ortaya çıkacaktır<sup>109</sup>.

Meşru menfaatleri saptarken sözleşmeyi yorumlamak ve tarafların iradesini tespit etmek noktasında, CISG m. 8 hükmüne başvurulabilir<sup>110</sup>. Zira temelde, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlerin tespit edilebilmesi, sözleşmenin yorumuyla mümkündür<sup>111</sup>. Bu bağlamda, tarafların sözleşmeyi kurarken açıkladıkları irade beyanlarına verilmesi gereken anlam da önemli bir rol üstlenebilir. Tarafların irade beyanlarının yorumlanmasında başvurulacak en önemli araç ise, şüphesiz, CISG m. 8 hükmüdür. Nitekim sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatler objektif bir bakış açısıyla saptanacağından, CISG m. 8/II hükmü özellikle referans alınabilecek durumdadır. Bu hüküm, bir tarafın irade açıklamasına verilecek anlamın ne olduğu noktasında, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullardaki anlayışını esas almaktadır<sup>112</sup>. Buna göre, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatler; ihlale maruz kalan taraf adına bu sözleşmeden doğması muhtemel tüm menfaatler içerisinden, sözleşmeyi ihlal eden taraf veya bu taraf ile aynı konum ve koşullardaki makul bir kişi için de sözleşme ilişkisine girerken anlaşılabilir olanlardır<sup>113</sup>. Örneğin, ikinci el bir CNC makinenin satımını konu edinen sözleşmede satım konusu bu makinenin, sipariş onayında satıcı tarafından "yeni gibi" ("good-as-new") şeklinde

<sup>108</sup> Bu hususta bkz.: aş. II. A. 3. d.

<sup>109</sup> Alıcının söz konusu ahşap malzeme ile güttüğü bu amaç, satıcı tarafından biliniyor olsa idi, bu ahşap malzemelerin karşılığı olarak satıcı adına fazladan ücret kararlaştırılmamış olsa bile alıcının amacı, CISG m. 25 kapsamında "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaat" olarak değerlendirilecekti; Bridge, **a.g.m.**, s. 919. *Bridge*, bu ihtimalde söz konusu olayda esaslı ihlal tespit etmenin uygunluğuna şüphe ile yaklaşmaktadır. *Inc. Bridge*, **a.g.m.**, s. 919. *Bridge'in* bu yargısının temelinde, sözleşme ihlalinin, sırf malların paketlenmesine ilişkin bir borca aykırılıktan doğması yatıyor görünmektedir. *Kanımızca* bu durumda, paketlenme yükümlülüğünden beklenen menfaatin önemi tarafların iradesinden anlaşılamiyor ise sözleşme uyarınca beklenen (ve beklenmekte haklı olunan) bütün menfaate nazaran, malların öngörülen şekilde paketlenmemesi sebebiyle yoksun kalınan menfaatin, alıcı için arz ettiği önem göz önüne alınmalıdır. Esasen buradaki mesele klasik olarak, yan edim yükümlülüğünün ihlali hâlinde esaslı ihlal değerlendirmesidir. Ortaya çıkan olumsuzluğun, beklenmekte haklı olunan menfaatlerden "önemli ölçüde yoksunluğa" sebebiyet verip vermediği kıstası ön plana çıkmaktadır.

<sup>110</sup> *Inc. Zeller*, **a.g.m.**, s. 87, 88; Kaşak, **a.g.m.**, s. 343.

<sup>111</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 497; Leisinger, **a.g.e.**, s. 45; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 38.

<sup>112</sup> CISG m. 8 hükmüne ilişkin açıklamalar için bkz.: yuk. I. E. 4. a.

<sup>113</sup> *Inc. Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 27; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 215; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 322, (Garro), s. 363, 364; Zeller, **a.g.m.**, s. 89; **Digest**, Art. 25 N. 3. İçtihatlarda benzer yönde *inc.* Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770.



nitelendirilmesi karşısında Mahkeme, haklı olarak, alıcının kendisine teslim edilen makinenin çalışır durumda olmasını bekleyebileceğini belirtmiştir<sup>114</sup>. Son olarak belirtmek gerekir ki sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine duyulan güven de alacaklının sözleşmeden beklemekte haklı olduğu bir menfaattir.

## (2) Sözleşme Uyarınca Beklenmekte Haklı Olunan Menfaatlerin Saptanmasının Önemi ve İşlevi

CISG m. 25 hükmü altında olumsuzluğun konu itibarıyla, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlere ilişkin olması gerektiği bu kıstas açıklanırken ifade edilmişti. Aynı şekilde, esaslı ihlali haklı kılan derecede bir olumsuzluğun bulunup bulunmadığı noktasında da ihlale maruz kalan tarafın meşru menfaatleri ölçü alınmaktadır. Zira ihlalin sebep olduğu yoksunluğun veya kaybın (olumsuzluğun kaynağı her ne ise) miktar olarak çokluğu değil<sup>115</sup>, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlardan ne derece mahrum kalındığı önemlidir<sup>116</sup>. Dolayısıyla olumsuzluğun, ihlale maruz kalan taraf için taşıdığı niteliksel önem belirleyicidir<sup>117</sup>. Sözleşme ihlali sonrası ortaya çıkan durumun, somut akdi ilişki içerisinde ihlale maruz kalan taraf açısından ne anlam ifade ettiği araştırılacaktır.

---

<sup>114</sup> Tribunal Cantonal du Valais, 21.02.2005, CISG-online no: 1193. Yine Fransız bir satıcı ile Amerika Birleşik Devletleri'nden bir alıcı arasındaki uyumsuzlukta Cour d'appel de Grenoble, CISG m. 8 hükmüne başvurarak satıcının sözleşmeye girerken sahip olduğu niyeti tespit etmiş ve bunun alıcı tarafından da bilinebilir olduğunu belirtmiştir. Olayda Mahkeme, taraflar arasındaki sözleşmeyi ve sözleşme öncesi görüşmeleri yorumlayarak sözleşme konusu malların tekrar satımının Afrika'ya veya Güney Amerika'ya yapılması üzerine sözleşme ilişkisine girildiğine ve satıcının malların son teslim yerine ilişkin alıcıdan delil istemekte haklı olduğuna kanaat getirmiştir. Alıcının bu yönde delil sağlayamaması ve malların tekrar satımına ilişkin sınırlamaya da uymadığının anlaşılması üzerine Mahkeme, esaslı ihlalin oluştuğuna karar vermiştir. Bkz.: Cour d'appel de Grenoble, 22.02.1995, CISG-online no: 151.

<sup>115</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 21; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 495, 496; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 215; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 97, 98; El-Saghir, **a.g.m.**, s. 337; Peacock, **a.g.m.**, s. 102; Kaşak, **a.g.m.**, s. 342.

<sup>116</sup> *Inc.* Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.2.2; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 495, 496; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 322, (Garro), s. 363; Peacock, **a.g.m.**, s. 102, 103; Kaşak, **a.g.m.**, s. 342. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-online no: 1729; Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770.

<sup>117</sup> Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 97, 98; Peacock, **a.g.m.**, s. 102, 103.

Ayrıca ifade etmemiz gerekir ki bu kıstasa göre değerlendirme yapılırken yalnızca ihlal edilen yükümlülüğe bağlı olarak beklenen menfaatin değil, sözleşmenin bütünü uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatin belirlenmesi ve ihlal sebebiyle tüm bu menfaatten ne ölçüde yoksun kalındığının araştırılması gerekmektedir<sup>118</sup>. Diğer bir söylemle yorumcu, bütün bir akdi ilişkinin fotoğrafını çekecek ve ihlal sebebiyle görüntünün ne ölçüde bozulduğuna karar verecektir<sup>119</sup>. Örneğin, Landgericht Saarbrücken tarafından görülen bir davaya konu ihtilaf, bu hususta açıklayıcı olabilir<sup>120</sup>. Söz konusu olayda Alman alıcı, Polonyalı satıcıdan Polonya menşeli malların teslim edilmesini istemiş; fakat satıcı tarafından teslim edilen malların bu özellikte olmadığı anlaşılmış ve bu sebeple de alıcı gümrük vergisi ödemek zorunda kalmıştır. Mahkeme, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi sebebiyle esaslı ihlalin bulunabileceğine değinmiştir. *Kanımızca*, daha ayrıntılı bir incelemeye dayanmaması sebebiyle Mahkeme'nin bu aşamada zikrettiği görüş isabetli değildir<sup>121</sup>. Zira alıcının maruz kaldığı olumsuzluğun, sözleşme uyarınca beklediği menfaatler üzerindeki etkisi ortaya konmuş değildir. İlk ifade edilmelidir ki Polonya menşeli malların teslim edilmesinin kararlaştırılması ve alıcının uzun süredir bu tür malları satıcıdan satın alması karşısında, alıcının gümrük vergisi ödemeksizin bu malları ithal edebilmesi, "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan" bir menfaat olarak görülebilecektir. Sözleşme ihlali sebebiyle bu menfaatten yoksun kalındığı da ortadadır. Fakat somut olayda alıcının sözleşmeden beklediği ve beklemekte haklı da olduğu menfaatin, gümrük vergisi ödememek ile sınırlı olamayacağı açıktır. Gerçekten de alıcının uğradığı olumsuzluğun, sözleşmenin bütününden beklediği menfaat üzerindeki etkisi belirsizdir. Malların satın alınmasındaki amacın, ödenen bu vergi nedeniyle gerçekleştirilemeyeceği şüphelidir<sup>122</sup>. Örneğin alıcı, bu malları kendi kullanımı için satın almış ise gümrük vergisi ödenmesinin, bu amacı ne ölçüde boşa çıkardığı araştırılmalıdır. Keza alıcı bu malları tekrar satarak kâr sağlamak amacı güdüyorsa ödenen verginin bu ihtimali

---

<sup>118</sup> *Inc. ve karşı. Koch, Fundamental Breach*, s. 351.

<sup>119</sup> Landgericht Kassel, 21.09.1995, CISG-online no: 192 (Kararda, yükümlülüklerini ifa eden tarafın, menfaatler dengesi gözetildiğinde, sözleşme ile bağlı kalmasının beklenemeyeceği düzeyde akdi ilişkinin bozulmasından bahsedilmektedir.).

<sup>120</sup> Landgericht Saarbrücken, 01.06.2004, CISG-online no: 1228.

<sup>121</sup> Ayrıca bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 58 dn 249.

<sup>122</sup> Alıcının malları satın alma amacı karar içeriğinden tespit edilememektedir.

ortadan kaldırıp kaldırmadığı önem kazanmaktadır<sup>123</sup>. Görüldüğü üzere ihlale maruz kalan tarafın, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatin bir kısmından yoksun kalması esaslı ihlal için yeterli olmayabilir. Yalnız önemle ifade edilmelidir ki bu durum, alıcının sözleşmeden "gerçekte neyi beklediği" sorusunun cevabını saptırmamalıdır. Örneğin, alıcının kendisini bağlayan belirli bir sözleşmeyi ifa edebilmek gayesiyle satıcı ile sözleşme yaptığı açıksa ve kendisine teslim edilen mallar sebebiyle bu sözleşmeyi ifa edememişse sözleşmeden beklenen menfaatin tümünden yoksun kalınmıştır. Alıcıya teslim edilen malların başka türlü kullanım olanağı bulunup bulunmadığı artık bir önem taşımamaktadır.

#### **d. Meşru Menfaatlerden Önemli Ölçüde Yoksunluk**

Belirtildiği üzere, sözleşme ihlalinin esaslı addedilebilmesi, sebep olduğu olumsuzluğun önemli olmasını gerektirir. Önemli olumsuzluğun anlamı ise sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlerden önemli ölçüde yoksun kalınmasıdır<sup>124</sup>. Bu bağlamda önemli ölçüde yoksunluk kıstası, esaslı ihlal sonucunu haklı kılan bir olumsuzluğun hangi ağırlığa ulaşması gerektiğini belirlemektedir. Fakat hükmün bu anlamda kesin olmayan ölçütler içerdiği düşünülmektedir<sup>125</sup>. Dolayısıyla, sözleşme ihlali sebebiyle ortaya çıkan menfaat azalmasının, esaslı ihlali haklı kılması için ulaşması gereken seviye ve bu değerlendirmenin hangi ölçütlerle yapılacağı ayrıca araştırılmalıdır.

Bu noktada da bazı yazarlar parasal değerler üzerinden yapılan bir değerlendirmeyi ön plana çıkarmaktadır: *Babiak*, 1976 tarihli Taslak'a ilişkin Şerh'den yola çıkarak esaslı ihlali gündeme getirebilecek önemli ölçüde olumsuzluğun gerçekleşip gerçekleşmediği noktasında özellikle, sözleşmenin toplam değerinin, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın uğradığı mali zararın ve yine bu

---

<sup>123</sup> Ödenen vergi sebebiyle alıcı kâr elde etme imkânını yitirmişse tazminat isteyerek tatmin edilmesinin mümkün görülmesi, *kanımızca*, yeterli değildir. Bu hususta ayrıca satıcının da "işbirliği" içerisinde olarak, CISG m. 25 kapsamında bir olumsuzluğun oluşmasını engellemesi gerekir. Örnek bir inceleme için bkz.: aş. III. B. 4. b.

<sup>124</sup> *Inc. Liu, a.g.m.*, § 2.1.

<sup>125</sup> *Grebler, a.g.m.*, s. 409.

tarafın faaliyetlerinin sözleşme ihlali sebebiyle ne derece zedelendiğinin dikkate alınması gerektiğini düşünmektedir<sup>126</sup>. Yazara göre, satım sözleşmesinin asgari içeriği; ilgili malların türü, bunların miktarı ve fiyatından oluşacaktır. Böylelikle taraflar, yalnızca belirli türde ve miktarda malın satımını beklememekte; aynı zamanda bu işlem için belirlenmiş sabit bir mali değere sahip olmaktadır<sup>127</sup>. 1978 tarihli Antlaşma Taslağı'na ilişkin Sekretarya Şerhi'ni kaynak olarak kullanan *Paiva* da benzer şekilde, sözleşmenin mali değerinin ve ihlalin sebep olduğu mali olumsuzluğun, önemli ölçüde olumsuzluğun göstergeleri olduğunu ifade etmektedir<sup>128</sup>. Yazar, sözleşmede sahip olunan menfaatin değeri ve uğranılan ekonomik zarar ortaya konularak bu iki ögenin kıyaslanması gerektiğini düşünmektedir<sup>129</sup>. Buna karşın *Koch*, esaslı ihlal değerlendirmesinde sözleşmenin toplam değerinin ve uğranılan mali zararın belirleyici olmasına karşı çıkmaktadır<sup>130</sup>. Zira esaslı ihlalin oluşabilmesi için uğranılan mali zararın ulaşması gereken oran da belirli değildir ve bu yaklaşımın kabul edilmesi, ihlale maruz kalan taraf için ağır bir yük getirebilir<sup>131</sup>.

Belirtmemiz gerekir ki CISG m. 25 hükmü kapsamında kabul edilen "olumsuzluk" kavramı, uğranılan mali kayıplar ile sınırlı olmadığından, "önemli ölçüde yoksunluk" kıstasında bu unsurun merkeze alınması isabetli ve kapsayıcı olmayacaktır. Örneğin, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın uğradığı olumsuzluk, ticari itibar kaybı ise bu durumun mali kayıp cinsinden karşılığının araştırılması gerekmemektedir. Yukarıda zikredilen Antlaşma taslaklarına ilişkin Şerhler, olumsuzluğun önemli ölçüde olup olmadığının değerlendirmesinde olayın şartlarının dikkate alınacağını belirtmekte ve sözleşmenin mali değeri ile ihlalin sebep olduğu mali zararın dikkate alınabileceğini örnek olarak göstermektedir<sup>132</sup>. Dolayısıyla, ihlale maruz kalan tarafın uğradığı mali zarar tespit edilebiliyorsa bu da

---

<sup>126</sup> Babiak, **a.g.m.**, s. 120.

<sup>127</sup> Babiak, **a.g.m.**, s. 120.

<sup>128</sup> Paiva, **a.g.m.**, § 4.2.1.2.1.

<sup>129</sup> Paiva, **a.g.m.**, 4.3. *Kanımızca*, sözleşmeden beklenen ekonomik menfaatin yarısından fazlasının kaybedilmesi şeklinde ifade edilen *a priori* önerme (Bkz.: Paiva, **a.g.m.**, § 4.1.2, 4.2.3.4.) hükmün ruhuna uymamaktadır. Aynı yönde bkz.: Ziegel, **a.g.m.**, s. 16; Koch, **Fundamental Breach**, s. 267.

<sup>130</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 267, 331, 343, 344.

<sup>131</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 267.

<sup>132</sup> Hazırlık tarihçesindeki ilgili açıklamalar için bkz.: yuk. I. F. 3. b.

değerlendirmede dikkate alınabilecek kıstaslardan biri olacaktır. Önemli olan husus, esaslı ihlal değerlendirmesinin daha baştan, uğranılan mali zarar veya benzeri tek bir kritere indirgenmemesidir<sup>133</sup>.

Doktrinde ve kararlarda, hangi seviyenin önemli ölçüde olumsuzluk çığtasının üstünde kaldığı noktasında çoğunlukla iki ölçü ön plana çıkmaktadır: Bunlardan ilki, sözleşme ihlalinin, ihlale maruz kalan tarafın sözleşmenin ifasına duyduğu ilgiyi (ifadan beklediği menfaati) ortadan kaldıran bir menfaat azalmasına yol açmasıdır<sup>134</sup>. *Magnus*'a göre, burada sözleşme ihlalinin, ihlale maruz kalan tarafın menfaatini bütünüyle veya ağırlıklı olarak yok etmesi gerekmektedir<sup>135</sup>. İkincisi ölçü ise ihlale maruz kalan tarafın; semenin indirilmesi, tazminat veya onarım gibi yollarla tatmin edilememesidir<sup>136</sup>. *Ferrari* bu yaklaşımın, sözleşmeden dönmeye son çare olarak başvurulması gerektiği prensibi ile paralel olduğunu düşünmektedir<sup>137</sup>.

Temelde, esaslı ihlal şartına bağlı olmadan kullanılabilen hukukî çarelerin ihlale maruz kalan tarafı yeterince koruyamadığı durumlarda esaslı ihlalin

---

<sup>133</sup> *Inc. Lubbe*, **a.g.m.**, s. 460.

<sup>134</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3.1, 3.2; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 496; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 12; Graffi, **a.g.m.**, s. 340; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 321; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 37. İctihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Tribunal Cantonal du Valais, 27.04.2007, CISG-online no: 1721; Handelsgericht Aargau, 05.11.2002, CISG-online no: 715; Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135; Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 17.09.1991, CISG-online no: 28. Nitekim bu bağlamda, sözleşmenin amacının boşa çıkmasına da vurgu yapılmaktadır; Serozan, **a.g.m.**, s. 211; Koch, **Fundamental Breach**, s. 267, 351 vd. *Atamer* de sözleşmeyi akdetme sebebinin konusuz kalmasına değinmektedir; *Atamer*, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 239. Ayrıca bkz.: Landgericht Heidelberg, 03.07.1992, CISG-online no: 38 (Kararda, alıcı tarafından malların satın alınmasındaki amacın, sözleşme ihlali sebebiyle elde edilemez hâle gelmiş olması gerektiği ifade edilmiştir.).

<sup>135</sup> Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 321. Ayrıca bkz.: **Digest**, Art. 25 N. 3; Tribunal Cantonal du Valais, 27.04.2007, CISG-online no: 1721 (Kararda, ifaya yönelik hiçbir ilgi duyulmamasından bahsedilmektedir.).

<sup>136</sup> *Inc. Ferrari*, **Fundamental Breach**, s. 496; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 363; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 12; Koch, **Fundamental Breach**, s. 350 vd; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 37; Kaşak, **a.g.m.**, s. 342. İctihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-online no: 1729; Kantonsgericht Zug, 30.08.2007, CISG-online no: 1722; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135. Sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın tazminat ile tatmin edilmesi mümkün ise CISG m. 25 hükmü anlamında bir olumsuzluğun oluşmadığı hususunda ayrıca bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3.1; Peacock, **a.g.m.**, s. 102.

<sup>137</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 496.

oluşturduğunu kabul etmek, tutarlı bir yaklaşım olacaktır<sup>138</sup>. Zira bu durum esasen sözleşme ihlali neticesinde uğranılan olumsuzluğun, CISG m. 25 hükmünde aranan seviyeye ulaştığının bir işaretidir. Dolayısıyla, esaslı ihlal olduğu yönünde varılan kanaatin, bir anlamda "sağlaması" yapılmış olacaktır. Buna karşın, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın, esaslı ihlale bağlı olmadan kullanılabilen hukukî çareler ile tatmin edilme olanağı bulunması hâlinde, esaslı ihlalin oluşmayacağına her durumda kabul edilmesi, *kanımızca*, şüpheli olacaktır<sup>139</sup>. Zira bu yönde bir kabul, CISG m. 25 hükmünün aşırı ölçüde sınırlayıcı uygulanmasına sebep olabilir<sup>140</sup>. Ticari sözleşmelerde esasen uğranılan pek çok olumsuzluğun tazminat yolu ile giderilebileceği iddiasıyla karşılaşılabılır<sup>141</sup>. Böylece ihlale maruz kalan tarafın menfaatlerinin her durumda tazminat ile korunacağına kabul edilmesi, CISG m. 25 hükmünü büyük ölçüde işlevsiz hâle getirecektir<sup>142</sup>. Bu hususu dikkate alan ve sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi özelinde inceleme yapan *Leisinger* ise alıcının sözleşme uyarınca beklediği şeyden önemli ölçüde yoksun kalıp kalmadığı değerlendirilirken sözleşmeye aykırılığın tespit edildiği anın esas alınması gerektiğini ifade etmekte ve satıcı tarafından sonradan tazminat ödenmesi gibi önlemlerin dikkate alınmamasını savunmaktadır<sup>143</sup>. Gerçekten de hükümdeki kıstaslar gerçekleştikten sonra örneğin alıcıyı, sözleşmeye aykırı mallar ile baş başa kalmaya zorlamak yerinde olmayacaktır<sup>144</sup>. Kararlaştırılmış vadede elde edeceği semenle başka bir hukukî işlem yapmayı amaçlayarak önemli bir indirimle alıcıya satım yapan satıcıyı, semenin ödenmesinde gecikilmesi hâlinde tazminat istemeye mahkum etmek de uygun olmayacaktır. Keza tazminat sorumluluğunun da öngörülebilir zararlar ile sınırlanmış olması (CISG m. 74) ve ayrıca zararı azaltma

---

<sup>138</sup> Sözleşme ihlali neticesinde saptanabilen bir zararın bulunması ve bu zararın satım konusu malların bedelini dahi aşması veya teslim edilen malların herhangi bir değer taşımaması sebebiyle semenin sifira indirilmesinin gerekmesi durumlarında da ekonomik bir bakış açısıyla, esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönülmesine izin vermenin makul olacağı yönünde *inc. Leisinger, a.g.e., s. 90 - 93.*

<sup>139</sup> Bkz.: *Bridge, a.g.m., s. 920, 921.* Yazar, ancak diğer çarelerin uygun olmaması hâlinde esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönülebileceği yaklaşımını, CISG'nin metni tarafından desteklenmeyen salt bir "kazai yaratıcılık" olarak ifade etmektedir; *Bridge, a.g.m., s. 921.*

<sup>140</sup> *Inc. Bridge, a.g.m., s. 920, 921.* Buna karşın *Koch*, ihlal sebebiyle sözleşmenin amacının boşa çıkmasına ek olarak, ihlale maruz kalan tarafın, tazminata değil de sözleşmeden dönmeye ve ikame mal teslimine başvurmaya ihtiyacı olup olmadığını sorgulamaktadır; *Koch, Fundamental Breach, s. 352, 353.*

<sup>141</sup> *Inc. Enderlein/Maskow, a.g.e., Art 25 N. 3.1; Koch, Fundamental Breach, s. 267, 349 vd.*

<sup>142</sup> Bkz.: *Leisinger, a.g.e., s. 86.*

<sup>143</sup> *Leisinger, a.g.e., s. 86, 87.*

<sup>144</sup> *Inc. Bridge, a.g.m., s. 920, 921.*

külfetinin bulunması (CISG m. 77) gibi sebeplerle, tazminatın yeterli olup olmayacağı araştırmasının esaslı ihlal değerlendirmesini daha da karmaşık bir hâle getireceği ifade edilmelidir. Semenın sıfıra kadar indirilebileceği yaklaşımının benimsendiği<sup>145</sup> nazara alındığında, benzer argümanların semenin tenzili bakımından ortaya konması da mümkündür. Ayrıca semenin tenzili ve onarım imkânları<sup>146</sup>, yalnız sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi hâlinde mümkündür. Oysa esaslı ihlalin kriterlerinin, sözleşmeye aykırılığın tüm görünüm şekillerine uygulanabilir özellikte olması gerekir. Esaslı ihlale bağlı olmadan kullanılabilen hukukî çarelerin esaslılık değerlendirmesine dâhil edilmesi, CISG m. 25 hükmünün işlevi ile de çelişmektedir. Zira sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın başvurabileceği hukukî çareler yelpazesinin genişliğini belirleyen mekanizma, esaslı ihlal kavramıdır. Diğer hukukî çarelerin hükmün kriteri hâline getirilmesi, esasen bu sistemin terse döndürülmesine ve hükmün anlamını yitirmesine yol açacaktır<sup>147</sup>. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki CISG m. 25 hükmünün aradığı kıstaslar gerçekleştikten sonra, sözleşme ihlaline maruz kalan taraf, sözleşmeden dönme veya ikame mal teslimi isteme veya esaslı ihlale bağlı olmadan kullanılabilen diğer hukukî çareler arasında bir seçim hakkına sahiptir. Sözleşmeden dönmenin son çare olarak kullanılması, öncelikle diğer hukukî çarelere başvurma zorunluluğu anlamına gelmemekte<sup>148</sup>; esaslı ihlal gibi sözleşmeden dönmeye ilişkin şartlar oluşmadığında bu hakkın kullanılmamasını ifade etmektedir. Aslına bakılırsa sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın tazminat ile tatmin edilmesi mümkün ise esaslı ihlalin oluşmayacağına düzenlenmesi yönünde Birleşik Krallık tarafından yapılan teklif, gerekli desteği görmemesi sebebiyle geri çekilmiştir. Bu teklif üzerine yaşanan tartışmalar da burada savunulan argümanları desteklemektedir<sup>149</sup>.

---

<sup>145</sup> Bu konuda bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 50 N. 13; Atamer, **a.g.e.**, s. 392, 393; Zeytin, **a.g.e.**, s. 184.

<sup>146</sup> Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirmesi üzerindeki etkisi için ise bkz.: aş. III. B. 4. c.

<sup>147</sup> CISG m. 25 hükmü belirli hukukî çarelerin ön koşuludur. Esaslı ihlalin, hükümde öngörülenden farklı tarif edilmesi isabetsiz olacaktır. Başvurulabilecek muhtemel hukukî çareler, ihlalin niteliğini değiştirmemelidir. *Inc. Paiva*, **a.g.m.**, § 3.2.1.3, 5.2.1.6, 5.2.4.2.1.

<sup>148</sup> Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 424, 425; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 59. *Karş. Singh/Leisinger*, **a.g.m.**, s. 172, 173.

<sup>149</sup> Bkz.: yuk. I. F. 3. c. (1). Fakat istisnai bir durum olarak, sözleşmeyi ihlal eden taraf, semenin tenzili ve/veya uğranılan zararın tazmini hususunda alacaklı ile işbirliği içerisinde bulunarak,

*Kanımızca*, esaslı ihlal değerlendirmesinde bu gibi ek kriterlere yer verme ihtiyacı, hükümde öngörülen "önemli ölçü" kriterinin içini doldurma arayışından doğmaktadır. Fakat belirtmek gerekir ki değerlendirmede dikkate alınan ölçütlerin, hükümde öngörülen kıstasların gerçek içeriğini daraltan veya genişleten bir yapıya sahip olmaması gerekir. Bu anlamda, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın uğradığı olumsuzluğun ne zaman "önemli ölçüye" ulaştığı, ihlal sebebiyle sözleşmenin ifasına duyulan ilginin yitirilmesine yol açan bir menfaat azalmasının gerçekleşip gerçekleşmediği ile araştırılmalıdır.

Bu anlamda belirtmemiz gerekir ki esaslı ihlale karar vermek için aranan ölçü yüksektir<sup>150</sup>. Sözleşme ihlaline maruz kalan taraf, ifadan beklediği menfaati ağırlıklı olarak yitirmiş olmalıdır. Buna karşın, ihlalin esaslı sayılabilmesi için tüm objektif beklentilerin kesin olarak kaybedilmesi aranmaz<sup>151</sup>. Genel anlamda kabul gördüğü üzere, sözleşme taraflarından birinin, maruz kaldığı sözleşme ihlali sebebiyle meşru menfaatlerinden önemli ölçüde yoksun kalıp kalmadığı, her somut olayın kendi şartlarının değerlendirilmesiyle saptanabilir<sup>152</sup>. Zira bir sözleşmenin ihlalinin esaslı sayılabilmesi için ihlale maruz kalan tarafın, beklemekte haklı olduğu menfaatlerinden ne ölçüde yoksun kalması gerektiği, önceden cevaplandırılması oldukça güç bir sorudur<sup>153</sup>. Bu güçlük esasen, kavramsal olarak esaslı ihlal yaklaşımının kendisinden kaynaklanmaktadır<sup>154</sup>. Bu bakımdan, esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken olayların bir kısmında karar mercilerinin takdir paylarının kalacağını kabul etmek zaruri görünmektedir<sup>155</sup>. *Kanımızca* bu noktada da CISG m. 25 hükmünün belli ölçüde bir zaafi ortaya çıkmaktadır. Zira ticari hayatın gerektirdiği kesinlik ve önceden tahmin edilebilirlik ihtiyaçlarının, CISG m. 25

---

alacaklarının CISG m. 25 kapsamında önemli bir olumsuzluğa uğramasına mâni olabilir. Bu hususun örnek bir incelemesi için bkz.: aş. III. B. 4. b.

<sup>150</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 12; Peacock, **a.g.m.**, s. 106.

<sup>151</sup> Bridge, **a.g.m.**, s. 920, 921; Leisinger, **a.g.e.**, s. 87. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770.

<sup>152</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3.2; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 496, 497; Leisinger, **a.g.e.**, s. 40. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-online no: 1729; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413.

<sup>153</sup> Bridge, **a.g.m.**, s. 921: "At what point does serious become very serious or fundamental?"

<sup>154</sup> Bridge, **a.g.m.**, s. 921.

<sup>155</sup> *Inc.* Bridge, **a.g.m.**, s. 922; Grebler, **a.g.m.**, s. 411; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 243 dn. 94; Zeytin, **a.g.e.**, s. 106.



hükmüyle ne ölçüde karşılanabileceği sorgulanabilir. Örneğin, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönme imkânı bulunup bulunmadığını doğru bir şekilde değerlendirebilmesi bazı durumlar için güçleşebilecektir<sup>156</sup>. Fakat ifade etmemiz gerekir ki bu noktada ucu belirsiz bir takdir yetkisi de bulunmamaktadır<sup>157</sup>. Yapılması gereken, öncelikle sözleşme uyarınca beklenen menfaatlerin tespit edilmesi, akabinde ihlal sebebiyle hangi menfaatlardan yoksun kalındığının saptanması ve bu durumun da bütün bir akdi ilişki içerisinde sahip olduğu ağırlığın değerlendirilmesidir.

Şu durumda, sözleşmenin ve bunu çevreleyen koşulların doğru değerlendirilmesiyle, tarafların hangi menfaatleri ön planda tutarak bu sözleşmeyi yaptıklarının tespit edilmesi önem kazanmaktadır. Nitekim bazen yükümlülüklerden bazıları sözleşme ilişkisi içerisinde öne çıkar ve alacaklının menfaatleri büyük ölçüde bu yükümlülüklerin gereği gibi ifa edilmesine bağlı olur. Bu yükümlülüklerin gereği gibi ifa edilmesine bağlı olarak beklenen menfaat alacaklı için öyle önemlidir ki bu menfaat, sözleşmeden beklenenin bütününe veya esaslı bir kısmını oluşturur. Örneğin, sözleşmenin kararlaştırılan tarihten sonra ifa edilmesi alacaklı için yararsız kalacaksa beklenen menfaatin elde edilmesi vaktinde ifaya bağlıdır. Dolayısıyla gelinen noktada, ihlal edilen yükümlülüğe bağlı olarak beklenen menfaatin önemi belirleyici olmaktadır<sup>158</sup>. Bu durumu saptamak ise tamamen sözleşme taraflarına kalmıştır. Taraflar, sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüklerle ve bunların gereği gibi

---

<sup>156</sup> Bkz.: Bridge, **a.g.m.**, s. 921. Esaslı ihlal oluşmamasına rağmen bu gerekçeyle sözleşmeden dönen taraf, söz konusu bu davranışıyla kendisi esaslı ihlale sebep olma tehlikesini taşımaktadır. Bkz.: Schlechtriem/Schwenger/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 18, 19; Kanişlı, **a.g.e.**, s. 50, 71.

<sup>157</sup> *Inc. Bianca/Bonell/(Will)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.1.2.2; El-Saghir, **a.g.m.**, s. 337.

<sup>158</sup> Schlechtriem/Schwenger/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 21; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 215; Graffi, **a.g.m.**, s. 340; El-Saghir, **a.g.m.**, s. 337. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006, CISG-online no: 1377; Zivilgericht Basel-Stadt, 01.03.2002, CISG-online no: 729 (İhlal edilen sözleşme hükmü vasıtasıyla yaratılan menfaatin ne kadar önemli olduğunun belirleyici olduğu vurgulanmıştır.); Tribunale di Busto Arsizio, 13.12.2001, CISG-online no: 1323 (Sözleşme öncesi görüşmelerde teslim edilecek olan makinenin verimlilik düzeyine özel bir önem yüklendiği ve böylece bu hususun sözleşmenin önemli bir parçası olduğu belirtilmiş; ayrıca makinede işlenmesi planlanan maddelerle ilgili olarak sektörde yaşanan önceki problemlere alıcı tarafından dikkat çekilmesi karşısında satıcının, makinenin kullanım amacı doğrultusunda sahip olması gereken teknoloji konusundaki beklentileri garanti ettiği nazara alınarak teslim edilen makinenin sözleşmeye uygun olmaması ve gerekli verimlilik düzeyine ulaşamaması sebebiyle esaslı ihlalin oluştuğuna karar verilmiştir.).

ifasından beklenen menfaate atfedilen önemi belirlemede serbesttirler<sup>159</sup>. Yine bu önemin, sözleşmenin yorumunda kullanılan araçlar vasıtasıyla anlaşılması veya taraflar için bağlayıcı olan teamül ve alışkanlıklara dayanması da mümkündür<sup>160</sup>. Örneğin, kesin vade kararlaştırmak suretiyle, vaktinde ifanın alacaklı için arz ettiği önem ortaya konabilir. İlgili yükümlülüğün ihlali sebebiyle alacaklı buna bağlı olarak beklediği menfaatten yoksun kalmış ise esaslı ihlal ileri sürebilecek bir pozisyona gelmektedir. Şu kadar ki bu tarz bir yükümlülüğün ihlal edilmesi hâlinde, kendiliğinden esaslı ihlal sonucunun oluştuğu düşünülmemelidir. Bunun sonucu olarak alacaklının gerçekten de ihlal edilen yükümlülüğe bağlı olarak beklediği özel menfaati kaybetmiş olması - "gerçek olumsuzluk" şartının sağlanmış olması - gerekir<sup>161</sup>. Diğer bir söylemle, tarafların anlaşması ile fiili durum kıyaslandığında, ihlale maruz kalan tarafın sözleşmenin ifasındaki menfaati - en azından ağırlıklı olarak - kaybettiği sonucuna varılmalıdır<sup>162</sup>. Sözleşme ihlali sebebiyle kaybedilen menfaatin bu ihlale maruz kalan taraf için önemi, akdi ilişkinin açık veya örtülü koşullarından anlaşılamiyorsa kaybedilen menfaat kaybının akdi ilişki içerisindeki öneminin bu kez objektif olarak takdir edilmesi gerekecektir.

---

<sup>159</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 21; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 215; Zeller, **a.g.m.**, s. 88, 89; Graffi, **a.g.m.**, s. 340; Peacock, **a.g.m.**, s. 103. Benzer yönde *inc.* Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 498; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 321, 322; **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.2; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art 25 N. 14, 17; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 240; Kanişlı, **a.g.e.**, s. 69, 70. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006, CISG-online no: 1377; Oberster Gerichtshof, 21.06.2005, CISG-online no: 1047; Zivilgericht Basel-Stadt, 01.03.2002, CISG-online no: 729 (Mahkeme, esaslı ihlal temelinde hüküm kurarken ihlal edilen yükümlülüğe bağlı menfaatin önemli olduğunu ve bu bakımdan alıcının, gıda ürünlerinin genetiği değiştirilmiş yapıdan ari olması hususuna sözleşmede açıkça değinmekte iyi bir nedeni olduğunu belirtmiştir.); Tribunale di Busto Arsizio, 13.12.2001, CISG-online no: 1323.

<sup>160</sup> *Inc.* Leisinger, **a.g.e.**, s. 43 - 45. Oberster Gerichtshof tarafından verilen 21.06.2005 tarihli kararda (Bkz.: Oberster Gerichtshof, 21.06.2005, CISG-online no: 1047.), alıcının kendi müşterisi ile yapmış olduğu sözleşmenin, ancak satıcı ile aralarındaki sözleşmenin bir parçası hâline getirilmesi durumunda dikkate alınabileceğinin belirtilmesi ise fazla sınırlayıcıdır. Zira alıcının kendi müşterisi ile olan sözleşmesine yönelik olarak satıcı ile aralarındaki sözleşmeden doğan beklentileri, sözleşme öncesi görüşmeler gibi akdi ilişkiyi çevreleyen diğer koşullardan da anlaşılabilir. Bkz.: ve *karş.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 23 dn. 83, N. 29 dn. 106.

<sup>161</sup> Bu hususun detaylı incelemesi için bkz.: aş. II. C. Belirli yükümlülüklerle ve bunlardan beklenen menfaate önem verilmiş olması, CISG m. 6 uyarınca CISG m. 25 hükmünün uygulamasından ayrılmak anlamına gelmemektedir; *inc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 21 dn. 73.

<sup>162</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 5.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin almış olduğu 15.09.2000 tarihli kararı takiben<sup>163</sup>, sözleşme ihlalinin esaslı olabilmesi için bu ihlalin, sözleşme ile ulaşılmak istenen ekonomik amaç üzerinde önemli etkiler doğurması gerektiği içtihatlarla yansıyabilmektedir<sup>164</sup>. CISG'ın uygulandığı hemen her sözleşmede normal karşılanacağı üzere, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan şey "ekonomik menfaat" olarak tespit edildiğinde, bu yaklaşım makul olacaktır. Bununla beraber, ihlale maruz kalan tarafın uğradığı mali zararı ispat etmek zorunda olduğu düşünülmemelidir. Burada takip edilebilecek prensip, yine alacaklının sözleşmeden hangi ekonomik menfaati beklediği ve bunu ne ölçüde elde edebildiğidir. Örneğin, kullanım ömrü beş yıl olarak taahhüt edilen makinenin ancak bir yıl verimli çalışabileceği anlaşılırsa alıcının, sözleşmeden beklediği menfaatin önemli bir kısmından yoksun kaldığı savunulabilecektir. Burada ilgili makinenin geri kalan dört yıl boyunca çalıştırılmaması sebebiyle yoksun kalınacak kazancın ispat edilmesi şart değildir. Bunun gibi, alıcıya fiilen teslim edilen makinenin değeri ile alıcının ödemiş olduğu semen arasındaki farkın da ortaya konması gerekmez. Benzer şekilde, piyasa fiyatının çok altında bir bedelle satım yapan satıcının bu sözleşmede sahip olduğu menfaat, deposunu boşaltarak kendi satın aldığı mallara yer açmak ise alıcının malları teslim almakta gecikmesi esaslı ihlal sebebi olabilir. Burada da satıcının ek depolama masraflarını veya malların gördüğü zararı ispat etmesi şart değildir. Yine Federal Mahkeme'nin kararında olduğu gibi<sup>165</sup>, malların belirli bir tarihte teslim edilmemiş olması sebebiyle alıcı, kendi müşterilerine karşı yükümlülüklerini yerine getirememiş ve başka kaynaklardan daha kötü şartlarla mal temin etmek zorunda kalmışsa ihlalin sonuçları esaslı ihlali haklı kılmaktadır. Alıcının müşterilerine karşı ödediği muhtemel tazminatı veya yapmak zorunda kaldığı ikinci işlem sebebiyle uğradığı zararı ispat etmesi gerekli değildir. Şüphesiz tüm bu durumlarda, ihlale maruz kalan tarafın ispat edebildiği bir zarar mevcutsa bunun da dikkate alınmasına engel yoktur. Bazen de uğranılan "olumsuzluğun" ispat edilmesi, zararın ispatına benzeyebilir. Örneğin, tekrar satım yapmak amacıyla işlem yapan alıcının, teslim aldığı mallar sözleşmeye aykırı ise bu malların tekrar satımı ile

<sup>163</sup> Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770.

<sup>164</sup> Bkz.: Tribunal Cantonal du Valais, 27.04.2007, CISG-online no: 1721; Arbitral Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 05.04.2007, CISG-online no: 1521.

<sup>165</sup> Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770.

kâr elde edilip edilemeyeceği veya beklenen bu menfaatten ne ölçüde yoksun kalındığı, ilgili pazarda malların tekrar satılma olanağının ve muhtemel fiyatının tespitine bağlı olacaktır.

Belirtmek gerekir ki CISG m. 25 hükmünün sınırlayıcı bir şekilde yorumlanması<sup>166</sup> ve şüphe hâlinde esaslı ihlal oluşmadığına karar verilmesi gerektiği<sup>167</sup> de ifade edilebilmektedir. *Kanımızca* bu yönde genel bir prensip kabul edilmesi, somut olayın şartları gerçekten araştırılmaksızın sonuca ulaşma temayülüne neden olabilecek mahiyettedir. CISG'in ifa engelleri sisteminde bazı hukukî çarelere başvurulmasının sınırlanmasını adına, bu hukukî çarelerin sözleşmenin esaslı ihlali ön koşuluna bağlanmış olması, CISG m. 25 hükmünde öngörülen esaslı ihlal kıstaslarının da genel bir yaklaşım içerisinde sınırlayıcı şekilde uygulanması gerektiği anlamına gelmemelidir<sup>168</sup>. Meselenin özü itibarıyla, sözleşme ihlalini "esaslı" vasfını taşıyabilmesi için aranan seviyeye yükselten özellik, uğranılan olumsuzluğun "önemli ölçüde" kabul edilebilmesi için gerekli yüksek çıtanın olay özelinde aşıldığının kabul edilebilir olmasıdır. Şu kadar ki bu eşik, somut rakamlar ile ifade edilebilecek bir mahiyette değildir. İhlale maruz kalan tarafın, bu ihlale rağmen sözleşmeden beklediği menfaati ağırlıklı olarak kaybedip kaybetmediği değerlendirilmelidir.

## e. İspat Yüğü

"Sözleşme ihlaline" maruz kaldığını ispat etmeyi başaran alacaklı, esaslı ihlal iddiasında bulunabilmek için bir de sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalmasına sebebiyet veren bir olumsuzluğa uğradığını

---

<sup>166</sup> Erdem, **Sözleşmeden Dönme**, s. 866. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Tribunal Cantonal du Valais, 27.04.2007, CISG-online no: 1721; Arbitral Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 05.04.2007, CISG-online no: 1521; Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770.

<sup>167</sup> Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413.

<sup>168</sup> *Bridge*, sözleşmeden dönmenin fevkalade hâllere hasredilmesi adına, CISG m. 25 hükmünün katı bir şekilde okunmasını eleştirmektedir; Bridge, **a.g.m.**, s. 919, 920.

ispat etmek zorunda kalacaktır<sup>169</sup>. İlk bakışta görülebileceği üzere, buradaki ispat yükü tek bir olgu üzerinde toplanmamaktadır. Aksine ispat edilmesi gereken ve iç içe geçmiş birden çok olgu vardır. Sözleşme ihlaline maruz kalan taraf öncelikle, CISG m. 25 kapsamında kabul edilen bir "olumsuzluğa" uğradığını ispat etmelidir. Bunun için de sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu ilgili menfaati ortaya koymalı ve ayrıca, bundan yoksun kalmasının, sözleşmenin bütününden beklediği menfaati önemli ölçüde kaybetmek anlamına geldiğini ispatlamalıdır. Belirli yükümlülüklerin önemi ve bunlara bağlı olarak beklenen menfaatler akdi ilişkiden açıkça anlaşılıyorsa bunlara riayet edilmemesi sebebiyle ortaya çıkan olumsuzluğun esaslı ihlali haklı kıldığı noktasında zorluk yaşanmayacaktır<sup>170</sup>.

## 4. Öngörülebilirlik

### a. Genel Açıklamalar

Esaslı ihlal değerlendirmesi; sözleşme ihlaline maruz kalan tarafı meşru menfaatlerinden önemli ölçüde yoksun bırakan bir sözleşme ihlalinin tespit edilmesi hâlinde, ayrıca sözleşme ihlalinin sebep olduğu bu sonuçların sözleşmeyi ihlal eden tarafça öngörülmesini veya öngörülmesinin beklenebilir olmasını gerektirmektedir. Hükümde, "*...meğerki, böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve*

---

<sup>169</sup> Ferrari/Flechtner/Brand/(Gabriel), **a.g.e.**, s. 338; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 19; El-Saghir, **a.g.m.**, s. 338; Zeytin, **a.g.e.**, s. 107; Leisinger, **a.g.e.**, s. 108; Kaşak, **a.g.m.**, s. 352; **Digest**, Art. 25 N. 13. İçtihatlarda bu yönde *inc.* Arbitral Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 05.04.2007, CISG-online no: 1521; Tribunal Cantonal du Valais, 21.02.2005, CISG-online no: 1193; Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online no: 709; ICC International Court of Arbitration, 01.06.1999, CISG-online no: 705; Handelsgericht Aargau, 26.09.1997, CISG-online no: 329; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135; Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 18.01.1994, CISG-online no: 123.

<sup>170</sup> Burada ispat yükünün dağılımı konusunda ayrıca bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 35: Sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan şeyden önemli ölçüde yoksunluğa sebebiyet veren bir olumsuzluğun oluşup oluşmadığı noktasında yazar, ihlal edilen yükümlülüğe sözleşmede belirli bir önem atfedilip atfedilmediğini esas almakta ve bu hususta şüphe hâlinde ispat yükünün, esaslı ihlal iddiasında bulunan tarafta olacağını belirtmektedir. *Kanımızca*, esaslı ihlal iddiasında bulunan tarafın münhasıran, ihlal edilen yükümlülüğe sözleşmede verilen önemi ispat etmesi yeterli değildir. Esaslı ihlal iddiasında bulunan taraf, bu yükümlülüğün ihlali sebebiyle uğradığı gerçek olumsuzluğu ispat etmek zorundadır.

*aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun."* denilerek bu durum açıkça ortaya konmuştur. Şu hâlde, öngörülebilirlik kıstasının karşılanmaması durumunda, sözleşmenin esaslı ihlalinin oluşumu mümkün değildir. Ayrıca uğranılan olumsuzluğun sözleşme ihlaline maruz kalan tarafa özgü sebeplerden de etkilenebileceği hesaba katıldığında bu kıstas, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, bu ihlalin sonucu olarak öngördüğü veya öngörmesi beklenen olumsuzlukları esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından ilgili hâle getirmektedir<sup>171</sup>. Bununla beraber, hükümde düzenlenme şekline de anlaşılabilirliği üzere öngörülebilirlik kıstası temelinde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, esaslı ihlalin oluşumunu engelleyebilmesi adına işlev görebilecektir<sup>172</sup>. Esasen çoğu hâlde sözleşmeyi ihlal eden taraf, bu ihlalin yarattığı ağır sonuçları öngöremediğini iddia etmeye yönelebilecektir<sup>173</sup>. Fakat sahip olunan subjektif bilgiyle bu sonuçların öngörülebilmesi yeterli değildir. Sözleşme ihlalinin sebep olduğu sonuçların öngörülebilirliği bakımından hüküm, biri subjektif öteki ise objektif iki değerlendirmeyi beraber uygulamaktadır. Gerçekten de sözleşmeyi ihlal eden tarafın, bu ihlalin sonuçlarını öngörüp öngöremediği subjektif bir bakış açısını yansıtmaktayken; sözleşmeyi ihlal eden taraf ile aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişiden, bu sonuçları öngörmesinin beklenebilir olup olmadığı objektif bir yargıyı içermektedir<sup>174</sup>

Dikkat edileceği üzere öngörülebilirlik kıstası, sözleşme ihlaline yol açan sebeplerin öngörülebilirliği ile ilgilenmemektedir. Önemli olan, sözleşme ihlalinin karşı tarafta yarattığı olumsuzluğun öngörülebilir olmasıdır<sup>175</sup>. Dolayısıyla

---

<sup>171</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 183.

<sup>172</sup> Babiak, **a.g.m.**, s. 118; Koch, **Fundamental Breach**, s. 264, 265; Zeytin, **a.g.e.**, s. 107; Graffi, **a.g.m.**, s. 340. Ayrıca bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 38. İctihatlarda benzer yaklaşımlar için bkz.: Cour d'appel de Grenoble, 04.02.1999, CISG-online no: 443 (Öngörülebilirlik testi, esaslı ihlal sistemindeki muafiyet/istisna olarak kabul edilmiştir.); Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413 (Öngörülebilirlik kısıtlamasının "aklanmaya" yol açabileceği belirtilmiştir.).

<sup>173</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.1; Bijl, **a.g.m.**, s. 25.

<sup>174</sup> Babiak, **a.g.m.**, s. 121; Bridge, **a.g.m.**, s. 918; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 499; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 215.

<sup>175</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 26; Zeytin, **a.g.e.**, s. 107. İctihatlarda bu yönde bkz.: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 02.11.2004, CISG-online no: 1285. Öngörülebilirlik kavramına tazminatın düzenlendiği CISG m. 74 hükmünde de yer verilmiştir. Fakat bu hükümde düzenlenen öngörülebilirlik kıstasının konusu, CISG m. 25 hükmünde yer verileninkinden farklıdır. CISG m. 25 hükmü uyarınca, sözleşme ihlalinin karşı tarafta yarattığı olumsuzluğun - yani sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatten önemli ölçüde yoksun kalma durumunun - öngörülebilir olup

sözleşmeyi ihlal eden tarafın kendisinin bu ihlali öngörüp öngöremeyeceğinin bir önemi bulunmamaktadır<sup>176</sup>.

## b. Öngörülebilirlik Kistasının Kapsamı

### (1) Sübjektif Değerlendirme

*Will* tarafından özlü bir anlatımla ortaya konulduğu üzere, sözleşmeyi ihlal eden tarafın bu ihlalin sonuçlarını gerçekten öngörüp öngörememesi noktasında, sözleşme ilişkini çevreleyen tüm koşullara ilişkin bilgisi belirleyici olacaktır<sup>177</sup>: Bu bakımdan, başta sözleşmeyi ihlal eden tarafın tecrübesi, eğitim durumu, mesleki becerisi gibi çeşitli faktörler rol oynayabilir<sup>178</sup>. Bunun yanında, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın gerekli bilgileri kendisine aktarmamış olması da mümkündür<sup>179</sup>. Yine üçüncü kişilerin ihmali sebebiyle sözleşmeyi ihlal eden tarafın belirli hadiseleri öğrenememesi gibi, tarafların kendi kontrolleri dışında gerçekleşen olaylar, sözleşmeyi ihlal eden tarafın bilgi durumunu etkileyebilir. Hatta sözleşmeyi ihlal eden taraf, gerekli tüm bilgilere sahip olsa bile kişisel yetersizliği veya iş organizasyonundaki sorunlar sebebiyle, bu durumdan isabetli bir sonuç çıkaramamış da olabilir. Sebebi her ne olursa olsun, ihlalin sonuçlarının gerçekten öngörülemediği ispatlanmalıdır<sup>180</sup>.

---

olmadığı değerlendirilirken; CISG m. 74 hükmünde, sözleşme ihlalinin neden olduğu zararların öngörülebilirliği araştırılmaktadır. Bkz.: Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 243 dn. 93; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 40. CISG m. 74 hükmünde öngörülebilirliğin konusu hakkında bkz.: Ayşe Elif Ulusu, **Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi**, İstanbul, Beta, 2011, s. 129 vd.

<sup>176</sup> (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 216. Bu bakımdan, imkânsızlığın; öngörüleemeyecek olaylardan ileri gelmesi hâlinde, ihlalin esaslı olmayacağını belirtmesi (Bkz.: Fatih Gündoğdu, "Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Viyana Konvansiyonuna Göre İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 2, Temmuz 2011, s. 336.) hükmün esasına uygun görünmemektedir.

<sup>177</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.1; Babiak, **a.g.m.**, s. 122.

<sup>178</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.1; Babiak, **a.g.m.**, s. 122.

<sup>179</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.1; Babiak, **a.g.m.**, s. 122.

<sup>180</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.1. Şüphesiz bu içsel durumun kanıtlanması güçlük yaratabilecektir; Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.1.

## (2) Objektif Değerlendirme

Yukarıda açıklanan sübjektif değerlendirmenin, öngörülebilirlik testi bakımından tek başına tatmin edici olmadığı açıktır. Zira bu testte yalnız, sözleşmeyi ihlal eden tarafın bunun yarattığı sonuçları gerçekten öngörüp öngöremediği dikkate alınsaydı, sırf kendisinden kaynaklanan sebeplerle bu öngörüü gerçekleştiremeyen taraf lehine hiç de makul olmayan bir sonuç doğardı<sup>181</sup>. Böyle bir sonucun önlenmesi için bulunan formül, "aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi"nin de testin içine dâhil edilmesidir<sup>182</sup>. Bu formül CISG m. 8/II hükmünde tercih edilen "objektif bir üçüncü" kişi formülü ile de örtüşmektedir<sup>183</sup>. Böylece, sözleşmeyi ihlal eden taraf, esaslı ihlali haklı kılan sonucu kendisi öngörmemiş olsa bile aynı konumdaki makul bir kişiden aynı koşullarda bu sonucu öngörmesi beklenebiliyorsa ihlal esaslıdır<sup>184</sup>.

Aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişinin sözleşme ihlalini öngörüp öngöremeyeceği araştırılırken üç unsurun ön plana çıktığı fark edilmektedir. Bunlar; "makul bir kişi" ("*a reasonable person*"), "aynı konum" ("*of the same kind*") ve "aynı koşullar" ("*in the same circumstances*") olarak görülmektedir. CISG'ı hazırlayanlar, öngörülebilirlik testine objektif bir kriter katmak için göz önünde bulundurdıkları bu farazi üçüncü kişinin tarifini belirgin hâle getirebilmek amacıyla "aynı konum" ve "aynı koşul" ögelerini kullanmışlardır<sup>185</sup>. *Kanımızca*, "aynı konum" ögesi ile "makul bir kişi" ögesinin art arda okunması, ulaşılmak istenen objektif sonucu daha iyi kavramak bakımından yararlı olacaktır. Bu bakımdan, aynı konumdaki makul bir kişinin aynı koşullarda sahip olması gereken öngörünün değerlendirilmesi aşağıda ele alınmıştır.

---

<sup>181</sup> Bu yönde bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.1; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 21.

<sup>182</sup> Bu konuya ilişkin olarak, Antlaşma'nın hazırlık çalışmalarındaki açıklamalar için bkz.: aş. I. F. 3. c. (1).

<sup>183</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2; Leisinger, **a.g.e.**, s. 110. Nitekim bu objektif incelemenin, CISG m. 8/II ışığında yapılacağı hususunda bkz.: Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 499.

<sup>184</sup> Liu, **a.g.m.**, § 1.

<sup>185</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.



Sözleşme ihlalinin sonuçlarının "makul bir kişi" tarafından öngörülüp öngörülememesi noktasında, ticaretinin gereklerini yerine getirebilen, mesleki ve fikri beceri anlamında aşağı seviyede olmayan bir tacirin esas alınabileceği belirtilmektedir<sup>186</sup>. Zira CISG uygulamasında sözleşme taraflarının tacir olacağı varsayımından hareket edilmektedir<sup>187</sup>. "Aynı konum" ögesi ise ilk olarak, sözleşmeyi ihlal eden taraf ile aynı iş kolunda olmaya ve aynı faaliyetlerde bulunmaya işaret etmektedir<sup>188</sup>. Bunun yanında, sözleşmeyi ihlal eden tarafın dili, dini ve ortalama mesleki becerisi gibi sosyal statülerinin de belirleyici olabileceği ifade edilmektedir<sup>189</sup>. Şüphesiz bu statülerden, somut işlem bakımından ilgi taşıyanların değerlendirmede dikkate alınmasına ihtiyaç duyulacaktır. Böylece, genişli hacimli işlemler yapabilen ve piyasanın her alanına hâkim küresel ölçekli bir şirketten beklenen öngörünün ölçüsü, küçük çaplı yerel bir şirketten beklenenden yüksek olacaktır. Bunun yanında, farazi bir üçüncü kişinin konumunun öngörülebilirlik testinde dikkate alınmasının asıl amacı objektif bir bakış açısı yakalamak olduğundan, sözleşmeyi ihlal eden tarafın şahsına ilişkin zaafların göz ardı edilmesi gerekir<sup>190</sup>. Zira "aynı konumdaki makul bir kişi"nin pozisyonu değerlendirmede dikkate alınmaktadır. Örneğin, bahsi geçen büyük çaplı şirketin, uzmanlığı yetersiz bir personel çalıştırması kendisini mazur gösteremeyecektir. Bu bakımdan, sözleşmeyi ihlal eden tarafın iş kolu ve pozisyonu tespit edildikten sonra, bu konumdaki "makul kişinin/tacirin" standartlarının altında kalan statülerin göz ardı edilmesi en makul çözüm görünmektedir.

"Aynı koşullar" ögesi ise temelde, sözleşmeyi ihlal eden tarafa etki eden tüm olaylar motifini kapsamaktadır<sup>191</sup>. Bu bağlamda, sözleşmeyi ihlal eden tarafa etki eden başta yerel ve küresel piyasa şartları, hukukî ve siyasi gelişmeler, önceki

---

<sup>186</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.1, 2.2.2.2.3; Babiak, **a.g.m.**, s. 122; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 22.

<sup>187</sup> Babiak, **a.g.m.**, s. 122; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 22.

<sup>188</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 30; Babiak, **a.g.m.**, s. 122; Peacock, **a.g.m.**, s. 105.

<sup>189</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.1; Lorenz, **a.g.m.**, § III. B; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 39 dn. 46.

<sup>190</sup> Bkz.: ve *karş.* Graffi, **a.g.m.**, s. 340. Ayrıca, sübjektif unsurların fazlaca dikkate alınmasının objektif bir değerlendirmeye mâni olacağı görüşünde bkz.: Atamer, **a.g.e.**, s. 72, 73 dn. 17.

<sup>191</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.2.

sözleşme ilişkileri olmak üzere ilgili tüm koşulların göz önünde bulundurulacağı belirtilmektedir<sup>192</sup>. Keza CISG m. 8/III hükmünde olduğu gibi burada da "olayın ilgili tüm koşullarının" nazara alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>193</sup>.

Genel olarak ifade etmek gerekirse sözleşmeyi ihlal eden tarafın içinde bulunduğu konum ve koşullara ilişkin ne kadar çok veri göz önünde bulundurulursa kişisel durumunun tespit edilmesi o derece mümkün olacaktır<sup>194</sup>. *Kanımızca* objektif testte dikkate aldığımız farazi üçüncü kişinin pozisyonunun somutlaştırılabilmesi adına da bu yönde bir çaba gerekmektedir. Fakat toplanan verilerden, "makul bir kişi" standartının altında olmayanlar değerlendirmede dikkate alınabilecektir. *Will* tarafından temas edildiği üzere, öngörülebilirlik kıstasının objektif testinde asıl olarak amaçlanan, mesleki ve fikri anlamda yetersiz aktörlerin pozisyonunun değerlendirme dışı bırakılmasıdır<sup>195</sup>.

### c. Öngörülebilirlik Kıstasının Sözleşme İçeriği ile Bağlantısı

Doktrinde vurgulandığı üzere, öngörülebilirlik kıstası çoğu zaman sözleşmenin yorumlanmasıyla ilgilidir<sup>196</sup>. Bu yaklaşıma göre, ihlal edilen yükümlülüğün önemini ve bunun sözleşme ihlaline maruz kalan taraf için taşıdığı anlamı yorumlamak ve değerlendirmek önem taşımaktadır<sup>197</sup>. Sözleşme ihlaline maruz kalan taraf belirli bir beklentiye ancak, diğer taraf da karşı taraf için böyle özel

<sup>192</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.2; Peacock, **a.g.m.**, s. 105; Lorenz, **a.g.m.**, § III. B; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 39 dn. 46. Ayrıca bkz.: Babiak, **a.g.m.**, s. 122 ve orada dn. 60.

<sup>193</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.2.

<sup>194</sup> Bu yönde bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.1.

<sup>195</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, N. 2.2.2.2.3. Örneğin, sözleşme konusu yazılım ve bunun parçalarının Avusturya'da kullanılacağı aşıkârsa Avusturya'da kullanıma uygun parçaların teslim edilmemesinden doğan olumsuzluğun açık ve öngörülebilir olacağı yönünde bkz.: Oberster Gerichtshof, 21.06.2005, CISG-online no: 1047. Ayrıca bkz.: Gerechtshof's -Gravenhage, 23.04.2003, CISG-online no: 903 (Satıcı tarafından teslim edilen sözleşmeye ve uluslararası standartlara aykırı mallara alıcının ülkesinde el konmuştur. Alıcının ülkesindeki otoritelere bu yönde yetki veren genel bir kural olmasa da satıcının ülkesindeki mevzuata göre bunun mümkün olması dikkate alınarak devlet müdahalesi sebebiyle oluşabilecek zararın satıcı için öngörülebilir olduğu belirtilmiştir.).

<sup>196</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 26 - 30. Aynı yönde bkz.: Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 98; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 244; Graffi, **a.g.m.**, s. 340; Leisinger, **a.g.e.**, s. 104, 105; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 39; Kaşak, **a.g.m.**, s. 344. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Oberster Gerichtshof, 21.06.2005, CISG-online no: 1047.

<sup>197</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 27.

bir beklentinin oluşabileceğini bilebilecekse dayanabilir<sup>198</sup>. Bu bağlamda, sözleşmede veya sözleşme öncesi müzakerelerde belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmesine özel bir önem atfedilmişse bu yükümlülüğü ihlal eden tarafın, oluşabilecek herhangi bir olumsuzluğu öngöremediği iddiasının dinlenemeyeceği belirtilmektedir<sup>199</sup>. Örneğin, kesin vadede olduğu gibi yükümlülüğün ifa edilmiş şeklinin açıkça kararlaştırılmasına veya sözleşmesi öncesi görüşmelerde ifa zamanına özel bir önem atfedilmesine rağmen, borcun bu vadede yerine getirilmemesi hâlinde durum böyledir<sup>200</sup>. Yine sözleşmeye uygun malları teslim almanın önemi sözleşmeden anlaşılabilirdiğinde, bu yükümlülüğün ihlal edilmesi hâlinde öngörülebilirlik kıstası ayrıca bir zorluk yaratmayacaktır<sup>201</sup>. Bundan ötürü öngörülebilirlik kıstası temelde, sözleşmede veya sözleşme öncesi görüşmelerde ihlal edilen yükümlülüğün taşıdığı özel önem ortaya konulmamışsa anlam taşımaktadır<sup>202</sup>.

Gerçekten de belirli bir yükümlülüğe akdi ilişki içerisinde özel bir önem atfedildikten sonra, bu yükümlülüğün ihlali hâlinde ortaya çıkan durumun öngörülebilir olmadığını iddia etmek bir hayli güçtür<sup>203</sup>. Zira ihlal edilen bu yükümlülüğün aslında sözleşmeye uygun ifasıyla sıkı bir bağlılığın aranmış olması, öngörülebilirlik kıstası bakımından da yeterli kesinlikte karar vermemizi genellikle sağlamaktadır. Örneğin, tekrar satmak üzere belirli miktarda mal satın alan alıcı, bu amaçla malların özellikle belirli kalitede olması gerektiğini belirtmiş; fakat satıcı sözleşmeye uygun olmayan mal teslim etmiştir. Alıcının malları tekrar satma

---

<sup>198</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 27.

<sup>199</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 26 - 30; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 244; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 39. Ayrıca bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 259; Peacock, **a.g.m.**, s. 105; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 70.

<sup>200</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 28, 29.

<sup>201</sup> **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.2; Leisinger, **a.g.e.**, s. 104.

<sup>202</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 26 - 30; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 244. Yine, pratikte öngörülebilirlik sorgusunun ancak, tarafların sözleşmenin ifasına yönelik kendileri için esaslı meseleleri yeterli açıklıkta saptamamaları hâlinde gündeme gelmesi gerektiği yönünde bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 23.

<sup>203</sup> Bu yönde bkz.: Graffi, **a.g.m.**, s. 340. Örn. *inc.* Appellationsgericht Basel-Stadt, 22.08.2003, CISG-online no: 943 (Satıcı, teslim edilen mallarda görülen kaçınılmaz ve küçük boyuttaki sakatlığın sonuçlarının sözleşme ilişkisinin başında öngörülemez olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, teslim edilen mallarda gözlenebilecek en küçük bulaşmanın dahi sözleşme ilişkisi bakımından belirleyici olan zaman diliminde bu malların işlem görmesine mâni olduğunu ve ayrıca, teslim edilen malların genetiği değiştirilmiş yapılardan arı olmasına gerektiğine esaslı bir önem atfedildiğini belirterek satıcının iddiasını reddetmiştir.)

olanağını kaybetmesi durumunda, satıcının bu sonucu öngöremediği iddiası dinlenemeyecektir. Zira alıcının malları tekrar satabilmesi için sözleşmede kararlaştırılan şekilde mal teslim etmesi gerektiğini bilen satıcı - ile aynı konum ve koşullardaki makul bir kişi -, alıcının malları tekrar satamaması sebebiyle uğradığı olumsuzluğu öngöremediğini iddia edebilecek durumda değildir. Burada, malların tekrar satılabilmesi için taşınması gereken özelliklerin açık olarak kararlaştırılmış olması, öngörülebilirlik kıstası bakımından karar vermemizde yeterli olabilecek durumdadır. Belirtmek gerekir ki sözleşme hükümlerinde veya sözleşme öncesi görüşmelerde özel bir önem atfedilen yükümlülüğün ihlal edilmesi ve doğrudan buna bağlı olarak da CISG m. 25 kapsamında aranan anlamda bir olumsuzluğun oluşması durumunda<sup>204</sup>, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörülemezlik ileri sürerek esaslı ihlalin oluşumunu önleyememesi, son tahlilde "aynı konum ve koşullardaki makul bir kişiden" bu olumsuzluğu öngörmesinin beklenebilir olmasından ileri gelmektedir<sup>205</sup>.

Diğer taraftan öngörülebilirlik kıstasının temel konusu, sözleşme ihlalinin ardından oluşan sonucun/olumsuzluğun - ihlale maruz kalan tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakacak derecede bir olumsuzluk - sözleşmeyi ihlal eden tarafça öngörülebilmesidir<sup>206</sup>. Aslında, sözleşme hükümlerinin alacaklı adına taşıdığı önemin farkında olunması, bu konuda dolaylı bir etki yapmaktadır. Bu husus gözetildiğinde ise sözleşmede açık olarak kararlaştırılmış hükümler bakımından da bazı istisnai durumların oluşabileceğine değinme zarureti doğmaktadır. Zira sözleşme ihlali neticesinde yoksun kalınan menfaat, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olarak kabul edilse bile ihlalin sonuçlarının sırf sözleşme hükümlerine bakılarak öngörülmesi bazı durumlarda mümkün olmayabilir. Bu gibi durumlar özellikle alacaklının, sözleşme hükümleri uyarınca belirli bir menfaati

---

<sup>204</sup> Böyle bir olumsuzluk ortaya çıkmaz ise sırf kendisine özel bir önem atfedilmiş yükümlülüğün ihlal edilmesi kendiliğinden esaslı ihlal sonucunu doğurmaz. Bu konuda bkz.: aş. II. C.

<sup>205</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 28; Koch, **Fundamental Breach**, s. 229.

<sup>206</sup> Bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 183.

beklemekte haklı olduğu; fakat kendine özgü bir takım hassasiyetleri açıklamadığı hâllerde gündeme gelebilecektir<sup>207</sup>.

Dolayısıyla, sözleşme hükümlerinin açık olduğu bazı karmaşık durumlarda dahi öngörülebilirlik kıstasına ilişkin bütün kriterleri nazara alarak değerlendirme yapmamız gerekebilir. Şu hâlde ifade etmek gerekir ki belirli yükümlülüklerin sözleşmeyle sıkı bağlılık içerisinde ifa edilmesine özel bir önem atfedilmesi, öngörülebilirlik kıstası bakımından çoğu zaman geçerli; fakat dolaylı bir etki yapmaktadır. Ne var ki tarafların, belirli yükümlülüklerin ihlal edilmesi hâlinde

---

<sup>207</sup> *Inc. Bridge, a.g.m.*, s. 925; *Leisinger, a.g.e.*, s. 105. Örneğin, A uzun süredir ticari ilişki içerisinde olduğu S'den düzenli olarak 50 ila 60 kutu arasında orta kalitede mal almakta, bu malların büyük bir kısmını ülkesinde tekrar satmakta ve satmadığı malları ise kendi işyerinde kullanmaktadır. A verdiği siparişte S'den bu defa 100 ila 120 kutu arasında S'nin temin edebildiği miktarda mal istemiş, ayrıca malların özellikle birinci kalitede olmasını talep etmiş ve ancak bu şekilde Ü'ye satış yapabileceğini belirtmiştir. S, 100 kutu birinci kalite mal ile birlikte, elindeki diğer 10 kutu orta kalite malı A'ya teslim etmiştir. Bu mallar Ü'ye teklif edildiğinde, birinci kalite malların arasında orta kalite malları fark eden Ü, A'dan hiçbir şey satın almamaya karar vermiştir. Olayda, 10 kutu sözleşmeye aykırı mal teslim eden S'nin bir "sözleşme ihlali" gerçekleştirdiği ortadadır. Bu sözleşmeye aykırılık nedeniyle satın aldığı malları Ü'ye satamayan A, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu yeniden satım yoluyla kâr elde edebilme menfaatinin tamamen yoksun kalmış ve bu sebeple CISG m. 25'in aradığı anlamda bir olumsuzluğa uğramıştır. Ayrıca A'nın yaşadığı ticari itibar kaybı da CISG m. 25 altında "olumsuzluk" olarak mütalaa edilebilecek durumdadır. A, satın aldığı 110 kutu mal içerisinde birinci kalite olan 100 kutu malı Ü'ye satsa idi, en azından sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlal iddia edilebilecek bir durum oluşmayacaktı. Buna karşın, maruz kaldığı sözleşmeye aykırılığın beklenmedik bir sonucu olarak Ü'ye hiçbir şey satamayan A, S'nin de bu sonucu öngörmesi mümkün ise sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlal ileri sürebilecek durumdadır. Şüphesiz, A'nın özellikle belirli kalitede malları istemesine karşın 10 kutu düşük kalite mal teslim eden S, bu sebeple A aleyhine belirli bir olumsuzluğun meydana gelebileceğini öngörebilecek durumdadır. Fakat olayların gelişimi içerisinde A, sözleşmeden beklediği menfaatten bütünüyle yoksun kalmıştır. Öyleyse 100 ila 120 kutu arasında birinci kalite mal siparişi alan ve 100 kutu birinci kalite mal ile birlikte 10 kutu orta kalite malı A'ya teslim eden S - veya aynı konum ve koşullardaki makul bir kişi -, yalnız malların birinci kalite olmasını özellikle belirten hükme ve bu hükmün alıcı için taşıdığı özel öneme bakarak, A'nın nihai olarak uğradığı olumsuzluğu - hiçbir şey satılamaması sebebiyle beklenmekte haklı olunan menfaatten bütünüyle yoksun kalınmasını - öngörebilecek midir? S, tüm kutuları orta kalite mal olarak teslim etmiş olsaydı, A'nın hiçbir şey satamayacağını sırf sözleşme koşullarına bakarak öngörebilecekti. Fakat sorgulanan durumun bundan farklı olduğu da ortadadır. *Kanımızca* böyle bir durumda öngörülebilirlik kıstasının diğer kriterlerini de hesaba katarak değerlendirme yapma ihtiyacı hissedilmelidir. Örneğin, alıcının tekrar satım yapmak istediği müşterinin bu gibi hususlarda sahip olduğu kişisel hassasiyet satıcı tarafından biliniyorsa öngörülebilirlik kıstasının da gerçekleştiği kabul edilebilir. Daha da önemlisi bu husus alıcı tarafından biliniyorsa ve satıcıya örneğin sözleşme öncesi görüşmelerde açıklanmışsa öngörülebilirlik değerlendirmesi artık bir zorluk arz etmeyecektir. Zira alıcı, olayın kendine özgü hassasiyetini satıcıya açıklamış olacak ve ortaya çıkan olumsuzluk artık objektif olarak da öngörülebilir duruma gelecektir. Vermiş olduğumuz örnekteki özel durumu genel olarak ifade etmek istersek şu belirlemeyi yapabiliriz: Kendisine akdi ilişki içerisinde önem atfedilen yükümlülüğün ihlal edilmiş olması, alacaklının borçluya açıklamadığı kendine özgü sebeplerden etkilenerek esaslı ihlali haklı kılan sonuçlara yol açmış ise öngörülebilirlik kıstasında karar kılmamız, sırf sözleşmede kararlaştırılan yükümlülükler sayesinde mümkün olmayabilir. Belirli bir yükümlülüğün önemine sözleşme öncesi görüşmelerden ulaşılabilen durumlarda da aynı husus geçerli olabilecektir.

ortaya çıkabilecek özel sonuçlar hakkında birbirlerinin dikkatini çekmiş olmaları, öngörülebilirlik testi bakımından doğrudan etki yaratabilecek bir özelliktir<sup>208</sup>.

#### d. Öngörülebilirlik Kıstasının İşlevi

Öngörülebilirlik kıstası, sahip olduğu işlev bakımından birbirinden farklı görüşlerin ortaya konmasına sebep olmuştur<sup>209</sup>. Her şeyden evvel belirtmek gerekir ki bazı yazarlar, CISG m. 25 hükmünde aranan öngörülebilirlik testinin gerekliliğine şüphe ile yaklaşmaktadır<sup>210</sup>. Hükmün, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı görülen menfaatlerden "önemli ölçüde" yoksun bırakan bir olumsuzluğu aramasına rağmen, bir de öngörülebilirlik testinin yapılmasının gerekmesi, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafa bir yük daha getirilmesi olarak görülebilmektedir<sup>211</sup>. Buna karşın, öngörülebilirlik kıstasının hükümden çıkarılmasına ilişkin öneriler hazırlık çalışmalarında reddedilmiştir<sup>212</sup>. Başka bir görüşe göre ise CISG m. 25 hükmünde olumsuzluk kavramı, alacaklının sözleşme uyarınca beklediği şey nazara alınarak düzenlendikten sonra, öngörülebilirlik kıstası işlevini yitirmiştir<sup>213</sup>. Buradaki temel mesele şu olmaktadır: İzah edildiği üzere, esaslı ihlal değerlendirmesinde önemli ölçüde yoksunluğun konusu, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlerdir. Bu menfaatlerin ise sözleşme ilişkisine girerken karşı tarafça anlaşılabilir olması gerekmektedir<sup>214</sup>. Zira belirtildiği üzere, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın sözleşme uyarınca meşru görülen menfaatleri objektif bir bakış açısıyla

<sup>208</sup> *Inc.* Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 4.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 29; CIETAC, 30.10.1991, CISG-online no: 842 (Sözleşmeyi imzalarken satıcının, malların sözleşmeye uygun olmaması hâlinde alıcının nihai müşterisinin bunları kullanamayacağını bildiği belirtilmiş ve esaslı ihlale karar verilmiştir.).

<sup>209</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 26.

<sup>210</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 5; Bridge, **a.g.m.**, s. 924, 925; Leisinger, **a.g.e.**, s. 103, 104. Ayrıca *inc.* (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 216.

<sup>211</sup> Bridge, **a.g.m.**, s. 925. *Karş.* Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2 (Yazar, olağandışı durumlarda her iki tarafın menfaatlerinin dengelenmesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır.).

<sup>212</sup> Bkz.: yuk. I. F. 3. b.

<sup>213</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 5; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 216. Öngörülebilirlik kıstasının esasen, esaslı ihlal hükmünde yer verilen "olumsuzluk" kavramının konusu "sözleşmeden haklı olarak beklenen şey" olmadan evvel önem arz ettiği hususunda bkz.: Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 243, 244.

<sup>214</sup> *Inc.* Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 243, 244. Atamer tarafından belirtildiği üzere, ihlale maruz kalan tarafın beklemekte haklı olduğu şey saptanırken sözleşmeyi ihlal eden tarafın bakış açısı da değerlendirmeye dâhil olmaktadır; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 244.

saptanmaktadır<sup>215</sup>. Öngörülebilirlik kıstası da nihayetinde, aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin ortaya çıkan sonuçları öngörüp öngöremeyeceğini ayrıca araştırmaktadır. Bu bakımdan, taraflardan biri sözleşme uyarınca herhangi bir menfaati beklemekte haklı görülüyorsa ihlal neticesinde buna ilişkin ortaya çıkan olumsuzluğun da öngörülebilir kabul edilmesi gerektiği iddia edilebilecektir<sup>216</sup>. Şu hâlde *Huber*'in haklı olarak işaret ettiği gibi, sözleşme ihlaline maruz kalan taraf, bir kere uğradığı olumsuzluğun sözleşme uyarınca meşru görülen menfaate ilişkin olduğunu ispat ettikten sonra sözleşmeyi ihlal eden tarafın, ihlalin sonuçlarının öngörülebilir olmadığını ortaya koyması oldukça güçtür<sup>217</sup>. Özellikle yukarıda incelediğimiz gibi taraflarca ifa şekline önem verilmiş yükümlülüklerin ihlalinde, bu durum daha belirgin bir hâl almaktadır. Öyleyse, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörülebilirlik kıstası vasıtasıyla esaslı ihlal sorumluluğundan kurtulabilmesinin alanı oldukça daralmaktadır. Ne var ki sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörmesi beklenen olumsuzluk, esaslı ihlali haklı kılan kapsamdaki olumsuzluktur. Dolayısıyla, sözleşmeyi ihlal eden tarafın normal olarak öngörebileceği olumsuzluğun, öngörülemez faktörler sebebiyle artması ve bu şekilde esaslı ihlali haklı kılan seviyeye ulaşması da ihtimal dâhilinde kalmaktadır. Şu hâlde, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörülebilirlik kıstasına dayanarak esaslı ihlale bağlanan sorumluluktan kurtulması özellikle; bazı beklenmedik durumlarda veya olumsuzluğun ortaya çıkmasında borçlunun anlayamayacağı alacaklının sahasındaki hassasiyetlerin etkili olduğu durumlarda mümkün görünmektedir<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup> Bkz.: yuk. II. A. 3. c. (1).

<sup>216</sup> Leisinger, **a.g.e.**, s. 103.

<sup>217</sup> *Inc. (Huber)/Mullis*, **a.g.e.**, s. 216; Huber, **Alıcının Hakları**, s. 280.

<sup>218</sup> Turku Court of Appeal tarafından görülen 18.02.1997 tarihli davada alt derece mahkemesi, CISG m. 25 hükmünde kullanılan formüle yer vererek alıcının ülkesinde geçerli para biriminde yaşanan develüasyonun öngörülebilir olmadığını belirtmiştir (Esasen, develüasyonun etkisiyle sözleşme ihlalinin alıcı nezdinde sebep olduğu olumsuzluğun öngörülebilir olmadığı kabul edilebilirdi.). Yüksek Mahkeme ise söz konusu develüasyonu, zaten satıcının gecikmesinden önce gerçekleşmesi sebebiyle ilgisiz bulmuştur. Bkz.: Turku Court of Appeal, 18.02.1997, CISG-online no: 1297. *Kanımızca* şu hâlde, malların teslimini takiben alıcının semeni ödeyeceği durumlarda, satıcının gecikme süresi içerisinde alacaklının para biriminde yaşanan develüasyon sebebiyle ortaya çıkan olumsuzluğun, öngörülebilir olmadığı - diğer koşullar aksini göstermedikçe - iddia edilebilecek durumdadır. Cour d'appel de Grenoble tarafından görülen 04.02.1999 tarihli davada ise esaslı ihlal oluşmadığı yönünde karar verilirken öngörülebilirlik testinin ağırlıklı olarak nazara alındığı anlaşılmaktadır. Olayda satıcı, alıcının sözleşme konusu portakal suyunu teslim almakta gecikmesinin kendisi için stok problemlerine yol açtığını ve bu malları konsantre hâle getirmek zorunda kaldığını iddia etmiştir. Mahkeme, satıcının malların dayanıksızlığına ve ilgili tarihten sonra konsantre hâle getirilmesi gerektiğine sözleşmeden dönmeden önce değinmediğini belirtmiştir. Buna göre alıcının,

Öngörülebilirlik testi bakımından kuşku yaratabilecek bir soru ise şudur: "Aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin", sözleşme ihlalinin yarattığı sonuçları öngörmesini beklemek mümkün değil iken; sözleşmeyi ihlal eden taraf, bu sonuçları bir şekilde öngörmüş ise durum nasıl değerlendirilmelidir? Başka bir ifade ile: Sözleşme ihlalinin yarattığı sonuçların öngörülebilmesinin objektif olarak mümkün olmaması, sözleşmeyi ihlal eden tarafın esaslı ihlale bağlanan sorumluluktan kurtulması için yeterli midir? Bu sorunun cevabı aslında CISG m. 25 hükmünün metninde yer almaktadır: "...böyle bir sonucu sözleşmeyi ihlâl eden taraf öngörmemiş ve aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi de öngöremeyecek olsun." Hükümde yer verilen "ve" bağlacı, bu anlamda fonksiyonel bir işleve de sahiptir. Antlaşmanın hazırlık tarihçesinde, "veya" bağlacına yer verilmesi yönünde yapılan önerilere rağmen, "ve" bağlacı son metinde muhafaza edilmiştir<sup>219</sup>. Dolayısıyla, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, esaslı ihlal nitelendirmesinden kurtulması, hem gerçekten kendisinin bu ihlalin sonuçlarını öngörmemiş olmasını hem de objektif testte dikkate aldığımız "farazi üçüncü kişiden" de bu sonuçları öngörmesinin beklenemez olmasını gerektirmektedir<sup>220</sup>. Görüldüğü üzere, esaslı ihlale bağlanan sorumluluktan kurtulma noktasında öngörülebilirlik kıstası, tek başına sübjektif teste veya tek başına objektif teste indirgenememektedir<sup>221</sup>. Şu kadar

---

malları teslim almakta gecikilmesinin esaslı ihlale yol açabileceğini anlatabilecek durumda olmadığına karar verilmiştir. Bkz.: Cour d'appel de Grenoble, 04.02.1999, CISG-online no: 443.

<sup>219</sup> Bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.4. Hazırlık tarihçesindeki ilgili müzakereler için bkz.: yuk. I. F. 3. c. (1).

<sup>220</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.4; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 4.2; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 215; Kaşak, **a.g.m.**, s. 344. Ayrıca bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 30; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 243; Graffi, **a.g.m.**, s. 341. İçtihatlarda bu yönde bkz.: ICC International Court of Arbitration, 01.06.1999, CISG-online no: 705. Bununla beraber bazı yazarlar, ele aldığımız durumda öngörülebilirlik kıstası bakımından ispat yükünün ihlale maruz kalan tarafta olacağı düşüncesindedir; *inc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 31; Liu, **a.g.m.**, § 2.3 (c). Buna karşın *Koch*, CISG m. 25 hükmünde yer verilen "ve" bağlacına tamamen aksi yönde bir anlam yüklemekte ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın özel bilgisinin dikkate alınmamasının gerekmesi sebebiyle, bu gibi durumlarda esaslı ihlal oluşmadığının kabul edilebileceğini belirtmektedir; *Koch*, **Fundamental Breach**, s. 265. Fakat yazarın düşüncesinin aksine sözleşmeyi ihlal eden tarafın, "aynı konum ve koşullar içindeki makul bir kişi" perdesinin arkasına saklanmak imkânı yoktur (Aynı yönde bkz.: Bianca/Bonell/[Will], **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.4; Liu, **a.g.m.**, § 2.3 [c]; Kaşak, **a.g.m.**, s. 345.). Zira sözleşmeyi ihlal eden tarafın sübjektif bilgisi, ihlalin sonuçlarının öngörülebilmesi bakımından yeterliyse bu kıstas zaten karşılanmış olacaktır.

<sup>221</sup> Bu bakımdan *kanımızca*, sözleşmeyi ihlal eden tarafın kişisel özelliklerinin öngörülebilirlik kıstası bakımından önem ifade etmediği; zira bu kıstasın objektif bir temel üzerinde yoğunlaştığı şeklindeki görüş (Bkz.: Graffi, **a.g.m.**, s. 340.), bu genel yaklaşımıyla sistematik olarak şüphelidir. Her ne kadar sözleşmeyi ihlal eden tarafın kişisel yetersizliği sebebiyle sözleşme ihlalinin sonuçlarını



ki sözleşmeyi ihlal eden taraf, bu ihlalin sonuçlarını gerçekte kendisi öngördükten sonra, objektif bir üçüncü kişinin öngörüsünü araştırma ihtiyacı ortadan kalkmaktadır<sup>222</sup>.

### e. Öngörülebilirliğin Aranacağı Zaman Dilimi

Esaslı ihlal değerlendirmesinde öngörülebilirlik testi bakımından cevaplanması gereken önemli bir soru da bu testin hangi zaman dilimine göre yapılacağıdır. Diğer bir söylemle, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan gelişmeler ihlalinin sonuçlarının öngörülebilir olmasında dikkate alınacak mıdır; yoksa bu değerlendirmenin, sözleşmenin kurulduğu andaki durumla mı sınırlı olarak yapılması gerekir<sup>223</sup>? Bunun önemi, varılacak sonuca göre, esaslı ihlale bağlanan sonuçların kullanım imkânının genişlemesi veya daralması olacaktır<sup>224</sup>. Esaslı ihlal değerlendirilmesinde, öngörülebilirlik testi bakımından açıkça sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınmasına yönelik teklifler reddedilmiştir<sup>225</sup>. Bu yöndeki tekliflerin reddedilmesi acaba sözleşme ihlalinin gerçekleştiği ana kadar olan zaman diliminin dikkate alınmasını mı gerektirmektedir<sup>226</sup>?

*Babiak*, Antlaşma'yı hazırlayanların bu sorunun cevabını açık bırakarak hükmün, sonradan gelişebilecek olayların çeşitliliğine karşı esnek bir yapıda

---

öngörememesi tek başına yeterli kabul edilmemekteyse de yukarıda incelediğimiz durumda, subjektif test öncelik kazanmakta ve sözleşmeyi ihlal eden tarafın kişisel durumu önem taşıyabilmektedir. Diğer türlü bir yaklaşım benimsendiğinde, fiilen yarattığı sonuçlar objektif olarak öngörülebilir olmayan bir sözleşme ihlali bakımından, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sahip olduğu gerçek pozisyona göre değerlendirme yapmamız temelsiz kalabilirdi. Dolayısıyla daha tercihe şayan yaklaşım, objektif teste başvurmak gerekirse sözleşmeyi ihlal eden tarafın iş kolunu ve pozisyonunu tespit ettikten sonra, bu konumdaki "makul kişinin/tacirin" standartlarını gözetmektir.

<sup>222</sup> Kaşak, **a.g.m.**, s. 345.

<sup>223</sup> ULIS m. 10 hükmünün bu konudaki açık tercihi, sözleşmenin kurulduğu andır. Bu hükme ilişkin açıklamalar için bkz.: yuk. I. F. 2. b. DCFR Art. III - 3:502/II.a düzenlemesinde, öngörülebilirlik testi bakımından sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınacağı açıkça belirtilmiştir. Ayrıca PECL Art. 8:103 düzenlemesinin şerhinde de sözleşmenin kurulduğu an esas alınmıştır. Bu normların incelemesi için bkz.: yuk. I. D. 2.

<sup>224</sup> Bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 336; Bridge, **a.g.m.**, s. 923.

<sup>225</sup> Hazırlık tarihçesindeki ilgili teklifler ve müzakereler için bkz.: yuk. I. F. 3. b; I. F. 3. c. (1).

<sup>226</sup> Hemen ifade edelim ki sözleşme tarafları, öngörülebilirlik değerlendirmesi bakımından dikkate alınacak zamanı belirleyerek daha baştan bu şüpheyi kaldırabilirler. Bkz.: *Babiak*, **a.g.m.**, s. 123; Lorenz, **a.g.m.**, § IV.

kalmasını amaçladıklarını ifade etmektedir<sup>227</sup>. Benzer şekilde *Will* de bu konuda sıkı bir tutuma sahip olmamanın, olayın özelliklerine göre daha dengeli sonuçlara ulaşmayı sağlayabileceğini belirtmektedir<sup>228</sup>.

Bununla beraber doktrinde, öngörülebilirlik kıstası bakımından ilgili zaman diliminin - en azından prensip olarak - sözleşmenin kurulduğu an olması gerektiği, bugün hâkim görüştür<sup>229</sup>. Bu görüşte olan bazı yazarlar ayrıca, istisnai durumlarda sözleşmenin kuruluşundan sonra aktarılan bilginin de dikkate alınabileceği fikrindedir<sup>230</sup>. Öngörülebilirlik testinin sözleşmenin kurulduğu andaki durumla sınırla olarak yapılması gerektiği yönünde belli başlı şu gerekçeler ortaya konmaktadır: Bir gerekçeye göre, esaslı ihlal değerlendirmesinde "sözleşme uyarınca" meşru görülen beklentiler nazara alındığından, ilgili zaman diliminin de sözleşmenin kurulduğu an olması gerekir<sup>231</sup>. Keza meşru menfaatler, sözleşmenin kurulma anında belirlendiğinden, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen temaların esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınmasının, tek yanlı olarak taraflar arasındaki menfaatler dengesinde değişikliğe yol açabileceği ifade

---

<sup>227</sup> Babiak, **a.g.m.**, s. 123. Yazar ayrıca, sözleşmenin kurulmasından sonra da ilgili bilginin aktarılabilirliğinin düşünüldüğünü eklemektedir; Babiak, **a.g.m.**, s. 123.

<sup>228</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.5. Bununla beraber yazar, ifa hazırlıkları başlayana kadar gerçekleşen temaların, istisnai olarak, dikkate alınabileceği fikrine yakın görünmektedir; Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.5.

<sup>229</sup> Peter Schlechtriem, **Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1986. s. 60; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 33; Koch, **Fundamental Breach**, s. 321, 322, 332, 345; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 500; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 324, 325, (Garro), s. 364; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 216; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 26; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 98; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 245 vd.; Leisinger, **a.g.e.**, s. 112, 113; Kanişlı, **a.g.e.**, s. 70. Ayrıca bkz.: *ve karş.* Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.5; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 4.3; Peacock, **a.g.m.**, s. 105; Kaşak, **a.g.m.**, s. 347.

<sup>230</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.5; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 4.3; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 324, 325; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 26 dn. 77; Peacock, **a.g.m.**, s. 105; Kaşak, **a.g.m.**, s. 347.

<sup>231</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 266; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 500; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 26. *Koch* ayrıca, CISG m. 25 hükmünün Fransızca, İspanyolca ve Rusça metinlerinde kullanılan zamansal gramer yapısının, - İngilizce metindekinden farklı olarak - bu sonucu işaret ettiğine değinmektedir; Koch, **Fundamental Breach**, s. 265, 266. *Kanımuza*, CISG m. 25 hükmünün hâlihazır yapısında, öngörülebilirlik kıstasında dikkate alınacak zaman dilimine bilinçli bir tercih olarak yer verilmemiş olması karşısında, tek başına hükmün düzenlenme şeklinden bu zaman diliminin tespit edilmeye çalışılması isabetli bir sonuca ulaşmamızı sağlayamaz. Zira hükümde bu zaman diliminin düzenlenmemesi zaten Antlaşma'yı hazırlayanların iradesinin ürünüdür.

edilmektedir<sup>232</sup>. Yine paralel bir izaha göre de taraflar, aralarındaki sorumluluk paylaşımını ve rizikoları sözleşme öncesi iletilen bilgilere göre değerlendirdiğinden, öngörülebilirlik kıstasında sözleşmenin kurulduğu anın göz önünde tutulması gerekir<sup>233</sup>. Son olarak, Antlaşma'nın diğer maddeleri incelendiğinde sistematik olarak sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınması gerektiği, bilgi veya öngörülebilirliğin arandığı durumlarda sözleşmenin kurulma anının ilgili zaman dilimi olarak kabul edildiği ifade edilmektedir<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 500. Benzer yönde bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 321, 322; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 245, 246. Öngörülebilirlik kıstasını temelde sözleşmenin yorumuyla açıklayan *Schroeter* de benzer argümanları ortaya koyarak dikkate alınması gereken zaman diliminin, sözleşmenin kurulma anı olabileceğini ifade etmektedir. Yazar; borçlunun, belirli bir yükümlülükten ve bunun ifa şekline alacaklının beklediği menfaati bilmesinin veya öngörmesinin, bu konuların önemi üzerinde sözleşmede açıkça anlaşmaya varma ihtiyacının yerini alabileceğini belirtmektedir. Öngörülebilirlik veya bilgi, açık bir anlaşmaya eş değer görüldüğünde ise bunun, sözleşmenin kurulduğu anda bulunması gerektiği; zira taraflar arasındaki sözleşme pazarlığında belirleyici olduğu ifade edilmektedir; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 33. *K.g.*: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 183.

<sup>233</sup> *Inc.* Koch, **Fundamental Breach**, s. 321, 322; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 324, 325; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 216; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 26. *Magnus*, esas olarak sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alınması gerektiği görüşünün, CISG m. 35/II.b hükmü ile de uyumlu olduğu fikrindedir. Zira bu hükme göre alıcının, özel beklentilerini sözleşmenin kurulduğu anda satıcıya iletmesi gerekmektedir; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 324, 325.

<sup>234</sup> *Inc.* Koch, **Fundamental Breach**, s. 321, 332; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 245; Leisinger, **a.g.e.**, s. 112. *Atamer* bu hususta, CISG m. 31.b, m. 42/II.a, m. 73/III, m. 74 ve m. 79/I hükümlerini örnek göstermektedir; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 245. Bazı başka yazarlar da art arda teslimli satım sözleşmelerinde, CISG m. 73/III uyarınca geçmişteki veya gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak sözleşmeden dönülebilmesi noktasında yine sözleşmenin kurulduğu anın dikkate alındığını vurgulamaktadır; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 32; Koch, **Fundamental Breach**, s. 321; Leisinger, **a.g.e.**, s. 112. CISG m. 74 hükmünde öngörülebilirlik değerlendirmesi bakımından açıkça sözleşmenin kurulma anına değinilmektedir. *Huber'e* göre, CISG m. 74 hükmünde nazara alınan bu zaman dilimi; öngörülebilirliğin sözleşmenin kurulduğu ana göre değerlendirilmesi sonucunu doğuracak şekilde, CISG m. 7/II bağlamında genel bir ilke olarak kabul edilebilir; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 216. *Leisinger*, sözleşme ihlali hâlinde kolaylıkla başvurulabilen tazminat sorumluluğunun sınırlanması bakımından sözleşmenin kurulduğu an dikkate alınmış olduğundan, son çare vasfı taşıyan sözleşmeden dönme bakımından da mantiken bu zaman diliminin gözetilmesi gerektiğini düşünmektedir; Leisinger, **a.g.e.**, s. 112. Aynı yönde bazı başka yazarlar da CISG m. 74 altında tazminatı gerektirmekten uzak sebeplerle, sözleşmeden dönülebilmesinin anormal bir durum olacağını belirtmektedir; Ziegel, **a.g.m.**, s. 20; Koch, **Fundamental Breach**, s. 322. *K.g.*: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 183. *Bridge*, hem tazminatın hem de sözleşmeden dönmenin taraflar arasındaki pazarlıkta belirleyici olduğunu belirterek her iki hükümde aranan öngörülebilirlik testinde aynı zaman diliminin esas alınmasının makul olacağını ifade etmekte; fakat bu savın, CISG'ın hazırlık çalışmaları tarafından desteklenmediğini eklemektedir; *Bridge*, **a.g.m.**, s. 926. *Kanımızca*, ilgili zaman dilimi bakımından CISG m. 74 hükmünden hareket edilmesi isabetli değildir. Bu hükümde ilgili zaman dilimi bakımından açık bir tercih ortaya konmuş ve sözleşmenin kurulma anı kabul edilmiştir. CISG'ın ifa engelleri sisteminde tazminat sorumluluğunun tüm sözleşme ihlalleri bakımından mevcut olduğu düşünüldüğünde, bu yönde açık bir tercih makul görülebilir. Zira sonuçları ağır olmayan ihlaller sebebiyle de tazminat istenebildiği hesaba katıldığında, sözleşmeyi ihlal eden tarafın sorumluluğunu da sözleşmenin kurulma anı ile bir ölçüde sınırlamak uygun görülebilir. Buna karşın CISG m. 25 hükmü, sonuçları çok ağır olan ihlaller ile ilgilenmektedir ve bu denli ağır sonuçlar

Oberlandesgericht Düsseldorf tarafından verilen 24.04.1997 tarihli kararda<sup>235</sup> ve Oberlandesgericht Hamm tarafından verilen 12.11.2001 tarihli kararda<sup>236</sup>, malların tesliminde gecikilmesi hâlinde alıcının, malları geç teslim almaktansa hiç teslim almamayı tercih etmesi ve bu durumun, sözleşmenin kuruluşu anında satıcı için anlaşılır olması hâlinde esaslı ihlalin oluşacağı belirtildiğinden, öngörülebilirlik testindeki ilgili zaman dilimi, sözleşmenin kuruluş anı olarak kabul edilmiş görünmektedir.

Bununla beraber, sözleşmenin kurulduğu anı genel olarak ilgili zaman dilimi gören pek çok yazar, istisnai durumlarda, sözleşmenin kurulmasından sonra aktarılan bilginin de dikkate alınabileceği fikrindedir. *Enderlein/Maskow*, genellikle sözleşmenin kurulduğu ana başvurulması gerektiğini belirtmekle birlikte, bazı istisnai durumlarda ve özellikle karşı tarafın ilgili yükümlülüğün ifası için hazırlıklara başladığı veya başlaması gereken ana kadar iletilmesi koşuluyla, sözleşmenin kurulmasından sonra aktarılan bilginin dikkate alınabileceği görüşündedir. Yazarlar bu şekilde sonradan edinilen bilginin dikkate alınmasıyla, sözleşmenin kurulma anında var olan bilgilerin ihlalin sonuçlarının öngörülebilmesi açısından yeterli olup olmadığı kuşkusunun giderilebileceği kanaatindedirler<sup>237</sup>. Keza *Peacock* ağır basan görüşün, sözleşmenin kurulduğu an olduğunu, istisnai durumlarda ise sözleşmenin kurulmasından sonra; fakat ihlalden önce gelişen hadiselerin de dikkate alınabileceğini belirtmekte ve bu konuda son kararın, olayın özelliklerine göre mahkemenin takdirinde olduğunu zikretmektedir<sup>238</sup>. *Björklund* ise sözleşmenin kurulmasından sonra iletilen bilginin, ifaya başlanmadan önce iletildiği

---

karşısında, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörülebilirlikten kaynaklanan sorumluluğunun dürüstlük kuralı gereği bazı istisnai durumlarda genişletilmesi kabul edilebilir. Aksi hâlde, dürüstlük kuralı bu sorumluluğun genişletilmesine izin vermesine rağmen ihlale maruz kalan tarafın, ne tazminat isteyebilmesi ne de esaslı ihlale bağlı yaptırımlara başvurabilmesi gibi kabulü güç bir durumun ortaya çıkma tehlikesi vardır. Ayrıca *inc. ve karş. Flechtner*, **a.g.m.**, s. 77; *Honnold/Flechtner*, **a.g.e.**, § 183.

<sup>235</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-online no: 385.

<sup>236</sup> Oberlandesgericht Hamm, 12.11.2001, CISG-online no: 1430.

<sup>237</sup> *Inc. Enderlein/Maskow*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 4.3. Yazarlar bu hususta şu şekilde bir örnek vermektedirler: Alıcı satım sözleşmesinin kurulmasının hemen ardından, kararlaştırılan bilgilerin ambalajda yazılmasının önemine değinmiş ve ancak bu şekilde hedeflenen satış bölgesinde malların satımının yapılabileceğini belirtmiştir. Bu durumda ilgili yükümlülüğün ihlal edilmesinin esaslı ihlal kabul edilebileceği belirtilmektedir; *Enderlein/Maskow*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 4.3. *Will* de bu yaklaşımı ikna edici bulmaktadır; *Bianca/Bonell/(Will)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2.2.5.

<sup>238</sup> *Peacock*, **a.g.m.**, s. 105.

ve taraflar arasındaki rizikoların paylaşımını değiştirmediği durumların, istisnai olarak dikkate alınabileceği fikrindedir<sup>239</sup>. İlgili zaman dilimini, prensip olarak, sözleşmenin kurulma anı olarak kabul eden *Kaşak* da dürüstlük kuralı uyarınca, istisnai olarak, sonradan aktarılan bilginin dikkate alınabileceği görüşündedir<sup>240</sup>. Son olarak *Magnus*, istisnai durumlarda dürüstlük kuralının etkisiyle, sözleşmenin kurulmasından sonra gelişen hadiselerin dikkate alınmasına açık kapı bırakmaktadır. Yazara göre örneğin, sonradan aktarılan temenni satıcı tarafından yerine getirilmediği takdirde alıcı; üretimini durdurmak ve büyük kayıplara uğramak durumunda kalıyorsa satıcının bu temennileri kolaylıkla yerine getirebilecek durumda olması ve alıcının fazladan ortaya çıkabilecek masrafları karşılamayı kabul etmesi hâlinde, dürüstlük kuralı gereği esaslı ihlal oluştuğu kabul edilebilir<sup>241</sup>.

Bazı yazarlar bunun da ötesinde, sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafa aktarılan bilginin dikkate alınmasını genel olarak mümkün görmektedir. *Honnold/Flechtner*'e göre, sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafa sağlanan bilgilerin dikkate alınması mümkündür. Bununla birlikte yazarlar, çok geç edinilmesi sebebiyle sözleşmenin ifası üzerinde etki doğuramayan bir bilginin dikkate alınamayacağını da belirtmektedirler<sup>242</sup>. *Zeytin*, ihlal edilen yükümlülüğün ifasından önce gerçekleşmesi şartıyla, öngörülebilirliğin; sözleşmenin kurulması anında veya sözleşmenin kurulmasından sonra elde edilen bilgilere bağlı olarak daha sonra da gerçekleşebileceği görüşündedir<sup>243</sup>. *Graffi* ise sözleşmeyi ihlal eden taraf sonradan

---

<sup>239</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 26 dn. 77

<sup>240</sup> Kaşak, **a.g.m.**, s. 347.

<sup>241</sup> Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 325 ve orada dn. 26.

<sup>242</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 183. Zira yazarların kanaatine göre öngörülebilirlik kıstası, önemi başka türlü tahmin edilemeyecek olan ifanın ufak ayrıntılarına, sözleşmeyi ihlal eden tarafın özel bir dikkat verebilmesi için tasarlanmıştır; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 183. Bu hususta ayrıca şu şekilde bir örnek verilmektedir: 100 çuval pirincin satımı konusunda taraflar anlaşmaya varmıştır. Alıcı, pirincin yeni çuvallarda teslimini sipariş etmiş olsa da satıcı, elindeki sağlam ama kullanılmış çuvallarla, belirli bir indirim karşılığı, bu teslimatı gerçekleştirmeyi düşünmektedir. Akabinde alıcı, yapmış olduğu sözleşme gereği pirincin yeni çuvalarla tesliminin önemli olduğunu satıcıya bildirmiştir. Satıcının kaliteli ama kullanılmış çuvalarla teslimatın yapılacağını belirtmesi üzerine alıcı, sözleşmeden dönmüştür. Bu örnekte yazarlar, sözleşmenin kurulmasından sonra; fakat malların gönderilmesinden önce satıcıya iletilen bilginin dikkate alınması gerektiği görüşündedirler; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 183. Ayrıca bkz.: Flechtner, **a.g.m.**, s. 75 - 78. K.g.: Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 325 dn. 26; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 246.

<sup>243</sup> Zeytin, **a.g.e.**, s. 107.

aktarılan bilginin farkında olduğu müddetçe, bu bilginin de dikkate alınmasını dürüstlük kuralı uyarınca daha tercih edilebilir bulmaktadır<sup>244</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen 15.09.2000 tarihli kararda, satıcının kararlaştırılan zamanda malları teslim etmemesi üzerine, öngörülebilirlik testi bakımından sözleşme ihlalinin gündeme geldiği an göz önünde tutulmuş ve alıcının sözleşmenin kurulmasından sonra satıcıya yaptığı açıklamalar nazara alınmıştır. Ayrıca kararda, olumsuzluğun sözleşme ihlalinin gerçekleştirildiği anda öngörülebilir olması gerektiği belirtilmiştir<sup>245</sup>.

Görüldüğü üzere, öngörülebilirlik kıstasında hangi zaman diliminin nazara alınacağı hayli zor bir soru olarak karşımızda durmaktadır. Hükümün bugünkü yapısına kavuşmasına kadar geçen evrede yürütülen çalışmalara bakıldığında, öngörülebilirlik kıstasının açıkça sözleşmenin kurulduğu ana göre düzenlenmemesinin bilinçli bir tercih olmadığını savunmak mümkün değildir<sup>246</sup>. Dolayısıyla Antlaşma'yı hazırlayanların bu hususta son noktayı koymaktan kaçındıkları ifade edilebilir. Öyleyse ULIS m. 10 hükmünden keskin ve bilinçli bir ayrılış olarak, öngörülebilirlik kıstasının açıkça sözleşmenin kurulduğu an dikkate alınarak düzenlenmemesi, bu kıstas bakımından değerlendirmenin her durumda sözleşme ihlaline kadar ortaya çıkan olgular dikkate alınarak yapılmasının istendiği anlamına da gelmez<sup>247</sup>. Hükümde kesin bir kuralın getirilmesinden özellikle imtina

---

<sup>244</sup> Graffi, **a.g.m.**, s. 341.

<sup>245</sup> Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770. ICC tahkim yargılamasına konu olan bir olayda da sözleşmenin kurulmasının ardından yapılan bildirimlerin dikkate alındığı sonucu çıkarılabilmektedir. Tahkim heyeti, sözleşme konusu kimyasal gübrenin taşınacağı çantaların üzerinde yazanlardan satıcının, bu malların alıcının müşterileri için olacağını zaten bildiğini belirttikten sonra; alıcı tarafından satıcıya gönderilen mektupta, satıcının gecikmesi sebebiyle alıcının kendi müşterisine karşı zor duruma düştüğünü ifade etmesini de dikkate almıştır. Tahkim heyeti, teslimatın gecikme olmaksızın yapılması talebinin özel bir ağırlığa sahip olduğunu ve bu mektubun alınmasının ardından, malları teslim borcunda gecikmenin esaslı ihlale dönüştüğünü vurgulamıştır. Bkz.: ICC International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-online no: 526.

<sup>246</sup> Aynı yönde bkz.: Flechtner, **a.g.m.**, s. 76; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 216; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 25; Erkan, **a.g.t.**, s. 72. Hazırlık tarihçesinde ilgili açıklamalar için bkz.: yuk. I. F. 3. b; I. F. 3. c. (1).

<sup>247</sup> *Bridge*, Anlaşmayı hazırlayanların konu üzerinde mutabakata varamamış olması gibi sebeplerle, öngörülebilirlik kıstasına ilişkin ilgili zamanın açıkça belirtilmesinin uygun olmayacağını düşünülmesi olabileceği hususuna temas etmektedir; *Bridge*, **a.g.m.**, s. 925, 926. *Ziegel*, diğerleri hem fikir olmasa da önemli sayıda temsilcinin, olay özelinden hareket edilme üzere bu meseleyi karar makamlarına bırakmayı uygun gördüğünü belirtmektedir; *Ziegel*, **a.g.m.**, s. 19.

edilmesi karşısında, ne hükmün düzenlenme şekline ne de Antlaşma'nın benzer konuları düzenleyen diğer maddelerinden sabit bir kural türetmenin uygun olmayacağı ortadadır. Bunun yerine, Antlaşma hükümlerinin yorumlanmasına ilişkin genel prensipleri düzenleyen CISG m. 7/I hükmünü de göz önüne almak suretiyle, sözleşme ilişkisi içerisinde menfaatleri dengeleyen ilkesel yaklaşımlardan hareket edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu kapsamda, dürüstlük kuralının da değerlendirmeye etki etmesi mümkün görülmektedir.

Taraflar, sözleşme kurulduğu sırada, karşılıklı yükümlülüklerini belirledikleri gibi, kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirememeleri hâlinde gündeme gelebilecek yaptırımları da hesaba katmaktadırlar<sup>248</sup>. Konu bu açıdan irdelenince sözleşmenin kurulduğu sırada tarafların sahip oldukları pozisyona göre öngörülebilirlik değerlendirmesi yapılması, makul bir gerekçeye dayanmaktadır. Zira öngörülebilirlik değerlendirmesi netice itibarı ile sözleşmeyi ihlal eden tarafın sorumluluğu üzerinde etki doğurabilecek kuvvete sahiptir ve bu taraf, sözleşme kurulduğu sırada hesaba kattığı olgular kapsamında sorumluluğunun belirlenmesi hususunda haklı bir beklenti ileri sürebilecek durumdadır. Dahası borçlu, sonradan öğrendiği özel durumu sözleşme kurulduğu sırada bilseydi, sözleşmeden kendi lehine doğan alacakları da nispeten çoğaltmak ister miydi veya sorumluluğunun daraltılmasını talep eder miydi soruları gündeme gelmektedir. Dolayısıyla, sözleşmeyi ihlal eden tarafın, sonradan vâkıf olduğu bilgiyi en baştan bilseydi aynı şartlarla bu sözleşmeyi yapıp yapmayacağı belirsizdir. Şu hâlde, tarafların sözleşmenin kuruluş anına kadar tasarladıkları riziko dağılımı gözetildiğinde, asıl olan sözleşmenin kurulduğu ana göre değerlendirme yapılması olmalıdır. Sözleşmenin kurulmasının ardından gelişen hadiselerin dikkate alınabilmesi ise ortaya çıkan yeni durumun da gözetileceğinin sözleşmeyi ihlal eden tarafça kabul edilmiş olması hâlinde<sup>249</sup> veya en başta sözleşme kurulurken sonradan gerçekleşebilecek bu tür olaylara taraflarca açık kapı bırakılmış olması hâlinde

---

<sup>248</sup> Sözleşmenin esaslı ihlali her ne kadar doğrudan bir yaptırım olmasa da önemli yaptırımlar için ön koşul oluşturan bir yapıdır.

<sup>249</sup> Bu tür değişikliklerin ancak karşı tarafın onay vermesi hâlinde etkili olabileceği yönünde ayrıca bkz.: Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 246. Yine tarafların anlaşmasıyla bunun mümkün olduğu yönünde bkz.: Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 500; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 325.

mümkün olabilir. Bunun haricinde CISG m. 25 hükmünde mutlak bir tercihin ortaya konulmamış olması, ancak gündeme gelebilecek fevkalade durumlar karşısında hükmün esnek bir yapı sergileyebilmesine hizmet edebilecektir.

Bu durum karşısında öngörülebilirlik kıstası bakımından, prensip olarak, sözleşmenin kurulduğu sırada mevcut durumun esas alınması gerektiği; fakat CISG m. 25 hükmünün istisnai hâllerde, sözleşmenin kurulmasından sonra karşı tarafa aktarılan bilgileri de kapsamına alabilecek esnekliğe sahip olduğu ifade edilebilir. CISG m. 7/I hükmü, Antlaşma hükümleri yorumlanırken bu hükümlere milletlerarası ticaretteki dürüstlük kuralına uygun anlamın verilmesini gerektirmektedir<sup>250</sup>. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olguların dikkate alınması yönünde dürüstlük kuralının belirleyici bir role sahip olacağı kabul edilebilir olmakla birlikte, hangi hâllerde durumun bu şekilde gelişebileceği de incelenmeye çalışılmalıdır. Zira hüküm, bu yönde de hiçbir yol gösterici düzenleme öngörmemektedir. *Magnus*'un görüşüne paralel olarak *kanımızca* da bu tür istisnai durumlar, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın kendisini mahva uğratabilecek bir olumsuzlukla yüz yüze olması karşısında, ortaya çıkan yeni duruma uyum sağlamanın, sözleşmeyi ihlal eden taraf açısından fazla bir zorluk yaratmadığı hâllerde gündeme gelebilir.

Örneğin S, bir önceki ayın hasadının satımını konusunda A ile anlaşmıştır. A'nın da vâkıf olduğu şekilde, S'nin bu sözleşmeden beklediği önemli bir menfaat, içinde bulunulan ayın hasadına depoda yer açmaktır. Taraflar, sözleşme konusu malların içinde bulunulan ayın son haftası içerisinde teslim edilmesi konusunda anlaşmışlardır. Bunun akabinde S, sözleşmenin kurulmasının ardından iklim şartlarının beklenenden ağır geçtiğini, yeni toplanan ürünleri mümkün olduğunca çabuk depoya alması gerektiğini ve malların teslim alınmasında gecikilmesi hâlinde, yeni hasadın çürüme tehlikesiyle karşı karşıya kalacağını A'ya bildirmiştir. A ise malları ancak kararlaştırılan vadeden üç gün sonra teslim alacağını belirtmiştir. Bunun üzerine S, sözleşmeden dönerek malları derhal teslim alabilecek başka bir alıcıyla sözleşme yapmıştır. Örnekte, üç günlük bir gecikmenin yeni hasadın

---

<sup>250</sup> Bu konuda bkz.: yuk. I. E. 3.



çürümesine yol açacağı kabul edilirse ihlalin esaslı sayılıp sayılmayacağı, bu olumsuzluğun öngörülebilir olup olmadığına bağlıdır. Keza S'nin sözleşmeden dönerek eski hasadı yeni bir alıcıya satması, CISG m. 72 uyarınca alıcının sözleşmeyi esaslı şekilde ihlal edeceği vadeden önce aşikârsa mümkündür. Sözleşmenin kuruluşu anında A, üç günlük bir gecikmesinin bu denli ağır bir sonuca yol açabileceğini öngörebilecek durumda değildir. Nitekim taraflar, malların teslim alınması tarihine sözleşmede özel bir önem atfetmiş değillerdir. A'nın sözleşmenin kuruluşu anındaki öngörüsü, malları teslim almakta kısa süreli bir gecikmesinin, zarara uğraması hâlinde S'ye tazminat ödemekle sonuçlanacağıdır. Buna karşın, sözleşmenin kuruluşundan sonra edindiği bilgiyle A, sözleşme ihlalinin esaslı ihlali haklı kılan sonuçlara yol açabileceğini öngörebilecek duruma gelmektedir. Prensip olarak S, sözleşmenin kuruluşu anında A için öngörülebilir olmayan bir olumsuzluk sebebiyle esaslı ihlale dayanamayacaktır. Ne var ki böyle bir durumda dürüstlük kuralının aksi bir sonuca işaret edip etmediği *kanımızca* araştırılmaya değerdir. S'nin, aylık olarak elde ettiği hasadın satımı yoluyla ticaretini sürdürdüğü hesaba katılırsa bir aylık hasadı kaybetmesi kendisi için telafi edilemez bir olumsuzluk teşkil edebilir. Buna karşın A'nın da bu yeni durumdan nasıl etkileneceği aynı derece önem taşıyacaktır. Örneğin A'nın, kendisine aktarılan bilginin ardından, kararlaştırılan vadede bu malları teslim almasının ne şartlarla mümkün olduğuna bakmak gerekecektir. *Kanımızca* bu araştırma neticesinde, dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin kuruluş anına sıkı şekilde bağlı kalmamız makul karşılanamıyorsa S'nin vadeden önce sözleşmeden dönerek deposunu zamanında boşaltabilecek bir alıcıyla sözleşme yapması mümkün görülebilir. *Kanımızca* bu yönde bir yaklaşım, CISG'ın ticari hayatın etkinliğini koruma prensibi ile de uyum içerisinde olacak ve Antlaşma'yı hazırlayanların arzuladığı esnekliği hükme kazandırabilecektir.

Dikkat edilmelidir ki sonradan aktarılan bu bilgi A'ya yeni bir borç yüklememektedir. Bu bilginin aktarılmasının işlemi kesin vadeli hâle getirme fonksiyonu da yoktur<sup>251</sup>. Sözleşmenin kurulmasının ardından bu etkiyi doğurabilecek

---

<sup>251</sup> Örneğin bu sözleşme, malların teslim alınması tarihiyle sıkı bir bağlılık aranmış ve daha en baştan, satıcının depoyu boşaltma menfaatini elde edebilmesi mutlaka kararlaştırılan vadeye uyulmasına bağlı görülmüş bir işlem değildir. Fakat yeni hasat için deponun boşaltılması, satıcının sözleşmeden

tek yanlı bir bildirim kabulü zaten mümkün değildir. Buradaki değişiklik fiiliyattır. A, sözleşmenin kurulmasının ardından kısa süre sonra vâkıf olduğu bu bilginin ardından, B'nin maruz kalacağı olumsuzluğu da gerçekten öngörebilecek duruma gelmektedir. Sözleşmenin kurulmasından sonra aktarılabilecek bilginin zaman bakımından sınırını ise hangi andan itibaren borçlunun pozisyonunun, dürüstlük kuralı kapsamında ilgili zaman dilimini sarkıtmamızı engellediği belirleyecektir. Bu bilginin aktarılmasına rağmen, artık borçlunun edimini sözleşmeye uygun ifa etmesi zaten mümkün değilse veya bu ifa, borçlu için de ağır koşullarla mümkün olabilecekse geç aktarılan bilginin değerlendirmede dikkate alınmaması gerekir<sup>252</sup>. Zira borçlunun, muhtemel olumsuzluğu dürüstlük kuralı içinde kolaylıkla önleyebilme olanağı kalmamışsa bu olumsuzluğu sonradan öngörmesine sonuç bağlamamak gerekir.

## f. İspat Yükü

Sözleşme ihlalinin sebep olduğu sonuçların öngörülürlüğü bakımından ispat yükü, sözleşmeyi ihlal eden tarafa aittir<sup>253</sup>. Zira hükümde geçen "meğerki" ("*unless*")

---

beklemekte haklı olduğu önemli bir menfaattir. Alıcı, sonradan öğrendiği bilgi ile kısa süreli bir gecikmesinin bu menfaati gerçekleştirmeye engel olabileceğini fiilen öngörebilecek duruma gelmektedir. Bu bakımdan, bazı başka işlemlerde alacaklının meşru menfaatlerini tespit etmek noktasında dikkatli olunması gerekir. Örneğin, üç aylık bir sezon boyunca mağazasında yazlık ürünleri satmak üzere satıcı ile sözleşme yapan alıcı, sözleşmenin kurulmasından kısa süre sonra taraflarca kararlaştırılan - fakat kesin olmayan - vadede malları teslim etmek üzere yeni bir sözleşme yaptığını satıcıya bildirirse alıcının, henüz mallar kendisine teslim edilmeksizin bu malların hepsini vadenin ilk gününde teslim etmek üzere satmasının, sözleşmeden beklemekte haklı olduğu bir menfaat olup olmadığı araştırılmaya muhtaç kalacaktır. Zira alıcının sözleşmeden bekleyebileceği menfaatin, satıcı için de sözleşme kurulurken anlaşılabilir olması gerekmekte; oysa bu durumda alıcı, sözleşme konusu malları belirli bir periyot içerisinde perakende satış yapmak üzere satın almaktadır. *Karş. Koch, Fundamental Breach*, s. 321, 322; Atamer, *İfa Engelleri Sistemi*, s. 246.

<sup>252</sup> Buna karşın, öngörülebilirlik kıstasında borçlunun öngörüsünün kaynağı alacaklının aktardığı bilgilerle sınırlı olmadığından, dürüstlük kuralını uygulayarak ilgili zaman dilimini sarkıtabildiğimiz durumlarda, borçlunun dış kaynaklardan edindiği bilgiyi de dikkate almamıza bir engel olmamalıdır.

<sup>253</sup> Bianca/Bonell/(Will), *a.g.e.*, Art. 25 N. 2.2.1; Honnold/Flechtner, *a.g.e.*, § 183; Babiak, *a.g.m.*, s. 121; Bridge, *a.g.e.*, N. 12.07; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), *a.g.e.*, s. 325; (Huber)/Mullis, *a.g.e.*, s. 215; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Björklund), *a.g.e.*, Art. 25 N. 19, 24; Zeytin, *a.g.e.*, s. 107; Graffi, *a.g.m.*, s. 340; Liu, *a.g.m.*, § 2.3 (b); Peacock, *a.g.m.*, s. 104; Lorenz, *a.g.m.*, § III. B; Dayıoğlu, *a.g.e.*, s. 39; Kanişlı, *a.g.e.*, s. 70, 71; *Digest*, Art. 25 N. 13. İçtihatlarda bu yönde bkz.: ICC International Court of Arbitration, 01.06.1999, CISG-online no: 705. *K.g.*: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), *a.g.e.*, Art. 25 N. 36; Leisinger, *a.g.e.*, s. 109, 110. Bu konudaki aksi görüşe göre, ihlal edilen yükümlülüğün özel bir öneme sahip olduğu ve herhangi bir şekilde ihlal edilmesi hâlinde esaslı

ifadesi ile, ispat yükünün sözleşmeyi ihlal eden tarafa geçirildiği gösterilmek istenmiştir<sup>254</sup>. Gerçekten de Antlaşma'yı hazırlayanlar, bu konuda ispat yükünün ihlale maruz kalan tarafa bırakılmasının uygun bir sonuç olmayacağını belirterek esaslı ihlal formülünü "meğerki" ("*unless*") yapısıyla yeniden şekillendirmişlerdir<sup>255</sup>. Ayrıca, öngörülebilirlik konusundaki ispat yükünün, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafa bırakılması hâlinde, bu durumun yaratacağı mantıki zorluk sebebiyle de ispat yükünün sözleşmeye ihlal eden tarafta olması gerektiği kabul edilebilir<sup>256</sup>. Yine ispat yüküne ilişkin bu kabulün, öngörülebilirlik kıstasının sözleşmeyi ihlal eden taraf için mevcut bir "muafiyet" olduğu yaklaşımı ile de tutarlı olduğu ifade edilmektedir<sup>257</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki sözleşmeyi ihlal eden tarafın ispat yükü iki boyutludur. Sözleşmeyi ihlal eden taraf, sözleşme ihlalinin yarattığı sonuçları kendisinin öngörmediğini ispat etmek zorunda olduğu gibi, "aynı konum ve koşullardaki makul bir kişinin" de bu sonuçları öngöremeyeceğini ispat etmelidir<sup>258</sup>.

---

ihlale yol açacağı sözleşmede düzenlenmişse öngörülebilirlik kıstası kendiliğinden sağlanmış olur. Yine sözleşmenin yorumu neticesinde tarafların, bu yükümlülüğün esaslı bir karaktere sahip olduğu hususunda zımnen anlaşmış oldukları sonucuna varılıyorsa sözleşmeyi ihlal eden taraf, öngörülemezlik iddia edemeyecektir. Bunun dışında kalan durumlarda ise ispat yükü, sözleşme ihlaline maruz kalan taraf üzerinde olmalıdır. Esaslı ihlal iddia eden taraf, ihlal edilen yükümlülüğün öneminin sözleşmeyi ihlal eden tarafça bilindiğini veya bilinmesi gerektiğini ispat etmek zorundadır; Leisinger, **a.g.e.**, s. 109, 110. *Leisinger* ayrıca, karşı tarafın bilgisinin tanık veya diğer delillerle ispatlanması mümkün iken, bilgi sahibi olmamanın ispatlanmasının neredeyse imkânsız olduğunu ifade etmektedir; Leisinger, **a.g.e.**, s. 110. *Honnold/Flechtner*'e göre ise sözleşmeyi ihlal eden taraf, neyi öngörebileceğini ispat edebilmesi bakımından daha iyi bir pozisyonadır; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 183 dn. 11. *Kanımızca* öngörülebilirlik kıstası, ihlal edilen sözleşme hükmünün öneminin veya bu hükümden alacaklı adına doğan menfaatlerin bilinmesinden hareket etmediğinden, ispat yükünün bu temel üzerine inşa edilmesi isabetli olmayacaktır. Ayrıca öngörülemezlik savunması, sözleşmeyi ihlal eden taraf lehine tanınmış "son çıkış kapısı" olarak görülebileceğinden öngörülemezliğin ispatlanmasına ilişkin zorluk, ispat yükünü değiştiren bir nitelik taşımamalıdır.

<sup>254</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.1; Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 183; Babiak, **a.g.m.**, s. 121; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), **a.g.e.**, s. 325; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 24; Peacock, **a.g.m.**, s. 104.

<sup>255</sup> Hazırlık tarihçesindeki ilgili açıklamalar için bkz.: yuk. I. F. 3. b. Bu durumun daha belirgin hâle getirilmesi için Mısır tarafından yapılan ilk teklifte, ispat yükünün sözleşmeyi ihlal eden tarafta olduğu açıkça belirtilmekteydi. Fakat teklifin bu şeklinin kabul görmemesinin, ispat yükünün sözleşmeyi ihlal eden tarafta olmadığı anlamına gelmeyeceği yönünde bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.1.

<sup>256</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 183 dn. 11; Babiak, **a.g.m.**, s. 121.

<sup>257</sup> (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 215.

<sup>258</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 25 N. 2.2.2; Peacock, **a.g.m.**, s. 104, 105; El-Saghir, **a.g.m.**, s. 338; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 70, 71; **Digest**, Art. 25 N. 13. İçtihatlarda bu yönde bkz.: ICC International Court of Arbitration, 01.06.1999, CISG-online no: 705.

## B. Kullanılmak İstenen Hakka Bağlı Olarak Esaslı İhlal Değerlendirmesinin Çerçevesi

Esaslı ihlalin ifa engelleri sistemindeki konumu izah edilirken değinildiği üzere Antlaşma, esaslı ihlal kavramına birden çok maddede atıf yapmış (CISG m. 46/II, m. 49/I.a, m. 64/I.a, m. 51/II, m. 70, m. 72/I, m. 73/I, II) ve ihlalin esaslı olmasına sonuçlar bağlamıştır. Tüm bu maddelerde aranan "esaslılık" koşuluna ilişkin kıstaslar, yukarıda detaylı şekilde açıklanan kapsamda CISG m. 25 hükmüne göre tespit edilmektedir. Bununla beraber, Antlaşma'nın esaslılık koşulunu arayan farklı maddelerine göre, esaslı ihlal değerlendirmesinin hangi çerçevede yapılacağını incelemekte fayda görmekteyiz.

CISG m. 46/II hükmüne göre, satıcı tarafından sözleşmeye aykırı mal teslim edilmiş olması hâlinde, bu ihlal sözleşmenin esaslı surette ihlali anlamına geliyorsa alıcı ikame mal teslimi isteyebilecektir<sup>259</sup>. Yine sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için de prensip olarak, sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edilmiş olması gerekir<sup>260</sup> (CISG m. 49/I.a, m. 64/I.a). Bu normlar çerçevesindeki hakların kullanımı bakımından esaslı ihlal değerlendirmesinin çerçevesini belirlemek özellik arz etmez. İhlalin, ilgili sözleşmenin bütünü kapsamında esaslı olup olmadığı araştırılır. Bununla beraber, esaslı ihlal şartına bağlı olarak sözleşmeden dönme hakkı, Antlaşma'nın birden çok hükmüne yansımıştır (CISG m. 49/I.a, m. 64/I.a, m. 51/II, m. 72/I, m. 73/I, II). Bunun sebebi, Antlaşma'nın genel olarak sözleşmeden dönme hakkı tanımış olmasının yanında; özellik arz eden bazı durumlarda sözleşmeden dönme hakkının nasıl kullanılacağını ayrıca düzenlemiş olmasıdır. Bu bağlamda Antlaşma, kısmi sözleşmeye aykırılıklara

---

<sup>259</sup> CISG m. 46/II: "Mallar sözleşmeye uygun değilse, alıcı ancak bu uygunsuzluğun sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturması ve 39. madde uyarınca yapılacak bildirimle veya bildirimden itibaren makul bir süre içinde talepte bulunması halinde ikame mal teslimini isteyebilir."

<sup>260</sup> CISG m. 49/I: "Alıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: (a) Satıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa veya..." CISG m. 64/I: "Satıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir: (a) Alıcının sözleşmeden veya bu Antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden herhangi birini yerine getirmemesi sözleşmeye esaslı bir aykırılık oluşturuyorsa, veya..."

(CISG m. 51), öne alınmış sözleşmeye aykırılıklara (CISG m. 72) ve art arda teslimli satış sözleşmesinde ortaya çıkan sözleşmeye aykırılıklara (CISG m. 73) ilişkin özel hükümler getirmiştir. Kısmi sözleşmeye aykırılıklarda esaslı ihlal değerlendirmesinin çerçevesi, ikame mal tesliminin istenmesi bakımından da önemlidir (CISG m. 51/I).

CISG m. 51/I uyarınca, sözleşme konusu malların bir kısmının teslim edilmesi hâlinde veya teslim edilen malların bir kısmının sözleşmeye aykırı olması hâlinde, alıcının sahip olduğu seçimlik haklar eksik veya sözleşmeye aykırı kısma ilişkin olarak kullanılabilir<sup>261</sup>. CISG m. 51/I kapsamında, teslim edilmeyen kısmın veya sözleşmeye aykırı teslim edilen kısmın, sanki ayrı bir satım sözleşmesinin konusuymuş gibi değerlendirilmesi söz konusu olmaktadır<sup>262</sup>. Örneğin, 100 çuval ürünün 10 çuvalı vadede teslim edilmezse bu gecikmenin esaslı ihlal oluşturması hâlinde alıcı, teslim edilmeyen 10 çuvala ilişkin olarak sözleşmeden dönebilecektir<sup>263</sup>. Ayrıca, teslim edilen sözleşmeye aykırı mallar bu kısma ilişkin esaslı ihlal oluşturduğunda, bunların yerine ikame mal tesliminin istenebilmesi de mümkün olacaktır<sup>264</sup>. Böylece, CISG m. 46 ila m. 50 arasında düzenlenen haklar, gerek bunların koşulları gerekse de hüküm ve sonuçları bakımından, teslim edilmeyen veya sözleşmeye aykırı teslim edilen kısma ilişkin uygulanmaktadır<sup>265</sup>. Ön koşul olarak esaslı ihlali arayan haklar bakımından da esaslı ihlal değerlendirmesi, teslim edilmeyen veya sözleşmeye aykırı teslim edilen kısım sınırlı yapılmaktadır<sup>266</sup>. CISG m. 51/II hükmüne göre ise satıcının sözleşme konusu malları eksik teslim etmesi veya teslim edilen malların bir kısmının sözleşmeye uygun olmaması sözleşmenin bütünü kapsamında esaslı ihlal teşkil ediyorsa alıcı, sözleşmenin tamamını ortadan kaldıracak şekilde dönme hakkını kullanabilecektir<sup>267</sup>.

---

<sup>261</sup> CISG m. 51/I: "*Satıcı malların yalnızca bir kısmını teslim etmiş ise veya teslim edilmiş malların yalnızca bir kısmı sözleşmeye uygun ise, 46 ilâ 50. maddeler eksik veya sözleşmeye uygun olmayan kısım için uygulanır.*"

<sup>262</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 316; Flechtner, **a.g.m.**, s. 86.

<sup>263</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 316.

<sup>264</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 304.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 51 N. 7.

<sup>265</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 51 N. 2.1.1.

<sup>266</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Bach), **a.g.e.**, Art. 51 N. 37, 39.

<sup>267</sup> CISG m. 51/II: "*Eksik veya sözleşmeye uygun olmayan ifanın sözleşmeye esaslı aykırılık teşkil etmesi halinde alıcı sözleşmenin tamamını ortadan kalktığını beyan edebilir.*"

Dikkat edilirse bu hükmün kapsamı sözleşmeden dönme ile sınırlıdır<sup>268</sup>. Bu bağlamda, sözleşme ihlali sebebiyle, alıcıya sözleşmeye uygun olarak teslim edilen kısmın da amaçlanan kapsamda kullanımının imkânsız hale gelip gelmediğinin önem kazandığı ifade edilmektedir<sup>269</sup>. *Kanımızca* bu durumun şu şekilde izah edilmesi daha açık bir anlatım sağlayabilir: Satıcının sözleşmeye uygun olarak teslim ettiği mallara rağmen, hiç teslim edilmemiş veya sözleşmeye aykırı olarak teslim edilmiş olan miktar sebebiyle alıcı, satıcı için de öngörülebilir şekilde sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalmış ise sözleşmenin tamamını ortadan kaldırabilir (CISG m. 25).

CISG m. 72 hükmü ise öne alınmış sözleşmeye aykırılıklarda esaslı ihlal şartına bağlı olarak sözleşmeden dönmeye olanak tanımaktadır<sup>270</sup>. Dolayısıyla CISG kapsamında sözleşme ihlali henüz gerçekleşmeden evvel, böyle bir ihlalin gerçekleşmesi bekleniyorsa belirli koşullar altında sözleşmeden dönülmesi mümkündür. Bunun için gerçekleşeceği aşikâr olarak öngörülen ihlalin, vadede gerçekten ortaya çıktığı takdirde sözleşmeden dönme hakkını bahşedecek nitelikte olması gerekir<sup>271</sup>. Şu hâlde esaslı ihlal kıstasları, gerçekleşeceği vadeden önce öngörülen ihlale ilişkin olarak uygulanacaktır<sup>272</sup>.

CISG m. 73 hükmü de art arda teslimli satım sözleşmelerinde sözleşmeden dönmeyi özel olarak düzenlemektedir. Hükmün ilk fıkrasının, CISG m. 49/I.a ve 64/I.a hükümlerinde ortaya konan sonucun, art arda teslimli satım sözleşmelerinin bir teslimatına özgülenmiş hâlini düzenlediği ifade edilebilir<sup>273</sup>. Zira CISG m. 73/I

---

<sup>268</sup> Sözleşmenin bütünü anlamında esaslı ihlal sonucu doğuyorsa alıcının sözleşmeye uygun teklif edilen kısmı teslim almaktan kaçınması da mümkün olacaktır; Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 51 N. 4; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Bach), **a.g.e.**, Art. 51 N. 53; Atamer, **a.g.e.**, s. 341.

<sup>269</sup> Bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 317; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 51 N. 5; Koch, **Fundamental Breach**, s. 301, 302.

<sup>270</sup> CISG m. 72/I: "*Sözleşmenin ifa tarihinden önce, taraflardan birinin sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl edeceği aşikâr ise, diğer taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir.*"

<sup>271</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Fountoulakis), **a.g.e.**, Art. 72 N. 10.

<sup>272</sup> Dolayısıyla esaslı ihlal doktrini, öne alınmış sözleşmeye aykırılıkları dışlamamaktadır; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 30.

<sup>273</sup> CISG m. 73/I: "*Malların art arda teslim edilmesinin öngörüldüğü bir sözleşmede, taraflardan birinin münferit teslimatlardan birine dair yükümlülüklerini ifa etmemesinin bu teslimata dair sözleşmenin esaslı şekilde ihlâlini teşkil etmesi halinde, karşı taraf, bu teslimata ilişkin olarak*

kapsamında, bir teslimata ilişkin sözleşme ihlali sözleşmenin bütünü anlamında esaslı ihlal oluşturmasa dahi ilgili teslimat bakımından esaslı ihlal oluşturuyorsa bu teslimata ilişkin olarak sözleşmeden dönebilme imkânı doğmaktadır<sup>274</sup>. Dolayısıyla, bir teslimata ilişkin sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığı temelde bu teslimat kapsamında değerlendirilir<sup>275</sup>. Bununla beraber, bir makinenin parçalarının farklı tarihlerde teslim edilmesi örneğinde olduğu gibi, münferit teslimatların konusu bir bütünün parçalarını oluşturuyorsa bu teslimatlardan birine ilişkin sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığı noktasında sözleşmenin bütününe bakmak gerektiği ifade edilmektedir<sup>276</sup>. CISG m. 73 hükmünün ikinci paragrafı ise sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kaldırılabilmesini düzenlemektedir. Buna göre, bir tarafın münferit teslimatlardan birine ilişkin sözleşme ihlali, ileriki teslimatlar için sözleşmenin esaslı surette ihlal edileceğine dair ciddi bir kanaat oluşturuyorsa sözleşme ihlaline maruz kalan taraf, sözleşmeyi ileriye dönük olarak ortadan kaldıracaktır<sup>277</sup>. Bu bağlamda, esaslı ihlal değerlendirmesi, sözleşmenin geri kalan ifa edilmemiş kısmını kapsayacak şekilde yapılacaktır<sup>278</sup>. Buna karşın, gelecekteki teslimatlardan her biri için ayrı ayrı esaslı ihlal araştırması gerekmemekte, sözleşmenin geri kalan bütünü dikkate alındığında bu kısma ilişkin

---

*sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir."* Bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 400; Koch, **Fundamental Breach**, s. 310.

<sup>274</sup> Bianca/Bonell/(Bennett), **a.g.e.**, Art. 73 N. 2.4. Şu hâlde, münferit teslimatlardan birinde teslim edilen malların bir kısmının sözleşmeye aykırı olması hâlinde veya bu teslimatın miktar bakımından eksik olması hâlinde, çeşitli ihtimallerin ortaya çıktığı görülür. Bkz.: Flechtner, **a.g.m.**, s. 89, 90. Buna göre, sözleşmeye aykırı teslim edilen mallar veya eksik teslim edilen mallar, ihlale konu mallar bakımından esaslı ihlal oluşturuyorsa alıcı, bu mallarla sınırlı olarak sözleşmeden dönebilecektir (CISG m. 51/I). İlgili teslimatın içindeki sözleşmeye aykırı mallar veya teslim edilmeyen kısım, bu teslimatın bütünü bakımından esaslı ihlal oluşturuyorsa alıcı, bu teslimatın bütünü ile sınırlı olarak sözleşmeden dönebilecektir (CISG m. 73/I). Sözleşmeye aykırı teslim edilen mallar veya hiç teslim edilmeyen kısım, sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlal oluşturuyorsa alıcı, sözleşmenin tamamını ortadan kaldıracaktır (CISG m. 49/I.a); Flechtner, **a.g.m.**, s. 89, 90.

<sup>275</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 73 N. 3.

<sup>276</sup> Bianca/Bonell/(Bennett), **a.g.e.**, Art. 73 N. 2.5; Schlechtriem/Schwenzer/(Fountoulakis), **a.g.e.**, Art. 73 N. 14; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Saidov), **a.g.e.**, Art. 73 N. 9.

<sup>277</sup> CISG m. 73/II: "*Taraflardan birinin münferit teslimatlardan herhangi birine dair yükümlülüklerinden birini ifa etmemesi, karşı taraf açısından, gelecek teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğine dair ciddi bir gerekçe teşkil ettiği takdirde, karşı taraf, makul bir süre içerisinde sözleşmenin ileriye dönük olarak ortadan kalktığını beyan edebilir."*

<sup>278</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Fountoulakis), **a.g.e.**, Art. 73 N. 23.

esaslılık aranmaktadır<sup>279</sup>. Yine, mevcut sözleşme ihlalinin kendisinin esaslı olması şartı da bulunmamaktadır<sup>280</sup>.

Nihayet CISG m. 70 hükmü gereği, satıcı esaslı ihlale sebebiyet vermişse alıcı, CISG m. 67 - m. 69 hükümlerinde hasarı alıcıya intikal ettiren işlemler olarak gösterilen işlemlerden sonra mallar zayi olsa veya zarar görse dahi sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimini isteme haklarını yine kullanabilmektedir<sup>281</sup>. Burada, esaslı ihlal değerlendirmesinin ayrıca hangi çerçevede yapılacağı gibi bir soru ortaya çıkmaz. Esaslı ihlal şartı arayan ilgili hak ve norm çerçevesinde yapılan değerlendirme, CISG m. 70 hükmüne de yansıtacaktır.

### **C. Esaslı İhlal Değerlendirmesinde Sözleşme Hükümlerinin Sahip Olduğu Etkinin Sınırı**

İlgili bölümlerde izah edildiği üzere, sözleşmede belirli yükümlülüklerin altının özellikle çizilmesi; bu yükümlülüğe bağlı olarak alacaklı tarafın beklediği menfaatin sözleşme uyarınca meşru menfaat olarak tanınmasında, bu menfaatin akdi ilişki içindeki öneminin tespit edilmesinde ve ayrıca pek çok durumda, sözleşmeyi ihlal eden tarafın öngörülemezlik savunmasına başvuramamasında önemli bir rol oynamaktadır.

Buna karşın, CISG m. 25 hükmü kapsamında esaslı ihlale karar verebilmemiz için bunlar yeterli olmamakta; esaslı ihlali haklı kılan bir olumsuzluğun ortaya çıkması gerekmektedir. Dolayısıyla, üzerinde önemle durulması gereken bir konu da yalnızca sözleşme hükümlerine bakılarak esaslı ihlalin oluştuğu veya oluşmadığı

---

<sup>279</sup> *Inc. Schlechtriem/Schwenzer/(Fountoulakis), a.g.e., Art. 73 N. 25.*

<sup>280</sup> *Bianca/Bonell/(Bennett), a.g.e., Art. 73 N. 2.7; Enderlein/Maskow, a.g.e., Art. 73 N. 7; Schlechtriem/Schwenzer/(Fountoulakis), a.g.e., Art. 73 N. 20.* Bununla beraber, mevcut ihlalin CISG m. 73/I kapsamında esaslı olması da mümkündür; *Slechtriem/Schwenzer/(Fountoulakis), a.g.e., Art. 73 N. 29.*

<sup>281</sup> *CISG m. 70: "Satıcı sözleşmeyi esaslı şekilde ihlâl etmişse, 67, 68 ve 69. madde hükümleri, alıcının ihlâl dolayısıyla sahip olduğu hukukî imkânlarla hâlel vermez."*



hususunda karar verilemeyeceğidir<sup>282</sup>. Zira tarafların sözleşmelerinde belirli yükümlülüklerin nasıl yerine getirileceğini açık olarak kararlaştırmaları veya böyle bir durumun kendileri için bağlayıcı teamüllerden ya da alışkanlıklardan anlaşılması, bu yükümlülüklerin ihlal edilmesi hâlinde kendiliğinden esaslı ihlal sonucunu doğuramaz<sup>283</sup>. Bazı yükümlülüklerin ifasına sözleşmede özellikle önem atfedilmiş olması, bu yükümlülüklerin ihlali durumunda esaslı ihlal değerlendirmesinin hükümde öngörülen yönde yapılmasına engel değildir<sup>284</sup>. Herhangi bir asli edim yükümlülüğünün veya yan edim yükümlülüğünün veya kendisine özellikle önem atfedilmiş olan yükümlülüğün ihlal edilmesi, ancak sonuçları bunu haklı kılıyorsa esaslı kabul edilebilir. Belirli bir yükümlülüğün ihlalinin mutlaka esaslı sayılması, CISG m. 25 hükmünün lafzına ve hazırlık tarihçesine aykırıdır<sup>285</sup>. Örneğin, satıcının malları teslim borcu bakımından sözleşme ile kesin vade kararlaştırılmışsa satıcının bu vadeye uymaması çoğunlukla esaslı ihlal sonucuna yol açmaktadır<sup>286</sup>. Fakat bu sonuç, doğrudan tarafların sözleşmelerinde kesin vade kararlaştırmış olmalarından dolayı değil, malların özellikle belirli bir tarihte teslim edilmesinin alıcı için taşıdığı özel menfaatten ve daha da önemlisi sözleşme ihlali sebebiyle beklenen bu özel

---

<sup>282</sup> *Inc. Bridge, a.g.e.*, N. 12.05; *Bridge, a.g.m.*, s. 934; *Lubbe, a.g.m.*, s. 447, 448; *Peacock, a.g.m.*, s. 103; *Paiva, a.g.m.*, § 3.2.5.1 - 3.2.5.4. *Karş. Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), a.g.e.*, Art. 25 N. 4, 23; *Koch, Fundamental Breach*, s. 343; (*Huber/Mullis, a.g.e.*, s. 214, 217; *Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), a.g.e.*, Art. 25 N. 17; *Singh/Leisinger, a.g.m.*, s. 167; *Leisinger, a.g.e.*, s. 41, 102.

<sup>283</sup> *Inc. Bianca/Bonell/(Will), a.g.e.*, Art. 25 N. 2.1.2.2: "Still, while the terms of that contract are fixed, commercial life pursues its never predictable course. Regard must therefore be had to the ever changing circumstances which may, in exceptional cases, convert an apparently substantial detriment into a trivial one and vice versa."; *Bridge, a.g.m.*, s. 932 - 935: "Nor can the contract itself assist in establishing the fundamental character of a breach...It is not potential or likely detriment that falls to be assessed, nor is it systemic detriment in this particular trade or in trade generally, but actual detriment, that is, the detriment that in fact results from this particular breach of contract between these particular parties...Nothing in the documentary history of the CISG supports the proposition that the identification of a fundamental breach of contract in article 25 flows from anything other than the consequences of a particular breach." *Leisinger*, sözleşmede belirli yükümlülüklerle sıkı bir bağlılığın arandığı durumlarda, bu yükümlülüğün ihlal edilmesinin esaslı sayılması noktasında PICC Art. 7.3.1/II.b ve PECL Art. 8:103.a hükümlerine başvurulabileceğini savunmaktadır; *Leisinger, a.g.e.*, s. 41. PECL Art. 8:103.a bakımından benzer yönde bkz.: *El-Saghir, a.g.m.*, s. 338, 339. PICC Art. 7.3.1/II.b bakımından benzer yönde bkz.: *Koch, Unidroit Principles and CISG m. 25*, s. 130. *K.g.*: *Bridge, a.g.m.*, s. 935 (Yazar, PICC Art. 7.3.1 düzenlemesinde, yükümlülükle sıkı bir bağlılığın sözleşmede önemli olmasının esaslilik değerlendirmesinde ayrıca dikkate alındığını ifade etmekte; fakat bu hususta CISG'da dış kaynaklar yoluyla doldurulacak bir boşluk olmadığını belirtmektedir.). *Kanımızca* da PICC ve PECL tarafından öngörülen ilgili hükümler, CISG m. 25 hükmü için referans alınabilecek bir yapıya sahip değildir. Bkz.: yuk. I. D. 2; I. E. 3.

<sup>284</sup> *Paiva, a.g.m.*, § 3.2.5.4, 3.2.6.

<sup>285</sup> *Lubbe, a.g.m.*, s. 448.

<sup>286</sup> Bu konuda bkz.: aş. III. B. 2. a.

menfaate ulaşılamamasından kaynaklanmaktadır. Sözleşmede kesin vade kararlaştırılmış olmasına rağmen, alıcı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmamışsa esaslı bir sözleşme ihlali yoktur<sup>287</sup>. Belirlenen kesin vadede sözleşme ifa edilememiş olsa da bu durumun ihlale maruz kalan taraf için önemli ölçüde olumsuzluğa yol açıp açmadığı araştırılmalıdır<sup>288</sup>. Zira sözleşme konusu mallar kararlaştırılan kesin vadeden sonra teslim edilmiş olsa dahi bu sözleşmeye aykırılığa rağmen alıcı, sözleşmeden beklediği menfaati elde edebilmişse esaslı ihlale dayanabilecek durumda değildir. Aksi bir durum zaten hükmün amacı ile çelişecek ve sözleşmeden dönme ile ikame mal teslimini isteme haklarını sınırlama düşüncesiyle bağdaşmayacaktır. Ayrıca esaslı ihlalin oluşabilmesi, ihlal edilen yükümlülüğe mutlaka özel bir önem atfedilmiş olmasını da gerektirmez<sup>289</sup>.

Görüldüğü üzere, CISG m. 25 uyarınca yapılacak esaslı ihlal değerlendirmesinde sözleşme hükümleri tek başına belirleyici değildir; ihlalin sebebiyet verdiği neticelerin de dikkate alınması gerekmektedir<sup>290</sup>. Dahası bu değerlendirmede başat faktör, ihlal edilen sözleşmesel yükümlülükten ziyade bu ihlalin sebep olduğu sonuçlardır<sup>291</sup>. Esasen sözleşme ihlalinin olumsuz sonuçları ve bunların öngörülebilir olup olmadığı, hükmün temelini oluşturmaktadır<sup>292</sup>. *Atamer* tarafından isabetle ifade edildiği üzere, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın beklemekte haklı olduğu menfaatler ile fiilen elde edilen durum

---

<sup>287</sup> *Inc.* Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 42, 43; Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770 (Sözleşme ihlalinin büyüklüğünün değil, bunun alacaklı nezdindeki sonuçlarının belirleyici olduğu vurgulanmıştır.). *Karş.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 4; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 215.

<sup>288</sup> Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 43.

<sup>289</sup> *Karş.* Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 59, 60.

<sup>290</sup> Bkz.: Lubbe, **a.g.m.**, s. 447, 448 (Yazar, ihlale maruz kalan tarafın menfaatini sözleşmenin kesin olarak kararlaştırılmış, değişmeyen hükümleriyle sınırlamanın aşırı derecede kısıtlayıcı olacağını belirtmekte ve ayrıca, görünüşe göre önemli olan bir sözleşme hükmünün ihlalinin zararsız bir ihlale veya görünüşe göre esaslı olmayan bir sözleşme hükmünün ihlalinin ciddi bir ihlale dönüştürebilecek koşulların dikkate alınmasının hükmün bir gereği olduğunu belirtmektedir.). Viyana Konferansı'nda, Federal Almanya Cumhuriyeti tarafından yapılan teklif üzerine gerçekleşen müzakereler de bu konuda yol göstericidir. Bkz.: yuk. I. F. 3. c. (1).

<sup>291</sup> Bu yönde bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art 25 N. 3.3; Peacock, **a.g.m.**, s. 103: "*In determining detriment, the overall impact of the breach will always be decisive rather than the technical non-fulfillment of a contractual term.*" Ayrıca bkz.: ve *karş.* Leisinger, **a.g.e.**, s. 36.

<sup>292</sup> Bkz.: Lubbe, **a.g.m.**, s. 445, 446; Torsello, **a.g.m.**, s. 53; El-Saghir, **a.g.m.**, s. 339.

karşılaştırılmalıdır<sup>293</sup>. Diğer bir söylemle, sözleşmede tarif edilen menfaatler ile sözleşme ihlalinin olay özelinde yarattığı sonuçların etkileşimi belirleyici olacaktır<sup>294</sup>. Dolayısıyla sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın, ihlal edilen hükme bağlı olarak sözleşme uyarınca sahip olduğu özel menfaati göstermesi de yeterli değildir; sözleşme ihlalinin yarattığı gerçek sonuçların ortaya konabilmesi gerekmektedir. *Lubbe* tarafından ifade edildiği üzere CISG, büyük öneme sahip belirli hükümler ile böyle bir önem taşımayan hükümler arasında daha baştan yapılan bir ayrıma göre değerlendirmeyi terk etmiştir<sup>295</sup>. Böylece CISG m. 25 hükmü, sonuç odaklı bir esaslı ihlal incelemesi öngörmektedir<sup>296</sup>. Buna karşın, tarafların sözleşmelerinde belirli yükümlülüklerle aykırı davranılmasının her durumda esaslı ihlal kabul edileceğini kararlaştırmaları ise esasen CISG m. 25 hükmünden ayrılmak anlamına gelir ve CISG m. 6 uyarınca incelenmelidir<sup>297</sup>.

Esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken özenle üzerinde durulması gereken bu ayrımın, kararlarda kimi zaman yeterince gözetilmediği anlaşılmaktadır. Örneğin, Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry tarafından verilen 21.12.2004 tarihli karar, *kanımızca* bu bakımdan şüpheli görünmektedir. Zira teslim edilmesi gereken otomobilin 1988'den önce üretilmemiş olmasının sözleşmede özellikle öngörüldüğü belirtilmiş ve 1981 yılında üretilen bir aracın teslim edilmesi sebebiyle esaslı ihlalin oluştuğuna karar verilmiştir<sup>298</sup>. Oysa 1981 üretim tarihli aracın teslim edilmesinin alıcı için yarattığı olumsuzluğun da araştırılması icap ederdi. Satıcının bir sözleşme ihlaline sebebiyet verdiği şüphesiz olmakla birlikte, bu ihlalin esaslı olup olmadığı yarattığı sonuçlara göre belirlenmelidir.

---

<sup>293</sup> Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 240. Benzer yönde bkz.: Paiva, **a.g.m.**, § 4.1; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 69. *Atamer*, ayrıca şu ifadelerle de yer vermektedir (Bkz.: Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 242 dn. 89.): "...belirli türden sözleşme hükümlerinin ihlal edilmesi halinde bunun otomatik olarak esaslı bir ihlal sayılacağı tarzında bir yaklaşım yanlıştır. CISG böylesi sabit bir sistem getirmemiştir. Her somut olayda hakim, durumu takdir etmek zorundadır"

<sup>294</sup> *Lubbe*, **a.g.m.**, s. 448.

<sup>295</sup> *Lubbe*, **a.g.m.**, s. 445, 446.

<sup>296</sup> *Inc. Lubbe*, **a.g.m.**, s. 445, 446.

<sup>297</sup> Bu konunun incelemesi için bkz.: yuk. I. E. 2.

<sup>298</sup> Bkz.: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 21.12.2004, CISG-online no: 1187.

## D. Borçlunun Kusurlu İhlalinin ve Sözleşmenin İfa Edileceğine Duyulan Güvenin Yitirilmesinin Esaslı İhlal Üzerindeki Etkisi

Belirtildiği üzere, Antlaşma'nın sorumluluk rejimi kusur esasına dayanmamaktadır. Bu bağlamda, sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusurlu olup olmaması veya kusurunun derecesi, esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından doğrudan bir etkiye sahip değildir<sup>299</sup>. Örneğin, taraflardan birinin kasten sözleşme ihlaline sebebiyet vermesi, kendiliğinden bu ihlalin esaslı olması sonucunu doğurmaz<sup>300</sup>. Diğer taraftan da esaslı ihlalin oluşumu için kusur şartı yoktur<sup>301</sup>. Kasıtlı sözleşme ihlallerinde dahi bu ihlalin esaslı olup olmadığı ayrıca incelenmeli, bunun için de CISG m. 25 hükmünde öngörülen kıstaslara başvurulmalıdır.

Bununla beraber, taraflardan birinin kasten sözleşme ihlaline sebebiyet vermesi, sözleşmeyi ihlal eden tarafın hâlen yerine getirmesi gereken yükümlülükler var ise ve bu kasıtlı ihlal sebebiyle taraflar arasındaki akdi güven ilişkisi zedeleniyorsa esaslı bir sözleşme ihlalinin oluştuğunun kabul edilebileceği doktrinde ifade edilmektedir<sup>302</sup>. Diğer yandan, CISG m. 25 kapsamında esaslı ihlal değerlendirmesi, tarafların sübjektif iradelerinden bağımsız kalmalıdır<sup>303</sup>. Dolayısıyla, sözleşmeyi ihlal eden borçlunun kusurunun ağırlığı değil, bu davranışın alacaklı nezdinde yarattığı etkilerin ağırlığı belirleyici olacaktır<sup>304</sup>. Bu bağlamda, kasten veya ağır ihmâl ile yapılmış bir sözleşme ihlalinin taraflar arasındaki akdi güven ilişkisini zedeleyebileceği haklı bir kaygı olmakla birlikte, taraflar arasındaki

<sup>299</sup> Diğer uluslararası belgeler, esaslılık değerlendirmesinde bu hususu da dikkate almışlardır. Bkz.: PICC Art. 7.3.1/II.c; PECL Art. 8:103.c; DCFR Art. III - 3:502/II.b. PICC'in bu değerlendirmede ifa etmemenin ("*non performance*") kasıtlı olup olmadığını dikkate almasının, CISG uygulamasında yeri olmadığı hususunda bkz.: Koch, **Unidroit Principles and CISG m. 25**, s. 130.

<sup>300</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 19; Koch, **Fundamental Breach**, s. 331, 343, 345; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 507; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 15; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 240 dn. 78; Gündoğdu, **a.g.m.**, s. 335.

<sup>301</sup> Serozan, **a.g.m.**, s. 210; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 426; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 15.

<sup>302</sup> Bkz.: Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 507. Aynı yönde *inc.* Koch, **Fundamental Breach**, s. 268, 346, 347; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 15; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 240 dn. 78.

<sup>303</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 19.

<sup>304</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 15.

güvenin zedelenmesi, bu güven ilişkisine hâlen ihtiyaç duyulan durumlarda önem taşıyabilir. Zira ancak bu takdirde, alacaklının güven kaybı CISG m. 25 kapsamında "olumsuzluk" kıstasının içerisine dâhil edilebilir. Şu hâlde, sözleşme ihlalinin ortaya çıkmasına rağmen taraflar arasındaki güven ilişkisinin korunması hâlen bir önem arz ediyorsa sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın bu güveni önemli ölçüde kaybetmesi esaslı ihlal sonucuna yol açabilir<sup>305</sup>. Burada dikkat etmek gerekir ki esaslı ihlal sonucuna yol açan etken doğrudan sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusur derecesi değildir. Esaslı ihlal sonucuna varabilmemizi sağlayan etken yine, ihlalin karşı tarafta yarattığı sonuçların ağırlığı olmaktadır. Zira sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın ifası gereken edimler bakımından karşı tarafa duyduğu güven, "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan şey" olarak mütalaa edilebileceği gibi; bu güvenin yok olması da şartlara göre, "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan şeyden önemli ölçüde yoksunluğa sebebiyet veren bir olumsuzluk" olarak görülebilir<sup>306</sup>. Dolayısıyla bazı durumlarda, sözleşmeyi ihlal eden tarafın

---

<sup>305</sup> Burada dahi hâlen, ihlale maruz kalan tarafta oluşan güven kaybının, bu tarafın meşru menfaatlerinde sebep olduğu azalmanın derecesi önemlidir. Örneğin, gerçekleşmiş olan ifanın sözleşmeye uygun kısmı ile alacaklı zaten meşru menfaatlerini büyük ölçüde temin etmiş olabilir. Oberlandesgericht Frankfurt am Main tarafından verilen bir kararda Mahkeme, *kanımızca* haklı olarak, satıcının sözleşme hükümlerine bağlılığı hususunda alıcıda oluşan güven kaybını da göz önüne alarak karar vermiştir. Olayda satıcı, taraflar arasındaki anlaşmaya aykırı hareket ederek münhasıran alıcı tarafından pazarlaması yapılacağı hususunda anlaşılan ayakkabıları bir ticaret fuarında sergilemiş ve alıcının talebine rağmen söz konusu ayakkabıları fuardan kaldırmayı reddetmiştir. Satıcı ayakkabıların satılmak üzere sergilenmediği savunmasında bulunmuştur. Mahkeme, ayakkabıların sözleşmeye aykırı şekilde fuarda sergilenmesi ve talebe rağmen kaldırılmaması sebebiyle, bu ayakkabıların alıcının izni olmaksızın üçüncü kişilere satılmayacağı konusunda satıcının sözleşmeye bağlılığını olan güvenin zedelenmiş olduğunu belirtmiş ve esaslı ihlalin oluştuğuna kanaat getirmiştir. Bkz.: Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 17.09.1991, CISG-online no: 28. Yine Oberlandesgericht Hamburg tarafından verilen 28.02.1997 tarihli kararda, gecikme içinde bulunan satıcının yaptığı bildirimde, bu tarafın kendi tedarikçisiyle sözleşmenin ifası veya tazminat hususunda müzakere hâlinde bulunduğu ve bu sebeple de zamana ihtiyaç duyduğunun belirtilmesi karşısında; alıcının, sözleşmenin ifa edilip edilmeyeceği veya ne zaman ifa edileceği hususunda mutlak bir belirsizlik içerisinde kalması da esaslı ihlale sebebiyet veren bir durum olarak kabul edilmiştir. Bkz.: Oberlandesgericht Hamburg, 28.02.1997, CISG-online no: 261.

<sup>306</sup> *Kanımızca* Federal Court of Australia, South Australia Registry tarafından verilen 28.04.1995 tarihli karar bu husus ile yakından ilgilidir. Olayda, alıcı semeni ödeme borcunu sözleşmeye uygun olarak yerine getirememiş ve ayrıca yaşadığı finansal sıkıntılar sebebiyle kendisine ulusal hukuk kapsamında bir idareci atanmıştır. Olayda Mahkeme, alıcının bu şekilde idare altına alınmasının satıcı tarafı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bıraktığını belirtmiş ve esaslı ihlalin oluştuğuna karar vermiştir. Bkz.: Federal Court of Australia, South Australia Registry, 28.04.1995, CISG-online no: 218. Bu hususta *Leisinger* tarafından da paralel bir düşünce ortaya konmaktadır. Yazara göre, sözleşme ihlalinin kasıtlı olup olmadığı, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalıp kalmadığı değerlendirilirken dikkate alınabilir; *Leisinger, a.g.e.*, s. 99. Nitekim *Koch*, ilerideki edimlerin ifa edilmesine ilişkin

davranışları sebebiyle ihlale maruz kalan tarafın akdi ilişki içerisindeki güveni kaybedip kaybetmediği önem taşıyabilir. Karşı tarafın güvenini zedeleyebilecek davranışlar ise sözleşmenin kasıtlı veya ağır ihmalle ihlali ile sınırlı olmayacaktır. Örneğin, taraflardan birinin yetersizliği de güvenin kaybedilmesine yol açabilir<sup>307</sup>. Bu bakımdan, sözleşmeyi ihlal eden tarafın kusur derecesi esaslı ihlal değerlendirmesinde doğrudan bir etkiye sahip değildir; fakat güven ilişkisinin hâlen korunmasının gerektiği durumlarda, bu güvenin kaybolmasına yol açan bir faktör olarak rol oynayabilir. Örneğin, sözleşme konusu malların uzun süreli kullanımı için satıcının belli periyotlarda servis hizmeti vermesi gerekiyor<sup>308</sup>; fakat sözleşmeye aykırı mal teslim edilmiş olması bu yükümlülüklerin yerine getirilemeyeceği yönünde haklı bir kuşku yaratıyorsa esaslılık değerlendirmesinde, bu güven kaybının yarattığı olumsuzluk da etkili olacaktır<sup>309</sup>. Esaslı ihlale sebep olabilecek bir olumsuzluğun fiilen oluşması, sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı kullanılarak satıcı tarafından önlenebilecek durumdaysa; fakat satıcının sözleşmeyi kasıtlı olarak ihlal etmesi sebebiyle sözleşmeye aykırılığın giderileceği hususundaki güven kaybolmuş ise esaslı ihlalin oluştuğuna kanaat getirmek mümkündür<sup>310</sup>. Buna karşın örneğin satıcı, maliyeti azaltmak amacıyla sözleşme konusu malları kararlaştırıldıktan daha az güvenlik tedbiri alarak taşımışsa ve bu mallar sağlam şekilde alıcıya ulaşmışsa kasıtlı bir sözleşme ihlaline rağmen alıcı, esaslı ihlale dayanabilecek durumda değildir. Zira - akdi ilişkinin diğer koşullarından aksi anlaşılmadıkça - söz konusu sözleşme özelinde güven ilişkisine hâlen ihtiyaç duyulduğu da savunulamayacağından, esaslı ihlalin bir kıstası olarak "olumsuzluk" gerçekleşmiş değildir.

---

olarak ortaya çıkan belirsizlik sebebiyle diğer tarafın sözleşmedeki menfaatini kaybetmesini vurgulamaktadır; Koch, **Fundamental Breach**, s. 268.

<sup>307</sup> *Inc.* Leisinger, **a.g.e.**, s. 100, 101.

<sup>308</sup> Hizmet sağlama yükümlülüğü, satıcının ediminin ağırlıklı kısmını oluşturmamalıdır (CISG m. 3/II).

<sup>309</sup> Dikkat edilecek olursa buradaki merkezî nokta, gelecekteki servis yükümlülüklerinin esaslı şekilde ihlal edileceği şüphesi değil; hâlihazırdaki ayıplı ifanın, yarattığı güven kaybı sebebiyle esaslı sayılabilesidir.

<sup>310</sup> Bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 100. Şüphesiz sözleşmeye aykırılığın giderilememesi hâlinde, esaslı ihlale sebep olabilecek ölçüde bir olumsuzluğun gerçekleşecek olması gerekir. Zira sırf sözleşmeye aykırılığın giderilememesi esaslı ihlale yol açmamaktadır. Bu konunun incelemesi için bkz.: aş. III. B. 4. c.

Ayrıca bu konuya ilişkin olarak öne alınmış sözleşmeye aykırılıklara ilişkin hükümler de alacaklıyı koruma noktasında önemlidir. Örneğin, sözleşmenin ifa tarihinden önce, karşı tarafça sözleşmenin ifa edileceğine ilişkin güven kaybolmuşsa CISG m. 72 hükmüne başvurulabilir. Yine sözleşmenin art arda teslimli satım sözleşmesi olması durumunda, teslimatlardan birine ilişkin yükümlülüğün yerine getirilememesi, gelecekteki teslimatlara ilişkin olarak sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğine şüphe düşürebilir. Bu durumda CISG m. 73/II hükmünden yararlanılması mümkün olabilir. Şüphesiz bunun için ilgili maddelerde aranan şartlarında da gerçekleşmesi gerekmekte ve özellikle gelecekteki yükümlülüğün ihlalinin esaslı ihlal oluşturmaya elverişli olması gerekmektedir. Dolayısıyla güven kaybı sebebiyle sözleşmeden dönülebilmesi CISG m. 49 ve m. 64 hükümlerinin uygulamasıyla sınırlı değildir. Bu gerekçeyle, taraflardan birinin sözleşmenin ifa edileceğine ilişkin güvenini kaybetmesi hâlinde, bu tarafın şartları mevcut ise CISG m. 72 ve m. 73/II ve hatta - esaslı ihlal şartına bağlı olmaksızın kendi ediminin ifasını askıya almak suretiyle - CISG m. 71 hükümleri uyarınca da korunabilmesi mümkün olacaktır<sup>311</sup>.

## **E. Ek Süre Tanıma İmkânının Esaslı İhlal Üzerindeki Etkisi**

Üzerinde durulması gereken bir nokta da yükümlülüklerini yerine getirmesi için karşı tarafa ek süre verilebilmesinin<sup>312</sup> esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından özel bir anlam ifade edip etmediğidir. Bilindiği üzere, alıcı tarafından tanınan makul uzunlukta bir ek süreye rağmen satıcı, malları teslim etmezse veya bu ek süre içerisinde teslim etmeyeceğini açıklarsa alıcı sözleşmeden dönebilmektedir<sup>313</sup>. Keza satıcı tarafından tanınan makul uzunlukta bir ek süreye rağmen alıcı, semeni ödemez ya da malları teslim almazsa veya bu ek süre içerisinde belirtilen yükümlülükleri ifa

---

<sup>311</sup> Ayrıca bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 101, 102.

<sup>312</sup> CISG m. 47/I: "*Alıcı satıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre tanıyabilir.*" CISG m. 63/I: "*Satıcı alıcıya, yükümlülüklerini ifa etmesi için makul uzunlukta ek bir süre verebilir.*"

<sup>313</sup> CISG m. 49/I: "*Alıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir:..(b) Teslim etmeme durumunda satıcı, alıcı tarafından 47. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde malları teslim etmez veya verilmiş süre içinde bunları teslim etmeyeceğini açıklarsa.*"

etmeyeceğini açıklarsa satıcı sözleşmeden dönebilmektedir<sup>314</sup>. Burada tartışılması gereken konu, taraflara tanınan bu imkânın; belirtilen yükümlülüklerin vaktinde ifa edilmemesi durumlarını esaslı ihlal kapsamında çıkarıp çıkarmadığıdır<sup>315</sup>. Diğer bir söylemle, vadede satıcının malları teslim etmemesi veya alıcının semeni ödememesi ya da malları teslim almaması durumunda, sözleşmeden dönmek isteyen diğer taraf her zaman ek süre tanımak zorunda mıdır? Bu soruyu doğrudan cevaplamak istersek "hayır" dememiz gerekecektir.

Ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönme imkânının, belirtilen asli yükümlülüklerin ifa edilmemesi hâline hasredilmiş olması, bu hususta şüphe yaratabilir<sup>316</sup>. Sözleşmeye aykırılığın bu görünüm şekilleri dışında, alıcı<sup>317</sup> veya satıcının<sup>318</sup> ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönmesi mümkün olmamaktadır. Örneğin, yükümlülüğün yerine getirilmesi adına ek süre tanınması, ayıplı mallar için başvurulmuş bir yol ise bu şekilde sözleşmeden dönme imkânı yoktur<sup>319</sup>. Hâlbuki edimin ifası için ek süre tanıma imkânı, vadesi gelmiş olmasına rağmen ifa edilmeyen tüm yükümlülükler bakımından mevcuttur<sup>320</sup>. Ne var ki vadede sözleşme konusu malları teslim alamayan bir alıcı, ihlal esaslı ise sözleşmeden dönmek için ek süre tanıma yoluna başvurmak zorunda değildir. İfada gecikme, esaslı ihlal oluşturduğu andan itibaren sözleşmeden dönülebilir<sup>321</sup>. Aynı husus, alıcının vadesinde semeni ödememesi veya malları teslim almaması durumunda satıcı

<sup>314</sup> CISG m. 64/I: " Satıcı aşağıdaki durumlarda sözleşmenin ortadan kalktığını beyan edebilir:..(b) Alıcı, satıcı tarafından 63. maddenin 1. fıkrası uyarınca verilmiş ek süre içinde semeni ödeme borcunu yerine getirmez veya malları teslim almaz veya verilmiş süre içinde bunu yapmayacağını açıklarsa."

<sup>315</sup> *Inc. Bridge, a.g.m.*, s. 930, 931.

<sup>316</sup> Bkz.: *Bridge, a.g.m.*, s. 930.

<sup>317</sup> Aliud ifa hâlinde de ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönme imkânı yok; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), *a.g.e.*, Art. 49 N. 51; Atamer, *a.g.e.*, s. 401. Buna karşın, alıcının mallar üzerinde tasarruf edebilmesi için satıcının malları temsil eden belgeleri teslim etmesi gerekiyorsa bu borcun ifa edilmemesi hâlinde ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönülebileceği kabul edilmektedir; Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), *a.g.e.*, Art. 49 N. 18; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), *a.g.e.*, Art. 49 N. 56; Atamer, *a.g.e.*, s. 401; Zeytin, *a.g.e.*, s. 180.

<sup>318</sup> Akreditif açılması gibi semenin ödenmesini sağlamaya yönelik yükümlülüklerin ve alıcının malları teslim alma borcunun parçası olan yükümlülüklerin ifa edilmemesi hâlinde, ek süre vermek suretiyle sözleşmeden dönülebilecektir; Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), *a.g.e.*, Art. 64 N. 20; Kanişlı, *a.g.e.*, s. 53 dn. 39.

<sup>319</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), *a.g.e.*, Art. 25 N. 49; *Bridge, a.g.m.*, s. 930.

<sup>320</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), *a.g.e.*, Art. 47 N. 1, 11; Atamer, *a.g.e.*, s. 337; Zeytin, *a.g.e.*, s. 170, 211; Kanişlı, *a.g.e.*, s. 49, 51.

<sup>321</sup> Welser/Welser, *a.g.m.*, s. 137; Atamer, *a.g.e.*, s. 335. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770.



bakımından da geçerlidir<sup>322</sup>. CISG, vaktinde ifa etmemeyi esaslı ihlal oluşturabilecek hâllerden hariç tutmuş değildir<sup>323</sup>. Aşağıda ayrıntılı inceleneceği üzere, borçlunun ifa zamanına riayet etmemesi de alacaklıyı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatlerden önemli ölçüde yoksun bırakabilecek bir olumsuzluğa sebep olabilir<sup>324</sup>. Dolayısıyla, ek süre tanımak yoluyla da sözleşmeden dönme imkânı tanınmış olması, CISG m. 25 hükmüne göre esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönülebilmesine engel değildir<sup>325</sup>. Nitekim genel olarak ele alındığında, CISG m. 25 kapsamında esaslı ihlalin olduğu anlaşılıyorsa borçluya ek süre tanımak zorunluluğu yoktur<sup>326</sup>.

Buna karşın, CISG m. 25 hükmünde belirtilen kıstasların karşılandığı her zaman açık değildir. Bu noktada, ek süre tanınması yoluyla sözleşmeden dönme imkânı, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafı daha belirgin bir konuma getirmek hususunda işlev görebilir<sup>327</sup>. Zira bu yol kullanıldığında, sözleşme ihlalinin esaslı

<sup>322</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 63 N. 3.

<sup>323</sup> Bridge, **a.g.m.**, s. 930, 931. Aynı yönde bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 50; Huber, **Alicinin Hakları**, s. 284.

<sup>324</sup> Bkz.: aş. III. B. 2; III. C. 2. Ayrıca bkz.: ICC International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-online no: 526 (Malların tesliminde gecikilmesi hâlinde alıcının ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönebileceğine temas edildikten sonra, böyle bir gecikmenin esaslı ihlale sebep olabileceği durumların da varlığına dikkat çekilmiştir.).

<sup>325</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 10; Bridge, **a.g.e.**, N. 12.12; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 50. Oberlandesgericht München tarafından verilen 01.07.2002 tarihli kararda (Bkz.: Oberlandesgericht München, 01.07.2002, CISG-online no: 656.) zikredilen; malların teslim edilmemesi veya geç teslim edilmesi hâllerinde, ek süre tanınmaksızın, kendiliğinden esaslı ihlal sebebiyle CISG m. 25 hükmüne dayanarak sözleşmeden dönme imkânı olmadığı yönündeki açıklama şüpheli görünmektedir. Ayrıca ifada gecikmenin esaslı ihlal oluşturması için işlemin kesin vadeli olması şartı yoktur. Oberlandesgericht Düsseldorf tarafından verilen bir karar da bu anlamda eleştiriye açıktır. Olayda satıcı, sözleşme konusu kumaşların bir kısmını kararlaştırılandan farklı bir renkte teslim etmiştir. Mahkeme; bu durumda alıcının, ek süre tanınması (Buradaki sözleşmeye aykırılık Mahkeme tarafından "aliud" olarak kabul edilmiştir. Esasen olayda, alıcının ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönebileceğinin belirtilmesi de isabetsizdir.) ve bu süre içinde satıcının borcu ifa etmemesi veya sözleşmenin ifa edilmeyeceğinin satıcı tarafından belirtilmesi hâlinde CISG m. 49/I.b uyarınca sözleşmeden dönebileceğini belirtmiştir. Bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994, CISG-online no: 115. Oysa Mahkeme'nin esaslı ihlal incelemesi yapması icap ederdi. Kararın isabetsiz olduğu fikrinde ayrıca bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 10 dn 35, (Müller-Chen) Art. 49 N. 8 dn 26, N. 16 dn. 50; Lubbe, **a.g.m.**, s. 455, 456 ve orada dn. 74; Pauly, **a.g.m.**, s. 230 - 232. Yine Oberlandesgericht Frankfurt am Main tarafından verilen 18.01.1994 tarihli kararda, malların öngörülen zamanda teslim edilmediği iddiası karşısında, yalnızca satıcının ek süre içerisinde bu yükümlülüğü yerine getiremediğinin ortaya konmadığı gerekçesiyle alıcının sözleşmeden dönme hakkına sahip olmadığı belirtilmesi isabetli değildir. Bkz.: Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 18.01.1994, CISG-online no: 123.

<sup>326</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 10. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Koblenz, 21.11.2007, CISG-online no: 1733.

<sup>327</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 11; Bridge, **a.g.m.**, s. 931; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 435; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 50; Graffi,

olup olmadığı rizikosunu taşınmaksızın sözleşmeden dönme imkânı elde edilmekte, esaslı ihlali ispat zorunluluğu ortadan kalkmaktadır<sup>328</sup>. Dolayısıyla, ifada gecikmesinin esaslı ihlali haklı kılıp kılmadığından emin olunamayan durumlarda, ek süre tanınarak sözleşmeden dönme yolunun başlatılması tavsiye edilebilir; fakat bu ek süre içerisinde, sözleşme ihlaline bağlı olarak sahip olunan haklara başvurulamayacağı unutulmamalıdır<sup>329</sup>. Bu bakımdan, alacaklının borçluya tanımış olduğu ek süre kendisi için de bağlayıcıdır<sup>330</sup>. Sözleşme ihlali başlangıçta esaslı olsa dahi yükümlülüklerin ifa edilmesi için ek süre tanınmışsa bu süre boyunca esaslı ihlale bağlı haklar yine kullanılamayacaktır<sup>331</sup>. Fakat tanınan ek süre içerisinde esaslı ihlali haklı kılan başka bir sözleşme ihlalinin gerçekleşmesi ve alacaklının derhal sözleşmeden dönebilmesi mümkündür<sup>332</sup>. Örneğin, alıcının malları teslim alması için ek süre tanınmışken semeni ödeme borcunun ihlali sebebiyle esaslı ihlal durumu ortaya çıkabilir<sup>333</sup>. Yine satıcının malları teslim etmesi için tanınan ek süre içerisinde ciddi şekilde ayıplı malların teslim edilmesi esaslı ihlal sebebi olabilir<sup>334</sup>.

Anlaşıldığı üzere Antlaşma, esaslı ihlalin yanında, asli yükümlülüklerin ihlali hâlinde, alacaklının ek süre tanınması yoluyla da sözleşmeden dönmeye cevaz vermiştir. Burada sözleşme ihlalinin esaslı bir ihlal olması aranmadığı gibi, tanınan bu ek süreye rağmen edimin ifa edilmemiş olması da esaslı ihlal olarak

---

**a.g.m.**, s. 342; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 50. İctihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Padova, 11.01.2005, CISG-online no: 967; Tribunale di Padova, 31.03.2004, CISG-online no: 823; Tribunale di Padova, 25.02.2004, CISG-online no: 819.

<sup>328</sup> Esaslı ihlalin şartları oluşmaksızın sözleşmeden dönüldüğünün beyan edilmesi ve bu şekilde ifadan kaçınılması, esaslı ihlalin, ifadan kaçınan tarafça işlenmesine sebebiyet verebilecektir.

<sup>329</sup> CISG m. 47/II: "Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda satıcıdan bir bildirim almadıkça, alıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden alıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez." CISG m. 63/II: "Bu süre içinde yükümlülüklerini ifa etmeyeceği konusunda alıcıdan bir bildirim almadıkça, satıcı, bu ek süre içinde, sözleşmeye aykırılık halinde sahip olduğu hukukî imkânlardan hiçbirine başvuramaz. Ancak bu yüzden satıcı, gecikmiş ifa nedeniyle tazminat talep etme hakkını kaybetmez." Görüldüğü üzere, gecikmiş ifa sebebiyle tazminat isteme hakkı korunmaktadır.

<sup>330</sup> Welser/Welser, **a.g.m.**, s. 136; Atamer, **a.g.e.**, s. 338; Zeytin, **a.g.e.**, s. 212.

<sup>331</sup> Bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 47 N. 5; Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 47 N. 14, (Mohs), Art. 63 N. 12; Kaya, **a.g.e.**, s. 53. Dolayısıyla, sözleşmeden dönülemeyeceği gibi, malların onarımı için ek süre tanınmışsa bu süre boyunca ikame mal teslimi istenemeyecektir.

<sup>332</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 63 N. 5; Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 47 N. 15, (Mohs), Art. 63 N. 13.

<sup>333</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 63 N. 5.

<sup>334</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 47 N. 15. Ayrıca bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 47 N. 5.

addedilmez<sup>335</sup>. CISG sisteminde ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönülebilmesi, esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönme olanağından bağımsız bir hak olarak tasarlanmıştır<sup>336</sup>. Fakat belirtildiği üzere bu hakkın kapsamı, alıcının borçlarından semeni ödeme veya malları teslim alma ile; satıcının borçlarından ise malların teslim edilmesi ile sınırlıdır. Şu kadar ki diğer yükümlülüklerin ihlalinin, ifa tarihinin üzerinden belirli bir zaman geçmesiyle esaslı ihlali haklı kılan bir duruma gelmesi mümkündür. Bu noktada, ilgili yükümlülüğün ifası için zaten bir ek süre tanınmış olmasının da değerlendirmede etkili olabileceği ifade edilmektedir<sup>337</sup>. Fakat akabinde isabetle belirtildiği üzere, burada esaslı ihlale dayanabilmek için makul bir ek süre tanındığının ve buna rağmen ifanın gerçekleştirilmediğinin ispatlanması yeterli değildir. Bu süre içerisinde ihlalin daha ciddi bir ağırlık kazandığı<sup>338</sup> ve CISG m. 25 hükmünün aradığı esaslı ihlal şartlarının artık mevcudiyeti<sup>339</sup> ortaya konmalıdır. Bu bağlamda, ek süre tanınmış olması bir anlamda esaslı ihlal yönündeki kanaati destekleyebilmektedir. *Kanımızca*, alacaklının sözleşmenin ifasına duyduğu güveni yitirmesinin esaslı ihlal değerlendirmesinde etkili olduğu durumlarda, borçluya bu şekilde önceden ek süre tanınmış olması da dikkate alınabilir<sup>340</sup>. Burada önemle ifade edelim ki sözleşmeden dönme hakkı, CISG m. 49/I.b veya m. 64/I.b kapsamında değil, CISG m. 49/I.a veya m. 64/I.a kapsamında kullanılacaktır.

---

<sup>335</sup> Treitel, **a.g.e.**, s. 366; Bridge, **a.g.m.**, s. 930; Paiva, **a.g.m.**, § 3.2.1.1, 3.2.4.1. Paiva tarafından da vurgulandığı üzere, - Antlaşma'nın diğer hükümleri vasıtasıyla - sözleşme ihlaline bağlanabilen muhtemel sonuçlar, bu ihlalin niteliğini değiştirmez. İhlalin esaslı olup olmadığı CISG m. 25 hükmünde yer alan kıstaslara göre belirlenir ve esaslı olarak kabul edilebilen ihlal, bazı ek hukukî çarelere başvurulmasını sağlayabilir. Bkz.: Paiva, **a.g.m.**, § 3.2.1.1, 3.2.1.3, 5.2.1.6. *Karş.* Mullis, **a.g.m.**, s. 351; Serozan, **a.g.m.**, s. 213; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 434; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 364; Zeller, **a.g.m.**, s. 91, 92.

<sup>336</sup> Treitel, **a.g.e.**, s. 366; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 10; Graffi, **a.g.m.**, s. 342.

<sup>337</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 64 N. 4.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 20.

<sup>338</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 20.

<sup>339</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 64 N. 4.1.

<sup>340</sup> Örneğin, satıcının mallardaki sözleşmeye aykırılığı gidererek esaslı ihlalin oluşumunu engelleme olanağına sahip olduğu durumlarda, daha önce tanınmış ek süre içerisinde bunun başarılabilmesi önemli hâle gelebilir (Bu konu için bkz.: aş. III. B. 4. c.). Nitekim bkz.: Bianca/Bonell(Will), **a.g.e.**, Art. 47 N. 2.2.1: "It is, however, possible that in cases of repair, for example, persistent refusal of the seller to respect additional time limits may finally open the way to avoidance under Article 49(1)(a); but never under Article 49(1)(b)."

## F. Esaslı İhlal Kıstaslarının Yorumlanmasına İlişkin Genel Değerlendirme

CISG'in ifa engelleri sisteminde sözleşmeden dönme imkânı, sözleşmenin esaslı ihlali şartına bağlanarak başvurulması önemli ölçüde güçleştirilmiş bir hukukî çare olarak tasarlanmıştır. Burada dikkat çekmek istediğimiz husus, esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken bir de ileride gündeme gelebilecek sözleşmeden dönmenin sonuçlarına ilişkin kaygıların, esaslı ihlal değerlendirmesinin bir parçası hâline getirilebilmesidir<sup>341</sup>. Böylelikle CISG'in ifa engelleri sisteminde öngörülen sebep sonuç ilişkisi bir anlamda tersine dönmekte ve sözleşmeden dönmenin makul olup olmayacağına göre esaslı ihlal değerlendirmesi yapılabilmektedir<sup>342</sup>. Çoğunlukla sözleşmeden dönmenin son çare olması gerektiği temasıyla açıklanmaya çalışan bu anlayış, *kanımızca*, sistematik olarak şüphelidir. Sözleşmeden dönmenin makul olup olmadığı takdir edilerek esaslı ihlal hakkında karar verilmesi, CISG m. 25 hükmünde öngörülen kıstasların işlevini zayıflatmaktadır. Sözleşmeden dönmeye "son çare" vasfını veren ve sıklıkla başvurulmasını önleyen özellik, bu imkânın esaslı ihlal yapısının arkasına konuşlandırılmış olmasıdır<sup>343</sup>. Nitekim esaslı ihlal ön koşulu arayan ikame mal teslimi de bu bağlamda aynı vasfı taşımaktadır<sup>344</sup>. CISG m. 25 hükmünün öngördüğü kıstasların sınırını aşacak şekilde<sup>345</sup>, sözleşmeden dönme imkânının olağanüstü durumlara hasredilmesi eğilimi<sup>346</sup>, *kanımızca*, ihlale maruz kalan tarafın konumunu aşırı ölçüde güçleştirmek tehlikesi taşımaktadır<sup>347</sup>.

<sup>341</sup> *Inc. Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 51. Bu doğrultuda örnek içtihatlar için bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Oberlandesgericht Hamburg, 25.01.2008, CISG-online no: 1681; Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online no: 709; Landgericht München, 27.02.2002, CISG-online no: 654; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135.

<sup>342</sup> Örnek olarak *inc. Bundesgericht*, 18.05.2009, CISG-online no: 1900.

<sup>343</sup> Bu yönde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 4; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 424, 425; Lubbe, **a.g.m.**, s. 445; Zeytin, **a.g.e.**, s. 178; Liu, **a.g.m.**, § 6; Peacock, **a.g.m.**, s. 106; Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-online no: 1729.

<sup>344</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 379.

<sup>345</sup> Örneğin, taşıma masrafları dikkate alınarak malların bulunduğu yerin dahi esaslı ihlal değerlendirmesindeki eşiği etkileyebileceği ifade edilmektedir; Leisinger, **a.g.e.**, s. 80.

<sup>346</sup> Bu yönde bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Handelsgericht Aargau, 05.11.2002, CISG-online no: 715; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413.

<sup>347</sup> Böyle bir yaklaşımın, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın menfaatlerini korumakta yetersiz kalması bakımından CISG'in prensiplerine uygun olamayacağı ve ayrıca taraflarca CISG'in uygulanmasının dışlanması yol açabileceği yönünde bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 26, 27. Ayrıca PICC

Öte yandan, başta sözleşmeden dönme olmak üzere, belirli bir hukukî çareye başvurulması için daima Antlaşma'nın aradığı diğer pek çok şartın da yerine getirilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla, esaslı ihlal oluşmasına rağmen, olayın diğer özelliklerinin esaslı ihlale bağlanan sonuçların yürürlüğe girmesini engelleyip engellemediği, o konunun düzenlendiği ilgili hükümler çerçevesinde incelenmelidir<sup>348</sup>. CISG m 25 hükmünün kıstasları sağlandığında, diğer sebeplerle esaslı ihlale bağlanan hakların kullanılamaması, esaslı ihlal değerlendirmesi ile ilgili bir konu değildir. Antlaşma'nın sözleşmeden dönmeyi sınırlandıran başta esaslı ihlal şartının yanı sıra, bazı yazarların da işaret ettiği gibi<sup>349</sup>, uluslararası karakterli satım anlaşmalarında sözleşmeden dönmenin kendi niteliğinden doğan bazı ek engeller de bulunmaktadır. Örneğin, teslim edilmiş olan sözleşme konusu makineyi kendi üretiminde kullanan alıcı, bu makineye ilişkin bir sözleşmeye aykırılık tespit eder ve sözleşmeden dönmek isterse yeni bir makine temin etmenin gerektirebileceği zamanı ve yeni bir sözleşme yapmanın masraflarını, bunların daha sonra tazmin edilebilirliğinden bağımsız olarak, göze almak zorunda kalacaktır<sup>350</sup>. Dolayısıyla, ihlale maruz kalan taraf mevcut durumu değerlendirerek diğer hukukî çarelere başvurmanın kendisi için daha uygun olduğuna da kanaat getirebilir<sup>351</sup>. Bu hususlar göz önüne alındığında, sözleşmeden dönme endişesiyle CISG m. 25 hükmünün olduğundan farklı şekilde yorumlanmasının bir fayda ifade etmeyeceği ortaya çıkmaktadır<sup>352</sup>.

CISG m. 25 hükmünün genel hükümler altında düzenlenmiş olması, bu hükmün Antlaşma'nın tamamına aynı standartlarla uygulanmasını gerektirmektedir<sup>353</sup>. Her ne kadar doğurduğu hukukî neticelerin ehemmiyeti nedeniyle sözleşmenin esaslı ihlali yapısına sahip olduğu bu merkezî konumu

---

Art. 7.3.1/II.e'de öngörülen orantısız zarar kriterinin CISG'da uygulanma imkânı olmadığı hususunda bkz.: Koch, **Unidroit Principles and CISG m. 25**, s. 130.

<sup>348</sup> Bu yönde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 7.

<sup>349</sup> Bridge, **a.g.m.**, s. 939; Leisinger, **a.g.e.**, s. 27.

<sup>350</sup> Bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 27, 53.

<sup>351</sup> Bu yönde bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 27. Fakat belirtmek gerekir ki mahkemeler olayların çoğunda, sözleşmeden dönme iddiası karşısında esaslı ihlalin gerçekten oluşup oluşmadığı incelemesi yapmaktadır.

<sup>352</sup> Benzer yönde bkz.: Bridge, **a.g.m.**, s. 939.

<sup>353</sup> *Inc.* Koch, **Fundamental Breach**, s. 346.

kazandıran en önemli sonucun sözleşmeden dönme olduğu kabul edilmeliyse de<sup>354</sup> CISG'nin hâlihazır yapısında sözleşmeden dönmenin, esaslı ihlale bağlanan tek sonuç olmadığı unutulmamalıdır. Bu bakımdan, konumu dikkate alındığında esaslı ihlalin düzenlendiği 25. maddenin, esaslı ihlale bağlı tüm hükümler için aynı anlamı ifade ettiği ortadadır<sup>355</sup>. Örneğin, esaslı ihlal kıstasları sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimini isteme haklarına aynı şekilde uygulanmalıdır<sup>356</sup>. Yine sözleşmenin bir kısmına ilişkin olarak esaslı ihlal değerlendirmesi yapılması gerekiyorsa (CISG m. 51/I, m. 73/I) bu kıstaslar sözleşmenin ilgili kısmına aynı şekilde uygulanacaktır<sup>357</sup>.

Bu bölümde yer verilen açıklamalardan anlaşılacağı üzere, esaslı ihlal değerlendirmesi, pek çok faktörün dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu durum, bir yandan sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığına karar verebilmeyi güçleştirmekte; diğer yandan ise somut olayın özelliklerinin gözetilmesine imkân sağlayan esnek bir yapıyı hükme kazandırmaktadır. Hükümün, hem subjektif öğeleri hem de objektif öğeleri bünyesinde barındırması özellikle önemlidir. Gerçekten de "önemli ölçüde olumsuzluk" araştırmasında, objektif olarak saptanabilecek olan "zararın" değil, alacaklının sözleşmedeki beklentilerinin dikkate alınması, subjektif bir özellik arz etmektedir. Fakat bu beklentiler, "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olma" kriteri ile objektif bir sınırlamaya tabi tutulmuştur<sup>358</sup>. Keza öngörülebilirlik kıstası sırf borçlunun subjektif öngörüsü üzerine kurulmamış, aynı

<sup>354</sup> Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 181.2; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 6.

<sup>355</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 7. Bu anlamda, *kanımızca*, esaslı ihlal değerlendirmesinin başvurulmak istenen hukukî çarelere bağlı olarak yapılması gerektiği yönündeki görüşün (Bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 347.) kabulü mümkün değildir.

<sup>356</sup> Bkz.: Huber, **Structure of Remedies**, s. 28.

<sup>357</sup> Tabiatıyla alacaklının beklediği menfaat değerlendirme konusu kısma yönelik tespit edilecektir. Bir görüşe göre, CISG m. 73/I hükmünde yer verilen esaslı ihlal şartı, CISG m. 25 hükmünde kabul edilen anlamıyla sınırlı okunmamalı ve ek süre verilmesine rağmen sözleşmenin ifa edilmemesi durumunu da kapsamalıdır; Schlechtriem/Schwenzer/(Fountoulakis), **a.g.e.**, Art. 73 N. 13. *Kanımızca* bu görüş oldukça şüphelidir. Zira esaslı ihlal değerlendirmesi, genel hükümler altındaki CISG m. 25 düzenlemesindeki anlamıyla, kendisine bağlanan tüm sonuçlar bakımından aynı kıstaslarla uygulanmalıdır. Burada ancak, ek süre verilmesine rağmen ilgili teslimatın ifa edilmemesi sebebiyle, bunun ifa edileceğine duyulan güven azalıyorsa esaslı ihlal yönündeki kanaatin güçlendiği kabul edilebilecek durumdadır. Benzer yönde bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Saidov), **a.g.e.**, Art. 73 N. 11. Ek süre verilmesinin esaslı ihlal değerlendirmesinde genel olarak sahip olduğu bu etki için bkz.: yuk. II. E. Yine CISG m. 49/I.a kapsamında sözleşmeden dönme noktasına yapılan esaslılık değerlendirmesi ile CISG m. 51/II kapsamında yapılan değerlendirme farklılık arz etmez. *Kanımızca* bu bakımdan şüpheli bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Bach), **a.g.e.**, Art. 51 N. 42, 44.

<sup>358</sup> Bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 25.

konum ve koşullardaki makul bir üçüncü kişinin sahip olabileceği öngörü de ayrıca hükmün içeriğine dâhil edilmiştir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### III. SÖZLEŞMEYE AYKIRILIĞIN GÖRÜNÜM ŞEKİLLERİ

#### ÖZELİNDE ESASLI İHLAL İNCELEMESİ

##### A. Genel Açıklamalar

Çalışmamızın bu bölümünde, uygulamada sıklıkla karşılaşıldığı tespit edilen uyuşmazlıklar dikkate alınarak alıcının veya satıcının belirli bir yükümlülüğü ihlal etmesi hâlinde yapılacak esaslı ihlal değerlendirmesi, daha somut örnekler üzerinden açıklanmaya çalışılmıştır. Bu amaçla, satıcının ve alıcının borçlarına ilişkin olarak görülen tipik sözleşme ihlalleri ve tarafların yan edim yükümlülüklerini ihlal etmesi ayrı başlıklar altında incelenmiştir. İfa engelleri sistemi ve esaslı ihlal hükmünün genel özellikleri incelenirken izah edildiği üzere, sözleşmeye aykırılığın tüm görünüm şekillerine esaslı ihlal değerlendirmesi aynı şartlarla uygulanmaktadır. Bununla beraber, inceleme kolaylığı sağlaması açısından, sözleşmeye aykırılığın görünüm şekillerinin tasnif edilmesine gerek duyulmakta ve bunlar için belirli ortak prensipler saptanabilmektedir. Ne var ki bu ayrımlar arasındaki sınır zaman zaman zayıflayabilmekte ve sözleşme ihlalinin hangi gruba dâhil edileceği sorusu gündeme gelmektedir. Örneğin, borcun vaktinde ifa edilmemesi durumunda, basit bir gecikmenin mi olduğu yoksa ifadan temelli kaçınma hâlinin mi ortaya çıktığı şüphe yaratabilir. Yine birden fazla sebeple sözleşme ihlali mevcut olabilir. İlgili bölümlerde tekrar değinildiği üzere, bu tip durumlarda her zaman, CISG m. 25 hükmünün esasen sözleşme ihlalinin ne şekilde sınıflandırıldığı ile ilgilenmediği hatırlanmalı ve hükümdeki kıstaslar doğrudan mevcut duruma uygulanmalıdır. Aşağıdaki satırlarda görüleceği üzere, esaslı ihlalin oluşup oluşmadığı noktasında, somut olayın koşulları göz önüne alınmaksızın belirli kalıplara göre cevap verme imkânı neredeyse bulunmamaktadır. Dolayısıyla, ilgili ihlal tipine göre saptanan ortak prensipler, ancak yol gösterici bir niteliği haizdir.



## B. Satıcının Borçlarına İlişkin Olarak Görülen Tipik Sözleşme İhlalleri

### 1. Sözleşme Konusu Malların Teslim Edilmemesi

Satım sözleşmesinden, satıcı adına öncelikle malları teslim etme borcu doğar<sup>1</sup>. Bu anlamda satıcı, alıcının malları kabul edebilmesi için gerekli tüm davranışları yerine getirmekle yükümlüdür<sup>2</sup>. Bu davranışların yerine getirilmesinin ardından alıcının malları fiilen teslim almamış olması ise satıcı açısından teslim yükümlülüğünün ifa edilmemesi olarak değerlendirilmemektedir<sup>3</sup>. Tarafların aksine bir anlaşması olmadıkça, teslim yükümlülüğünün içeriği CISG m. 31 hükmünden anlaşılmalıdır. Buna göre satıcı, malların taşınması gerekiyorsa bunların alıcıya ulaştırılması için ilk taşıyıcıya vermekle (gönderme borcu); gönderme gerektirmeyen sözleşmelerde ise malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmakla (aranacak borç) yükümlüdür<sup>4</sup>. Aliud ifa da dâhil olmak üzere, satıcı tarafından teslim edilen malın sözleşmeye aykırı olması durumu, malları teslim borcunun ifa edilmemesi olarak görülmez. Bu durum, sözleşmeye aykırı mal teslimi olarak değerlendirilir<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> CISG m. 30: " Satıcı sözleşmede ve bu Antlaşmada öngörüldüğü şekilde malları teslim etmek, onlara ilişkin belgeleri vermek ve malların mülkiyetini geçirmekle yükümlüdür."

<sup>2</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 138; Zeytin, **a.g.e.**, s. 115.

<sup>3</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 134; Zeytin, **a.g.e.**, s. 115.

<sup>4</sup> CISG m. 31: "Satıcı malları belirli başka bir yerde teslim etmek zorunda değilse, teslim borcu aşağıdaki gibidir: a) satım sözleşmesi malların taşınmasını gerektiriyorsa, malları alıcıya ulaştırılmaları için ilk taşıyıcıya vermek; b) önceki bendin kapsamına girmeyen hallerde; sözleşmenin, ferdan belirlenmiş mallara veya belirli bir stoktan karşılanacak nev'en belirlenmiş mallara veya imal edilecek veya üretilecek mallara ilişkin olması ve tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada malların belirli bir yerde bulunduğunu veya orada imal edileceğini yahut üretileceğini bilmeleri durumunda malları bu yerde alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak; c) diğer hallerde, sözleşmenin kurulduğu sırada satıcının işyerinin bulunduğu yerde malları alıcının tasarrufuna hazır bulundurmak." Bkz.: Hatice Karacan, "Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nda (CISG) Satıcı Açısından İfa Yeri ve Zamanı (Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak)", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, S. 3-4, 2007, s. 249, 252.

<sup>5</sup> Zeytin, **a.g.e.**, s. 115.

Genel prensibin aksine, satıcının malları teslim etme borcunu temelli ifa etmemesi durumunda, sözleşme ihlalinin esaslı olacağını söylemek güç değildir<sup>6</sup>. Zira bu durumda, sözleşme ihlaline maruz kalan taraf, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatten muhtemelen bütünüyle yoksun kalmaktadır<sup>7</sup>. Temelli ifa etmeme durumu, objektif veya sübjektif imkânsızlık içerisinde bulunmaktan ileri gelebilir<sup>8</sup>. Bu noktada imkânsızlığın, zaman bakımından sözleşme ya da vade öncesi veya sonrası mevcut olması fark yaratmayacaktır<sup>9</sup>. İmkânsızlığın geçici olması

---

<sup>6</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 37, (Müller-Chen), Art. 49 N. 6; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 501; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 363 ve orada dn. 5; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 227; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 433; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 28, (Huber), Art. 49 32; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 247; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 41. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Padova, 11.01.2005, CISG-online no: 967 (Kararda, kendi çiftliğindeki temizlik gereksinimini sağlayamaması sebebiyle besleyiciden dışı tavşanları temin edemeyen satıcının, alıcıya karşı malları teslim borcunu yerine getirememesi esaslı ihlal kabul edilmiştir.); Audiencia Provincial de Barcelona, 12.02.2002, CISG-online no: 1324 (Sözleşme konusu mallar alıcıya teslim edilmemiştir. Satıcı buna gerekçe olarak alıcının gerekli belgeleri ibraz etmemesini göstermişse de Mahkeme, ihracatçı olarak satıcının malların teslimine ilişkin prosedürü bilmesi gerektiğini ve menşe belgesinin imalatçı tarafca sağlanması gerektiğini belirtmiştir.); ICC International Court of Arbitration, 01.03.1999, CISG-online no: 708; CIETAC, 18.08.1997, CISG-online no: 1073; Oberlandesgericht Celle, 24.05.1995, CISG-online no: 152 (Kararda, satıcı tarafından, sözleşmede seri numaraları belirlenmiş parçaların üçüncü bir kişiye satıldığı bildirilmesi karşısında; satıcının sözleşmeyi ifa edemeyecek olması sebebiyle, alıcının ek süre tanımaksızın sözleşmeden dönebileceği belirtilmiştir.); CIETAC, 23.04.1995, CISG-online no: 1031; Pretura di Parma-Fidenza, 24.11.1989, CISG-online no: 316 (Sözleşme konusu malların bir bölümünün tesliminde makul olmayan bir gecikmenin yanı sıra, teslim edilmesi gereken miktarın üçte birinin hâlen teslim edilememiş olması da esaslı ihlale sebebiyet veren bir hâl olarak görülmüştür.).

<sup>7</sup> Bridge, **a.g.m.**, s. 927; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 247; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 41. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Padova, 11.01.2005, CISG-online no: 967.

<sup>8</sup> *İnc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 37, (Müller-Chen), Art. 49 N. 6; Serozan, **a.g.m.**, s. 211; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 501; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 227; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 32; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 98, 144; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 247; Kaşak, **a.g.m.**, s. 347, 348. Ayrıca bkz.: Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 41. İçtihatlarda bu yönde *inc.* Oberlandesgericht Düsseldorf, 18.11.1993, CISG-online no: 92. Hatırlatmak gerekir ki sözleşmeyi ihlal eden tarafın CISG m. 79 kapsamında örneğin mücbir sebebe dayanması da esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönülebilmesine engel olmaz. Bkz.: Erdem, **Sözleşmeden Dönme**, s. 866 dn. 32; Zeytin, **a.g.e.**, s. 179, 214, 215; Kaşak, **a.g.m.**, s. 348. Yine satıcının malları teslim etmekte gecikmesi henüz esaslı ihlale sebebiyet vermezken bu gecikme süresi içinde ilgili mallara alıcının ülkesinde ithalat yasağı konması ihlali esaslı hâl getirir. Zira sözleşmiş ihlali zaten gerçekleşmiş bulunmakta ve ithalat yasağının konmasıyla alıcının uğradığı olumsuzluk esaslı ihlali haklı kılan bir seviyeye gelmektedir. İthalat yasağının, CISG m. 79 anlamında satıcının denetimi dışında kalan bir engel sayılıp sayılamayacağı esaslı ihlal değerlendirmesini etkilemez. *İnc.* ve *karş.* American Arbitration Association International Centre for Dispute Resolution, 23.10.2007, CISG-online no: 1645. Bu bakımdan, imkânsızlığın kimsenin sorumlu olmadığı bir sebepten ileri gelmesi hâlinde esaslı ihlalin oluşmayacağı görüşüne (Bkz.: Gündoğdu, **a.g.m.**, s. 336.) katılmıyoruz.

<sup>9</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 49 N. 6; Serozan, **a.g.m.**, s. 211; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 144. Dolayısıyla, Türk Borçlar Hukuku'ndan farklı olarak başlangıçtaki imkânsızlık, sözleşmenin geçerliliği üzerinde herhangi bir etki doğurmamakta, aksine sözleşmenin ifası noktasında bir ifa engeli olarak görülmektedir. Yükümlülüğün, başlangıçta var olan imkânsızlık sebebiyle ihlal edilmesi ile sonradan ortaya çıkan imkânsızlık sebebiyle ihlal edilmesi, aynı neticeleri doğurmaktadır; Gündoğdu, **a.g.m.**, s. 338, 339; Bingöl, **a.g.e.**, s. 234, 291. Kısmi imkânsızlık hâlinde

hâlinde ise vaktinde ifanın önemi ve tolere edilebilecek gecikme süresi kadar, ifanın gerçekleştirilebileceğine duyulabilecek objektif güven de önemlidir<sup>10</sup>. Temelli ifa etmeme durumunun ortaya çıkmasında satıcının kusurlu olup olmadığı yine önemli değildir<sup>11</sup>.

Oberlandesgericht Oldenburg, incelemekte olduğu somut uyuşmazlıkta sözleşme konusu malların kararlaştırılandan farklı yere teslim edilmesini esaslı ihlal olarak görmemiş ve bu durumun malların teslim edilmemesi olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir<sup>12</sup>. Malların yanlış yerde teslimi<sup>13</sup> bakımından belirleyici olan, alıcının bu malları teslim almış olup olmadığı ve teslim almasının dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenip beklenmediğidir<sup>14</sup>. Yanlış yere gönderilen veya yanlış yerde alıcının tasarrufuna sunulan malları, alıcı kabul etmiş ise satıcı teslim borcunu ifa etmiş olacak; fakat muhtemel zararların tazmini gerekecektir. Buna karşın, yanlış yerde teslim edilmek istenen malları alıcı teslim alamamışsa satıcı malları teslim borcunu ifa etmemiştir<sup>15</sup>. Fakat bu durumda da satıcının sözleşmeye uygun yeni bir teslimat gerçekleştirip gerçekleştirilemeyeceği ve bunun için gerekli zamanın esaslı ihlale yol açıp açmayacağı belirleyici olacaktır. Satıcı, alıcının malları teslim alamayacağı sözleşmeye aykırı yerde malların teslim edilmesinde ısrar ediyor,

---

ise ifa edilemeyen ilgili kısım bakımından ihlal esaslıdır. İlgili kısmın ifa edilmemesi, sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlal anlamına geliyorsa alıcı sözleşmeyi bütünüyle ortadan kaldırabilir (CISG m. 51/II). Aynı yönde bkz.: Gündoğdu, **a.g.m.**, s. 337.

<sup>10</sup> *Inc.* Gündoğdu, **a.g.m.**, s. 336. Ayrıca bkz.: ve *karş.* Kaşak, **a.g.m.**, s. 348.

<sup>11</sup> Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 144; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 247.

<sup>12</sup> Oberlandesgericht Oldenburg, 22.09.1998, CISG-online no: 508 (Olayda, alıcının satıcıdan sipariş ettiği malları, üçüncü bir şirket alıcı için işleyecekti. Teslim yeri olarak bir depo gösterilmesine rağmen satıcı, sözleşme konusu malı doğrudan malları işleyecek olan şirketin işyerine teslim etmiştir. Bu şirketin iflas etmesi sebebiyle alıcı, sözleşme konusu malları teslim alamamıştır. Malları işleyecek olan üçüncü şirkete teslimat yapılırken bu malların alacaklısı olarak alıcı gösterilmiştir. Alıcının sözleşmeden beklediği menfaati elde edememesi riskinin bu teslimatla ilgili olmadığını belirten Mahkeme, malları işleyecek olan şirketin yaşadığı finansal güçlüklerle rağmen alıcının, bu şirketten teminat talep etmediğini vurgulamıştır. Tüm taraflarca bilinen nihai amaç doğrultusunda, malların teslim yerinde yaşanan sapmanın malların teslim edilmemesi olarak görülemeyeceği belirtilmiştir. Keza alıcı, irsaliye ve faturalarda malların nereye teslim edildiğini görmesine rağmen, bu duruma itiraz etmeyerek üçüncü şirkete yapılan teslimi başlangıçta sözleşmenin ifası olarak kabul etmiştir.).

<sup>13</sup> Malların teslim yeri de öncelikle sözleşme hükümlerine göre belirlenecektir. Bu yönde bir düzenleme bulunmaması hâlinde, ifa yeri de CISG m. 31 hükmünde öngörülen ihtimallere göre saptanır.

<sup>14</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Widmer), **a.g.e.**, Art. 31 N. 39, 68; Atamer, **a.g.e.**, s. 165.

<sup>15</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Widmer), **a.g.e.**, Art. 31 N. 39, 68; Atamer, **a.g.e.**, s. 165.

sözleşmeye uygun yerde teslimi reddediyorsa temelli ifa etmeme durumu söz konusu olacaktır.

Nitekim haklı bir sebep bulunmaksızın ifadan kesin olarak kaçınma hâli, temelli ifa etmeme olarak kabul edilmelidir<sup>16</sup>. Keza vadeden önce ifanın kesin olarak reddedilmesi hâlinde de öne alınmış bu sözleşme ihlali, CISG m. 72 kapsamında aranan esaslılık şartını sağlayabilecektir<sup>17</sup>. Taraflardan birinin davranış veya beyanlarının, kesin olarak ifadan kaçınma anlamına gelip gelmediği ise bu irade beyanının CISG m. 8 kapsamında yorumlanması sonucu çözümlenir<sup>18</sup>. Bu yönde açık bir beyanın esaslı ihlale sebebiyet vereceği şüphesizdir. Şartları oluşmamasına rağmen satıcının sözleşmeden döndüğünü beyan ederek ifadan kaçınması da esaslı ihlalin kendisi tarafından işlenmesine sebebiyet verir<sup>19</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki taraflardan biri sözleşmeyi ifa etmekten kesin olarak kaçınmışsa veya sözleşmenin ifası imkânsızlaşmışsa sözleşmeden dönebilmek için ek süre tanıma yoluna başvurulması gerekmektedir<sup>20</sup>.

Satıcının malları teslim etmeyi, sözleşmede kararlaştırılardan farklı koşulların alıcı tarafından yerine getirilmesine bağlaması, malları teslim borcunun

---

<sup>16</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 37, (Müller-Chen) Art. 49 N. 6; Bridge, **a.g.m.**, s. 927; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 501; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 227; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 433; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 32; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 144; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 247; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 41; Kaşak, **a.g.m.**, s. 347. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-online no: 1729; Oberlandesgericht München, 15.09.2004, CISG-online no: 1013 (Kararda, sözleşmenin ortadan kaldırıldığı varsayımıyla satıcı tarafından malların tesliminin reddedilmesi ve sözleşmenin ortadan kaldırıldığından satıcı tarafından ispatlanamaması karşısında, esaslı ihlalin oluştuğuna karar verilmiştir.); Cour d'appel de Grenoble, 21.10.1999, CISG-online no: 574 (Kararda, haklı görülebilir bir sebep olmaksızın ve aldatıcı şekilde, alıcı tarafından yapılan siparişin inkar edilmesi ve bu siparişe uygun olarak malların teslim edilmemesi esaslı ihlal kabul edilmiştir.); Schiedsgericht der Hamburger Freundschaftlichen Arbitrage, 29.12.1998, CISG-online no: 638; Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-online no: 385. Buna karşın, bir tarafın CISG hükümleri uyarınca ifadan kaçınma hakkı olduğu durumlarda, esasen bir "sözleşme ihlali" bulunmadığı yukarıda izah edilmiş idi. Bkz.: yuk. II. A. 2. a.

<sup>17</sup> Bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 30; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 433.

<sup>18</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 501. Ödemesi yapılmayan önceki teslimatlara ilişkin ödemelerin yapılması koşuluyla sözleşmenin ifası hususunda gösterilen istek, temelli ifa etmeme olarak kabul edilmemiştir. Bkz.: Landgericht München, 20.02.2002, CISG-online no: 712.

<sup>19</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 63 N. 1; CIETAC, 23.04.1995, CISG-online no: 1031.

<sup>20</sup> *Inc. Koch*, **Fundamental Breach**, s. 319, 320.

ifasından kaçınma olarak ele alınabilir<sup>21</sup>. Buna karşın, mevcut zamanda sözleşmenin ifa edilemediğinin belirtilmesi ve malları teslim yükümlülüğünün yerine getiriliş şeklinin değiştirilmesi teklifi, bu anlamda malları teslim borcunun temelli ifa edilmemesi olarak görülemez<sup>22</sup>. Belirtildiği üzere, bu gibi hâllerde irade beyanının CISG m. 8 uyarınca yorumlanması ve buna göre, satıcının ifadan temelli olarak kaçınma niyetinde olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Örneğin, yapılan teklifi, bu teklifin kabul edilmemesi halinde sözleşmenin ifa edilmeyeceği şeklinde bir uyarı takip etmekte ise esaslı ihlalin olduğu kabul edilebilir<sup>23</sup>. Sözleşmede kararlaştırılandan farklı bir ifa yerinde veya farklı bir vadede ifanın gerçekleştirilebileceğinin belirtilmesi hâlinde, olayın tüm koşulları esaslı ihlal değerlendirilmesi bakımından belirleyici olacaktır<sup>24</sup>. Örneğin, sipariş edilen malların mevcut zaman itibarıyla teslimatının yapılamadığının bildirilmesi ifadan kesin kaçınma olarak kabul edilmemiştir<sup>25</sup>. Yine malların fiilen sözleşmede kararlaştırılandan farklı yerde teslim edilmesi her zaman esaslı ihlal olarak kabul edilemeyeceğinden; teslimin gerçekleştirilmesinden önce, satıcı tarafından ifanın başka bir yere yapılabileceğinin belirtilmesini kendiliğinden esaslı ihlal olarak kabul etmek tutarlı olmaz. Bununla beraber, satıcı tarafından önerilen ifa tarihinde veya ifa yerinde dahi sözleşmenin ifa edilebileceği hususunda alıcının haklı görülebilir ciddi endişeleri var ise esaslı ihlalin olduğu kabul edilmelidir<sup>26</sup>. Ayrıca sözleşmenin satıcı tarafından önerilen şekilde ifa edilmesi zaten esaslı ihlale yol açan bir durum yaratacaksa ve satıcı bu şekilde ifade ısrar ediyorsa daha başka bir araştırma yapmaya gerek kalmayacaktır.

---

<sup>21</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 37; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 227; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 433; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 32. İçtihatlarda bu yönde bkz: ICC International Court of Arbitration, 20.12.1999, CISG-online no: 1646 (Kararda, semene ilişkin olarak belirlenen indirim oranlarının satıcı tarafından tek taraflı olarak değiştirilmesi esaslı ihlal kabul edilmiştir.); Schiedsgericht der Hamburger freundschaftlichen Arbitrage, 29.12.1998, CISG-online no: 638; Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21.03.1996, CISG-online no: 187.

<sup>22</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 37; Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994, CISG-online no: 115.

<sup>23</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 37.

<sup>24</sup> Satıcı tarafından belirtilen yeni ifa yerine veya ifa tarihine alıcı tarafından rıza gösterilmesi hâlinde, daha en baştan "sözleşme ihlali" oluşmayacaktır.

<sup>25</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994, CISG-online no: 115.

<sup>26</sup> *Inc. Bridge*, **a.g.m.**, s. 927.

Bununla beraber, satıcının beyan veya davranışlarından ifadan kesin olarak kaçınma sonucu çıkarılmadığı durumlarda, sözleşme konusu malları teslim borcu bakımından "vaktinde ifa etmeme" hâliyle mi yoksa "temelli ifa etmeme" hâliyle mi karşı karşıya olduğumuz sorusu bir karmaşa yaratabilir<sup>27</sup>. Diğer bir söylemle, hangi andan itibaren satıcının ifada gecikmesini temelli ifa etmeme olarak kabul edebileceğimiz çoğu zaman belirsizdir. Bu hususta uzun bir süre beklenmesi gerektiğini kabul etmek, alıcının ekonomik açıdan bir kararsızlık içinde bulunmasına yol açacak; kısa bir süreyi yeterli görmek ise sözleşmenin esasen ifa edilebileceği yönünde satıcı tarafından bir itiraz yükseltilmesine neden olabilecektir<sup>28</sup>.

Öncelikle ifade etmemiz gerekir ki satıcının malları teslim borcunda gecikmesi ilk andan itibaren esaslı ihlal sonucuna yol açmasa da ifada gecikme süresinin uzaması, sözleşme ihlalinin esaslı olarak kabul edilme olanağını artırmaktadır<sup>29</sup>. Bu bakımdan, satıcının ifada gecikmesi zaten esaslı ihlale sebebiyet veren bir hâl almış ise bu durumun, "vaktinde ifa etmeme" veya "temelli ifa etmeme" olarak adlandırılması esaslı ihlal değerlendirilmesi bakımından önemsizdir. Şu hâlde bu ayrımın, satıcının ifada gecikmesi sebebiyle esaslı ihlal sonucuna varılmadığı durumlarda önem taşıyıp taşımadığı araştırılmalıdır. Gerçekten de satıcının, kararlaştırılan ifa zamanına göre belli bir gecikmeyle sözleşme konusu malları teslim etmesi esaslı ihlal sonucuna yol açmayacaksa ifa zamanı gelmiş olmasına rağmen satıcının hâlen teslimatı gerçekleştirmediği durumlarda, "temelli ifa etmeme" gerekçesiyle esaslı ihlal iddiasında bulunulup bulunulamayacağı sorusu gündeme gelebilir. Esasen satıcının ifa etmemesinin imkânsızlıktan kaynaklandığı durumlarda, bu soruya "temelli ifa etmeme" yönünde cevap vermek güç değildir. Buna karşın, satıcının malları teslim etme borcunu yerine getirmesi mümkün olmakla birlikte, bu hususta bazı zorluklar yaşadığı veya ifanın gerçekleştirilmesi hususunda yeterince

---

<sup>27</sup> *Inc. Bridge, a.g.m.*, s. 931; Tribunale di Padova, 11.01.2005, CISG-online no: 967.

<sup>28</sup> Bkz.: Tribunale di Padova, 11.01.2005, CISG-online no: 967.

<sup>29</sup> Bu konunun incelemesi için bkz.: aş. III. B. 2. a.

istek göstermediği hâllerde "temelli ifa etmemenin" oluşup oluşmadığı belirsizlik arz edebilir<sup>30</sup>.

Burada, temelli ifa etmeme - geç ifa ayırımına sıkı sıkıya bağlı kalmaksızın, somut olaydaki mevcut ihlale CISG m. 25 hükmünün kıstaslarının doğrudan uygulanması gerekir. Zira belirtildiği üzere, sözleşme ihlalinin nasıl sınıflandırıldığı esaslı ihlal değerlendirmesinin asıl konusu değildir. İhlalin, alacaklı aleyhine yarattığı olumsuz sonuçların esaslı ihlali haklı kılıp kılmadığı belirleyicidir. Bu noktada, konunun daha iyi izah edilebilmesi adına örnek bir içtihadın incelenmesini yararlı bulmaktayız. Tribunale di Padova tarafından verilen 11.01.2005 tarihli kararda Mahkeme, sözleşme konusu malları teslim borcunun yerine getirilmemesi sebebiyle esaslı ihlalin oluştuğuna karar vermiştir. Bununla beraber, hükümde yansıtılan gerekçeler konumuz bakımından daha çok değer taşımaktadır. Olayda, satıcının haftalık olarak belirli miktarda sözleşme konusu malı alıcıya teslim etmesi gerekmesine rağmen, malları teslim borcunda bir kaç aylık gecikme ortaya çıkmış ve Mahkeme bu durumun esaslı ihlal oluşturduğuna karar vermiştir. Uyuşmazlıkta satıcı, kendi çiftliğindeki temizlik gereksinimini sağlayamaması sebebiyle besleyiciden dışı tavşanları temin edememiş ve bu sebeple de sözleşme konusu tavşanları alıcıya teslim edememiştir. Gelineen noktaya kadar satıcı tarafından sözleşmenin ifası hususunda gösterilen gayretsizliği, sözleşmenin bu andan sonra gereği gibi ifa edilmesi için gereken objektif süreyi ve satıcının bu uğurda ciddi bir istek göstermemesini de dikkate alan Mahkeme, ek süre tanınmış olmamasına rağmen, satıcının ileride sözleşmeyi ifa edemeyeceğini düşünmekte haklı görülen alıcının daha fazla beklemek zorunda olmadığını belirtmiş ve esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönülebileceğine karar vermiştir<sup>31</sup>. Anlaşıldığı üzere olayda, ifa zamanı geçmiş olan teslimatların yapılamaması ve doğrudan bu durumun alıcı üzerinde yarattığı etkinin yanı sıra, sözleşmenin ifa edilebileceği hususunda görünen belirgin endişe de esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından belirleyici olmuştur. Buna göre, izah edilen karar şu hususlarda yol gösterici olabilmektedir: İlkin her zaman

---

<sup>30</sup> Böyle bir durumda daha fazla sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen alıcının başvurabileceği en güvenli yol şüphesiz, CISG m. 47/I uyarınca yükümlülüklerini ifa etmesi hususunda alıcıya ek süre tanımak ve ifanın gerçekleşmemesi hâlinde CISG m. 49/I.b uyarınca sözleşmeden dönmektir.

<sup>31</sup> Tribunale di Padova, 11.01.2005, CISG-online no: 967.

hatırlanması gerekir ki sözleşmenin esaslı ihlali değerlendirmesinde, doğrudan sözleşme ihlalinin sınıflandırılması nihai olarak belirleyici değildir. Temelli ifa etmemenin esaslı ihlal olarak kabul edilmesi, yine bu ihlalin sonuçlarından ileri gelmektedir. Bu bakımdan, sözleşme ihlalinin esaslı olduğuna karar verilebilmesi için bu ihlalin mutlaka "temelli ifa etmeme" gibi bir kalıba veya başka bir klasik nitelendirmeye tabi tutulması icap etmez. İfa zamanı geçmiş olmasına rağmen sözleşme konusu malları teslim alamayan alıcının, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalıp kalmadığı, belirleyici olan unsurdur. Fakat hâlen cevaplandırılması gereken soru, malları teslim borcunu vaktinde yerine getiremeyen satıcının, olayın kendi şartları içerisinde alıcının ifaya duyduğu endişe nedeniyle esaslı ihlale sebebiyet verip vermediğidir. Belirtildiği üzere, sözleşmenin ifa edileceğine ilişkin olarak tarafların sahip olması gereken güven de "sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan şey" olarak kabul edilmelidir. Bu bağlamda alıcının, ifa zamanı geçmiş olmasına rağmen sözleşme konusu mallardan yoksun kalmasının yanı sıra, söz konusu bu güvenden de haklı görülebilir şekilde yoksun kalması, CISG m. 25 hükmünün aradığı kapsamda "önemli ölçüde olumsuzluğa" neden olabilir. Örneğin satıcının, sözleşmedeki vadeyi ertelemek istemesinin ardından, bir de alıcının onay verdiği bu yeni vadeden önce malların fiyatının yükseltilmesini talep etmesi durumunda, taahhüt edilen sonraki vadenin de sonuçsuz geçmesi üzerine alıcı, daha fazla beklemek zorunda kalmaksızın sözleşmeden dönebilecektir<sup>32</sup>.

Şu durumda ifade edilmelidir ki sözleşme konusu malları vaktinde teslim alamayan alıcı, sırf bu sebeple esaslı ihlal iddiasında bulunmadığı durumlarda, satıcının yaşadığı güçlükler veya sözleşmenin ifası hususunda gösterdiği ilgisizlik sebebiyle sözleşmenin ifa edileceğine olan güvenini de haklı görülür şekilde kaybetmişse CISG m. 25 hükmünün aradığı şartlar sağlanabilir<sup>33</sup>. Bu durumun,

---

<sup>32</sup> CIETAC, 18.08.1997, CISG-online no: 1073.

<sup>33</sup> Nitekim *Bridge*, sözleşme konusu malları vadede teslim edemeyeceğini belirten ve borcun ifası hususunda da belirgin bir istek göstermeyen satıcı karşısında, borcun ifa edileceğine dair kuvvetli bir inanca sahip olamayan alıcının, esaslı ihlal ileri sürebileceğini belirtmektedir. Yazar, bu sonuca varırken olayın tüm koşullarının etkili olacağını; fakat sözleşmeden dönmenin özellikle, muhtemel masrafları önleyebileceği durumlarda kabul edilmesi gerektiğini düşünmektedir; *Bridge*, **a.g.m.**, s. 927.



"temelli ifa etmeme" olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği ise pratik bir önem taşımamaktadır.

## 2. Malların Geç Teslimi

### a. Malların Geç Teslimi Hâlinde Esaslı İhlal Değerlendirmesinin Genel Özellikleri

Satım konusu malların, sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilen bir tarih varsa bu tarihte teslim edilmesi gerekmektedir. Teslimin bir zaman dilimi içerisinde yapılabileceği sözleşmeden anlaşılıyorsa satıcı, tarih saptama yetkisinin alıcı da olduğu anlaşılmadıkça bu zaman dilimi içerisinde herhangi bir anda malları teslim edebilir. İfa zamanına ilişkin sözleşmede bir belirleme olmaması hâlinde ise malların, sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içerisinde teslim edilmesi gerekmektedir<sup>34</sup>. Somut olayın özelliklerine göre değişebilecek bu makul sürenin saptanmasında, örneğin malların üretimi ve teslimi için gereken ortalama süreler dikkate alınabilmektedir<sup>35</sup>.

Sözleşme ihlalinin malların geç teslimi şeklinde görülmesi, bu ihlalin her zaman esaslı olması sonucunu doğurmaz<sup>36</sup>. Buna karşın, satıcının malları teslim

---

<sup>34</sup> CISG m. 33: "Satıcı malları (a) sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir tarih varsa bu tarihte; (b) sözleşme ile belirlenmiş veya sözleşmeye dayanarak belirlenebilir bir zaman dilimi varsa, koşullardan tarih saptama yetkisinin alıcıda olduğu anlaşılmadıkça, bu zaman dilimi içinde herhangi bir anda; (c) diğer tüm hallerde, sözleşmenin kurulmasından itibaren makul bir süre içinde teslim etmek zorundadır."

<sup>35</sup> Welser/Welser, **a.g.m.**, s. 127, 128.

<sup>36</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 38, (Müller-Chen), Art. 49 N. 5; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 504; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 225; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 434; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 31, (Huber), Art. 49 N. 28; DiMatteo/Dhooge/Greene/Maurer/Pagnattaro, **a.g.e.**, s. 126; Lubbe, **a.g.m.**, s. 451; Graffi, **a.g.m.**, s. 341; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 42; Kaşak, **a.g.m.**, s. 351. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Landgericht München, 20.02.2002, CISG-online no: 712; Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-online no: 385; Oberlandesgericht Hamburg, 28.02.1997, CISG-online no: 261; ICC International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-online no: 526; Oberlandesgericht Düsseldorf, 18.11.1993, CISG-online no: 92. Satıcının malları teslim borcunda gecikmesi her zaman esaslı ihlal olarak görülseydi, malların teslim edilmemesi hâlinde alıcıya tanınan ek süre vererek sözleşmeden dönme imkânı (CISG

borcunda gecikmesinin, alıcının bu malları özellikle belirli bir zaman diliminde teslim almakta özel bir menfaati bulunduğu durumlarda esaslı ihlal oluşturabileceği, doktrinde ve içtihatlarda yoğun olarak belirtilmektedir<sup>37</sup>. Alıcının bu özel menfaati sözleşmeden doğrudan anlaşılabilirliği gibi, CISG m. 9 uyarınca aralarında yerleşmiş alışkanlıklardan, uygulanmasını kabul ettikleri teamüllerden veya aksini kararlaştırmamışlarsa ilgili ticari branşta düzenli olarak uygulanan teamüllerden de anlaşılabilir<sup>38</sup>. Örneğin, sözleşmede malların teslimi bakımından kesin vade kararlaştırılmış olması, malları teslim borcunda gecikmeyi esaslı ihlal hâline getirebilir<sup>39</sup>. Burada, sözleşmenin ulusal hukuklar kapsamında kesin vadeli işlem olarak nitelendirilmesi değil<sup>40</sup>; alıcının sözleşmeden beklediği menfaatin gerçekleşmesinin, belirli bir tarihteki ifa ile mümkün olabileceğinin anlaşılması

---

m. 47/I, m. 49/I.b), bir bakıma işlevsiz kalırdı. Bkz.: (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 225; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 28; Atamer, **a.g.e.**, s. 397, 398; Landgericht München, 20.02.2002, CISG-online no: 712.

<sup>37</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 38, (Müller-Chen), Art. 49 N. 5; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 504; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 33, (Huber), Art. 49 N. 29; DiMatteo/Dhooge/Greene/Maurer/Pagnattaro, **a.g.e.**, s. 126; Kaşak, **a.g.m.**, s. 351. Aynı yönde bkz.: Bridge, **a.g.m.**, s. 931; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 434; Lubbe, **a.g.m.**, s. 452. İchtihatlarda bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-online no: 385; Oberlandesgericht Hamburg, 28.02.1997, CISG-online no: 261. Alıcının malları geç teslim almaktansa hiç teslim almamayı yeğlemesi ve bu durumun sözleşmenin kuruluşu anında satıcı için de anlaşılır olması (Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/[Schroeter], **a.g.e.**, Art. 25 N. 38; Kröll/Mistelis/Viscasillas/[Björklund], **a.g.e.**, Art. 25 N. 33; Oberlandesgericht Hamm, 12.11.2001, CISG-online no: 1430; Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-online no: 385.) veya tarafların ortak iradesi uyarınca bütün olarak işlemin, teslim için kararlaştırılan süreye uyulmasına bağlı kılınması (Bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 21.04.2004, CISG-online no: 915; Oberlandesgericht Hamm, 12.11.2001, CISG-online no: 1430.), bu durumu açıklamakta kullanılabilir. Alıcı tarafından sözleşme konusu malların kararlaştırılan zamanda teslim alınmasının öneminin, satıcı için de sözleşmenin kuruluşu anında anlaşılabilir olmasının gerekip gerekmediği, öngörülebilirlik testinde dikkate alınacak zaman dilimine göre cevaplanacaktır. Dolayısıyla, prensip olarak sözleşmenin kurulma anı ilgili zaman dilimidir. Bkz.: yuk. II. A. 4. e.

<sup>38</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 504. Ayrıca bkz.: (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 225; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 33, 34; Graffi, **a.g.m.**, s. 341; Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-online no: 385. Yine sözleşme öncesi görüşmelerin de bu noktada nazara alınabileceği hususunda bkz.: Pretura di Parma-Fidenza, 24.11.1989, CISG-online no: 316.

<sup>39</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 39, (Müller-Chen), Art. 49 N. 5; Serozan, **a.g.m.**, s. 211; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 504; Ferrari/Flehtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 364; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 99; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 248 ve orada dn. 117; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 42. İchtihatlarda bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 21.04.2004, CISG-online no: 915; Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770 (Alıcının kendi müşterilerine karşı yükümlülüklerini ifa edebilmesi için belirli iki tarih arasında teslim periyodu kesin olarak kararlaştırıldığında, ifanın en geç kararlaştırılan son tarihte yapılmasının icap ettiği belirtilmiştir.); Amtsgericht Ludwigsburg, 21.12.1990, CISG-online no: 17.

<sup>40</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 39.

önemlidir<sup>41</sup>. Benzer şekilde, alıcı ile satıcı arasındaki sözleşmede malların alıcının müşterisine teslim edileceği bir kesin vadeye atıf yapılmışsa veya alıcının müşterisine karşı bu tür bir sorumluluğu başka şekilde anlaşılabilirse malları teslim borcunda gecikme esaslı ihlal anlamına gelebilir<sup>42</sup>. Sözleşme konusu malların kararlaştırılan vadede teslim edilmesinde alıcının sahip olduğu özel menfaat, olayın diğer özelliklerinden de anlaşılabilir. Örneğin, malları teslim borcunda gecikmenin esaslı ihlal oluşturup oluşturmadığı, sözleşme konusu malların sezonluk mallar olduğu durumlarda daha ilgi çekici bir hâl almaktadır. Zira malların bu özelliği, ifada gecikmeyi esaslı ihlale yaklaştırmaktadır<sup>43</sup>. Sözleşmenin konusu sezonluk mallar ise sezonun sona ermesinden sonra yapılacak teslimin, alıcı için pek bir anlam ifade etmeyeceği söylenebilir<sup>44</sup>. Yine bu tür mallarda alıcının tekrar satım yapabileceği

---

<sup>41</sup> Taraflarca muayyen bir vade mi yoksa kesin bir vade mi kararlaştırılmış olduğu, sözleşmenin yorumu ile belirlenebilecektir; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 241. "*Örneğin, 'en geç 2 Martta', '2 Mart iş saatleri içinde' '2 Marttan geç olmamak üzere' tarzında bir ifadenin kullanılmış olması halinde bir kesin vadenin kararlaştırıldığı kabul edilebilecektir.*"; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 248 dn. 117. Oberlandesgericht Hamm, örneğin "en geç" şeklindeki bir ifadeyle vaktinde teslimin önemini gösterilebileceğini; fakat "mümkün olan en kısa süre" şeklindeki bir ifadenin bu anlamda yeterli olmadığını belirtmiştir. Bkz.: Oberlandesgericht Hamm, 12.11.2001, CISG-online no: 1430. Oberlandesgericht Düsseldorf tarafından görülen 21.04.2004 tarihli davada ise satıcı sipariş onayında, "mümkün olan en kısa sürede" ve ön ödemenin ardından derhal malları teslim etmeyi üstlenmiştir. 29 Haziran'da ön ödemenin yapılmasına rağmen teslimin derhal gerçekleştirilmemesi ve bunun ardından satıcı tarafından taahhüt edilen 3 Temmuz tarihine de uyulmaması esaslı ihlal kabul edilmiştir. Zira Mahkeme mevcut koşullar uyarınca alıcının, mümkün olan en kısa sürede malları beklemekte haklı olduğunu belirtmiştir. Bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 21.04.2004, CISG-online no: 915. Amtsgericht Nordhorn tarafından görülen 14.06.1994 tarihli davada, "tatillerden önce, daha geç değil" şeklindeki ifade kesin vade olarak kabul edilmemiştir. Mahkeme, bu ifadenin belirsiz olduğunu ve ilgili tarihin geçmesinden sonraki davranışlarıyla alıcının, kesin vade kararlaştırılmasının amaçlanmadığını gösterdiğini belirtmiştir. Bkz.: Amtsgericht Nordhorn, 14.06.1994, CISG-online no: 259. Esasen, ifa tarihinin önemini göstermek noktasında tarafların mutlaka belirli ifadelere yer vermeleri zorunluluğu yoktur. Önemli olan sözleşmenin yorumu ve akdi ilişkiyi çevreleyen diğer koşulların değerlendirilmesi neticesinde, kararlaştırılan ifa tarihinin alıcı için özel bir öneme sahip olduğunun objektif olarak anlaşılabilmesidir. Zira bu durumun ortaya konabilmesi, ifa tarihine uyulmaması sebebiyle alıcının kaybettiği menfaatin önemli olduğunun ve bu sebeple esaslı ihlali haklı kılan sonuçların ispatlanması bakımından faydalıdır.

<sup>42</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 39; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 504; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 226; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 33, (Huber), Art. 49 N. 30; DiMatteo/Dhooge/Greene/Maurer/Pagnattaro, **a.g.e.**, s. 126; Graffi, **a.g.m.**, s. 341.

<sup>43</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 49 N. 5; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 505; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 364; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 434; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 99; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 249; Kaşak, **a.g.m.**, s. 351. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-online no: 385.

<sup>44</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 30, 39; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 226; Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 434; Kröll/ Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 34, (Huber), Art. 49 N. 30; Graffi, **a.g.m.**, s. 341. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 24.04.1997, CISG-online no: 385.

zaman dilimi belirli bir sezonla sınırlı olduğundan, karşılaştırılan vadede malları teslim almak konusunda alıcının daha fazla menfaati olduğu ifade edilebilir. Zira ifanın gecikme süresi, alıcının bu malları tekrar satabileceği muhtemel sürenin de aynı nispette kısalması anlamına gelmektedir. Ayrıca teslim edilecek olan mallar, doğal yapısı gereği çabuk bozulabilecek türden ise vaktinde ifanın özel önem taşıyabileceği ifade edilmektedir<sup>45</sup>.

Bununla birlikte önemle belirtmemiz gerekir ki bahsi geçen durumlarda malların karşılaştırılan zaman diliminde teslim edilmemesi, çoğunlukla, alıcının bu yükümlülüğe bağlı olarak beklediği menfaati elde edememesine sebep olacaktır. Esasen söz konusu durumları esaslı ihlal kapsamına sokan etken de alıcının uğradığı bu olumsuzluktur. Alıcının uğradığı herhangi bir olumsuzluk bulunmuyor ise veya uğranılan olumsuzluk meşru menfaatlerden önemli ölçüde yoksunluğa sebebiyet vermiyorsa esaslı ihlalin olduğundan bahsedemeyiz<sup>46</sup>. Zira belirtildiği üzere, sözleşme ihlalinin fiili sonuçları gözetilmeksizin esaslı ihlal oluşup oluşmadığı hususunda karar vermek mümkün değildir. Bu noktada, ifa tarihinin önemi hususunda açıkça karşılaştırılmış sözleşme hükümleri veya taraflar için bağlayıcı olan ve sözleşmeyi çevreleyen diğer koşullar, sözleşme ihlalinin ortaya çıkardığı

---

<sup>45</sup> (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 226; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 30.

<sup>46</sup> Örneğin, 3 Ekim akşamında gerçekleşecek olan spor müsabakası için ekipman sipariş edilmiş ve malların kullanıma hazır hâle getirilebilmesi gayesiyle en geç 1 Ekim'de teslim edilmesi istenmiştir. 1 Ekim günü ise spor müsabakasının 4 Ekim akşamına ertelendiği öğrenilmiştir. Ayrıca satıcı 1 Ekim günü sözleşme konusu malları teslim edememiş; fakat 2 Ekim günü bu teslimatı yapabileceğini beyan etmiştir. Satıcının 2 Ekim'de söz konusu ekipmanı teslim etmesinin ardından bir "sözleşme ihlali" vardır; fakat "sözleşmenin esaslı ihlali" yoktur. Zira alıcı bu malları sözleşmede amaçladığı şekilde kullanabilecek durumdadır. Dolayısıyla 2 Ekim günü alıcı, teslim edilmek istenen malları reddederek sözleşmeden dönebilecek durumda değildir. Buna karşın spor müsabakasının ertelenmediği varsayımında, 2 Ekim'de teklif edilen ifayı reddeden alıcı, ertesi gün gerçekleşen spor müsabakası için bu malların kullanılabilir hâle getirilemeyeceğini ispat ederek esaslı ihlal iddia edebilecek durumdadır. Spor müsabakasının ertelenmesinin ardından alıcının esaslı ihlale dayanmaya devam edebilmesi, satıcının sözleşmeyi ifa edeceğine duyduğu güveni yitirmesi hâlinde mümkün olabilirdi. Örneğin, sözleşme konusu malların 1 Ekim'de teslim edilememiş olmasının yanı sıra, satıcının bu hususta sessiz kalmaya devam etmesi ve alıcıya cevap vermemesi hâlinde spor müsabakasının ertelenmesi alıcının esaslı ihlale dayanabilmesini ortadan kaldıran bir etkiye sahip olmayacaktı. Zira bu ihtimalde alıcı, sözleşme konusu malların 4 Ekim'de gerçekleştirilecek olan spor müsabakası için hazır hâle getirilebileceği yönünde bir güvene sahip olabileceği durumda değildir. Benzer örnekler için ayrıca bkz.: Kaşak, **a.g.m.**, s. 343 dn. 38. Nitekim takip eden satırlarda belirtildiği üzere, sözleşmede malların teslim edileceği tarih kesin olarak saptanmış olsa dahi bir iki günlük kısa bir gecikme alıcının menfaatlerini elde etmesine engel olmuyor ise esaslı ihlalin oluşmadığı kabul edilmektedir.

durumdan bağımsız olarak esaslı ihlal değerlendirmesinde belirleyici olamaz<sup>47</sup>. Sözleşmede kesin vade kararlaştırılmış olsa dahi vaktinde ifa etmeme durumunun önemli ölçüde olumsuzluğa neden olup olmadığı araştırılmalıdır<sup>48</sup>. Yine belirtmek gerekir ki sözleşme konusu malların geç teslimi sebebiyle sözleşmenin esaslı ihlalinin oluşabilmesi için muhakkak kesin vade kararlaştırılmış olması veya aynı etkiyi doğurabilecek benzer bir şarta sözleşme ilişkisi içerisinde değinilmiş olması gibi bir zorunluluk da yoktur. Özellikle öngörülebilirlik kıstasının da sağlanması koşuluyla malların vaktinde teslim edilmemesi, alıcıyı sözleşme uyarınca beklediği şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa sebebiyet vermişse esaslı ihlal oluşumu noktasında araştırılacak başka bir husus zaten kalmamıştır. Örneğin, sözleşme konusu malları tekrar satmak amacıyla satın alan alıcı, malların kendisine zamanında teslim edilmemesi ve bu arada da ilgili malların fiyatında ciddi bir düşüş yaşanması hâlinde, esaslı ihlal ileri sürebilecek durumdadır<sup>49</sup>. Dolayısıyla herhangi

---

<sup>47</sup> *Karş. Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), a.g.e., Art. 25 N. 22, 23; (Huber)/Mullis, a.g.e., s. 234; Singh/Leisinger, a.g.m., s. 167.* Bir görüşe göre, ifa zamanı bakımından sözleşmede "kesinlikle", "tam" veya "en geç" gibi ifadelerin kullanılması, bu yükümlülüğün ihlal edilmesi hâlinde esaslı ihlal sonucunun doğacağı hususunda tarafların anlaşmasını göstermektedir; Enderlein/Maskow, a.g.e., Art. 25 N. 3.4. *Kanımızca*, sözleşmede yer alan bu tür ifadelerin, ilgili sözleşme hükmünün ihlal edildiği her durumda esaslı ihlal sonucunu meydana getirip getiremeyeceği, tarafların CISG m. 6 uyarınca CISG m. 25 hükmünün uygulamasından ayrılıp ayrılmadıklarına göre belli olacaktır. Zira belirtildiği üzere taraflar, CISG m. 6 uyarınca hangi durumların esaslı ihlale yol açacağını önceden kararlaştırabilecek durumdadırlar. Fakat bahsi geçen yönde düzenlemeler, *kanımızca*, CISG m. 25 hükmünün uygulamasından ayrılmak için yeterli değildir. Bu konuda bkz.: yuk. I. E. 2.

<sup>48</sup> Dayıoğlu, a.g.e., s. 43. Örneğin, Oberlandesgericht München tarafından verilen 08.02.1995 tarihli kararda, alıcının iddiasının aksine kesin vade üzerinde tarafların anlaşmaya varmadığı saptandıktan sonra, bu tür bir ihlal de esaslı sayılmasının şüpheli olacağı belirtilmiştir. Zira bu teslim tarihinin, alıcının sözleşmeden beklediği menfaatin buna uyulmasına bağlı olması şeklinde bir öneme sahip olmadığı yönünde, alıcı tarafından ortaya konan belirtiler olduğu ifade edilmiştir. Bkz.: Oberlandesgericht München, 08.02.1995, CISG-online no: 143. Amtsgericht Ludwigsburg tarafından verilen 21.12.1990 tarihli kararda, kesin vadeye uyulmamasının esaslı ihlale sebep olabileceği belirtildikten sonra, somut olayda kesin olarak şart koşulan teslim tarihinin iki gün aşılması, alıcının menfaatleri üzerinde bu denli etkili görülmemiştir. Bkz.: Amtsgericht Ludwigsburg, 21.12.1990, CISG-online no: 17. Fakat Corte di Appello di Milano tarafından verilen 20.03.1998 tarihli karar bu anlamda eleştiriye açık görünmektedir. Olayda, sözleşme konusu mallar kararlaştırılan tarihte teslim edilmemiştir. Mahkeme, kararlaştırılan tarihin esaslı olduğunu ve sözleşme konusu malların alıcının yıl sonu satımlarından hemen önce hazır bulundurulması gerektiğini belirterek esaslı ihlal oluştuğuna karar vermiştir. Bkz.: Corte di Appello di Milano, 20.03.1998, CISG-online no: 348. Fakat kararlaştırılan tarihte malların teslim edilmemesinin, alıcı nezdinde yarattığı olumsuzluk ortaya konmuş değildir. Sözleşmede kesin vade kararlaştırılmış olsa veya sözleşme konusu mallar sezonluk mallar olsa dahi vaktinde teslim etmemenin sebep olduğu veya belirgin şekilde sebep olacağı fiili sonuçların araştırılması gerekir. Kararın benzer bir eleştirisi için bkz.: Lubbe, a.g.m., s. 454, 455.

<sup>49</sup> *Inc. United States District Court for New Jersey, 04.04.2006, CISG-online no: 1216* (Malların geç teslim edilmesi sebebiyle alıcının yapacağı tekrar satımın Eylül ayından Ekim ayına kayması ve buna bağlı olarak, petrol ürünlerinin fiyatındaki değişkenliğin ağır bir zarara yol açması esaslı ihlale neden olabilecek bir durumdur.); Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770. Bununla beraber, salt

bir yükümlülük ihlalinin, ancak ve ancak önceden ortaya konmuş belirli şartlarla esaslı ihlal oluşturabileceğini söylememiz mümkün değildir. Yönlendirici olan tek husus, CISG m. 25 hükmü altında ortaya konan kıstaslar olduğundan, tüketici bir yorum yapmadan, her somut olayın bu hüküm altında özel olarak incelenmesi gerekir.

Buna karşın bir görüşe göre, taraflarca malların teslim edilme zamanına özel önem atfedilmemiş satıcının malları teslim etme borcunda gecikmesi durumunda, alıcının sözleşmeden dönmesi ancak satıcıya ek süre tanınması yoluyla mümkün olabilir<sup>50</sup>. *Kanımızca* bu görüş şüphelidir. Esaslı ihlal değerlendirmesi, sadece sözleşme hükümleri veya sözleşmeyi çevreleyen koşullar ile ilgilenmemektedir. Bu kaynaklarda malların teslim edileceği zaman dilimine atfedilmiş özel bir anlam olmasa dahi satıcının malları teslim borcunda gecikmesi, alıcıyı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakacak bir olumsuzluğa uğratabilir<sup>51</sup>. Sözleşme ihlali sonucu ortaya çıkan böyle bir olumsuzluk saptandıktan sonra, öngörülebilirlik kıstasının da yerine getirildiği varsayımıyla, alıcının malları teslim etmesi konusunda satıcıya ek süre tanıma zorunluluğu bulunmamaktadır. CISG m. 25 hükmünde öngörülen kıstaslar yerine getirildiğinde esaslı ihlal artık oluşmuş durumdadır. Bununla beraber, alıcının satıcıya ek süre tanıma imkânı, esaslı ihlal sonucu kazanılan sözleşmeden dönme hakkını engelleyen veya zorlaştıran bir yapıya da sahip değildir<sup>52</sup>.

---

sözleşme konusu malların fiyatında sert fiyat dalgalanmalarının yaşanması teslimde gecikmenin esaslı ihlal sayılması için yeterli değildir. Zira teslimde gecikilen süre içerisinde fiyattaki değişimin alıcı lehine seyretmiş olması da mümkündür. Bkz.: Oberlandesgericht Hamm, 12.11.2001, CISG-online no: 1430. Ayrıca bkz.: Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 30. Bu bakımdan, yine sözleşme ihlalinin somut olayda yarattığı sonucun - uğranılan bir olumsuzluk bulunup bulunmadığının ve olumsuzluk varsa bunun esaslı ihlali haklı kılıp kılmadığının - araştırılması gerekir. *Karş.* Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 435.

<sup>50</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 40 (Aksi bir sonuca varılması, CISG m. 47/I ve m. 49/I.b hükümlerinin dolanılması olarak görülmektedir.).

<sup>51</sup> *Karş.* Oberlandesgericht München, 01.07.2002, CISG-online no: 656. Keza malların teslim zamanına özel bir önem atfedilmiş olmasa bile satıcının teslim borcunda uzun süreli gecikmesinin esaslı ihlale sebebiyet verebileceği haklı olarak vurgulanmaktadır; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 226; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 31; Leisinger, **a.g.e.**, s. 67.

<sup>52</sup> Bu konuda bkz.: yuk. II. E. Malların teslim edilmemesi esaslı ihlale yol açtıktan sonra, sözleşmeden dönmeden önce satıcıya ek süre tanınmanın gerekmediği hususunda bkz.: Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770.

Ayrıca genel olarak ifade edebileceğimiz bir başka husus da malların tesliminde gecikme süresinin uzamasının, bu ihlali esaslılığa yaklaştırdığıdır<sup>53</sup>. Yukarıda izah edilen durumlardaki gibi özel bir menfaat kaybına sebebiyet vermedikçe, sözleşme gereği uyulması gereken tarihten çok kısa bir süre sonra malların teslim edilmesi ise esaslı ihlal sonucunu doğurmaya genellikle uzaktır. Nitekim malların bir veya iki günlük kısa gecikmelerle teslim edilmesi, sözleşme konusu mallar sezonluk mallar olsa veya sözleşmede teslim tarihi kesin olarak saptanmış olsa dahi esaslı ihlale sebebiyet vermeyebilir<sup>54</sup>. Fakat dikkat edilmelidir ki yine, malların teslimindeki gecikmenin alıcı tarafta yarattığı etki belirleyici olacaktır. Esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken ihlalin derecesi veya ağırlığı değil, bunun sebep olduğu sonuçların ağırlığı önemli olduğundan, malları teslim borcunda ne kadar gecikildiği de nihai kriter olamayacaktır. Bu anlamda, uzun kabul edilebilecek bir gecikme olayın kendi şartları içerisinde esaslı ihlal sebebi olarak

---

<sup>53</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 49 N. 5; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 505; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 226; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 31; Leisinger, **a.g.e.**, s. 67; Yelkenci, **a.g.m.**, s. 1348. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından görülen bir davada, satıcının sözleşme konusu malları teslim etmesi gereken sürenin üzerinden bir aydan fazla zaman geçmesi hasebiyle, alıcının ek süre tanımak zorunda olmaksızın esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönebileceğine karar verilmiştir. Bkz.: Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770. Bu hususta ayrıca bkz.: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, 18.11.2004, CISG-online no: 1371 (15 aydan fazla süren bir gecikme esaslı ihlal kabul edilmiştir.); ICC International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-online no: 526; Pretura di Parma-Fidenza, 24.11.1989, CISG-online no: 316. Bu sonuç, ihlal edilen yükümlülüğün mutlaka esaslı bir önem sahip olmasından veya böyle bir niteliği sonradan kazanmasından değil, malların teslim süresinin uzamasının alıcı nezdinde oluşan olumsuzluğu (meşru menfaatlerden yoksunluğun ölçüsünü) artırmasından ileri gelmektedir. *Karş.* Graffi, **a.g.m.**, s. 342. Fakat *Schroeter*, taraflarca malların teslim zamanına özel bir önem atfedilmemişse satıcının malları teslim borcunda gecikme süresi uzasa dahi alıcının ancak ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönebileceği görüşündedir; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 40.

<sup>54</sup> *İnc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 40; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 505; Graffi, **a.g.m.**, s. 341, 342. İçtihatlarda bu yönde bkz.: United States District Court for New Jersey, 04.04.2006, CISG-online no: 1216 (Sözleşmede malların tesliminin 10 - 20 Eylül tarihleri arasında yapılması kararlaştırılmış; fakat alıcı, bu malları 22 Eylül'de teslim hazırlığa getirmiştir. İki günlük gecikmenin öngörülen şekilde Eylül piyasasında satım yapmayı engellemeyeceğini dikkate alan Mahkeme, esaslı ihlalin oluşmadığına karar vermiştir.); Landgericht Oldenburg, 27.03.1996, CISG-online no: 188 (Sipariş edilen yazlık ürünlerin kararlaştırıldan bir gün geç teslim edilmesi esaslı ihlal kabul edilmemiştir.); Amtsgericht Ludwigsburg, 21.12.1990, CISG-online no: 17 (Olayda, kesin olarak şart koşulan vadenin iki gün aşılması esaslı ihlale yol açmamıştır. Mahkeme bu gecikmenin, malların değerinde bir kayba veya bunların faydasız hâle gelmesine sebep olmadığını belirtmiştir. Teslim edilen malların iki günlük bir gecikmeyle müşterilere sunulacak olması, alıcının menfaatleri üzerinde küçük bir etki olarak kabul edilmiştir.).

görülebilir<sup>55</sup> veya nispeten oldukça kısa bir gecikme esaslı ihlali haklı kılan sonuçlara yol açabilir<sup>56</sup>.

## b. Sözleşmede Incoterms'e Yer Verilmesinin Etkisi

Tarafların sözleşmelerinde Incoterms'e yer vermeleri hâlinde, bu durumun esaslı ihlal değerlendirmesi üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Örneğin, bir görüşe göre, sözleşmede CIF klotuna yer verilmesi, işlemin kesin vadeli olduğunu gösterir<sup>57</sup>. Yine diğer bazı yazarlar da CIF ve FOB terimleri ile ifa zamanının öneminin gösterilebileceği fikrindedir<sup>58</sup>. *Leisinger* ise CIF veya CFR terimlerinin kullanılması durumunda, karine olarak ifa tarihinin önemli olduğu; fakat satıcının bu karineyi çürütebileceği fikrindedir<sup>59</sup>. Buna karşın *Magnus*, CIF veya FOB gibi terimlerin, basit bir gecikmeyi kendiliğinden esaslı ihlal hâline getiremeyeceğini belirtmektedir<sup>60</sup>. Yine bazı yazarlar, vaktinde ifanın öneminin, örneğin CIF klotuna yer verilerek gösterilebileceğine şüphe ile yaklaşmaktadırlar<sup>61</sup>.

---

<sup>55</sup> Örneğin, Turku Court of Appeal tarafından görülen 18.02.1997 tarihli davada, altı haftalık bir gecikme esaslı ihlal sebebi olarak kabul edilmemiştir. Sözleşme konusu malların kalitesi ve alıcının günlük ürünlerin toptan satım işi ile uğraştığı dikkate alındığında, yalnızca gecikme süresinin belirleyici olamayacağı Mahkeme tarafından vurgulanmış ve alıcının, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaatten kendisini önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluğa uğradığını gösteremediği belirtilmiştir. Bkz.: Turku Court of Appeal, 18.02.1997, CISG-online no: 1297.

<sup>56</sup> Satıcının iki günlük bir gecikmesi, alıcının kendi müşterisine karşı olan borcunu ifa etmesini engellemişse ihlal esaslı olabilecektir; *Bernstein/Lookofsky*, **a.g.e.**, s. 126.

<sup>57</sup> *DiMatteo/Dhooge/Greene/Maurer/Pagnattaro*, **a.g.e.**, s. 126 dn. 40. İçtihatlarda bu yönde bkz.: *Oberlandesgericht Hamburg*, 28.02.1997, CISG-online no: 261.

<sup>58</sup> *Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 30, 41; (*Huber/Mullis*, **a.g.e.**, s. 225, 226; *Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber)*, **a.g.e.**, Art. 49 N. 29. *Schroeter'e* göre CIF veya FOB gibi Incoterms'ün kullanılması, sözleşmeye belgeye dayalı bir işlem hüviyeti kazandırmakta ve böylece uluslararası ticari teamül uyarınca (Tartışmalı olduğu takdirde ispatı aranmaktadır.) teslim zamanına özel bir anlam yüklenmektedir. Buna karşın yazara göre, sözleşmenin diğer şartlarından tarafların başka bir iradeye sahip olduğu anlaşılabilir. Buna göre, belirtilen terimlerin kullanılması hâlinde, tarafların gerçekte başka bir iradesi olduğunu iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gerekmektedir. Diğer Incoterms klotlarının kullanılması hâlinde ise ilgili terimin CISG m. 25 kapsamında ne anlam ifade ettiğinin ispatlanması gerektiği ifade edilmektedir; *Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 41.

<sup>59</sup> *Leisinger*, **a.g.e.**, s. 150.

<sup>60</sup> *Magnus*, **Avoidance of Contract**, s. 434.

<sup>61</sup> *Ferrari*, **Fundamental Breach**, s. 504, 505; *Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 35.



ICC International Court of Arbitration bünyesinde yürütülen tahkim yargılamasına konu bir olayda<sup>62</sup>, Incoterms 1990'da yer alan CFR klotuna atıf yapılmıştı. Alıcının iddiasına göre, sözleşmede CFR klotuna atıf yapılması; işlemin kesin vadeli olduğunu, sözleşmede kararlaştırılan sürenin esaslı bir öneme sahip olduğunu ve bu süreye uyulmaması hâlinde kendiliğinden esaslı ihlal oluştuğunu göstermekteydi. Buna karşın Tahkim Heyeti, bu yönde genel bir ilke tanınamayacağını ve CFR klotunun bu etkiyi doğurabilecek bir şart içermediğini belirtmiştir. CFR A4 şartının; malların, öngörülen tarihte veya periyotta yükleme limanında gemide teslim edilmesini düzenlediğine değinilmiş; fakat süreye uymanın esaslı bir öneme sahip olduğunun veya buna uymamanın alıcıya koşulsuz olarak sözleşmeden dönme hakkı verdiğinin belirtilmediğine vurgu yapılmıştır. Bununla beraber Tahkim Heyeti, CFR klotuna yer verilmesi hâlinde işlemin kesin vadeli sayılması gerektiğine ilişkin bir ticari teamülün bulunup bulunmadığı konusuna da değinmiş; fakat bu meselenin olayda açık bırakılabileceğine karar vermiştir. Zira tarafların bunun aksini kararlaştırabileceği belirtilmiş ve bu noktada satıcının teminat mektubu sağlama borcu dikkate alınmıştır. Buna göre, sözleşmede izin verilen son tarihten 15 gün gecikmesi hâlinde, bu teminatın ödenmesi öngörülmüştür. Bu durum, sözleşmede izin verilen son tarihin, buna uyulmaması hâlinde esaslı ihlal oluşturacak bir kesin vade olarak anlaşılmadığı şeklinde değerlendirilmiştir. Aksine Tahkim Heyeti bu hükmü, alıcının 15 güne kadar bir gecikmeyi tolere etmeye hazır olduğu şeklinde yorumlamıştır.

Ticari terimlerin yorumu bahsinde açıklandığı üzere, bu tür ticari terimlerin kullanılması CISG'in bütünüyle uygulama dışı kalmasına yol açmamakta, ilgili ticari terimin düzenlediği konulara ilişkin CISG hükümleri değışmekte veya tamamlanmaktadır<sup>63</sup>. Dolayısıyla esaslı ihlal değışlendirmesinin CISG m. 25 hükmünde öngörülen kıstasların dışına çıkılarak yapılması yönünde bir zorunluluk yoktur. Bu çerçevede, şu şekilde bir tablo ortaya konması *kanımızca* mümkündür:

---

<sup>62</sup> ICC International Court of Arbitration, 01.03.1995, CISG-online no: 844.

<sup>63</sup> Bkz.: yuk. I. E. 4. c.

Tarafların sözleşmelerinde yer verdikleri ticari terimin nasıl anlamlandırılacağı, sözleşmenin yorumuyla ilgili bir mesele olduğundan, öncelikle sözleşmenin diğer hükümleri ve bu akdi ilişkiyi çevreleyen koşullar kapsamında, ilgili terime nasıl bir etki kazandırılmak istendiği araştırılmalıdır. Bu bakımdan, tarafların somut tanımlamaları veya aralarında yerleşmiş olan alışkanlığa bağlı uygulamaları öncelik kazanmalıdır. Yine bu terimlerin yorumuna ilişkin açıklamalarda, hangi kaynağa atıfta bulunulduğu belirtilmeksizin belirli bir ticari terimin kullanıldığı işlemlerde, Incoterms'deki tanımların etki kazanacağına olası olduğu da izah edilmiştir<sup>64</sup>. Incoterms 2010 tanımlarında yer verilen ticari terimler A4 klotlarında, malları teslim borcunun ifa edileceği zaman bakımından; satıcının kararlaştırılan tarihte veya kararlaştırılan periyot içerisinde bu borcu ifa etmesinin gerektiğini düzenlemektedir ("*on the agreed date or within the agreed period*")<sup>65</sup>. Tartışmanın yoğunlaştığı CIF<sup>66</sup>, CFR<sup>67</sup> ve FOB<sup>68</sup> klotları bakımından da durum farklı değildir. *Kanımızca*, yalnız bu tanımlamaya dayanılarak malları teslim borcunun ifası için kararlaştırılan vadeye esaslı bir önem atfedildiğini savunmak güçtür. Özellikle sözleşmede bu sonucun aksini gösteren başka bir düzenlemenin bulunması hâlinde, ifa tarihinin alıcı için esaslı öneme sahip olduğunu iddia etmek mümkün olmayacaktır. Nitekim bu tip ticari terimlerin, yalnız ifa yerini veya hasarın intikalini düzenlemek için de kullanılabildiği ifade edilmektedir<sup>69</sup>. Dolayısıyla, bu terimlerin kullanılmasındaki amacın, sözleşmenin yorumuyla dikkatli bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Bununla beraber, örneğin CIF ve FOB terimlerine, ifa tarihinin genellikle önem arz ettiği emtia satımlarında yer verildiği tespit edilmektedir<sup>70</sup>. Şu hâlde, işlemin bütünü dikkate alındığında, ilgili terime verilmesi gereken anlamının, bu işlemin özelliklerine göre şekillenmesi mümkündür. Başka bir ifade ile; akdi ilişkiyi çevreleyen diğer koşullar da dikkate alındığında sözleşme yorumunun, ifa tarihinin önemine işaret etmesi mümkündür. Özellikle, ilgili ticari

---

<sup>64</sup> Bkz.: yuk. I. E. 4. c.

<sup>65</sup> Bkz.: International Chamber of Commerce, **Incoterms 2010: ICC rules for the use of domestic and international trade terms**, ICC Publication No. 715E, Paris, 2010, s. 16 vd.

<sup>66</sup> Ayrıca bkz.: Erdem, **a.g.e.**, s. 84.

<sup>67</sup> Ayrıca bkz.: Aslihan Sevinç Kuyucu, **INCOTERMS: Uluslararası Ticari Terimler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011, s. 115.

<sup>68</sup> Ayrıca bkz.: Kuyucu, **a.g.e.**, s. 96.

<sup>69</sup> Leisinger, **a.g.e.**, s. 149.

<sup>70</sup> Bu konuda bkz.: aş. III. B. 6. b.

branşta ve sözleşme tipinde kabul edilen teamüller, ifa tarihinin önemini vurgulayabilir. Şu durumda, akdi ilişkiden fazlası anlaşılmadıkça, yalnız ticari terimlerin kullanılmış olması sebebiyle ifa tarihinin sözleşmenin önemli bir koşulu hâline getirildiğini ifade etmek mümkün görünmemektedir<sup>71</sup>. Fakat bu önemin, ilgili ticari terimin kullanıldığı sözleşmeyi çevreleyen diğer koşullardan anlaşılması mümkün olabilir. Son tahlilde, ifa tarihine riayet edilmemesi sebebiyle ortaya çıkan gerçek olumsuzluk belirleyici olacağından, bu olumsuzluğun öngörülebilirliği de olayın koşullarından anlaşılabilirdiği müddetçe, bu tip ticari terimlere verilecek anlam esaslı ihlal değerlendirmesinde nihai bir etkiye sahip değildir. Ne var ki ifa tarihinin önemi akdi ilişkiden anlaşıldığında, bu tarihe riayet edilmemesi sebebiyle ortaya çıkan olumsuzluğun önemli ve öngörülebilir olduğunu ortaya koymak kolaylaşacaktır.

### 3. Malların Erken Teslimi

Malları teslim borcunun zaman bakımından sözleşmeye uygun ifa edilmemesi, satıcının sözleşmede kararlaştırılandan daha önce malları teslim etmesi şeklinde de görülebilir. Alıcı, vadeden önce teklif edilen ifayı kabul etmişse bu durum yine de bir sözleşme ihlali oluşturur<sup>72</sup>. Fakat CISG m. 52/I hükmü uyarınca alıcı, vadeden önce teklif edilen ifayı reddedebilecektir. Bu sonuç, malların erken teslimine bağlanan nihai sonuç olarak belirtilmekte ve alıcının, CISG m. 49/I.a kapsamında sözleşmeden dönme hakkı olamayacağı ifade edilmektedir<sup>73</sup>. Aslında sözleşmeye aykırılığın bu görünüm şeklinin, CISG m. 25 hükmü kapsamında esaslı ihlal oluşturabileceğini söylemek de güçtür<sup>74</sup>. Keza alıcının vadeden önce teklif edilen ifayı reddetme hakkının bulunması, esaslı ihlale dayanma ihtiyacını da bir

<sup>71</sup> Aynı yönde bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 149.

<sup>72</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 164, 345 dn. 340; Zeytin, **a.g.e.**, s. 187. Keza alıcının vadeden önce teklif edilen ifayı kabul etmesinin, kendiliğinden vadenin öne alınması şeklinde bir sözleşme değişikliği anlamına gelmeyeceği hususunda bkz.: Schlechtriem/Schwenger/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 52 N. 5; Atamer, **a.g.e.**, s. 345 dn. 340; Zeytin, **a.g.e.**, s. 187.

<sup>73</sup> Schlechtriem/Schwenger/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 52 N. 3 ve orada dn. 12.

<sup>74</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Bach), **a.g.e.**, Art. 52 N. 17; Bernstein/Lookofsky, **a.g.e.**, s. 127.

ölçüde ortadan kaldırmaktadır<sup>75</sup>. Fakat alıcının ifayı reddetmesine rağmen satıcı, ancak vadeden önce malları teslim edebileceğini belirtiyorsa bu takdirde alıcı, CISG m. 72 hükmüne başvurmak suretiyle kendisini koruyabilecek ve sözleşmenin esaslı surette ihlal edileceğinin aşikâr olduğunu göstererek sözleşmeden dönebilecektir<sup>76</sup>. Alıcının vadeden önce kabul ettiği mallarda başka bir sözleşmeye aykırılık çıkması durumunda ise öncelikle, CISG m. 37 hükmü uyarınca satıcının bu sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı bulunmaktadır<sup>77</sup>.

#### **4. Teslim Edilen Malların Sözleşmeye Aykırı Olması**

##### **a. Genel Açıklamalar**

Satıcı, sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi hâlinde, malları teslim borcunu ifa etmesine rağmen, sözleşmeye uygun mal teslim etme borcunu ihlal etmektedir. Böyle bir durumda, alıcı ek süre tanımak suretiyle sözleşmeden dönebilecek olsa da satıcı, sözleşmeye aykırı mal teslim etmesinden dolayı sorumludur. CISG m. 35/I hükmüne göre satıcı sözleşme konusu malları; miktar, kalite, tür ve paketleme taahhütleri bakımından sözleşmeye uygun teslim etmekle yükümlüdür<sup>78</sup>. Teslim edilecek olan malların sözleşmeye uygunluğu, tabii olarak öncelikle taraflar arasındaki anlaşmaya bakılarak değerlendirilecektir. Bununla beraber, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, teslim edilecek olan malların hangi özellikleri taşıması hâlinde sözleşmeye uygun sayılacağı CISG m. 35/II hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre teslim edilen malların; öncelikle aynı türden malların mutad olarak tahsis edildikleri kullanım amacına uygun olması, bu kullanım amacını aşan özel bir kullanım amacı sözleşmenin kurulması sırasında satıcıya bildirilmişse ayrıca buna uygun olması,

---

<sup>75</sup> Alıcının vadeden önce teklif edilen ifayı kabul etmesinin ardından, sırf kararlaştırılan ifa zamanına uyulmadığı gerekçesiyle yükümlülüklerinden kurtulması tutarsız bir sonuç olurdu. Nitekim bkz.: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 25.04.1995, CISG-online no: 206.

<sup>76</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 52 N. 3.

<sup>77</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 164. Bu ihtimalin incelemesi için bkz.: yuk. II. A. 2. b.

<sup>78</sup> CISG m. 35/I: "*Satıcı, miktarı, kalitesi ve türü sözleşmede öngörülen malları, sözleşmede belirtilen paket veya muhafaza içinde teslim etmek zorundadır.*"

alıcıya sunulan numune veya model var ise bunların kalitesine sahip olması ve son olarak mutata bir paketleme şekli var ise buna uygun olarak yoksa malların muhafazası için münasip bir şekilde paketlenmiş olması gerekmektedir<sup>79</sup>. Malların sözleşmeye aykırı olup olmadığına, hasarın geçişi anındaki duruma göre karar verilir. Şu kadar ki satıcı, hasarın geçişi anında mevcut olmakla birlikte daha sonra belirgin hâle gelen gizli ayıplardan da sorumludur<sup>80</sup>. Sözleşmeye uygun mal teslim edilmemesi hâlinde alıcının başvurabileceği hukukî imkânlar, kural olarak, ihbar ve muayene külfetine tabi tutulmuştur. Alıcının, koşulların el verdiği en kısa süre içerisinde malların muayenesini gerçekleştirmesi<sup>81</sup> ve saptadığı sözleşmeye aykırılığı makul bir süre içerisinde satıcıya bildirmesi gerekmektedir<sup>82</sup>. Ayrıca sözleşme ile başka bir garanti süresi kararlaştırılmış olmadıkça alıcı, her hâlde malların fiilen kendisine verilmesinden itibaren iki yıl içerisinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmelidir<sup>83</sup>. Şu kadar ki satıcı, sözleşmeye aykırılığı biliyorsa veya bilmemesi

---

<sup>79</sup> CISG m. 35/II: "Taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, mallar ancak aşağıdaki hallerde sözleşmeye uygun sayılırlar: (a) aynı türden malların mutata olarak tahsis edildiği kullanım amacına uygun iseler; (b) sözleşmenin kurulması esnasında açıkça veya zımnen satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun iseler; meğerki koşullardan, alıcının, satıcının bilgisine ve değerlendirmesine güvenmediği veya güvenmesinin makul olmadığı anlaşılın; (c) satıcının alıcıya örnek veya model olarak sunduğu malların kalitesine sahip iseler; (d) ilgili türden mallar için mutata sayılan şekilde veya böyle mutata bir şeklin var olmadığı hallerde, malın muhafazası ve korunmasına uygun olan şekilde paketlenmiş iseler." Fakat sözleşmeye aykırılığı alıcı biliyorsa veya bilmemesi mümkün değilse satıcı sorumlu değildir; CISG m. 35/III: "Alıcının sözleşmenin kurulması anında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı sözleşmeye aykırılıklardan satıcı, fıkra 2'nin (a) ilâ (d) bendleri çerçevesinde sorumlu değildir."

<sup>80</sup> CISG m. 36/I: "Satıcı, hasarın alıcıya geçtiği anda mevcut olan sözleşmeye aykırılıktan, sözleşmeye aykırılık bu andan sonra belirgin hale gelmiş olsa dahi, sözleşme ve bu Antlaşma uyarınca sorumludur."

<sup>81</sup> CISG m. 38/I: "Alıcı, malları, koşulların izin verdiği ölçüde kısa bir süre içerisinde muayene etmek veya ettirmek zorundadır."

<sup>82</sup> CISG m. 39/I: "Alıcı, bir sözleşmeye aykırılık saptadığı veya saptaması gerektiği tarihten itibaren makul bir süre içinde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı türünü de belirterek bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder." Fakat alıcı, makul bir özre dayanarak bu külfeti yerine getirememişse semenin tenzilini isteme ve yoksun kalınan kâr dışındaki zararlarının tazminini talep etme haklarını kullanabilmektedir; CISG m. 44: "Alıcının, gerekli bildirim yapmama konusunda makul bir özrü varsa, 39. maddenin 1. fıkrası ile 43. maddenin 1. fıkrası hükümlerine bakılmaksızın 50. madde uyarınca semende indirim yapması veya yoksun kalınan kâr dışındaki zararının tazminini talep etmesi mümkündür."

<sup>83</sup> CISG m. 39/II: "Her halde, alıcı, malların fiilen kendisine verildiği tarihten itibaren en geç iki yıllık bir süre içinde sözleşmeye aykırılığı satıcıya bildirmezse, bu sözleşmeye aykırılığa dayanma hakkını kaybeder; meğerki, bu süre sözleşmesel bir garanti süresiyle bağdaşmıyor olsun."

mümkün değilse muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmemesine dayanamamaktadır<sup>84</sup>.

Sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesindeki durum da esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından temelli ifa etmeme hâlinde farklıdır. Satım konusu malların sözleşme ile taahhüt edilen niteliklere uygun olmaması, şüphesiz bir sözleşme ihlali oluşturmakla beraber, bu ihlalin esaslı olup olmadığı titizlikle araştırılmalıdır. Zira sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi, her zaman esaslı ihlal sonucu doğurmamaktadır. Sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi veya Türk Borçlar Hukuku sistemi için daha aşına olunan söylemlerle teslim edilen malların ayıplı olması, aşağıda ele alınacağı üzere, esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından zorluk yaratan birçok farklı duruma sebebiyet verebilmektedir. Öyle ki sözleşme ihlalinin bu görünüm şekli, esaslı ihlal doktrininin en zor alanı olarak dahi gösterilebilmiştir<sup>85</sup>.

Bir görüşe göre, teslim edilecek malların münhasıran belirli özelliklerde olmasına taraflarca özel önem atfedilmişse bu yükümlülüğün ihlali, her zaman esaslı ihlal anlamına gelir<sup>86</sup>. Burada da belirtmek isteriz ki sözleşme konusu malların özellikle belirli nitelikleri taşıması hususunda sözleşmede açık bir düzenlemeye yer verilmesi veya bu durumun sözleşme ilişkisini çevreleyen diğer koşullardan anlaşılması, genellikle söz konusu yükümlülüğün belirlenen şekilde ifa edilmesi noktasında alıcının özel bir menfaati olduğu anlamına gelecek ve bu yükümlülüğün ihlal edilmesi de alıcının sözleşme uyarınca beklediği bu menfaatten yoksun kalması sonucuna yol açacaktır. Olayların bu şekilde önceden tasavvur edilebildiği gibi gelişmesi durumunda, CISG m. 25 uyarınca esaslı ihlalin gündeme geleceğinde şüphe yoktur. Buna karşın, kendisine özel bir önem atfedilmiş olan sözleşme hükmü ihlal edilmiş olmasına rağmen, CISG m. 25 hükmünün aradığı anlam ve derecede "gerçek" bir olumsuzluk oluşmamış ise sırf sözleşme hükümlerine bakarak esaslı ihlalin oluştuğuna karar veremeyiz. Bununla beraber, esaslı ihlalin gündeme

---

<sup>84</sup> CISG m. 40: "*Sözleşmeye aykırılık, satıcının bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı ve alıcıya açıklamadığı olgulara dayanıyorsa, satıcı 38 ve 39. madde hükümlerine dayanamaz.*"

<sup>85</sup> (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 227.

<sup>86</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 44; Singh/Leisinger, **a.g.m.**, s. 167. Benzer yönde bkz.: Yelkenci, **a.g.m.**, s. 1353.

gelebilmesi için sözleşme konusu malların niteliklerinin tespit edildiği hükme mutlaka özel bir anlam yüklenilmiş olması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Zira sözleşme uyarınca belirlenmiş herhangi bir yükümlülüğün ihlal edilmesi bir "sözleşme ihlali" meydana getireceğinden, CISG m. 25 hükmünün diğer kıstaslarının da fiili olarak sağlanmasıyla sözleşmenin esaslı ihlalinin oluşması mümkündür.

Satıcı tarafından teslim edilen malların, sözleşme uyarınca teslim edilmesi gereken mallarla kıyaslanması, yani fiilen teslim edilen malların teslim edilmesi gereken mallardan ne kadar farklılık arz ettiği, esaslı ihlal değerlendirmesinin sonucuna etki eden faktörlerden biri olabilir<sup>87</sup>. Fakat belirtmek gerekir ki bu değerlendirmede sözleşmeye aykırılığın derecesi değil, ihlalin sebep olduğu olumsuz sonuçların ağırlığı belirleyici olduğundan, fiilen teslim edilen malların teslim edilmesi gerekenlerden ne kadar farklılık arz ettiği dolaylı bir etkiye sahip olabilir. Zira teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığın derecesi büyüdükçe bu ihlalin sebep olduğu olumsuzluğun ağırlaşması muhtemeldir<sup>88</sup>. Teslim edilen mallardaki

---

<sup>87</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 46 N. 24; Bridge, **a.g.m.**, s. 926; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 228; Huber, **Structure of Remedies**, s. 26.

<sup>88</sup> Bu anlamda, uygulamada karşılaşılan uyuşmazlıklarda verilen kararlara göre, teslim edilen mallarda gözlenen hangi tür sözleşmeye aykırılıkların esaslı ihlali haklı kılan olumsuzluğa yol açtığına ortaya konması pratik bir yarara sahip olabilir. Fakat belirtmek gerekir ki esaslı ihlal değerlendirmesinin olay özelinden yürüyen yaklaşımı, benzer sözleşmeye aykırılıkların her durumda esaslı ihlale yol açabileceğini kabul etmeye engeldir. Örn. *inc.* Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900 (Teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığın oldukça ciddi olması durumunda CISG m. 25 hükmünde öngörülen koşulların sağlanabileceği belirtilmiştir. Mahkeme, sözleşme gereği teslim edilmesi gereken paketleme makinesinin, dakikada 180 şişe yerine 52 şişe performansı ile çalışmasını, bu durumun sebep olduğu %71 oranında üretim kaybını da dikkate alarak esaslı ihlal kabul etmiştir.); Regional Court Zilina, 25.10.2007, CISG-online no: 1761 (Tekrar satılmak üzere satın alınan kadın spor elbiselerinin sözleşmeye aykırı olduğu ve satılabilir özellikte olmadığı belirtilerek esaslı ihlale karar verilmiştir.); District Court Copenhagen, 19.10.2007, CISG-online no: 2150 (Bincilik yarışmalarında kullanılmak üzere satın alınan midillinin buna tamamen uygun olduğunun garanti edilmesine rağmen, kıkırdağındaki zarar sebebiyle topallaması esaslı ihlal kabul edilmiştir.); Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006, CISG-online no: 1377 (Mesleki amaçlı satın alınan arabada görüldüğü tespit edilen ayıpların bir kısmının esaslı ihlale sebebiyet veremeyecek kadar önemsiz olduğu vurgulanmış; fakat arabadaki diğer bir takım tekrarlayan ayıbın ise alıcının menfaatlerinde olumsuzluğa yol açtığı, aracı güvenilmez kıldığı ve bu sebeple esaslı ihlal oluşturabileceği belirtilmiştir.); Landgericht München, 29.11.2005, CISG-online no: 1567 (Teslim edilen biber parçalarının yapış yapış olduğu, üçte birinden fazlasının kırık olduğu ve alıcının müşterisince işleme imkânı bulunmadığı anlaşıldığından, teslim edilen malların kalitesi ile sözleşme gereği teslim edilmesi gereken malların kalitesi arasında esaslı bir farklılık bulunduğu Mahkemece belirtmiş ve esaslı ihlalinin oluştuğuna karar verilmiştir.); Tribunal Cantonal du Valais, 21.02.2005, CISG-online no: 1193 (Çalıştırılması beklenen makinenin tamamen paslı olması ve işlev göremez hâlde olması durumunda esaslı ihlal oluşacağı belirtilmiştir.); Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 21.12.2004, CISG-online no: 1187

ayıp, sağlık açısından tehlike yaratabilecek nitelikte ise mahkemelerin esaslı ihlale karar vermeye yöneldikleri ifade edilmektedir<sup>89</sup>.

---

(Teslim edilmesi gereken otomobilin 1988'den önce üretilmemiş olmasının sözleşmede özellikle öngörüldüğü belirtilmiş ve 1981 yılında üretilen bir aracın teslim edilmesi sebebiyle esaslı ihlal oluştuğuna karar verilmiştir. Fakat söz konusu sözleşme ihlalinin sebep olduğu olumsuzluk, kararda araştırılmamıştır.); Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 25.06.2004, CISG-online no: 1437 (Teslim edilen imalat setinin, tamamlanabilmesi için yarım yıl veya bir buçuk yıl ve ayrıca malların ilk fiyatı ile mukayese edilebilir büyük miktarda sermaye gerektirmesi ve sözleşmede öngörülen nitelikte ürünleri üretemeyeceğinin anlaşılması esaslı ihlal sebebi olarak görülmüştür.); Kantonsgericht Schaffhausen, 27.01.2004, CISG-online no: 960 (Teslim edilen el yapımı model vagonlarda birçok ayıp tespit edilmiş ve birlikteli bunların tekrar satılmaya elverişli olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, alıcının teslim edilen modellere ilişkin temel menfaatinden yoksun kaldığını belirterek esaslı ihlalin oluştuğuna karar vermiştir.); Gerechtshof 's - Gravenhage, 23.04.2003, CISG-online no: 903 (Satıcı tarafından teslim edilen beyaz una, potasyum bromat içermesi sebebiyle alıcının ülkesinde el konmuştur. Taraflar arasındaki sözleşme müzakerelerini inceleyen Mahkeme, satıcının uluslararası standartlara uygun beyaz un teslim etmekle yükümlü olduğu sonucuna varmış ve potasyum bromatın o tarihte, satıcının ülkesi olan Hollanda'da ve Avrupa Birliği'nde yasaklanmış olduğunu ve ayrıca Codex Alimentarius standartlarına da uygun olmadığını belirterek esaslı ihlalin oluştuğuna karar vermiştir.); Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online no: 709 (Esaslı ihlalin oluştuğu hususunda karar verilirken tekrar satımı amaçlanan elbiselerde meslekten olmayan kişiler için de aşikâr çok sayıda ayıp bulunduğu ve bunların pazarlanamaz nitelikte olduğu dikkate alınmıştır.); Tribunale di Busto Arsizio, 13.12.2001, CISG-online no: 1323 (Satım konusu geri dönüştürme makinesinin sözleşmede öngörülen kullanım amacına uygun olmaması ve garanti edilen verimlilik düzeyinde çalışmaması esaslı ihlal kabul edilmiştir.); Uygun olmaması ve garanti edilen verimlilik düzeyinde çalışmaması esaslı ihlal kabul edilmiştir.); Oberster Gerichtshof, 05.07.2001, CISG-online no: 652 (Tekrar satımı yapılan mikro işlemcilerin sahte olduğunun anlaşılması ve müşterilerden geri dönüşler alınması esaslı ihlal sebebi olarak görülmüştür.); ICC International Court of Arbitration, 01.06.1999, CISG-online no: 705 (Davacının talepleri sözleşmenin esaslı ihlalinin gerektirmediğinden bu hususta nihai bir karar ortaya konmamışsa da tekrar satılması amaçlanan kok kömürlerinin çok düşük kalitede olması ve bu sebeple alıcı için bir değer ifade etmemesi karşısında, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan şeyden önemli ölçüde yoksun kalındığının ortaya konduğu belirtilmiştir.); Cour de Cassation, 26.05.1999, CISG-online no: 487 (Esaslı ihlal temelinde sözleşmeden dönülebileceğine karar verilirken teslim edilen metal levhaların, sipariş edilenlerin belirlenmiş özelliklerine uygun olmadığı ve amaçlanan kullanım için kabul edilemez olduğu anlaşılmıştır.); Cour d'appel de Versailles, 29.01.1998, CISG-online no: 337 (Sözleşme konusu yüksek teknolojili makinelerin; verimlilik niteliği, kapasite katsayısı gibi özelliklerinin sözleşmeye aykırı olması ve alıcı tarafından beklenen kullanımın sağlanamaması esaslı ihlale sebep olmuştur.); Landgericht Landshut, 05.04.1995, CISG-online no: 193 (Esaslı ihlalin oluştuğuna karar verilirken tekrar satımı yapılan giysilerin yıkandıklarında bir veya iki beden daralmalarının göz ardı edilebilecek bir oran olmadığı ve alıcıdan bu giysileri satın alan sonraki kullanıcıların ya giysilerdeki ayıp sebebiyle şikayette bulunacakları ya da alıcıdan tekrar mal satın almayacakları belirtilmiştir.); CIETAC, 30.10.1991, CISG-online no: 842 (0.0125 inç kalınlığından olması gereken sözleşme konusu alimunyumun, 0.0118 inç olması sebebiyle alıcının nihai müşterisinin fabrikasında kullanılamaması esaslı ihlale sebebiyet vermiştir.). Ayrıca teslim edilmesi gereken malın yüksek fiyatı sebebiyle yüksek bir kaliteye sahip olması gerektiğinin anlaşılması, esaslı ihlal değerlendirmesine etki edebilir; *inc.* Oberlandesgericht Oldenburg, 01.02.1995, CISG-online no: 253. Landgericht München ise esaslı ihlal oluşmadığı yönünde hüküm kurarken teslim edilen konsolların kararlaştırılan aksine kendi eksenini etrafında dönmemesine rağmen, bu özelliğin satıcının konsollardan gösterim amaçlı yararlanması bakımından kilit bir rol üstlenmemesi gerekçesine de yer vermiştir. Bkz.: Landgericht München, 27.02.2002, CISG-online no: 654.

<sup>89</sup> Bridge, **a.g.m.**, s. 922. İçtihatlarda yönde bkz.: Appellationsgericht Basel-Stadt, 22.08.2003, CISG-online no: 943; Gerechtshof's Gravenhage, 23.04.2003, CISG-online no: 903; Zivilgericht Basel-Stadt, 01.03.2002, CISG-online no: 729.



Sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlal değerlendirmesinde ayrıca, teslim edilen malların içinde ayıplı olanların hangi oranda olduğu da önem arz edebilmektedir<sup>90</sup>. Buna karşın *kanımızca*, teslim edilen malların tamamına yakınının ayıplı olması gibi bir koşul bulunmamalıdır<sup>91</sup>. Alıcının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaat, teslim edilen malların ancak tamamının birden kullanılmasıyla elde edilebilecek olabilir. Örneğin, bir mobilya takımının çeşitli parçaları gibi, farklı nesnelere ancak bir bütün olarak menfaat sağlayabildiği durumlarda, bu parçalardan bazılarının sözleşmeye uygun teslim edilememesi esaslı ihlal sebebi olabilir<sup>92</sup>. Yine teslim edilen malların bir kısmında görülen sözleşmeye aykırılık kullanıcı açısından güvenlik tehlikesi oluşturduğunda, sözleşmeye aykırı malların güvenilir şekilde diğerlerinden ayırt edilememesi, sözleşmenin bütünü anlamında esaslı ihlale sebebiyet verebilir<sup>93</sup>. Diğer bir ilgi çekici örnek ise teslim alınan ayakkabıların yeniden satışı sonrasında müşterilerden gelen şikayetler

---

<sup>90</sup> Bkz.: Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 501 dn. 98; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 365; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 38; Graffi, **a.g.m.**, s. 343. İçtihatlarda bu yönde *inc.* Landgericht München, 29.11.2005, CISG-online no: 1567 (Kararda esaslı ihlalin oluştuğuna karar verilirken teslim edilen malların yapış yapış olmasının yanı sıra sıra üçte birinden fazlasını kırık olması nazara alınmıştır.); Cour d'appel de Paris, 04.06.2004, CISG-online no: 872 (Kararda esaslı ihlal oluştuğu yönünde hüküm kurulurken sözleşme konusu malların niteliği [düdük tencere] ve sağlaması gereken güvenlik özelliği gözetildiğinde ve teslim edilen malların üçte birinden azının ayıplı olduğunun satıcı tarafından teyit edilmesi karşısında, belirtilen rakamın önemli boyutta olduğu zikredilmiştir.); Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online no: 709 (Kararda, ilk kısmi teslimatta teslim edilen giysilerin tamamına yakınının, sözleşmeye aykırılık nedeniyle pazarlanamaz durumda olduğu göz önünde bulundurulmuştur); United States Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995, CISG-online no: 140 (Kararda konu olan uyumsuzlukta alıcı, ilk teslimatta gönderilen kompresörlerin %93'ünün satıcı tarafından sunulan örneğe ve performans özelliklerine uygun olmadığını alıcıya bildirmiştir. Mahkeme, teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığın esaslı ihlal oluşturduğuna karar vermiştir.); Landgericht Landshut, 05.04.1995, CISG-online no: 193 (Kararda, esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken teslim edilen tüm giysilerin yıkandıklarında daraldıkları göz önünde bulundurulmuştur.); ICC International Court of Arbitration, 01.01.1994, CISG-online no: 565 (Kararda, teslim edilen malların önemli bir kısmının sözleşmeye aykırı olması esaslı ihlal olarak kabul edilmiştir.). Oberlandesgericht Koblenz tarafından 18.05.1984 tarihinde verilen bir kararda, teslim edilmesi gereken miktarın %80'inin ayıplı olması karşısında, diğer ayakkabıların uygun tanıtım ve pazarlama yönünden alıcı açısından bir değer ifade etmediğinin belirtildiği ve esaslı ihlale karar verildiği aktarılmaktadır. Kararın aktarımı için bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 51 N. 11; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, 365 ve orada dn. 15; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Bach), **a.g.e.**, Art. 51 N. 44; Atamer, **a.g.e.**, s. 343.

<sup>91</sup> *Karş.* Graffi, **a.g.m.**, s. 343.

<sup>92</sup> Örnek için bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 51 N. 10. Yine Landgericht Baden-Baden tarafından görülen davada, sözleşme konusu döşeme seti taban döşemelerinden ve dekoratif amaçlı döşemelerden oluşmaktaydı. Taban döşemelerinin sözleşmeye aykırı olması sebebiyle Mahkeme, tüm döşeme seti bakımından sözleşmeden dönülebileceğine karar vermiştir. Zira taban döşemeleri olmaksızın dekoratif döşemelerin alıcının menfaatini sağlayamayacağı belirtilmiştir. Bkz.: Landgericht Baden-Baden, 14.08.1991, CISG-online no: 24.

<sup>93</sup> *Inc.* Cour d'appel de Paris, 04.06.2004, CISG-online no: 872.

karşısında, satımı henüz yapılmayan ayakkabıların da ihtiva edebileceği gizli ayıplar sebebiyle benzer şikayetlere konu olabilmesi endişesi ve bu durumun küçük çapta bir mağaza için sebep olabileceği itibar kaybı nedeniyle esaslı ihlalin oluştuğuna karar verilmesidir<sup>94</sup>. Benzer şekilde, teslim edilen konservelerin bir kısmının zehirli madde içerdiği anlaşılırsa tüm konserveleri açmadan sonraki müşterilere satım yapılamayacak olması ve konservelerin açılmasının da bunların satımını olanaksız kılması sebebiyle, sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlal kabul edilebilecektir<sup>95</sup>. Ayrıca belirtmek gerekir ki teslim edilen malların bir kısmı sözleşmeye aykırı ise sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlalin oluştuğunu kabul etmek için sözleşmeye uygun olarak teslim edilen kısmın alıcı için hiçbir değer ifade etmiyor olması şart değildir<sup>96</sup>. Yine CISG m. 25 kapsamında sözleşmeden beklenen menfaatten önemli ölçüde yoksun kalma şartı aranacaktır.

Bununla beraber, yukarıda izah edildiği üzere<sup>97</sup>, sözleşmeye aykırı teslim edilen mallar sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlal oluşturmamakla beraber, sözleşmeye aykırı teslim edilen ilgili kısma ilişkin esaslı ihlalin oluştuğu kabul edilebiliyorsa CISG m. 51/I kapsamında esaslı ihlale bağlanan haklar ilgili bu kısım bakımından kullanılabilir. Örneğin, yukarıda belirtilen özel durumlar gibi sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlali haklı kılan bir durum mevcut olmadıkça, teslim edilen 100 çuval ürünün bir kısmı ayıplı ise bu ayıp, sözleşmeye aykırı kısım açısından esaslı ihlal teşkil edebilir. Bu durumda ilgili kısım için ikame mal teslimi istenebileceği gibi, bu kısım sınırlı olarak sözleşmeden dönme de mümkün olacaktır. Sözleşmeye aykırı teslim edilen kısım, sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlal oluşturduğunda ise alıcı, CISG m. 51/II kapsamında sözleşmenin bütününden dönebilmektedir. Belirtmek gerekir ki sözleşme gereği teslim edilmesi gereken malların içinde ayıplı teslim edilen oran büyüdükçe sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlalin ortaya çıkma olasılığı artacaktır.

---

<sup>94</sup> Oberlandesgericht Koblenz, 21.11.2007, CISG-online no: 1733.

<sup>95</sup> Örnek için bkz.: Kröll/Mistel/Viscasillas/(Bach), **a.g.e.**, Art. 51 N. 47.

<sup>96</sup> Karş. Kröll/Mistel/Viscasillas/(Bach), **a.g.e.**, Art. 51 N. 42.

<sup>97</sup> Bkz.: yuk. II. B.

Teslim edilen malların alıcı tarafından satıcıya bildirilen özel kullanım amacına uygun olmaması (CISG m. 35/II.b) veya satıcı tarafından alıcıya sunulan örnek veya modelden farklılık arz etmesi (CISG m. 35/II.c), çoğunlukla esaslı ihlal olarak değerlendirilebilecek olayların gelişmesine sebebiyet verebilecektir<sup>98</sup>. Bu gibi durumlarda, alıcının sözleşmeye uygun malın teslimine bağlı olarak ulaşmayı beklediği menfaat kolaylıkla tespit edilebilecek ve olayların olağan gelişiminde, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi sebebiyle alıcı, beklemekte haklı olduğu bu menfaatten CISG m. 25 hükmünün aradığı derecede yoksun kaldığını ortaya koyabilecektir. Zira alıcının kendi ihtiyacı doğrultusunda özellikle belirli niteliklerde mal sipariş etmesine rağmen, teslim edilen sözleşmeye aykırı mallar ile esaslı ihlalin oluşumunu engelleyecek ölçüde menfaatini gerçekleştirebilmesi, istisnai durumlarda - örneğin, sözleşmeye uygun performans gösteren bir cihazın şeklen kusurlu olması gibi alıcının özel kullanım amacını etkilemeyen sözleşmeye aykırılıklarda - söz konusu olabilir. Fakat görüldüğü üzere, sözleşmeye aykırılığın bu görünüm şeklinde

---

<sup>98</sup> Bkz.: ve gerekçe yönünden *karş.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 46. Örneğin, United States Court of Appeals for the Second Circuit tarafından verilen 06.12.1995 tarihli karara konu uyuşmazlıkta alıcı, kendi klimalarında kullanılmak üzere kompresör alımı konusunda satıcı ile anlaşmıştır. Satıcı, performans özelliklerini belirten bir belge ile birlikte satım konusu kompresörlerin örneğini alıcıya göndermiştir. Teslim edilen kompresörlerin daha önce gönderilen örneğe ve performans niteliklerine göre daha az soğutma kapasitesine sahip olması ve daha çok enerji tüketmesi karşısında Mahkeme, bu özelliklerin bir klima kompresörünün değerini belirlemede önemli göstergeler olduğunu ifade ederek esaslı ihlalin oluştuğuna karar vermiştir. Bkz.: United States Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995, CISG-online no: 140. Landgericht Heilbronn ise sözleşme konusu makinenin, üç taraflı kaplama tekniğinin aşılacak büyük boyutlu tahta malzemelerin dört taraflı kaplanması amacıyla geliştirildiğini ve piyasada zaten üç boyutlu kaplama yapabilen makinelerin bulunduğunu belirtmiş ve teslim edilen makinenin sözleşmede kararlaştırılan aksine bir defada dört taraflı kaplama yapamaması sebebiyle alıcının sözleşmeden dönebileceğini belirtmiştir. Bkz.: Landgericht Heilbronn, 15.09.1997, CISG-online no: 562. Benzer şekilde Tribunale di Busto Arsizio tarafından verilen 13.12.2001 tarihli kararda, teslim edilen makinenin sözleşmenin kurulması sırasında satıcıya bildirilen özel kullanım amacına uygun olmadığı ve gerekli verimlilik düzeyine ulaşamadığı gerekçesiyle esaslı ihlalin oluştuğuna karar verilmiştir. Olayda alıcı, sözleşme konusu makinede işlemeyi tasarladığı maddenin örneklerini satıcıya göndermiş ve satıcı, makinenin amaca uygun kullanılabilirliğini garanti etmiştir. Bkz.: Tribunale di Busto Arsizio, 13.12.2001, CISG-online no: 1323. Ayrıca bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994, CISG-online no: 115 (CISG m. 35/II.b hükmüne de atıfta bulunularak alıcıya teslim edilen kumaşların bir kısmının kararlaştırıldan farklı renkte olması gerekçesiyle teslim edilen tüm malların öngörülen kullanım amacına uygun olmadığı iddiasının doğrulanmadığı belirtilmiştir. Kararda, desenli kumaşların ve düz kumaşların ancak bir arada kullanılabilirliğinin sözleşmenin kurulduğu sırada satıcı tarafı bildirilmediği, alıcının diğer üreticilerin kumaşlarıyla gerekli kombinasyonu sağlama imkânının dışlanmadığı ifade edilmiştir.). *Karş.* Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 18.01.1994, CISG-online no: 123 (Kararda, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi hâlinde alıcının, büyük ölçüde bu malları kabul edip tazminat veya semenin tenzili yollarına başvurmasının gerektiği; ayrıca, teslim edilen malların alıcı için kullanım imkânı var ise esaslı ihlalin oluşmadığı belirtilmiş ve teslim edilen malların CISG m. 35/II.c kapsamında sunulan örnek veya modelden farklılık arz etmesi hâlinde de aynı değerlendirmelerin yapılması gerektiği ifade edilmiştir.).

dahi sonuç odaklı esaslı ihlal değerlendirmesinin, olay öncesi öngörülenden farklı netice vermesi ihtimal dâhilindedir.

Doktrinde, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi hâlinde, alıcının semenin tenzili veya tazminat yolları ile yeterince tatmin edilip edilemeyeceği özellikle dikkate alınabilmektedir<sup>99</sup>. Bu yaklaşımın, CISG sisteminde sözleşmenin tercihen ayakta tutulmaya çalışılması<sup>100</sup> ve sözleşmeden dönmeye son çare olarak başvurulması<sup>101</sup> anlayışıyla paralel olduğu düşünülmektedir. *Kanımızca* belirleyici olan husus, teslim edilmiş olan malların, alıcının meşru menfaatlerine ne derece hizmet ettiği. Alıcı, kendisine teslim edilen mallardan istifade etmesi sayesinde, meşru menfaatlerinden önemli ölçüde yoksun kalmayacak ise esaslı ihlal iddiasında bulunamayacaktır.

## b. Alıcının Mallardan Makul Şekilde Yararlanma Olanğı

Sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi durumunda, sözleşmede öngörülen amaca tam olarak uygun olmasa da teslim edilen malların alıcı tarafından kullanılabilmesi, esaslı ihlalin oluşumuna mâni olarak görülebilmektedir<sup>102</sup>. Keza

---

<sup>99</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 46 N. 24; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 501; **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.1; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 41; Yelkenci, **a.g.m.**, s. 1353. İçtihatlarda bu yönde *inc.* Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900 (Kararda esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen paketleme makinesi nedeniyle satıcının üretim kaybının, makinenin satım fiyatını dahi aştığı dikkate alınarak somut olayda semenin tenzilin nazara alınamayacağı da vurgulanmıştır.); Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-online no: 1729; Kantonsgericht Zug, 30.08.2007, CISG-online no: 1722; Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online no: 709; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135.

<sup>100</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 501, 502; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 41 dn. 58. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413.

<sup>101</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 501, 502; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 41 dn. 58. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-online no: 1729.

<sup>102</sup> *Inc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 51; Koch, **Fundamental Breach**, s. 346; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 503; Ferrari/Flechner/Brand/(Gabriel), **a.g.e.**, s. 338, (Garro), s. 365; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 230, 231; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 100; Singh/Leisinger, **a.g.m.**, s. 169. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900 (Kararda, sözleşmeye aykırı malların temelde işe yaramaz veya pazarlanamaz olmasının özellikle esaslı ihlale sebebiyet verebileceği belirtilmiştir.); Oberlandesgericht Hamburg, 25.01.2008, CISG-online no: 1681 (Kararda, sözleşme ihlalinin esaslı olabilmesi için teslim edilen ayıplı malların, alıcı için temelde işe yaramaz olması gerektiği ifade edilmiş ve ayıplı malların, sınırlı da olsa, kullanım imkânı mevcut ise genellikle esaslı ihlalin oluşmayacağı belirtilmiştir. Mahkeme ayrıca bu yaklaşımı, satıcının sözleşme

alıcının düşük fiyattan da olsa malları satma olanağı var ise sözleşme ihlalinin esaslı olmadığı kabul edilmektedir<sup>103</sup>. Benzer şekilde, sözleşme konusu mallar üretimde kullanılacaksa sözleşmeye aykırılık sebebiyle teslim edilen malların ancak başka ürünlerin üretimi için kullanılması mümkün olsa dahi esaslı ihlalin oluşmayacağı kabul edilebilmektedir<sup>104</sup>. Bu gibi durumlarda, semenin tenzili ve tazminat

---

konusu malları kullanıma hazır şekilde kurma borcu bakımından da uygulamış ve kurulumu alıcı tarafından yapılmak zorunda kalsa bile teslim edilen malların birkaç ay kullanılabilmesini, kullanım amacına uygun olduğunu göstermesi gerekçesiyle esaslı ihlal oluşmadığına delalet olarak göstermiştir.); Kantonsgericht Zug, 30.08.2007, CISG-online no: 1722; Oberlandesgericht Linz, 23.01.2006, CISG-online no: 1377 (Alıcının mesleği gereği aracın kullanımına bağlılığı, uzunca bir süredir giderilmeyen söz konusu ayıpların aracın güvenliğini tehlikeye sokması ve bu sebeple de aracın ileride kullanımının veya tekrar satımının mümkün görülmemesi esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınan hususlar olmuştur.); Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online no: 709; Landgericht München, 27.02.2002, CISG-online no: 654 (Kararda, ayıplı malların alıcı tarafından kullanımı mümkün ise esaslı ihlalin oluşmayacağı belirtilmiştir.); Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-online no: 841; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135; Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 18.01.1994, CISG-online no: 123 (Kararda ayrıca, alıcının büyük ölçüde sözleşmeye aykırı malları kabul edip tazminat veya semenin indirilmesi yollarına başvurmasının gerektiği de ifade edilmektedir.). Teslim edilen malların kullanım olanağının bulunup bulunmadığı değerlendirmesi, alıcıdan malları satın alan sonraki kullanıcılara kadar genişletilebilmektedir; bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 23.01.2004, CISG-online no: 918 (Kararda, esaslı ihlalin oluşabilmesi, alıcı için veya alıcının nihai müşterisi için teslim edilen malların hiçbir kullanımının mevcut olmamasına bağlanmıştır.); Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-online no: 841; Handelsgericht Zurich, 30.11.1998, CISG-online no: 415. *Huber*, teslim edilen sözleşmeye aykırı malların alıcı tarafından makul yollar ile kullanılma imkânı var ise esaslı ihlalin oluşmayacağı yaklaşımını, CISG sisteminde sözleşmeden dönme imkânının sınırlanması prensibi ile uyumlu bulmaktadır; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 230, 231.

<sup>103</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 46, 52; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 503; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 100. Ayrıca bkz.: Ferrari/Flechtner/Brand/(Gabriel), **a.g.e.**, s. 338, (Garro), s. 365; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 37; Singh/Leisinger, **a.g.m.**, s. 169. Bu husus birçok içtihatla da yansımıştır. Örn. bkz.: Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online no: 709; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413 (teslim edilen etlerin fazla yağlı ve nemli olması sebebiyle %25.5 oranında değer kaybına uğramasına rağmen, alıcının kendi iş sahasında daha düşük fiyattan bu etleri satabileceği ve esaslı ihlalin oluşmadığı yönünde); Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135 (teslim edilen malların İngiliz menşeli olması gerekirken Güney Afrika menşeli olmasına rağmen, - diğer gerekçelerin yanı sıra - alıcının bu malları Güney Afrika'ya ambargo uygulayan ülkelere satılma olanağı ve esaslı ihlalin oluşmadığı yönünde). Ayrıca *inc.* Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-online no: 841.

<sup>104</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 52. Ayrıca bkz.: ve *karş.* (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 231; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 41. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Kantonsgericht Zug, 30.08.2007, CISG-online no: 1722 (Kararda, sözleşmeye aykırı şekilde ses ayarı yapılabilme özelliği taşımayan modüllerin teslim edildiği iddiası karşısında, alıcının bu modülleri ilgili özelliği taşımayan daha düşük fiyatlı cihazlarda kullanabilmiş olması, esaslı ihlal oluşmadığına delalet olarak gösterilmiştir.); Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-online no: 841 (Kararda, teslim edilen elma suyu konsantresinin sözleşmeye aykırı olarak şeker içermesi sebebiyle elma suyu üretiminde kullanılmaması; fakat diğer formlarda meyve suyu üretiminde kullanılabilmesi, esaslı ihlalin oluşumuna engel bir durum olarak görülmüştür.); ICC International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-online no: 834 (Teslim edilen mallardaki ayıbın ve eksiklerin, bu mallardan yararlanmayı tamamen uygunsuz hâle getirdiğinin alıcı tarafından ortaya konmadığı belirtilmiştir.).

olanaklarıyla alıcının menfaatlerinin korunabileceği düşünülmektedir<sup>105</sup>. Bu kapsamda, alıcının ayıplı mallardan yararlanmasının; olağan iş koşulları çerçevesinde gerçekleşebilmesi, aşırı çaba gerektirmemesi de önem kazanmaktadır<sup>106</sup>. Alıcının malları satabilmesi için makul olmayan kaynaklar aramak zorunda olması, alışılmış pazar çevresinin dışına çıkmak zorunda kalması, satıcıdan tazmin edemeyeceği kadar çok harcama yapmak zorunda olması veya sözleşmeye aykırı malların satılmaya çalışılmasının alıcının ticari itibarını zedelemesi gibi durumlarda, alıcının mallardan başka şekilde istifade etmesinin, makul olmayan bir çaba sebebiyle beklenemeyeceği ifade edilmektedir<sup>107</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen 18.05.2009 tarihli kararda<sup>108</sup>, alıcının da mesleki anlamda satıcı mı yoksa üretici mi veya malların son kullanıcısı mı olduğuna önem verilmesi gerektiği belirtilmiştir. Mahkeme, teslim edilen düşük kalitede malların, üretici veya son kullanıcı sıfatıyla işlem yapan alıcı tarafından kullanılmasının veya tekrar satılmasının genellikle beklenemeyeceğini ifade etmiştir<sup>109</sup>. Yine bu konuda ortaya konan bir başka ölçüte göre, sözleşmenin ticari zemininden; malların sahip olması gereken niteliğin sözleşmenin özellikle önemli bir unsuru olduğu anlaşılıyorsa sözleşmeye aykırı mallardan makul şekilde yararlanma testine başvurulmaksızın esaslı ihlalin olduğu kabul edilmelidir<sup>110</sup>.

<sup>105</sup> Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 250.

<sup>106</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 503. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Kantonsgerecht Zug, 30.08.2007, CISG-online no: 1722; Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online no: 709; Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-online no: 841; Bundesgericht, 28.10.1998, CISG-online no: 413; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen 18.05.2009 tarihli kararda, teslim edilen malların alıcının kendi üretimi, tekrar satımı veya diğer ihtiyaçları için uygun olup olmadığına önem atfedilmiştir. Bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900.

<sup>107</sup> *Inc. Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), a.g.e., Art. 25 N. 54; (Huber)/Mullis, a.g.e., s. 232; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), a.g.e., Art. 25 N. 37, (Huber), Art. 49 N. 43.* Teslim edilen paketleme makinesinin alıcının bireysel ihtiyaçları gözetilerek tasarlandığı belirterek tekrar satımın imkânsız veya en azından uygun olmadığı belirtilmiştir; Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900. Ayrıca bkz.: Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online no: 709.

<sup>108</sup> Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900.

<sup>109</sup> *Schroeter* de teslim edilen malların hangi amaçla satın alındığının bu anlamda önem arz edebileceğine değinmektedir. Yazara göre, teslim edilen mallar tekrar satılmak üzere ve üretimde kullanılmak üzere satın alınmışsa mallarda görülen düşük kaliteye rağmen alıcının bunları tekrar satmasını beklemek daha muhtemeldir. Buna karşın aynı çabayı, teslim edilen malları kendi işletmesinin bir donanımı olarak satın alan ve bu tür mallarla iş yapma tecrübesi olmayan bir alıcıdan beklemek ağır bir yük olarak görülebilir. Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), a.g.e., Art. 25 N. 56.

<sup>110</sup> (Huber)/Mullis, a.g.e., s. 231; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), a.g.e., Art. 49 N. 40, 41. Bkz.: ve karşı. Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-online no: 841 (Kararda, alıcının açıkça elma

Buna karşın, alıcının ayıplı mallardan makul şekilde istifade etme olanağı var ise esaslı ihlalin oluşmayacağı yaklaşımı, uygulamada birlik içerisinde kabul görmüş değildir<sup>111</sup>. Yine belirtmek gerekir ki esaslı ihlal değerlendirmesinde, alıcının sözleşmeye aykırı mallardan istifade edip edemeyeceğini özel olarak dikkate alan kararlarda dahi teslim edilen mallarda görülen sözleşmeye aykırılık ciddi boyutlara ulaştığında, bu mallar alıcı için belli ölçüde işlev görebilecek vaziyette bulunsa bile esaslı ihlalin oluştuğu yönünde hüküm kurulduğu gözlenebilmektedir<sup>112</sup>.

---

suyu konsantresi sipariş etmesi karşısında satıcının, elma suyu üretiminde kullanılabilecek şeker içermeyen malların teslim edilmesinin alıcı açısından önem taşıdığını farz etmesi gerektiği ve bu durumun da esaslı ihlal kabulü için gerekçe olabileceğine değinilmiştir.).

<sup>111</sup> Bu hususta bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 58; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 230; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 27, 39. Esaslı ihlal değerlendirmesinde bu teste başvurmayan kararlar olarak örn. *inc.* District Court Copenhagen, 19.10.2007, CISG-online no: 2150; Tribunale di Busto Arsizio, 13.12.2001, CISG-online no: 1323; Oberlandesgericht Hamburg, 26.11.1999, CISG-online no: 515; Cour de Cassation, 26.05.1999, CISG-online no: 487; Cour d'appel de Versailles, 29.01.1998, CISG-online no: 337; United States Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995, CISG-online no: 140; CIETAC, 30.10.1991, CISG-online no: 842; Landgericht Baden-Baden, 14.08.1991, CISG-online no: 24. Landgericht Berlin tarafından verilen 15.09.1994 tarihli kararda ise sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi sebebiyle esaslı ihlalin oluştuğuna karar verilmiş ve alıcı tarafından bu malların satılmaya çalışılması, CISG m. 77 uyarınca zararı azaltma külfeti kapsamında görülmüştür. Bkz.: Landgericht Berlin, 15.09.1994, CISG-online no: 399. Teslim edilen malların gıda güvenliği gibi sağlığı etkileyen konularda sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi hâlinde de teslim edilen mallardan başka şekilde istifade etme olanağının bulunup bulunmadığı araştırmasının yapılmadığı görülmektedir. Örneğin, Zivilgericht Basel-Stadt tarafından verilen bir karara konu uyumsuzlukta, sözleşme konusu ürünler münhasıran İsviçre'de başka bir şirkete satılacak idi. Alınan raporlar sonucu, satım konusu ürünlerin sözleşmeye aykırı olarak genetiği değiştirilmiş yapı içerdiği ve malların teslim tarihinde geçerli düzenlemeye göre, İsviçre'de satılabilme olanağı bulunmadığı anlaşılmıştır. Mahkeme, satım konusu ürünlerin İsviçre dışında bir ülkede satılmasının mümkün olup olmadığını araştırma gereği duymaksızın esaslı ihlalin oluştuğuna karar vermiştir. Bkz.: Zivilgericht Basel-Stadt, 01.03.2002, CISG-online no: 729. *Kanımızca* alıcının, malları tekrar İsviçre'ye satmak amacıyla satın aldığı açıkça anlaşılması sebebiyle de başka bir ülkeye satım olanağının araştırılmaması isabetlidir. Karar, esaslı ihlalin oluşması yönünden Appellationsgericht Canton Basel - Stadt tarafından da onanmıştır. Bkz.: Appellationsgericht Basel-Stadt, 22.08.2003, CISG-online no: 943. Benzer kapsamda *inc.* Cour de Cassation, 23.01.1996, CISG-online no: 159; Landgericht Ellwangen, 21.08.1995, CISG-online no: 279. Yine teslim edilen düdüklü tencerelerde kullanıcı açısından güvenlik riski yaratan sözleşmeye aykırılık görülmesi ve alıcının ülkesinden gerekli sertifikaların alınmaması (Bkz.: Cour d'appel de Paris, 04.06.2004, CISG-online no: 872.) veya satın alınan ikinci el ayakkabıların kötü ve hijyenik olmayan koşullarda bulunması sebebiyle ithalat izni alamaması (Bkz.: Landgericht Frankfurt am Main, 11.04.2005, CISG-online no: 1014.) hadiselerinde de malların başka pazar çevrelerinde satımının yapılması olanağı araştırılmamıştır. Teslim edilen sözleşmeye aykırı malların satımına devam edilmesi hâlinde alıcının itibar kaybına uğrayabileceği durumlarda da esaslı ihlal sonucuna yönelindiği gözlenmektedir; *inc.* Oberlandesgericht Koblenz, 21.11.2007, CISG-online no: 1733; Hof van Beroep Gent, 10.05.2004, CISG-online no: 991; Landgericht Landshut, 05.04.1995, CISG-online no: 193.

<sup>112</sup> *Inc.* Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Landgericht München, 29.11.2005, CISG-online no: 1567.

Öte yandan *Bridge*, alıcıyı sözleşmede öngörmediği bir amaçla malları kullanmaya mecbur etmeye şüphe ile yaklaşmaktadır<sup>113</sup>. Yazar, teslim edilen malların bir şekilde kullanımını mümkün ise alıcının ancak tazminat ve semenin tenzilini isteyebileceği düşüncesini de CISG m. 25 hükmü ile bağdaştıramamaktadır. Henüz semeni ödememiş bir alıcıyı, sözleşmeden kolaylıkla kurtulmak yerine, satıcıya karşı dava açmaya zorlamak ağır bir sonuç olarak görülmektedir. Diğer bir görüşe göre<sup>114</sup> ise sözleşmeye aykırı malları makul şekilde kullanma veya satma yaklaşımı, alıcıyı ve satıcıyı belirsizlik içerisinde bırakabilecek mahiyettedir. Buna göre alıcının, bir taraftan sözleşmeden dönme hakkını kaybetmemek için (CISG m. 82) malları muhafaza etmesi gerekebilecek; diğer taraftan ise zararı azaltma külfeti (CISG m. 77) sebebiyle bu malları satması veya kullanması gerekebilecektir. *Kanımızca* zikredilen son görüş, sözleşmeye aykırı mallardan istifade etmenin alıcı için makul bir yol olup olmadığı tereddütlü olduğunda haklı bir gerekçeye dayanmaktadır.

*Kanımızca*, *Bridge* tarafından yapılan açıklamalar da göz önüne alındığında, sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen malların alıcı tarafından kullanım olanağını veya tekrar satılma imkânını değerlendirirken temkinli olmak gerekir<sup>115</sup>. Öncelikle ifade etmek gerekir ki CISG m. 25 hükmü açıkça alıcının "sözleşme uyarınca" beklediği şeyden önemli ölçüde mahrum kalmasını aramaktadır. Taraflar satım sözleşmesini kurarken belirli menfaatler öngörerek hareket etmekte ve karşı tarafın sözleşmeye uygun ifası ile bu menfaatin gerçekleşeceğini beklemektedirler. Satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi sebebiyle alıcı, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu bu menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmışsa artık esaslı ihlal sonucunun doğduğu kabul edilmelidir. Keza alıcının, satıcı tarafından teslim edilen sözleşmeye aykırı mallar dolayısıyla satım sözleşmesini kurarken tasarlamadığı faaliyetler içerisine girmesini beklemek uygun bir çözüm olarak kabul edilemez<sup>116</sup>.

---

<sup>113</sup> *Bridge*, **a.g.m.**, s. 920, 921.

<sup>114</sup> *Lorenz*, **a.g.m.**, § III. A.

<sup>115</sup> Makul kullanım testinin dar yorumlanması gerektiği yönünde bkz.: (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 231.

<sup>116</sup> *Inc. Leisinger*, **a.g.e.**, s. 48 vd. Bu anlamda, sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen ham maddeler sebebiyle, alıcıyı başka bir ürün imal etmek zorunda bırakmak esaslı ihlal değerlendirmesinin amacı değildir. Yine bu bağlamda belirtmemiz gerekir ki kendi iş faaliyeti içerisinde kullanmak üzere bir mal satın alan alıcıyı - bu tür malların satımı ile de uğraşsa bile - bu malı tekrar satmaya zorlamak



Şu durumda ifade edilebilir ki alıcının kendisine teslim edilen malları kullanabilme veya tekrar satabilme olanakları, alıcının bu faaliyetler sayesinde meşru menfaatlerinden önemli ölçüde yoksun kalmayacağı hâllerde anlam ifade etmektedir<sup>117</sup>. Belirtmek gerekir ki sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi, gerçekten

---

(Ayrıca *inc. ve karş. CISG-AC Opinion No. 5*, N. 4.3; Leisinger, **a.g.e.**, s. 52, 54, 55.) veya tekrar satmak üzere bir mal satın alan alıcıyı - kendi iş organizasyonu içerisinde mümkün olsa bile - bu malı kullanmaya zorlamak yerinde olmaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu prensip tek yönlü olarak işlememektedir. Örneğin, üretimde kullanılmak üzere mal satın alan alıcı, bu malları satmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle esaslı ihlal iddiasında bulunamayacaktır. Zira sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şey, satın aldığı malları yeniden satabilmesi değildir. Buna karşın alıcı, sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen malların kullanımını neticesinde üretilen malları satamayacağını iddia ederek esaslı ihlal iddiasında bulunabilir; Leisinger, **a.g.e.**, s. 52.

<sup>117</sup> *Leisinger*, tekrar satmak üzere mal satın alan alıcıyı, kendisine teslim edilen sözleşmeye aykırı malları olağan iş faaliyetleri dışında satmaya zorlamanın uygun olmayacağı görüşündedir. Bununla birlikte yazar, tekrar satmak üzere mal satın alan alıcının perakende satıcı olması ile toptan satıcı olması durumlarını birbirinden ayırmakta ve toptan satıcılıkla uğraşan alıcının olağan iş faaliyetleri kapsamındaki pazar çevresinin daha geniş olduğunu belirtmektedir. Buna göre, perakende satıcılıkla uğraşan alıcı, daha kolaylıkla esaslı ihlal iddia edebilecektir. Ayrıca yazar, olağan iş faaliyetleri kapsamında yeniden satım olanağını bulunup bulunmadığında şüpheye düşülmesi hâlinde, alıcıya sözleşmeden dönme olanağı tanınmasının uygun olacağını eklemektedir. *Inc. Leisinger, a.g.e.*, s. 46 - 49. Perakende satım ile uğraşan alıcı ile toptan satım ile uğraşan alıcı arasındaki farklılık hususunda benzer yönde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 46 N. 25; Bernstein/Lookofsky, **a.g.e.**, s. 125 ve orada dn. 60; **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.3; Erkan, a.g.t., s. 87. Tekrar satmak üzere mal satın alan alıcının toptan satıcı olması durumunda sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi sebebiyle esaslı ihlal iddiasında bulunabilmesi, *kanımızca* da görece zorlaşabilir. Zira sözleşme uyarınca beklemekte haklı olunan şey, belirli bir ticari kâr sağlamak üzere malları yeniden satmak olduğunda, toptan satıcı durumundaki bir alıcının sahip olduğu geniş pazar çevresi sebebiyle bu menfaati gerçekleştirilmesi daha kolaydır. Sözleşme ihlaline rağmen alıcı, sonuç itibarı ile bu menfaati gerçekleştirilebilecek durumdaysa esaslı ihlal oluşmayacaktır. Zira bu durumda alıcı, sözleşmeyi yaparken tasarladığı faaliyetlerin dışına çıkmamaktadır. Buna karşın *kanımızca*, toptan satıcılıkla uğraşan alıcının özellikle belirli bir pazar çevresine yeniden satmak üzere mal aldığı sözleşmeden anlaşılıyorsa ve sözleşme ihlali neticesinde bu pazar çevresine satım yapılması imkânı kalmamışsa öngörülebilirlik kıstasının da gerçekleştiği varsayımında, esaslı ihlal iddia edilebilecek bir durum vardır. Bu bakımdan, teslim edilen mallardan "olağan iş faaliyetleri" kapsamında yararlanılabilmesi yerine, "sözleşme yapılırken öngörülen faaliyetler" kapsamında bu mallardan yararlanılabilmesinin ifade edilmesi, daha uygun görünmektedir. Üzerinde durulması gereken diğer bir konu da sözleşme konusu malları tekrar satmak üzere satın alan alıcının, yüksek kalitede prestijli malların satımı ile uğraşması durumudur. Bu gibi hâllerde alıcı çoğu zaman özel bir müşteri kitlesine hitap etmekte ve pazar çevresi nispeten daha dar olmaktadır. Müşterilerin özel beklentisi sebebiyle, sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen malların sözleşmede öngörülen kapsamda tekrar satılabilmesi bir hayli güçleşebilecektir. Bu tür bir piyasada ticari itibarın zedelenmesi ve müşteri kaybı gibi hususların da nazara alınmasıyla alıcının, esaslı ihlal iddiasında bulunabilmesi muhtemel olacaktır. *Inc. Leisinger, a.g.e.*, s. 49 vd. Buna karşın *Leisinger*'in, üretimde kullanılmak üzere satın alınan mallar konusunda zikrettiği görüş *kanımızca* şüphelidir. Yazar öncelikle, teslim alınan sözleşmeye aykırı malların alıcının normal üretim hattında kullanılıp kullanılmayacağına vurgu yapmaktadır. Buna ek olarak yazar, teslim edilen malların alıcının ihtiyaçlarına göre özel olarak üretilip üretilmediğini nazara almakta ve mallar alıcının özel gereksinimlerine uygun olarak üretilmişse esaslı ihlal ileri sürmenin daha güç olacağı bir görüş beyan etmektedir. Bunun gerekçesi ise sözleşmeden dönülmesi hâlinde satıcının, alıcının özel gereksinimlerine uygun olarak üretilmiş olan malları yeniden satma olanağının bulunmamasıdır. Buna göre, alıcıya özel üretilmiş olan malların sözleşmeye aykırı olması durumunda, bu mallardan istifade edebilmek için alıcıdan kendi ürünlerinde bir takım ayarlamalar veya restorasyon yapması beklenebilecektir; fakat bu durumun makul olmayan bir

de esaslı ihlal sonucunun makul karşılanamayacağı bir netice oluşturmuşsa bu tür durumları CISG m. 25 hükmünde öngörülen kıstaslarla kontrol etmek yine de mümkündür. Zira esaslı ihlalin oluşabilmesi için uğranılan herhangi bir olumsuzluk veya menfaat kaybı yeterli olmamakta, sözleşme uyarınca beklenen şeyden "önemli ölçüde" yoksun kalma durumu aranmaktadır. O hâlde, bir kere bu eşik aşıldıktan ve

---

elverişsizliğe, masrafa veya gecikmeye yol açmaması gerekmektedir. Bunun için de sözleşmenin çözümlenmesinden ve özel gereksinimlere göre hazırlanmış yeni ürünlerin alınmasından kaynaklanan gecikme, masraf ve elverişsizliğin; alıcının kendi ürününü yeniden hazırlamasından kaynaklanacak gecikme, masraf ve elverişsizlikle kıyaslanması gerektiği ifade edilmektedir; Leisinger, **a.g.e.**, s. 53, 54. *Kanımızca*, zikredilen görüşe iki yönden eleştiri getirmek mümkündür. Bunlardan ilki, satım konusu malların alıcının özel gereksinimlerine uygun üretilecek olması, öncelikle alıcının bilhassa bu mallara ihtiyaç duyduğunu gösterir ki bu malların elde edilememesi durumunda esaslı ihlale dayanabilmek daha güç değil, daha kolay olmalıdır. Satıcının da sözleşme gereği bu durumun farkında olması karşısında, alıcıyı kendi makinelerinde değişiklik yapmak gibi külfetler altına sokmaksızın, esaslı ihlale bağlı hakları kullanarak rahatlıkla menfaatini koruyabilecek durumda bırakmak uygun görünmektedir. Sözleşmeden dönülmesi hâlinde, teslim edilen sözleşmeye aykırı malların yeniden satılmamasına ilişkin kaygılar, sözleşmeyi ihlal eden taraf olan satıcı tarafça taşınmalıdır (*Leisinger* tarafından zikredilen görüş, esasen CISG m. 25 hükmü kapsamında etkisi bulunmayan, PICC Art. 7.3.1/II.e düzenlemesinde yer verilmiş olan "orantısız zarar" kriterinden etkilenmiş görünmektedir.). Şüpheli görülen ikinci konu, sözleşmeye aykırı mallardan yararlanma olanağının, normal üretim hattı gibi geniş bir çerçevede ele alınmasıdır. *Kanımızca* burada da yapılması gereken, alıcının somut sözleşme uyarınca malları nasıl kullanmayı amaçladığını dikkate almaktır. Bu iki yaklaşım arasındaki farkı yine *Leisinger* tarafından verilen bir örnek ile ortaya koymak mümkündür. Örneğe göre alıcı, sos yapımında kullanılmak üzere domates sipariş etmiş; fakat satıcı tarafından patlıcan teslim edilmiştir. Buna karşın alıcı ayrıca patlıcandan yapılan soslar da üretmekte; fakat patlıcan stokları dolu bulunmaktadır. Bu durumda *Leisinger*'e göre, teslim edilen patlıcan alıcının normal üretim hattında kolaylıkla kullanılabilir durumdadır; fakat bunu beklemenin önündeki engel, stokların dolu olması sebebiyle patlıcanın bozulma tehlikesidir. Yazara göre, bu şekilde bozulabilen bir mal söz konusu olması idi, stoklamadan kaynaklanan yüksek masrafı tazminat olarak istemesi alıcıdan beklenebilirdi; Leisinger, **a.g.e.**, s. 57. *Kanımızca*, örnek olayda her ne kadar alıcı patlıcan sosu üretimi ile de uğraşsa da teslim edilen malları muhafaza etme konusunda inisiyatif, alıcıda olmalıdır. Bu anlamda alıcı, kendisine teslim edilen malların domatesten üretilen sos için uygun olmadığını ortaya koyarak esaslı ihlale dayanabilecek durumdadır. Aksi bir yaklaşım, alıcıyı sözleşmeyi kurarken tasarlamadığı faaliyetler içerisine girmeye zorlayacaktır. Alıcının ayrıca patlıcan sosu işi ile de meşgul olması bu sonucu değiştirmez. Zira iş organizasyonu anlamında hangi sözleşme ile hangi faaliyetlerin gerçekleştirilmek isteneceği hususunda tek söz sahibi sözleşme tarafları olmalıdır. Örneğin alıcı, patlıcan sosu üretiminde kullanılmak üzere satın alacağı patlıcanlar için zaten ayrı bir sözleşme yapmış olabilir veya kendisi için çok daha makul koşullarla başka satıcılardan patlıcan satın alması mümkün olabilir. *Kanımızca* olayların bu karmaşıklığı ve soyutluğu içerisinde, alıcının tazminat yolu ile menfaatini koruyabileceğini iddia etmek de mümkün değildir. Esasen alıcı, "sözleşme uyarınca" beklediği menfaati gerçekleştiremedikten sonra, teslim edilen malların kullanım olanağı bir anlam ifade etmemektedir. Görüldüğü üzere benimsediğimiz yaklaşımda, alıcının sahip olduğu stok olanakları da değerlendirmenin önemli bir parçası hâline gelememektedir. Buna karşın, satıcının belli ölçüde düşük kalitede sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi hâlinde, sözleşmeye aykırılığa rağmen bu malların alıcı tarafından öngörülen amaç doğrultusunda kullanılabilme olanağı varsa esaslı ihlal iddia etmek mümkün olmayabilir. Bu anlamda, teslim edilen düşük kalitede domatesin alıcı tarafından sos yapımında kullanılıp kullanılmayacağı ve ayrıca bu domateslerden yapılan sosun satım olanağı ve koşulları belirleyici olacaktır. Bu takdirde, alıcının hitap ettiği müşteri çevresi, teslim edilen soslardan yapılan sosun satım koşullarının alıcıyı ne ölçüde tatmin ettiği ve ayrıca alıcının ticari itibarının zedelenip zedelenmeyeceği gibi pek çok faktör değerlendirmeye dâhil olacaktır. Teslim edilen domateslerden sos yapımının devamında, alıcının sözleşme uyarınca beklediği menfaatten "önemli ölçüde" yoksun kalmadığının tespiti hâlinde esaslı ihlale dayanılamayacaktır.

hükümde öngörülen diğer kıstaslar da sağlandıktan sonra esaslı ihlali, CISG m. 25 hükmünde "öngörülenlerin dışına taşan" koşullara bağlamamaya dikkat etmek gerekir. Teslim edilen mallar alıcı için tamamen faydasız olmadıkça, alıcının ancak tazminat ve semenin tenzili haklarını kullanabileceği yaklaşımı<sup>118</sup> oldukça sınırlayıcıdır<sup>119</sup>. Bu yönde bir kabul, alıcının pozisyonunu fazlasıyla güçleştirme tehlikesi taşıyabilecektir. Alıcının meşru menfaatleri, sözleşme yapılırken öngördüğü kullanım amacını işaret etmektedir. Teslim edilen mallar, bu menfaatleri elde etmeye hizmet edemiyorsa ihlal esaslı kabul edilmelidir. Bu sebeple, malların bütünüyle işe yaramaz olması gibi bir koşul bulunmamalıdır. Dolayısıyla, sözleşmeye aykırı mallardan makul şekilde istifade etme değerlendirmesinde sorulan soruların yerine, CISG m. 25 hükmünün lafzına ve amacına daha uygun ve daha basit bir sorunun sorulması, *kanımızca*, isabetli olacaktır: Sözleşmeye aykırı teslim edilen mallar, alıcının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaati ne ölçüde gerçekleştirebilecektir?

Alıcı, sözleşme konusu malları kendi işyerinde kullanmak üzere satın almışsa teslim edilen ayıplı mallarla, meşru menfaatlerini karşılamaktan uzak düşük kalitede üretim yapmaya<sup>120</sup> ya da sözleşmeyi yaparken tasarlamadığı bir şey üretmeye veya daha az verimle çalışan bir makineyi kullanmaya zorlanmamalıdır; meğer ki verim kaybı sözleşmeden beklenen menfaati esaslı şekilde etkilemesin<sup>121</sup>. Sözleşme konusu malları bir başkasına tekrar satarak kâr elde etme amacı güden ve bu niyeti satım sözleşmesinden anlaşılan alıcı, teslim edilen ayıplı malları kendisinin alım fiyatının dahi altında tekrar satabilecek ise sözleşme ihlalinin esaslı olduğu kabul

---

<sup>118</sup> Örn. bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 51. İçtihatlarda benzer yönde sıkı yaklaşımlar için örn. bkz.: Oberlandesgericht Hamburg, 25.01.2008, CISG-online no: 1681 (Kararda, sözleşme ihlalinin esaslı olabilmesi için teslim edilen ayıplı malların, alıcı için temelde işe yaramaz olması gerektiği ifade edilmiş ve ayıplı malların, sınırlı da olsa, kullanım imkânı mevcut ise genellikle esaslı ihlalin oluşmayacağı belirtilmiştir.); Kantonsgericht Zug, 30.08.2007, CISG-online no: 1722; Oberlandesgericht Düsseldorf, 23.01.2004, CISG-online no: 918 (Kararda, esaslı ihlalin oluşabilmesi, alıcı için veya alıcının nihai müşterisi için teslim edilen malların hiçbir kullanımının mevcut olmamasına bağlanmıştır.).

<sup>119</sup> Bridge, **a.g.e.**, N. 12.04.

<sup>120</sup> *Karş. Yelkenci*, **a.g.m.**, s. 1355.

<sup>121</sup> Bkz.: ve *karş. Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen)*, **a.g.e.**, Art. 46 N. 25.

edilmelidir<sup>122</sup>. Zira alıcının sözleşme uyarınca beklediği şeyden tamamen yoksun kalması karşısında, malları tekrar satma olanağına sahip olması, esaslı ihlal değerlendirilmesi bakımından sonucu değiştirici bir etkiye sahip olamaz.

---

<sup>122</sup> K.g: Leisinger, **a.g.e.**, s. 88 - 90: Yazar, sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen malların tekrar satılabileceği fiyatın alıcı tarafından ödenen ilk bedele eşit olması veya bu bedelden dahi düşük kalması hâlinde, alıcının sözleşme uyarınca beklentilerinin ancak sözleşmeden dönebilmesi hâlinde korunabileceğini vurgulamakla birlikte, temelde ekonomik gerekçelerle esaslı ihlalin kabul edilmesine karşı çıkmakta ve alıcının semenin indirilmesi veya tazminat yollarına başvurması gerektiğini ifade etmektedir. Yazar, malların taşıma masraflarını, işlem masraflarını ve sözleşmeyi ayakta tutma ilkesini bu hususta gerekçe göstermektedir. Ayrıca, içtihatlarda malların indirimli fiyat üzerinden satılabileceğine karar verildiğini belirtmektedir. Son olarak yazara göre, malların tekrar satım fiyatı alıcının sözleşme müzakere becerisine de bağlı olduğundan, belirtilen durumlarda esaslı ihlal kabul edilmesi hâlinde, yetersiz tacirlerin sistematik olarak korunması sonucu ortaya çıkacaktır. *Kanımızca*, bu gerekçelere katılma imkânı yoktur. İlk sözleşmenin ayakta tutulmaya çalışılması, sözleşmeden dönmenin esaslı ihlale bağlanmış olması neticesini doğurmuştur. Esaslı ihlalin koşulları CISG m. 25 hükmünde düzenlendiğine göre, bu hükmün kıstasları sağlandıktan sonra sözleşme ihlaline maruz kalan taraf aleyhine ek şartların kabul edilmesi uygun değildir. O hâlde, alıcının sözleşme uyarınca beklediği menfaate kavuşmadığı ortaya konduktan sonra, taşıma veya işlem masrafları sebebiyle esaslı ihlalin reddedilmesi herhangi bir normatif gerekçeye dayanmamaktadır. Sözleşmeye aykırı malların indirimli fiyat üzerinden satılabilmesi, alıcının bu şekilde de beklediği menfaati elde edebileceği durumlarda kabul edilebilir. Salt ticari kâr amaçlı işlem yapan bir alıcının, bu kârı sağlayabilmekten uzak bir ikinci satım yapabilmesi esaslı ihlalin oluşumunu engellemez. Kaldı ki burada alıcı tarafından yapılabilecek ikinci satımın bedeli sadece alıcının işlem yeteneğine göre belirlenmeyecek, teslim edilen malların gerçek değeri dikkate alınarak ilgili pazarda sahip olabileceği yeniden satım değeri objektif olarak değerlendirilecektir. Şüphesiz alıcının kâr elde etme imkânı varken kendi yetersizliği sebebiyle bunu sağlayamaması korunmayacaktır. *Kanımızca*, istisnai bir durum olarak alıcının sözleşme uyarınca ulaşmayı beklediği menfaati sağlayabilmesi, satıcının semenin tenzili hususunda alıcıyla işbirliği yapması hâlinde söz konusu olabilir. Satıcı, teslim ettiği mallardaki sözleşmeye aykırılığı kabul ediyor ve semeni bu malların gerçek değerine indirme konusunda bir niyet taşıyorsa alıcının esaslı ihlale dayanamaması söz konusu olabilir. Benzer bir yaklaşım için bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 185, 317. *Leisinger* tarafından verilen bir örneğin incelenmesi bu hususta aydınlatıcı olacaktır (Bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 87, 88.): 10.000 TL değerinde bir malın satımı konusunda anlaşılması ve alıcının bu malı 12.000 TL'ye tekrar satarak kâr elde etmek istemesi durumunda, satıcı tarafından sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen malın değeri 5.000 TL ise, prensip olarak, esaslı ihlalin olduğu kabul edilmelidir. Buna karşın satıcı, semenin 5.000 TL'ye indirilmesi ve sözleşmenin ayakta tutulması niyetindeyse alıcının kendisine teslim edilen malı değerlendirme olanağı önem kazanacaktır. Alıcı bu malı örneğin 7.000 TL'ye satabilecek durumda ise sözleşme uyarınca beklediği menfaati elde etmiş olacaktır. Fakat bu hususta karar verirken alıcının kendisine teslim edilen malı kâr elde edebileceği şekilde satıp satamayacağı, ayrıca ticari itibarının bu durumdan etkilenip etkilenmediği de önem kazanacaktır. Örneğin, alıcı malın tekrar satımı hususunda zaten belirli bir sözleşme yapmış bulunuyor ve kendisine teslim edilen mal üzerinde tasarruf ederek bu sözleşmeyi ifa edemiyorsa öngörülebilirlik kıstasının da sağlanması koşuluyla bu ihlal, esaslı addedilebilecektir. Zira bu durumda alıcının, satıcı ile aralarındaki sözleşmeden beklediği bir menfaat ayrıca, özellikle söz konusu tekrar satım sözleşmesinin ifa edilebilmesidir. Bu şekilde önceden kurulmuş bir sözleşme bulunmuyor ve ayrıca alıcı, teslim edilen sözleşmeye aykırı malı tekrar satarak da beklediği ölçüde kâr elde edebilecek durumda bulunuyorsa esaslı ihlal oluşmayacaktır. Aslında bu durum, alıcının salt tekrar satım yaparak ticari kâr elde etmeyi amaçladığı işlemlerde gündeme gelebilecektir. Zira bu takdirde alıcı, teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığa rağmen, bu malları sözleşmede öngördüğü kapsamda kullanabilecek ve böylece CISG m. 25 hükmünün aradığı ölçüde bir olumsuzluğa maruz kalmaktan sakınabilecektir. Şu hâlde, sözleşme uyarınca beklenen kâr menfaatinden alıcıyı önemli ölçüde yoksun bırakmayacak şekilde tekrar satım yapılabilmesi, esaslı ihlalin oluşumuna engel olmaktadır. Dikkat edilirse burada esaslı ihlalin oluşmadığına karar verilirken alıcının semenin tenzili yoluna başvurarak menfaatini koruyabilmesi gibi bir değerlendirme

Ayrıca Landgericht München tarafından verilen 27.02.2002 tarihli kararın incelenmesi bu konuda yol gösterici olabilecektir<sup>123</sup>. Uyuşmazlık konusu olayda alıcı, kendi galerilerinde sergilemek üzere satıcıdan konsollar satın almıştır. Satıcı tarafından teslim edilen konsolların, sözleşmeye aykırı olarak kendi eksenini etrafında dönme özelliği taşımadığı anlaşılmıştır. Mahkeme, söz konusu özelliğin konsolların tanıtım ve gösterim etkisini artırabileceğini; fakat bu özellik olmaksızın da alıcının, tanıtım filmlerinin gösterimini yapabileceğini belirtmiştir. Bu bakımdan Mahkeme, olayda esaslı ihlalin oluşmadığına karar vermiş ve ayıplı malların kullanımı mümkün ise esaslı ihlalin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bahsi geçen uyuşmazlıkta, teslim edilen konsolların kendi eksenini etrafında dönme özelliğine sahip olmamasının bir "sözleşme ihlali" oluşturduğu ve öngörülen kullanım amacını azaltması bakımından da bu durumun alıcı aleyhine belli ölçüde "olumsuzluğa" neden olduğu açıktır. Buna karşın CISG m. 25 hükmü, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın "önemli ölçüde" bir olumsuzluğa uğramasını aramaktadır. Şu hâlde, teslim edilen konsollar sebebiyle alıcının hükümde aranan ölçüde bir olumsuzluğa uğramadığı kabul edildiği takdirde,

---

yapılmamaktadır. Satıcının semenin tenzili konusunda işbirliği yapması, teslim edilen sözleşmeye aykırı malların, sözleşmede öngörülen şekilde kullanılabilmesine olanak sağlamakta ve böylece alıcı esaslı ihlalin varlığı için aranan olumsuzluğa ya hiç uğramamakta ya da uğranılan olumsuzluk hükmün aradığı seviyenin altında kalmaktadır. Dolayısıyla esaslı ihlalin kıstasları yerine getirilememiş olmaktadır. Bkz.: ve *karş.* Leisinger, **a.g.e.**, s. 87, 88. Örneği bir adım daha ileri götürüp semenin indirilmesine rağmen alıcının ancak çok cüzi bir kâr elde etme durumunu ele alırsak bu ihtimalde de alıcının beklediği menfaatten "önemli ölçüde" yoksun kaldığına kanaat getirilebiliyorsa ihlal esaslı olacaktır. Fakat satıcı, alıcının yoksun kaldığı kârı derhal tazmin etme konusunda da işbirliği içerisinde ise esaslı ihlalin oluşmadığı kabul edilebilir. Zira alıcı sözleşme uyarınca beklediği şeyi yine elde edebilmektedir. Fakat belirtmemiz gerekir ki tüm bu hâllerde alıcının söz konusu sözleşmeye aykırı malları sözleşmeyi yaparken öngördüğü doğrultuda değerlendirebilmesi ve ayrıca bu malların satımı sebebiyle esaslı ihlali haklı gösterebilecek başka bir olumsuzluğa uğramıyor olması gerekmektedir. Nitekim önemle ifade etmemiz gerekir ki satıcının teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığı kabul etmemesi ve/veya semenin indirilmesi hususuna karşı çıkması durumunda, alıcı esaslı ihlal ileri sürebilecek durumda olmalıdır. Her ne kadar olaya bakıldığında alıcının semenin indirilmesi yoluyla tatmin edilmesi mümkün görülse de salt bu olanağın esaslı ihlal değerlendirmesinin bir kıstası hâline getirilmemesi gerektiğini ifade etmiş bulunmaktayız. Bkz.: yuk. II. A. 3. d. Aksine CISG m. 25 hükmünün kıstasları sağlanmış olduğundan alıcı, esaslı ihlale dayanarak kendisi için en elverişli şekilde menfaatini koruyabilecektir. Aynı husus tazminat açısından da geçerli bulunmaktadır. *Bridge*'in isabetle ifade ettiği üzere, teslim edilen mallar alıcı için bütünüyle kullanışsız olmadıkça alıcının imkânlarının tazminat veya semenin indirilmesi ile kısıtlanması, çitanın çok yükseğe çekilmesi ve CISG m. 25 hükmünün lafzına itibar edilmemesi sonucunu doğuracaktır. Bu anlamda alıcı, işbirliği içerisinde bulunmayan bir satıcıya karşı başarı şansı dahi şüpheli olacak şekilde tazminat davası açmaya zorlanmamalıdır; *Bridge*, **a.g.m.**, s. 921. Dolayısıyla bir defa sözleşmenin esaslı ihlali gerçekleştikten sonra alıcının, hukukî çarelerden dilediğine başvurabilmesi gerekir. Şu hâlde, tekrar satım yoluyla kâr elde etme amacı güden; fakat kendisine teslim edilen malları ancak sözleşme fiyatının dahi altında satabileceği anlaşılan alıcının, semenin tenzili ve tazminat gibi hukukî çarelere başvurmaya zorlanması isabetli değildir.

<sup>123</sup> Landgericht München, 27.02.2002, CISG-online no: 654.

esaslı ihlal oluşmayacaktır. Buna karşın, alıcının kendisine teslim edilen sözleşmeye aykırı malları kullanımı mümkün ise esaslı ihlalin oluşmayacağı yönünde bir yaklaşım, bu genel ifadesiyle, *kanımızca*, yanıltıcı sonuçlara yol açabilir. Zira alıcı, kendisine teslim edilen mallar sebebiyle CISG m. 25 hükmünün aradığı ölçüde bir olumsuzluğa uğramışsa, yani sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalmışsa, malların bir şekilde kullanım imkânının bulunması esaslı ihlalin oluşumunu engelleyemez. Dolayısıyla bahsi geçen olayda, teslim edilen konsolların kendi ekseni etrafında dönme özelliğine sahip olmaması sebebiyle alıcı, sözleşmeyi yaparken öngördüğü şekilde bu konsolları kullanarak tanıtım menfaatini gerçekleştirmekten önemli ölçüde yoksun kalmadığında - ki olayda Mahkeme ayrıca bu kanaattedir - esaslı ihlalin oluşmadığı kabul edilebilir.

Nitekim Landgericht Heilbronn tarafından görülen bir davanın incelenmesi, *kanımızca*, bu hususta yeterli açıklığı sağlayabilecek özelliktedir<sup>124</sup>. Olayda bir kaplama makinesinin satımı konusunda anlaşılmıştır. Bu makinenin özelliği, üç taraflı kaplama tekniğinin aşılarak büyük boyutlu tahta malzemelerin dört taraflı kaplanması amacıyla geliştirilmiş olmasıdır. Buna karşın, teslim edilen makinenin tek seferde dört taraflı kaplama işlevini yerine getiremediği anlaşılmış ve alıcının sözleşmeden dönebileceğine karar verilmiştir. Daha da önemlisi Mahkeme, teslim edilen makinenin üç taraflı kaplama yapabildiği iddiasına bu sonucu değiştirici bir etki tanımamıştır. Bu hususta ortaya konan gerekçe özellikle dikkat çekicidir. Buna göre, modelin geliştirilmesindeki ve tekniğin ilerletilmesindeki amaç, tek seferde dört taraflı kaplama yapabilmeye olanak tanımaktır. Hâlbuki üç taraflı kaplama yapabilen makineler, hem satıcı hem de rakipleri tarafından piyasada zaten satılmaktadır. Teslim edilen makine ile üç taraflı kaplama yapılması, alıcının tazminat taleplerini sınırlayan bir özellik taşıyabilir. Görüldüğü üzere Mahkeme, teslim edilen makinenin alışlagelmiş şekilde üç taraflı kaplama yapacak şekilde kullanılabilmesine rağmen, esaslı ihlalin oluştuğuna kanaat getirmiştir. *Kanımızca* da alıcının sözleşmeden beklediği menfaat özellikle dört taraflı kaplama yapabilen bir makine elde etmek olduğundan ve sözleşme ihlali sebebiyle bu menfaatten tamamen

---

<sup>124</sup> Bkz.: Landgericht Heilbronn, 15.09.1997, CISG-online no: 562.

yoksun kalındığından, esaslı ihlalin oluştuğunu kabul etmek gerekir. Zira alışılabilir şekilde üç taraflı kaplama yapan bir makineye sahip olmak, alıcının sözleşmeden beklediği bir menfaat değildir. Burada kolaylıkla fark edilebileceği gibi, sözleşmeye aykırı makinenin alıcı tarafından iş organizasyonu içerisinde kullanılabilmesi de esaslı ihlal sonucunu değiştirmemektedir.

Nihayet CIETAC bünyesinde yürütülen tahkim yargılaması neticesinde verilen diğer bir kararın incelenmesi bu kapsamda mukayeseli bir değerlendirmeye ulaşmamızı sağlayabilecektir<sup>125</sup>. Uyuşmazlık konusu olayda satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim ettiği ve bu sebeple de bir "sözleşme ihlali" gerçekleştirdiği ortaya konduktan sonra, bu ihlalin esaslı olmadığına karar verilmiştir. Zira olayda tekrar satmak üzere sözleşme konusu malları satın alan alıcının, satın aldığı miktarın %71'ini bir aydan fazla bir süre boyunca satmış olduğu ve bu satımdan beklenen kârın sağlanmış olduğu dikkate alınmış ve alıcının kendi müşterilerinden yalnızca birkaç şikayet almış olduğu da belirtilerek alıcının, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakılmadığı ortaya konmuştur<sup>126</sup>.

### **c. Satıcının Sözleşmeye Aykırılığı Giderme Hakkının Etkisi**

Antlaşma kapsamında satıcının, vadeden önce teslim ettiği mallardaki veya belgelerdeki sözleşme aykırılığı giderme hakkının (CISG m. 34, m. 37) yanı sıra, vadeden sonra da yükümlülüklerine ilişkin her türlü eksikliği giderme hakkı (CISG m. 48) mevcuttur. Fakat satıcının vadeden sonra sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirmesini ne şekilde etkilediği hassas bir konudur<sup>127</sup>. En

---

<sup>125</sup> CIETAC, 01.01.2000, CISG-online no: 1614.

<sup>126</sup> Yine Arbitral Institute of the Stockholm Chamber of Commerce bünyesinde yürütülen tahkim yargılamasında alıcı, sözleşme konusu basınç sensörlerinin bazı sıcaklık aralıklarında sözleşmede öngörülen şekilde performans göstermediğini iddia etmiştir. Yargılamayı yürüten hakem, alıcı tarafından iddia edilen sapmanın, alıcıyı sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun bırakmadığına ve sözleşme ile takip edilen ekonomik amaç üzerinde ciddi etkilere yol açmadığına vurgu yaparak esaslı ihlalin oluşmadığına karar vermiştir. Bkz.: Arbitral Institute of the Stockholm Chamber of Commerce, 05.04.2007, CISG-online no: 1521.

<sup>127</sup> Sözleşme ihlali kıstasının işlevi açıklanırken üzerinde durulduğu üzere, vadeden önce sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı kullanılabilirdiği sürece alıcının, CISG m. 45 hükmünde yer alan seçimlik hakları kullanması zaten mümkün değildir. Vadeden önce ancak, şartları mevcut ise CISG m. 72

yoğun tartışmalar, satıcının teslim ettiği mallardaki sözleşmeye aykırılığı vadeden sonra giderme hakkına ilişkin olarak yaşandığından, sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirilmesi üzerindeki etkisinin bu bölümde incelenmesi tercih edilmiştir.

CISG m. 48/I hükmü uyarınca satıcı, masrafları kendisine ait olmak üzere vadeden sonra da sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına sahiptir. Örneğin, vadede teslim edilmeyen mal veya belgelerin teslimi, maddi ayıp ile teslim edilen malların onarılması veya üçüncü kişilerin hak veya taleplerinin bertaraf edilmesi mümkün olabilecektir<sup>128</sup>. Bu kapsamda satıcı, asli veya yan edim farkı gözetilmeksizin yükümlülüklerine dair tüm sözleşme ihlallerini ortadan kaldırma hakkına sahiptir. Sözleşmeye aykırılığın giderilmesi noktasında hangi yöntemin kullanılacağı satıcının inisiyatifinde olup örneğin ayıplı mal teslimi durumunda, onarım veya ikame mal teslimi arasında seçim hakkı kendisinde olacaktır<sup>129</sup>. Fakat bu durumun alıcı için makul olmayan bir gecikmeye yol açmaması<sup>130</sup> ve ayrıca, makul olmayan bir zahmete veya yaptığı masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı hususunda bir tereddüde sebep olmaması gerekmektedir<sup>131</sup>. Satıcının bu şekilde sözleşmeye aykırılığı gidermesi hâlinde alıcı, kendisine CISG m. 45 hükmünde tanınan seçimlik

---

hükmüne göre sözleşmeden dönmek gündeme gelebilir: Bkz.: yuk. II. A. 2. b. Alıcının sözleşmeden dönme hakkı, CISG m. 48/I hükmündeki düzenlemenin aksine, satıcının vadeden önce sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına üstün tutulmuş değildir; Leisinger, **a.g.e.**, s. 72. (Nitekim CISG m. 34 ve m. 37 hükümlerinin, satıcının ihlalinin ağırlığı ne olursa olsun uygulanacağı yönünde bkz.: Ziegel, **a.g.m.**, s. 21.). Fakat burada teorik bir problem ortaya çıkmaz. Zira CISG m. 72 hükmü uyarınca sözleşmeden dönebilmek için sözleşmenin esaslı şekilde ihlal edileceğinin "aşikâr" olması gerekir. Bu bağlamda, kural olarak, vadeye kadar sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına sahip olan satıcının, bunu gerçekleştiremeyeceği aşikârsa CISG m. 72 hükmünün uygulaması gündeme gelebilir; Atamer, **a.g.e.**, s. 347. Ayrıca bkz.: Torsello, **a.g.m.**, s. 58. Vadeye kadar sözleşmeye aykırılık giderilmemiş ve CISG m. 72 kapsamında sözleşmeden dönülmemişse satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının etkisi CISG m. 48 kapsamında değerlendirilecektir.

<sup>128</sup> Zeytin, **a.g.e.**, s. 172, 173.

<sup>129</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 48 N. 6; Zeytin, **a.g.e.**, s. 174.

<sup>130</sup> Makul olmayan gecikmenin somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiği hususunda bkz.: Atamer, **a.g.e.**, s. 348; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 66. Malların teslim edilmemesi durumunda, makul süre her hâlde ifade gecikmenin esaslı ihlal kabul edilebileceği an ile sınırlı olmalıdır (Aynı görüşte bkz.: Atamer, **a.g.e.**, s. 349.). Bu andan itibaren alıcı dilerse sözleşmeden dönebilecektir.

<sup>131</sup> CISG m. 48/I: "49. madde saklı kalmak üzere satıcı, yükümlülüklerinin ifasına ilişkin her türlü eksikliği, masrafları kendisine ait olmak üzere teslim tarihinden sonra da giderebilir; yeter ki bu, makul olmayan bir gecikmeye yol açmasın ve alıcı için, makul olmayan zahmete veya onun tarafından yapılan masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı konusunda bir tereddüde sebep olmasın. Ancak, alıcının bu Antlaşma uyarınca tazminat talep etmeye ilişkin her türlü hakkı saklıdır."



haklara başvuramayacaktır<sup>132</sup>. Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme faaliyetlerinin başarıya ulaşmaması durumunda, alıcının seçimlik haklara başvurması yine mümkündür. Belirtmek gerekir ki CISG m. 48/I çerçevesinde sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanan satıcı, alıcının onayı gerekmeksizin tamamen kendi inisiyatifi ile hareket etmektedir<sup>133</sup>. Fakat Antlaşma CISG m. 48/II hükmüyle, tereddütlü durumların açıklığa kavuşturulmasını sağlayacak şekilde satıcıya, sözleşmeye aykırılığı giderme niyetinde olduğunu alıcıya bildirme ve onun onayını sorma imkânı da tanımıştır<sup>134</sup>. Bu ihtimalde satıcı, sözleşmeye aykırılığı belirli bir süre içinde giderebileceğini belirtip alıcıdan, bu ifayı kabul edip etmeyeceğini açıklamasını ister<sup>135</sup>. Bu bildirim alıcıya ulaşmak ile hüküm ifade eder<sup>136</sup> ve alıcı makul bir süre içerisinde satıcının teklifini reddetmezse sözleşmeye aykırılığın giderilmesini kabul etmiş sayılır. Bu durumda alıcı, satıcının bildiriminde belirttiği süre içerisinde satıcının ifasıyla bağdaşmayan hukukî imkânlara başvuramaz. Doktrinde, CISG m. 48/I hükmünün şartları mevcut olmasa da CISG m. 48/II - IV hükümlerinin şartları gerçekleşirse satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir<sup>137</sup>. Alıcının makul sürede satıcının teklifini reddetmesi ihtimalinde ise sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının kullanılabilmesi, CISG m. 48/I hükmünün şartlarıyla mümkün olabilecektir<sup>138</sup>.

Bu çerçevede, satıcının CISG m. 48/I hükmü uyarınca sahip olduğu teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirmesi

---

<sup>132</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 47 N. 22; Atamer, **a.g.e.**, s. 349; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 66; Erkan, a.g.t., s. 46. Buna karşın, özellikle gecikmeden doğan zararlar noktasında alıcının tazminat talep etme hakkına hanel gelmemektedir (CISG m. 48/I.c. 2).

<sup>133</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 347; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 66; Erkan, a.g.t., s. 44.

<sup>134</sup> CISG m. 48/II: "*Satıcı, alıcıdan, ifayı kabul edip etmeyeceğini kendisine açıklamasını talep ederse ve alıcı makul bir süre içinde bu talebe cevap vermezse, satıcı, talebinde ifade ettiği süre içinde ifayı gerçekleştirebilir. Alıcı bu süre içinde, satıcının ifası ile bağdaşmayacak bir hukukî imkâna başvuramaz.*"

<sup>135</sup> Ayrıca bkz.: CISG m. 48/III: "*Satıcının belirli bir süre içinde ifa edeceğine ilişkin bildirimiminin, fıkra 2 uyarınca, alıcının kararını açıklamasına ilişkin bir talep içerdiği varsayılır.*"

<sup>136</sup> CISG m. 48/IV: "*Satıcının 2. veya 3. fıkra çerçevesindeki talep veya bildirimleri alıcıya ulaşmış olmadıkça hüküm doğurmaz.*"

<sup>137</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 47 N. 27; Atamer, **a.g.e.**, s. 351; Zeytin, **a.g.e.**, s. 176.

<sup>138</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 47 N. 27; Atamer, **a.g.e.**, s. 351, 352; Zeytin, **a.g.e.**, s. 177; Erkan, a.g.t., s. 46 dn. 150.

bakımından ne anlam ifade ettiği tartışmalı bir konudur<sup>139</sup>. CISG m. 48/I hükmü lafzen; "49. madde saklı kalmak üzere..." diyerek satıcının bu hakkını, esaslı ihlalin varlığı hâlinde sözleşmeden dönülmemiş olmasına bağlamıştır<sup>140</sup>. Bununla beraber, sözleşmeye aykırılığı giderme imkânının bulunmasının, esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınabileceği sıklıkla belirtilmektedir<sup>141</sup>. Bu yaklaşımın

---

<sup>139</sup> Fakat vade geçmiş olmasına rağmen satıcı henüz malları teslim etmemişse alıcının esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönebilmesi ile CISG m. 48/I kapsamında satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı arasında bir uyumsuzluk görünmemektedir. Satıcının vadede ifa etmemesi esaslı ihlale sebebiyet vermişse alıcı, satıcının daha sonra malları teslim etmesini beklemek zorunda kalmaksızın sözleşmeden dönebilecektir; *Inc. Atamer, a.g.e.*, s. 353. Satıcının ifada gecikmesinin derhal esaslı ihlal sonucuna yol açmadığı durumlarda ise malları teslim etmemenin hangi andan itibaren esaslı ihlal oluşturacağı önem kazanmaktadır. (Kararlaştırılan teslim tarihinden iki gün sonra teklif edilen ifa kabul edilseydi esaslı ihlal oluşmayacaktıysa bu teklifi haksız olarak reddeden alıcı esaslı ihlale bağlanan sonuçlara dayanamaz; bkz.: United States District Court for New Jersey, 04.04.2006, CISG-online no: 1216.). Zira satıcının sözleşmeye aykırılığı giderebileceği makul sürenin üst sınırı, ifada gecikmenin artık esaslı ihlal sayılabileceği an olacaktır. Bu andan itibaren esaslı ihlal olduğu kabul edilecek ve alıcı sözleşmeden dönme hakkı kazanacaktır. Ayrıca CISG m. 48/II kapsamında alıcı, açıkça veya sessiz kalarak satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme teklifini kabul ederse satıcının bu hakkı, alıcının sözleşmeden dönme hakkının zaten önüne geçmektedir. Bkz.: (Huber)/Mullis, *a.g.e.*, s. 221; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), *a.g.e.*, Art. 49 N. 17; Atamer, *a.g.e.*, s. 352 dn. 376; Yelkenci, *a.g.m.*, s. 1358.

<sup>140</sup> Treitel, *a.g.e.*, s. 373; Koch, *Fundamental Breach*, s. 323; Bridge, *a.g.m.*, s. 928; (Huber)/Mullis, *a.g.e.*, s. 219; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), *a.g.e.*, Art. 25 N. 49, (Huber), Art. 49, N. 18; Graffi, *a.g.m.*, s. 344; Leisinger, *a.g.e.*, s. 58. Antlaşma'nın bu tercihi doktrinde eleştirilebilmektedir; Serozan, *a.g.m.*, s. 212; Bridge, *a.g.m.*, s. 928. Hazırlık çalışmaları sırasında, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını alıcının sözleşmeden dönmemiş olmasına bağlayan bu ifadenin hükümden çıkarılması ve satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına öncelik tanınması yönünde ortaya konan görüşlere rağmen, söz konusu düzenlemenin bugünkü şekliyle kabul edildiği ortaya konmaktadır; *inc. Koch, Fundamental Breach*, s. 282 vd.; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), *a.g.e.*, Art. 49 N. 19; Atamer, *a.g.e.*, s. 352. PICC'da ise bu konuda tam tersi bir yaklaşım kabul edilerek satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı, alıcının sözleşmeden dönme hakkına göre öncelikli kabul edilmiştir (PICC Art. 7.1.4/II); Bridge, *a.g.m.*, s. 928; Atamer, *a.g.e.*, s. 352 dn. 377.

<sup>141</sup> Treitel, *a.g.e.*, s. 373; Ziegel, *a.g.m.*, s. 23; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), *a.g.e.*, Art. 25 N. 47, 48, (Müller-Chen), Art. 46 N. 26; Serozan, *a.g.m.*, s. 212; Ferrari, *Fundamental Breach*, s. 502; Ferrari/Flechtner/Brand/(Magnus), *a.g.e.*, s. 323: "...confronting us with a potentially little vicious circle: no right to cure if the breach is fundamental, but no fundamental breach if the defect is curable.", (Garro), s. 366; (Huber)/Mullis, *a.g.e.*, s. 222, 223; Bernstein/Lookofsky, *a.g.e.*, s. 129; **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.4; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), *a.g.e.*, Art. 49 N. 15 - 26, 36; Huber, *Alıcının Hakları*, s. 281, 282; Schlechtriem/Butler, *a.g.e.*, s. 101; Atamer, *a.g.e.*, s. 379; Singh/Leisinger, *a.g.m.*, s. 185, 186; Leisinger, *a.g.e.*, s. 58 vd.; Kaşak, *a.g.m.*, s. 349. *Karş. Bianca/Bonell/(Will)*, *a.g.e.*, Art. 48 N. 3.2 - 3.2.2; Mullis, *a.g.m.*, s. 343, 344; Graffi, *a.g.m.*, s. 344, 345. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900; Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-online no: 1729; Landgericht München, 29.11.2005, CISG-online no: 1567 (Kararda, esaslı ihlal olduğu yönünde hüküm kurulurken teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığın makul bir zamanda ve makul bir çaba ile giderilemeyeceği de göz önünde tutulmuştur.); Hof van Beroep Gent, 10.05.2004, CISG-online no: 991 (Kararda, sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen folyo konusunda alıcının birçok şikayetine rağmen satıcının, CISG m. 48/I kapsamında sözleşmeye aykırılığı gidermediği ve kendi gözünde malların sözleşmeye tamamen uygun olduğunu alıcıya bildirdiği saptanmıştır. Birlikte raporunda ise folyonun kullanılırken yırtıldığı ve alıcının müşteri kaybına uğradığı tespit edilmiştir. Mahkeme, bu rapordan esaslı ihlalin olduğu neticesine varmıştır.); Gerechtshof's Gravenhage, 23.04.2003, CISG-online no: 903 (Kararda, esaslı ihlalin

kabul edilmesiyle acaba esaslı ihlale sebep olabilecek nitelikte bir sözleşme ihlali, eğer sözleşmeye aykırılığın giderilme imkânı var ise esaslı olmayan bir ihlal olarak mı görülecektir<sup>142</sup>? Örneğin, ayıplı teslim edilmiş olan mallardaki bu ayıbın giderilme olanağının bulunması, ayıbın giderilme çabasının boşa çıkması anına kadar sözleşme ihlalinin esaslı olarak görülmesini engelleyebilecek midir<sup>143</sup>? Hatta maldaki ayıbın tamamen giderilememesi; ancak esaslı ihlale sebep olmaktan uzak bir hâle getirilmesi durumunda da esaslı ihlalin oluşumunun engellenebileceği kabul edilebilmektedir<sup>144</sup>.

Bu bağlamda sıklıkla başvurulana izaha göre, satıcının malları onarması veya ikame mal teslim etmesi makul bir süre içerisinde gerçekleştirilebilecekse ve bu durum alıcı için başka bir makul olmayan elverişsizliğe yol açmayacaksa esaslı ihlal oluşmaz. Esaslı ihlal ancak, sözleşmeye aykırılığı giderme olanağının kullanılabilmesi makul sürenin sona ermesi durumunda veya bu andan önce, gerekli faaliyetlerin yerine getirileceği beklentisinin karşılanamayacağı anlaşılması durumunda oluşabilir<sup>145</sup>. Benzer bir izaha göre ise mallardaki sözleşmeye aykırılık

---

oluştugu yönünde hüküm kurulurken teslim edilen mallardaki ayıbın giderilemez olması da nazara alınmıştır.); Handelsgericht Aargau, 05.11.2002, CISG-online no: 715 (Kararda, teslim edilen mallardaki ayıbın objektif ağırlığının yanı sıra, bu ayıbın onarım veya ikame mal teslimi ile giderilebilmesinin de belirleyici olduğu kabul edilmiştir.); Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online no: 709 (Kararda, esaslı ihlal değerlendirmesinde, teslim edilen mallardaki ayıbın ağırlığının yanı sıra, alıcı bakımından kabul edilemez bir gecikmeye ve külfete sebep olmadıkça satıcının bu ayıbı gidermeye hazır olma durumunun da önemli olduğu ifade edilmiştir.); Landgericht München, 27.02.2002, CISG-online no: 654 (Kararda, esaslı ihlal oluşmadığı yönünde hüküm verilirken diğer gerekçelerin yanı sıra, sözleşmeye aykırılığın giderilebilir olduğuna da değinilmiştir.); Oberlandesgericht Koblenz, 31.01.1997, CISG-online no: 256 (Olayda Mahkeme, esaslı ihlal değerlendirmesinde yalnızca ayıbın ciddiyetinin belirleyici olmadığını, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme konusunda sahip olduğu imkân ve isteğin de alıcı için makul olmayan bir gecikmeye veya elverişsizliğe yol açmaması koşuluyla gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, bu şartların sağlanması hâlinde teslim edilen mallardaki ciddi bir ayıbın dahi esaslı ihlal olarak görülmeyebileceğini belirtmiştir.). Sözleşmeye aykırılığın düzeltilebilir olmasının etkisiyle esaslı ihlalin oluşmadığı yönünde ayrıca bkz.: Cour d'Appel de Grenoble, 26.04.1995, CISG-online no: 154; ICC International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-online no: 834; Handelsgericht Zürich, 26.04.1995, CISG-online no: 248.

<sup>142</sup> *Inc. Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 50; *Bridge*, **a.g.m.**, s. 928; *Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro)*, **a.g.e.**, s. 366; *Singh/Leisinger*, **a.g.m.**, s. 176. Handelsgericht Aargau tarafından verilen 05.11.2002 tarihli kararda, objektif olarak esaslı bir ayıbın varlığına rağmen satıcının sonradan sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına öncelik tanınması gerektiği belirtilmiştir. Bkz.: Handelsgericht Aargau, 05.11.2002, CISG-online no: 715.

<sup>143</sup> *Inc. Bridge*, **a.g.m.**, s. 928.

<sup>144</sup> *Inc. Bridge*, **a.g.m.**, s. 928, 929; *Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber)*, **a.g.e.**, Art. 49 N. 24.

<sup>145</sup> *Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 48. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgericht, 18.05.2009, CISG-online no: 1900 (Kararda, sözleşmeye aykırılığın giderilmesi adına

giderilebilir durumda olup da (sözleşmeye uygun) malların teslim edilme zamanının ihlal edilmesi de esaslı ihlal yol açmayacak ise esaslı ihlal, mallardaki sözleşmeye aykırılığın giderilememesi hâlinde oluşabilir<sup>146</sup>. Nitekim *Ferrari*, kolay ve hızlı bir tamir olanağının, bu yöndeki istekle birlikte esaslı ihlalin oluşumunu önleyeceği görüşündedir<sup>147</sup>. Bununla birlikte, alıcının derhal sözleşmeden dönme konusunda

---

satıcı tarafından gerçekleştirilen birçok denemenin, sözleşmeye aykırılığın makul bir sürede giderilemeyeceğine işaret ettiği belirtilmiştir.); Tribunale di Forli, 11.12.2008, CISG-online no: 1729 (Olayda satıcı teslim ettiği ayakkabılardaki sözleşmeye aykırılığı gidermek adına yalnızca başka bir koleksiyondan ayakkabıları teslim etmeyi önermiştir. Mahkeme bu durumda, alıcının makul olmayan bir elverişsizliğe uğramadan sözleşmeye aykırılığın giderilmesi mümkün olmadığından, esaslı ihlalin oluştuğuna karar vermiştir.); Landgericht München, 29.11.2005, CISG-online no: 1567 (Kararda, esaslı ihlal olduğu yönünde hüküm kurulurken teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığın makul bir zamanda ve makul bir çaba ile giderilemeyeceği göz önünde tutulmuştur.); Handelsgericht Aargau, 05.11.2002, CISG-online no: 715; Oberlandesgericht Köln, 14.10.2002, CISG-online no: 709 (Kararda birden çok sebeple alıcının, ayıbı giderme konusundaki satıcının isteğini kabul etmek zorunda olmadığı belirtilmiştir. Bu isteğin teslim edilen malların bir kısmına ilişkin olması; mallarda birçok ayıp bulunması; satıcının beyanı nedeniyle, pazarlanabilir nitelikte malların kısa sürede elde edilebileceğinin belirsiz olması ve satışın yapıldığı tarih bakımından, ilgili malların yüksek fiyatla satılan yaz sezonu moda ürünleri olması bu hususta dikkate alınmıştır.); Oberlandesgericht Koblenz, 31.01.1997, CISG-online no: 256. Benzer şekilde, satıcı tarafından reddedilmedikçe veya başarısızlık ile sonuçlanmadıkça, CISG m. 48/I hükmüne uygun olarak düzeltilebilecek bir sözleşme ihlalinin, esaslı ihlale sebebiyet vermeyeceği görüşünde bkz.: (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 223; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 20. Yine, satıcı sözleşmeye aykırılığı gerçekten masrafların satıcı tarafından karşılanmayacağı hususunda bir belirsizliğe yol açmayacaksa esaslı ihlalin oluşmayacağı görüşünde bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 60. Bunun da ötesinde, sözleşmeye aykırılığın bazı durumlarda alıcı veya onun görevlendirdiği bir üçüncü şahıs tarafından giderilmesinin beklenebileceği de doktrinde ifade edilmektedir. Buna göre, sözleşmeye aykırılığın giderilmesinin makul olmayan bir zorluğa ya da gecikmeye yol açmaması ve ayrıca satıcı dışında bir şahıs tarafından da başarılabilmesi gerekmektedir. Alıcının sözleşmeye uygun belgeleri kendisinin temin edebilmesi (Bkz.: Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135) ve sözleşme konusu malların kararlaştırılan miktardan az teslim edilmesi hâlinde, eksik miktarın yine alıcı tarafından temin edilebilme imkânının olması (Bkz.: Landgericht Heidelberg, 03.07.1992, CISG-online no: 38) bu konuda örnek gösterilmektedir. Bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 78, 79. Son yazar ile benzer yönde bkz.: **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.5; Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 46 N. 25. *Kanımızca*, sözleşmeye aykırılığın alıcı tarafından giderilmesi; her hâlde dürüstlük kuralına uygun düşmesi şartıyla, satıcı tarafından temelde alıcının menfaatlerini gerçekleştirmeye uygun malların teslim edildiği durumlarda, düzeltilmemeleri hâlinde bu menfaatin gerçekleşmesini engelleyebilecek nitelikte olan ifadaki daha önemsiz sözleşmeye aykırılıklar bakımından beklenebilir. Böyle bir durumda alıcı, sözleşmeyi sona erdirmek niyetindeyse aslında esaslı ihlali haklı kılan bir olumsuzluğun mevcut olmadığı savunulabilecektir.

<sup>146</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3.4. Keza sözleşmeye aykırılığın düzeltilebilmesi adına mallardaki ayıbın giderilmesi veya ikame mal teslim edilmesi gibi imkânlar bulunuyorsa bunlar için gerekli olan zaman alıcının menfaatlerini elde etmesine mâni olmadıkça esaslı ihlalin oluşmayacağı görüşünde bkz.: Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 366.

<sup>147</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 502 (Yazara göre, sözleşmeye aykırılığın ancak makul olmayan uzunlukta bir zamanla veya aşırı bir çaba ile giderilebilecek olması, esaslı ihlale sebebiyet verir.). Aynı yönde *Bernstein/Lookofsky*, sözleşmeye aykırılık hızlı şekilde ve alıcı için büyük bir elverişsizlik oluşturmaksızın giderilebilecekse bu hususta kendisine makul bir şans verilen satıcı başarısız olmadıkça sözleşmeye aykırılığın esaslı sayılmaması gerektiği görüşündedir; *Bernstein/Lookofsky*, **a.g.e.**, s. 129.

özel ve haklı bir menfaati var ise sözleşme ihlalinin düzeltilebilir olmasına bakılmaksızın esaslı ihlalin oluşacağı da ifade edilebilmektedir<sup>148</sup>. Bu bağlamda, satıcının ihlali sebebiyle taraflar arasındaki güven ilişkisinin bozulması, ifa tarihinin sözleşmenin önemli bir unsuru olması ve sözleşme gereği satım konusu malın sözleşmeye tam olarak uygunluğunun önemli olması, alıcının derhal sözleşmeden dönmekte haklı olduğu durumlara örnek olarak gösterilmektedir<sup>149</sup>. *Schlechtriem/Butler*, ayıp giderilebilir olsa bile bunun derhal gerçekleştirilememesi hâlinde, alıcının müşterilerine belirli bir tarihte ifa etme zorunluluğu gibi sebeplerle teslim tarihi önemli ise ve mallar başka bir amaçla kullanılamayacaksa esaslı ihlalin oluşacağı görüşündedir<sup>150</sup>. Son olarak *Magnus* tarafında yapılan açıklamalara göre<sup>151</sup>, teslim edilen mallar ciddi derecede ayıplı olsa dahi bu ayıp kısa bir süre içerisinde ve kolaylıkla giderilebilecek durumda ise satıcının sözleşmeyi ifa etmek hususunda ikinci bir şansa sahip olması gerekir; meğer ki, alıcının sözleşme konusu mallara özellikle belirli bir zamanda ihtiyaç duyması veya artık satıcıya güvenememesi gibi sebeplerle alıcının özel menfaatleri aksi bir sonuca işaret etsin.

Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı konusunda kanaatimizi belirtmeden evvel ifade etmemiz gerekir ki sözleşmeye uygun olmayan mal teslim edilmesi durumunda, mallardaki bu ayıbın giderilemeyecek olması kendiliğinden esaslı ihlal sonucunu doğurmaz<sup>152</sup>. Bu noktada da esaslı ihlale karar verilebilmesi

---

<sup>148</sup> *Inc.* (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 223; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 49, (Huber), Art. 49 N. 20; Huber, **Alıcının Hakları**, s. 282; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 67, 68. Bu savın sistematik olarak sebep sonuç ilişkisini tersine döndürdüğü ortadadır. Zira sözleşmeden dönebilmek için ihlalin esaslı olması gerekir. Esaslı ihlalin oluşup oluşmadığı hususunda sözleşmeden dönme hakkının herhangi bir belirleyici özelliği yoktur. Aksine sözleşme ihlalinin esaslı olup olmadığı sözleşmeden dönme hakkı üzerinde belirleyicidir. Esasen buradaki meselenin izahı aşağıda görüleceği üzere, olumsuzluk kıstasının yorumlanmasıyla ilgilidir.

<sup>149</sup> Bkz.: (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 223, 224; Kröll/Mistel/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 21-23; Huber, **Alıcının Hakları**, s. 282. Yine kesin vadeli işlemlerde vadenin geçtiği veya satıcının davranışları sebebiyle taraflar arasındaki güvenin kaybolduğu durumlarda, ciddi bir ayıbın esaslı ihlal için yeterli olacağı görüşünde bkz.: *Schlechtriem/Schwenzer*/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 46 N. 30, 32.

<sup>150</sup> *Schlechtriem/Butler*, **a.g.e.**, s. 101, 102.

<sup>151</sup> *Ferrari/Flechtner/Brand*/(Magnus), **a.g.e.**, s. 323, 324.

<sup>152</sup> *Schlechtriem/Schwenzer*/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 48, 50, (Müller-Chen), Art. 46 N. 30 dn. 68; *Bridge*, **a.g.m.**, s. 922; *Ferrari/Flechtner/Brand*/(Garro), **a.g.e.**, s. 366; *Lubbe*, **a.g.m.**, s. 461 dn. 101; *Atamer*, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 250 dn. 130; *Paiva*, **a.g.m.**, § 5.2.4.2.2, 5.2.4.9. İçtihatlarda bu yönde bkz.: *Kantonsgericht Zug*, 30.08.2007, CISG-online no: 1722; *Bundesgerichtshof*, 03.04.1996, CISG-online no: 135. Bu bakımdan Tribunale di Forlì tarafından verilen 11.12.2008 tarihli kararda; sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi hâlinde, sözleşmeye aykırılığın satıcı tarafından tamamen

için CISG m. 25 hükmünde belirlenen tüm kıstasların karşılanması gerektiği hususunda şüphe yoktur. Ayrıca, teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılık esaslı ihlal sonucuna yol açmamış ise alıcı, yalnız ek süre tanımak yolu ile sözleşmenin esaslı ihlalinin oluşumunu sağlayamaz<sup>153</sup>.

Anlaşma'nın hazırlık çalışmaları kapsamında, esaslı ihlal düzenlemesine; sözleşmeye aykırılığı gidermeye yönelik teklifin de eklenmesi önerisi, bu yönde bir değişiklik gereksiz bulunarak reddedilmişti<sup>154</sup>. Hazırlık çalışmalarındaki bu gelişmeden, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirmesinde sahip olduğu etki, nihai olarak anlaşılammaktadır. 1978 tarihli Antlaşma Taslağı'na ilişkin Şerh'de ise bugünkü CISG m. 48 hükmünün karşılığı olan 44. maddeye ilişkin açıklama yapılırken bazı durumlarda, sözleşmeye uygun işlev görmeyen malların esaslı ihlal oluşturabilmesinin ancak, uygun bir sürede bu sözleşmeye aykırılığın giderilmemesi durumunda söz konusu olabileceği tespit edilmiştir<sup>155</sup>. Bu tespitin zaman zaman gündeme gelebilecek bir sonuca işaret ettiği; fakat esaslı ihlal değerlendirmesinde sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının etkisini yeterince açıklamadığı ortadadır. Nitekim, doktrinde ve içtihatlarda ortaya konan görüşler incelendiğinde, sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirmesini etkileyebileceği çoğunlukla vurgulanmakla birlikte, bu iki normun etkileşiminin yeterince somut ortaya konmadığı ve bazı sistematik olarak aksayan açıklamalara başvurulduğu anlaşılmaktadır. *Kanımızca*, satıcının sözleşmeye

---

veya makul bir sürede giderilemeyecek olması durumunda ya da mallardaki bu uygunsuzluğun ancak alıcı için ciddi bir elverişsizliğe yol açacak şekilde giderilebilecek olması durumunda, her zaman esaslı ihlalin oluşacağı şeklindeki görüş isabetli değildir. Bkz.: Tribunale di Forlì, 11.12.2008, CISG-online no: 1729.

<sup>153</sup> Bu yönde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 48, 49, (Müller-Chen), Art. 49 N. 7; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 366 ve orada dn. 18; Atamer, **a.g.e.**, s. 336; Kaşak, **a.g.m.**, s. 349, 350. Bununla beraber, ek süre tanımak yoluyla, sözleşmeye aykırılığı gidermesi hususunda satıcıya bir şans tanındığının gösterilebileceği belirtilmektedir. Bkz.: (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 228; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 36. Benzer yönde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 46 N. 27, Art. 49 N. 16. Gerçekten de ek süre tanımının esaslı ihlal üzerindeki etkisi incelenirken belirtildiği üzere (Bkz.: yuk. II. E.), ek süre geçmiş olmasına rağmen sözleşmeye aykırılığın giderilememiş olması, bunun gereğinin yapılamayacağı intibamı haklı olarak uyandırıyor bu durum esaslı ihlal değerlendirmesine etki edebilecektir. Fakat her hâlde, sözleşmeye aykırılık sebebiyle uğranan olumsuzluğun esaslı ihlali haklı kılması gerekir. Dolayısıyla, sözleşmeye aykırılık giderilmezse maruz kalınacak fiili olumsuzluğun esaslı ihlali haklı kılması gerekir.

<sup>154</sup> Bkz.: yuk. I. F. 3. b.

<sup>155</sup> Bkz.: **Official Records**, s. 40.

aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirmesinde sahip olduğu etki de CISG m. 25 hükmünde öngörülen kıstaslar ile değerlendirilebilecek durumdadır. Sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı özellikle, ihlal neticesinde CISG m. 25 hükmünün aradığı kapsamda bir olumsuzluğun derhal gerçekleşmediği; fakat ileride gerçekleşmesinin beklendiği durumlarda, satıcı tarafından bu sonucun önlenmesini sağlayabilecektir. Olumsuzluk kıstası incelenirken belirtmiş olduğumuz üzere<sup>156</sup>, sözleşme ihlaline maruz kalan taraf, fiilen ileride ortaya çıkacağı objektif olarak görülebilen olumsuzlukları ispat ederek de esaslı ihlale dayanabilmektedir. Tam da bu noktada satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı, bu yönde adımlar atılmaz ise gerçekleşmesi beklenen olumsuzluğa mâni olmak hususunda işlev görebilecektir. Dolayısıyla sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi hâlinde alıcı, ileride gerçekleşmesi beklenen olumsuzluklara binaen esaslı ihlale dayanmak istiyorsa mallardaki sözleşmeye aykırılığın giderilemeyecek olduğunu veya satıcının bu yönde bir niyet ya da kabiliyet sahibi olmadığını<sup>157</sup> veya satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanmasının bu hakkın kullanımının şartları uyarınca zaten uygun olmadığını ispatlamak zorunda kalacaktır<sup>158</sup>. Aksi takdirde, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme konusunda sahip

---

<sup>156</sup> Bkz.: yuk. II. A. 3. b.

<sup>157</sup> Sözleşmeye aykırılığın giderilmesinin satıcı tarafından açıkça reddedilmesi hâlinde veya alıcının bu yöndeki sorgusuna satıcının cevap vermemesi durumunda, alıcının beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebileceği yönünde bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 76, 77. Son yazar ayrıca, teslim edilen mallardaki ayıbın makul sayıda denemenin ardından giderilememesi durumunda da aynı sonucu kabul etmekte ve bu anlamda makul sayıda denemenin olayın özelliklerine göre değişebileceğini belirtmekle birlikte, yaklaşık üç denemenin mümkün kabul edilebileceğini zikretmektedir; Leisinger, **a.g.e.**, s. 77. *Kanımızca*, teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığın, esaslı ihlalin oluşumunu önleyebilecek süre içerisinde ve buna uygun şekilde satıcı tarafından giderilemeyeceği alıcı tarafından ispatlanabiliyorsa (örneğin, teslim edilen mallardaki ayıbın onarım ile giderilebilmesinin mümkün olmaması ve satıcının ikame malları alıcının ülkesine artık hukuken ihraç edememesi durumu) veya satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi aynı zamanda alıcı açısından, sözleşmeye aykırılığın giderileceği hususunda da haklı görülebilir bir güven kaybına sebep oluyorsa alıcı, satıcının belli sayıda girişimini beklemek zorunda olmaksızın esaslı ihale dayanabilmelidir.

<sup>158</sup> Bilindiği üzere sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi hâlinde alıcının ihbar külfeti bulunmaktadır (CISG m. 39). Bu ihbarın ardından satıcının sahip olduğu tavır, sözleşmeye aykırılığı giderme konusundaki niyet ve olanağı bakımından belirleyici olacaktır. Satıcının bu durumda sessiz kalması, sözleşmeye aykırılığın giderilmeyeceği hususunda alıcıda oluşabilecek bir kanaati haklı gösteririr. Bununla beraber alıcı sözleşmeden dönmeden önce satıcının tutumunu makul bir süre (her hâlde CISG m. 48/I uyarınca saptanacak makul süre kadar) beklemelidir. Zira böyle bir hâlde tarafların karşılıklı işbirliği içerisinde bulunması gerekir. Alıcı böyle bir süre beklemeyen sözleşmeden dönerse olayın özelliğine göre, sözleşme ihlalinin zaten CISG m. 25'de aranan kapsamda olumsuzluğa doğrudan yol açıp açmadığı ve böyle bir olumsuzluğun ancak ileride doğması bekleniyorsa satıcının CISG m. 48/I'e başvurmak imkân ve kabiliyetinin bulunup bulunmadığı belirleyici olacaktır. Ayrıca *inc. Atamer, a.g.e.*, s. 355.

olduğu niyet ve imkân, geleceğe yönelik olumsuzlukların objektif olarak görülebilmesini engelleyecektir. Fakat alıcı, belirtilen ispat yükünü yerine getirebilecek durumdaysa ileride gerçekleşmesi beklenen olumsuzluklara binaen de esaslı ihlale dayanabilecektir. Dolayısıyla, alıcı esaslı ihlale dayanabilme pozisyonu kazandığı andan itibaren, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı alıcının sözleşmeden dönebilmesini engellemeyecektir. Bu bakımdan, CISG m. 25 hükmü kapsamında özellikle "olumsuzluk" kıstasının özelliklerinin nazara alınmasıyla, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirmesinde sahip olduğu etki, tatmin edici sonuçlarla açıklanabilecektir. Hemen burada önemle ifade etme ihtiyacı hissettiğimiz husus şudur ki satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı, esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınacak kıstaslardan biri olmamaktadır<sup>159</sup>. Hükümdeki kıstaslar karşılandıktan sonra, sözleşmeye aykırılığı gidermek hususunda satıcıya imkân tanınmaması, ihlalin esaslı olarak değerlendirilmesine engel olmaz<sup>160</sup>. Fakat bu hak, alıcı henüz esaslı ihlale dayanabilme pozisyonu kazanmadan önce - ki bu değerlendirme CISG m. 25 hükmünün kendi kıstasları içerisinde yapılacaktır - satıcıya, esaslı ihlalin kıstaslarının karşılanmasını engelleme imkânı vermektedir. Dolayısıyla, esaslı ihlalin kıstaslarını etkileyen bir özelliğe sahiptir. Diğer bir söylemle satıcı, sözleşmeye aykırılığı giderme imkânını kullanmazsa esaslı addedilebilecek bir ihlalin bu kategoriye yükselmesini, sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırarak önleyebilir<sup>161</sup>.

Bilindiği üzere, esaslı ihlalin oluşabilmesi için - alıcının - sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalmasına sebebiyet veren bir

---

<sup>159</sup> *Inc. Bianca/Bonell/(Will)*, **a.g.e.**, Art. 48 N. 3.2 - 3.2.2; Koch, **Fundamental Breach**, s. 325; Paiva, **a.g.m.**, § 5.2.4.2.1. Fakat *karş.* Koch, **Fundamental Breach**, s. 339 - 344, 347: Yazar, bu bağlamda sözleşmeden dönme ile ikame mal tesliminin istenmesi bakımından bir ayrıma gitmekte ve ikame mal tesliminin istenmesi durumunda, sözleşmeye aykırılığı giderme teklifinin esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınabileceğini dürüstlük kuralı vasıtasıyla savunmaktadır. Diğer taraftan ise yazara göre, sözleşmeden dönmek isteyen alıcı karşısında, sözleşmeye aykırılığı giderme teklifinin esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınmasının dürüstlük kuralının bir gereği olduğu yaklaşımı kabul edilemez. *Kanımızca*, esaslı ihlal değerlendirmesinin kendisine bağlanan tüm sonuçlar bakımından aynı kıstaslarla ele alınması gerekir. Nitekim esaslı ihlal doktrininin ikame mal teslimine, sözleşmeden dönme ile aynı şekilde uygulandığı yönünde bkz.: Huber, **Structure of Remedies**, s. 28. Ayrıca esaslı ihlal değerlendirmesinde PICC Art. 7.1.4/I düzenlemesinin dikkate alınabileceğinin ifade edilmesi (Bkz.: Koch, **Unidroit Principles and CISG m. 25**, s. 132, 133.), *kanımızca* şüpheli bir yaklaşımdır.

<sup>160</sup> *Inc. Liu*, **a.g.m.**, § 5.3 (d).

<sup>161</sup> Bkz.: ve *karş.* Treitel, **a.g.e.**, s. 373.



olumsuzluğa uğraması gerekmektedir. Evleviyetle ifade etmemiz gerekir ki bir defa böyle bir olumsuzluk fiilen oluştuktan ve CISG m. 25 hükmünde öngörülen diğer kıstaslar da karşılandıktan sonra, salt satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına sahip olması, esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından sonucu değiştirici bir etkiye sahip olamaz<sup>162</sup>. Zira gerçekleşen sözleşme ihlali ile birlikte, esaslı ihlal için aranan

---

<sup>162</sup> *Inc. Bianca/Bonell/(Will)*, **a.g.e.**, Art. 48 N. 3.2 - 3.2.2; Koch, **Fundamental Breach**, s. 323 vd.; Atamer, **a.g.e.**, s. 354; Paiva, **a.g.m.**, § 5.2.4.2.1. Çoğunlukla, alıcının esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden döndüğünü beyan ettiği durumlarda satıcı, kendisinin esasen mallardaki sözleşmeye aykırılığı giderecek olduğunu; fakat buna rağmen alıcının sözleşmeden döndüğünü beyan edebilecektir. Bu sebeple, CISG m. 25 hükmünün aradığı anlamda bir olumsuzluk gerçekleştikten sonra, sözleşmenin esaslı ihlalinin o anda olduğu kabul edilmelidir. Bir defa sözleşmenin esaslı ihlali oluştuktan sonra ise *sırf* satıcının mallardaki ayıbı gidermeyi veya ikame mal teslim etmeyi önermesi sebebiyle esaslı ihlal sonucunun ortadan kalktığını savunmak güçtür. Zira bu yönde bir teklife rağmen, alıcının maruz kaldığı önemli ölçüde olumsuzluk hâlen devam etmektedir. Ayrıca esaslı ihlal oluştuktan sonra, satıcı mallardaki sözleşmeye aykırılıkları gidermeyi teklif etmeden önce alıcının sözleşmeden dönme hakkına başvururup başvuramayacağına ilişkin zamansal bir karmaşa ortaya çıkabilecektir. Yine satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme faaliyetlerinin boşa çıkması hâlinde, esaslı ihlal sonucunu bu defa yeniden canlandırmak gibi dolambaçlı neticeler oluşması da mümkündür. Bu hususlar bakımından ayrıca *inc. ve karşı. Bianca/Bonell/(Will)*, **a.g.e.**, Art. 48 N. 3.2 - 3.2.2; Mullis, **a.g.m.**, s. 343, 344; Koch, **Fundamental Breach**, s. 324, 325. Fakat *karşı. Koch, Unidroit Principles and CISG m. 25*, s. 132, 133. Bu bakımdan *Ziegel* tarafından zikredilen görüşe katılmıyoruz. Yazara göre, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme teklifi esaslı ihlal değerlendirmesinde dikkate alınabilir; fakat bu teklif, alıcı sözleşmeden dönmeden önce yapılmalıdır. Satıcının bu olanağını ortadan kaldırmak için hızla sözleşmeden dönen alıcının ise dürüstlük kuralına aykırı hareket ettiği sonucuna varılabilir. Bkz.: *Ziegel, a.g.m.*, s. 23. *Kanımızca*, sözleşmeden dönmek isteyen alıcı ile sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanmak isteyen satıcı arasında zamansal bir rekabet yaşanmamalıdır. Eğer esaslı ihlal oluşmuşsa CISG m. 48/I'in lafzına uygun olarak alıcı, satıcının teklifiyle bağlı kalmaksızın sözleşmeden dönebilecektir. Keza satıcının teklifi, alıcı tarafından uğranan ve esaslı ihlali haklı kılan olumsuzluğu ortadan kaldıran bir mahiyette de değildir. Ayrıca satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı ile alıcının sözleşmeden dönme hakkına ilişkin Antlaşma'nın hazırlık çalışmalarının, esaslı ihlal değerlendirmesinin CISG m. 48/I kapsamında satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme teklifi ışığında yapılmasını dışladığı yönünde bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 295. Bununla beraber *Koch*, sözleşmeden dönme bakımından esaslı ihlal değerlendirmesinin, CISG m. 48/I hükmü kapsamında sözleşmeye aykırılığı giderme teklifi ışığında yapılmasının bu hükmün lafzı ve hazırlık çalışmaları bağlamında dışlandığını; fakat ifadaki ayıbın giderilebilir olması durumunda, alıcının bu ayıbı kendisinin gidermesi veya bir üçüncü kişiye bunu yaptırması ve akabinde tazminat istemesi yaklaşımının lafzen ve hazırlık çalışmaları kapsamında dışlanmadığını savunmaktadır; bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 295, 296, 332, 333, 344. Oysa sözleşmeye aykırılık giderilebilir durumda olup da satıcının da bu yönde bir teklifi var iken buna üstünlük tanımayıp *sırf* ayıbın giderilebilir olması sebebiyle alıcının bunu kendi olanaklarıyla yerine getirebilmesine esaslı ihlal neticesini değiştirecek şekilde sonuç bağlamak şüphelidir. İfa tarihi geldiğinde satıcının ayıplı mal teslim etmiş olması, alıcının sözleşmedeki menfaatini önemli ölçüde kaybetmesine sebep olmuyorsa alıcı onarım ve tazminat olanaklarını devreye sokabilecektir. Fakat CISG m. 25 hükmünün kıstasları sağlandıktan sonra, ayıbın giderilebilir olması esaslı ihlal neticesini değiştiremeyecektir. Nitekim esaslı ihlal değerlendirmesinde, sözleşme ihlalinin objektif olarak giderilebilir olup olmadığının tesirsizliği yönünde bkz.: Bundesgericht, 15.09.2000, CISG-online no: 770. Fakat bu durum, temelde sözleşmedeki menfaatini gerçekleştirilmeye uygun malları teslim almış olan alıcının, daha önemsiz sözleşmeye aykırılıkları gidermesinin dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenebileceği ve bu bakımdan, aslında esaslı ihlali haklı kılan bir olumsuzluğun mevcut bulunmadığı hâllerle karıştırılmamalıdır.

kapsamda bir olumsuzluk artık fiilen oluşmuş durumdadır<sup>163</sup>. Örneğin, satıcının ayıplı mal teslim etmesi sebebiyle kendi müşterisi ile yaptığı satım sözleşmesini ifa edemeyen alıcının durumu böyledir. Zira satıcının sözleşmeyi ihlal etmesi, doğrudan alıcının sözleşme uyarınca beklediği şeyden önemli ölçüde yoksun kalmasına sebebiyet vermiştir<sup>164</sup>. Bu andan itibaren alıcının sözleşmeye uygun mallara kavuşabilmesi esasen sözleşme uyarınca beklediği menfaati gerçekleştirmeye hizmet edemeyecektir. Dolayısıyla alıcının sözleşmeye uygun malları özellikle ifa tarihinde elde etmesinin kendisi için taşıdığı anlam önem kazanmaktadır<sup>165</sup>. Yine satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesinin yanı sıra, bu sözleşmeye aykırılığın giderilebileceği yönündeki güvenin yitirilmesi de söz konusu oluyorsa ihlal esaslıdır<sup>166</sup>. Bu bakımdan, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının, esaslı ihlale karar verilmesini önleyebilecek bir yapıya sahip olduğunu ifade etmek her zaman mümkün değildir<sup>167</sup>. Dolayısıyla, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının, esaslı ihlal üzerinde mutlak bir üstünlüğünü kabul etmek imkânı bulunmamaktadır<sup>168</sup>.

Esaslı ihlal oluştuktan sonra satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının, alıcının sözleşmeden dönmesine mâni olup olamayacağı ise aslında esaslı ihlal değerlendirmesi ile ilgili bir konu değildir. Buradaki mesele, esaslı ihlal gündeme

---

<sup>163</sup> Ayıplı malların teslim edilmesi nedeniyle sözleşmenin esaslı ihlali oluştuktan sonra, alıcının satıcıya ek süre tanınması da gerekmemektedir. Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 49; Oberlandesgericht Koblenz, 21.11.2007, CISG-online no: 1733.

<sup>164</sup> Alıcının kendi müşterisi ile olan sözleşmesindeki vadenin daha ileri bir tarih olması durumunda, aşağıda ele aldığımız kapsamda satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı etki kazanabilir.

<sup>165</sup> **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.4; Graffi, **a.g.m.**, s. 344.

<sup>166</sup> **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.4; Atamer, **a.g.e.**, s. 354; Leisinger, **a.g.e.**, s. 77. Landgericht Heilbronn, sözleşmeye aykırı olarak teslim edilen malın geliştirilme çabasına daha fazla izin vermeyen alıcının buna hakkı olduğuna karar verirken daha önce belirlenen yöntemden farklı bir çaba ile başarı sağlanabileceğine ilişkin kuşku, dokuz ay boyunca devam eden çalışmalarda başarı sağlanamamış olmasını ve ayrıca satıcı tarafından tazminat yükümlülüğüne ilişkin kesin bir açıklama yapılmamasını dikkate almıştır. Bkz.: Landgericht Heilbronn, 15.09.1997, CISG-online no: 562. Oberster Gerichtshof, sözleşmeye aykırı olarak sahte mal teslim edilmesi karşısında, ikame mal tesliminin alıcı için kabul edilemez olduğunu belirtmiştir. Zira satıcının mallarını tekrar müşterilerine sunan alıcı için sahte malların tekrar satışta olması hâlinde, itibar kaybına uğrama riski bulunmaktadır. Bkz.: Oberster Gerichtshof, 05.07.2001, CISG-online no: 652.

<sup>167</sup> Ancak ve ancak CISG m. 48/I hükmü uyarınca satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı bulunmadığı durumlarda sözleşme ihlalinin esaslı olabileceğini mutlak olarak kabul etmek, "49. madde saklı kalmak üzere..." düzenlemesini bir anlamda hükümsüz hâle getirir; *inc.* Bridge, **a.g.m.**, s. 928; Atamer, **a.g.e.**, s. 353.

<sup>168</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 323 vd.

gelmiş olsa bile sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının, sözleşmeden dönmeyi engelleyen bir hüküm olarak görülüp görülememesi ile ilgilidir. CISG m. 48 hükmünde öngörülen "49. madde saklı kalmak üzere..." düzenlemesi dikkate alındığında, bir defa esaslı ihlal oluştuğundan sonra satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına, alıcının sözleşmeden dönme hakkına nazaran öncelik tanınması, belirtilen düzenlemeye aykırı olur<sup>169</sup>. Şu hâlde, gerçekleşen sözleşme ihlali ile birlikte esaslı ihlale sebebiyet veren olumsuzluğun fiilen derhal oluştuğu durumlarda, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının esaslı ihlal değerlendirmesi üzerindeki etkisi ancak, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmaması<sup>170</sup> ve satıcının da başarıyla sözleşme konusu mallardaki sözleşmeye aykırılığı giderebilmesi hâlinde görülür. Zira esaslı ihlalin oluşması ile birlikte sözleşmeden dönme olanağına kavuşan alıcı, bu hakkını kullanmaz ve satıcı tarafından yapılan malların onarımı veya ikame mal teslimi gibi faaliyetleri kabul ederse<sup>171</sup> artık

---

<sup>169</sup> Sözleşmeden dönmenin şartları oluştuğundan sonra, önceliğin alıcının sözleşmeden dönme hakkında olduğu hususunda ayrıca bkz.: (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 222; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 19; Atamer, **a.g.e.**, s. 354; Singh/Leisinger, **a.g.m.**, s. 184, 185; Leisinger, **a.g.e.**, s. 58. Koch tarafından dikkat çekilen diğer bir nokta da bu hususta ilgiye değerdir. Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının, alıcının semenin tenzilini isteme hakkına göre önceliğe sahip olduğu CISG m. 50 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Buna karşın CISG'ı hazırlayanlar, CISG m. 49 hükmünde böyle bir önceliği düzenleme ihtiyacı hissetmemişlerdir. Bkz.: Koch, **Fundamental Breach**, s. 324. İçtihatlarda bu yönde ayrıca bkz.: Oberlandesgericht Koblenz, 31.01.1997, CISG-online no: 256. Karş. Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 48 N. 2.1.1.1.1, 3.2.2; Landgericht Regensburg, 24.09.1998, CISG-online no: 1307 (Kararda, esaslı ihlal değerlendirmesine yer verilmeksizin, alıcının ancak, sözleşmeye aykırılığı gidermesi hususunda satıcıya olanak tanınması hâlinde sözleşmeden dönebileceği belirtilmiştir.).

<sup>170</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 325.

<sup>171</sup> Alıcının satıcı tarafından yapılan sözleşmeye aykırılığı giderme teklifini kabul etmesi hâlinde, artık satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı, alıcının sözleşmeden dönme hakkına göre öncelik kazanmalıdır (Bu yönde bkz.: Graffi, **a.g.m.**, s. 345.). Bu durumu, taraflar arasındaki anlaşma ve CISG m. 48/II hükmü doğrulamaktadır. Dolayısıyla, taraflar sözleşmeye aykırılığın satıcı tarafından giderilmesi hususunda anlaşmış ise alıcı, satıcı tarafından sonradan sözleşmeye uygun olarak teklif edilen malları almaktan kaçınarak esaslı ihlale bağlanan sonuçlara dayanmamalıdır (*Inc. Cour d'Appel de Grenoble*, 26.04.1995, CISG-online no: 154.). Sözleşmeye aykırılığın giderilmesi adına satıcı tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin başarısızlıkla sonuçlanması durumunda ise esaslı ihlale bağlı olan haklar yine kullanılabilir (İnc. Oberlandesgericht Oldenburg, 01.02.1995, CISG-online no: 253.). Buna karşın, başlangıçta esaslı ihlale yol açamayacak türde bir sözleşmeye aykırılığın satıcı tarafından örneğin onarım yolu ile giderilmesi istenir; fakat satıcı başarı sağlayamaz ise, *kanımızca*, bu sebeple esaslı ihlalin oluştuğundan bahsedilemez (Aynı yönde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 47 N. 23.); meğer ki, satıcı tarafından yürütülen faaliyet neticesinde söz konusu mallardaki sözleşmeye aykırılık vahimleşmiş ve esaslı ihlale sebep olabilecek bir boyuta gelmiş olsun. Bu ikinci ihtimalde, satıcının sonradan üstlendiği yükümlülüğü ihlal etmesi esaslı ihlale sebep olmaktadır.

sözleşmenin esaslı ihlaline sebebiyet veren durum ortadan kaldırılmış olacaktır<sup>172</sup>. Bu husus da CISG m. 25 hükmü kapsamında "olumsuzluk" kıstasının dinamik bir özellik arz ettiğini göstermektedir. Buna karşın ifade etmemiz gerekir ki esaslı ihlal oluşuktan sonra alıcı, bu faaliyetleri kabul etmek zorunda kalmaksızın sözleşmeden dönebilme olanağına sahip olmalıdır<sup>173</sup>. Sözleşmeden dönme beyanının, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme teklifinden önce yapılıp yapılmadığı da *kanımızca* belirleyici bir karaktere sahip olmamalıdır. Keza esaslı ihlalin ortaya çıkmasının ardından, satıcının bu yöndeki teklifini reddeden alıcının sözleşmeden dönme iradesi de diğer davranışlarla birlikte değerlendirildiğinde muhtemelen bu cevaptan anlaşılabilir durumdadır.

Bununla beraber, sözleşmeye uygun olmayan mal teslim edilmesi durumunda, bu sözleşmeye aykırılık sebebiyle alıcı, doğrudan sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde mahrum kalmayabilir. Örneğin, alıcının kendi işyerindeki makinelerde kullanılmak üzere parça sipariş etmesi ve bu parçaların %70 verim ile çalışması durumu ele alınabilir. Teslim edilen parçaların %100 verimde olmaması şüphesiz bir sözleşmeye aykırılıktır. Söz konusu sözleşme uyarınca alıcının beklediği menfaat, bu parçaların çalışma ömrü boyunca tam verim ile çalıştırılması ve bu şekilde işyerinde tam verimlilik sağlanabilmesidir. Buna karşın, %70 verim ile çalışan parçaların teslim edildiği ilk günden itibaren alıcının, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde mahrum kaldığını

---

<sup>172</sup> Tribunal Cantonal du Valais tarafından verilen 27.04.2007 tarihli karar bu bakımdan ilgi çekicidir. Mahkeme, sözleşmeden dönülmeden önce satıcı tarafından ayıbın giderilmesi hâlinde, malların başlangıçtaki sözleşmeye aykırılığının artık esaslı ihlal oluşturmayacağını belirtmiştir. Bkz.: Tribunal Cantonal du Valais, 27.04.2007, CISG-online no: 1721. Ayrıca *inc.* Bernstein/Lookofsky, **a.g.e.**, s. 128, 129. Dikkat edilmesi gerekir ki satıcı tarafından yapılan sözleşmeye aykırılığı giderme teklifinin kabul edildiği ancak henüz esaslı ihlale sebebiyet veren olumsuzluğun giderilemediği süreçte, esaslı ihlal sonucu ortadan kalkmamakta; fakat tarafların anlaşması gereği, alıcı satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına öncelik tanımakta ve bu sebeple de sözleşmeden dönememektedir.

<sup>173</sup> *Inc.* Welser/Welser, **a.g.m.**, s. 141; Atamer, **a.g.e.**, s. 354; Graffi, **a.g.m.**, s. 344, 345; Liu, **a.g.m.**, § 5.3 (d). Nitekim ICC International Court of Arbitration bünyesinde çözülen bir uyuşmazlıkta, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi sebebiyle alıcının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kaldığı, bu sebeple de esaslı ihlalin oluştuğu belirtilmiş ve sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden sonra satıcının, alıcının rızası olmaksızın ikame mal teslim etme yetkisine sahip olmadığı ifade edilmiştir. Bkz.: ICC International Court of Arbitration, 01.01.1994, CISG-online no: 565. Yine Landgericht Berlin tarafından verilen 15.09.1994 tarihli kararda, sözleşmenin esaslı ihlalinin oluşması hâlinde satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı bulunmadığı ve alıcının sözleşmeden dönmeyi talep edebileceği belirtilmiştir. Bkz.: Landgericht Berlin, 15.09.1994, CISG-online no: 399. K.g.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 71.

savunmak güçtür<sup>174</sup>. Satıcı teslim edilen parçalardaki ayıbı gidermek konusunda bir niyet taşıyorsa ayıplı parçaları belirli bir süre kullanmak veya sözleşme konusu maldan belirli bir süre istifade edememek zorunda kalan alıcı, bu sebeple uğradığı zararı satıcıya tazmin ettirebilecek durumdadır. Buna karşın, satıcı teslim edilen parçalardaki sözleşmeye aykırılığı gidermeyi başarır<sup>175</sup> bu şekilde esaslı ihlalin oluşmasını önleyebilecektir. Böylece satıcı, teslim ettiği ayıplı parçayı kısa sürede değiştirerek veya onararak alıcının önemli ölçüde olumsuzluğa uğramasını önlemektedir<sup>176</sup>. Teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığın esaslı ihlal sonucuna yol açmayacak dereceye indirilmesi de *kanımızca* yeterlidir<sup>177</sup>. Şu kadar ki düşük verimli parçaları çalıştıran alıcının, bu sebeple sözleşme uyarınca beklediği şeyden önemli ölçüde mahrum kaldığına kanaat getirilebildiği andan itibaren, henüz eksikleri gideremeyen alıcının sahip olduğu bu olanak ve niyet, esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından artık tek başına bir anlam ifade etmemektedir<sup>178</sup>. Yukarıda belirttiğimiz gibi, esaslı ihlalin oluşumuna rağmen alıcı sözleşmeden dönmeyip satıcı tarafından yapılan sözleşmeye aykırılığı giderme faaliyetlerine rıza gösterebilir.

---

<sup>174</sup> Bu yönde bir başka inceleme ve benzer sonuçlar için bkz.: Honnold/Flechtner, **a.g.e.**, § 184. Esasen satıcının eksikleri giderme konusunda bir niyete sahip olmadığı durumlarda, alıcı ileride gündeme gelebilecek olumsuzluğu ispat ederek sözleşmenin esaslı ihlaline dayanabilecek durumdadır.

<sup>175</sup> CISG m. 48 hükmü kapsamında başarı sağlamaya müsait olmak kaydıyla satıcı, malları onarmayı veya ikame mal teslim etmeyi seçebilir; *inc.* Leisinger, **a.g.e.**, s. 68 vd. Sözleşmeye aykırılığın ancak ikame mal teslimi yoluyla giderilebilmesi de ihlalin esaslı sayılmasını gerektirmez. Satıcı, sözleşmeye aykırılığı giderebileceği periyot içerisinde ikame mal teslim ederek esaslı ihlalin oluşumunu önleyebilir. Aksi hâlde alıcının, esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönme veya ikame mal teslimini isteme arasında seçim hakkı olacaktır. Ayrıca *inc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 46 N. 29.

<sup>176</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 48.

<sup>177</sup> *Inc.* Bridge, **a.g.m.**, s. 928, 929; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 24; Cour d'Appel de Grenoble, 26.04.1995, CISG-online no: 154. 1978 tarihli Antlaşma Taslağı'na ilişkin Şerh'de yapılan açıklamalarda da ihlalin, artık esaslı ihlal oluşturmayan bir seviyeye kadar düzeltilmesi hâlinde sözleşmeden dönülemeyeceği belirtilmiştir; **Official Records**, s. 40. Dürüstlük kuralına göre (CISG m. 7/I) karar verilmesi gerektiği görüşünde bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 46 N. 26 dn. 59.

<sup>178</sup> Dolayısıyla satıcının kullanabileceği bu olanak süre bakımından sınırlıdır. Bu sınır CISG m. 48/I kapsamında kabul edilebilecek makul süreye ve her hâlde sözleşme ihlalinin hangi andan itibaren esaslı kabul edilebileceğine göre belirlenecektir. Alıcının menfaatini gerçekleştirebilmesi için sözleşme konusu mallara belirli bir zaman diliminde sahip olması gerekiyorsa bu zaman diliminin geçmesinden sonra, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı, esaslı ihlalin oluşumunu engelleyemeyecektir. Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanabileceği zaman konusunda ayrıntılı bir inceleme için bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 73 vd.

Bu açıdan Handelsgericht Aargau tarafından verilen 05.11.2002 tarihli kararı da örnek olarak incelemeyi faydalı bulmaktayız<sup>179</sup>. Olayda alıcı, araba yarışlarında reklam amaçlı kullanılmak üzere satıcıdan üç adet tak satın almıştır. İlk yarışta, teslim alınan taklardan biri devrilmiş bir diğesinde ise sendelenme gözlenmiştir. Bu sebeple yarış yönetiminde üç takımın da sökülmesi talep edilmiştir. Bunun üzerine alıcı, öncelikle satıcıya ayıp bildiriminde bulunmuş, akabinde de sözleşmeden döndüğünü beyan etmiştir. Mahkeme, alıcı tarafından yapılan ayıp bildirimine satıcının verdiği cevabı dikkate alarak satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına öncelik verilmesi gerektiğini belirtmiş ve satıcı tarafından ifadaki eksikliğin giderilmesi hâlinde teslim edilen takların sonraki yarışlarda kullanılabilmesi gerekçesiyle, alıcının hukuken sözleşmeden dönme hakkına sahip olmadığına karar vermiştir. Şu hâlde uyuşmazlıkta, bir sezon içerisinde yapılacak araba yarışlarında kullanılmak üzere alıcı tarafından üç adet tak satın alındığı anlaşılmaktadır. Teslim alınan bu taklarda görülen sözleşmeye aykırılık sebebiyle alıcı, sözleşmeden döndüğünü beyan etmiştir. Dolayısıyla ihtilafın toplandığı konu, teslim edilen taklardaki sözleşmeye aykırılığın esaslı ihlal oluşturup oluşturmadığıdır. Bir defa esaslı ihlal oluştuktan sonra satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı, alıcının sözleşmeden dönme hakkının önüne geçemeyeceğinden; Mahkeme tarafından ulaşılan netice, ilk yarış sonunda henüz esaslı ihlalin oluşmadığının kabul edilmesi hâlinde isabetli görülebilir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı esaslı ihlal değerlendirmesinin bir kıstası olarak ele alınmamalıdır. Bu gibi durumlarda karar vermemizi sağlayan kıstas, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın uğradığı olumsuzluğun CISG m. 25 kapsamında aranan seviyeye ulaşmış olup ulaşmadığı olmalıdır. Bu olumsuzluk fiilen henüz hükmün aradığı kapsama ulaşmamışsa ve satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanması mümkünse satıcının bu konuda sahip olduğu niyet ve kabiliyet önem kazanmaktadır. Satıcı, teslim ettiği mallardaki sözleşmeye aykırılığı giderebilecek durumda ise ve bu hususta bir niyet taşıyor ise alıcı, mallardaki ayıbın giderilmemesi hâlinde ileride uğrayacağı olumsuzluğu "objektif olarak beklenen" olumsuzluk olarak gösteremeyeceğinden, esaslı ihlale dayanamayacaktır. Dolayısıyla henüz esaslı ihlal oluşmamışken satıcı,

---

<sup>179</sup> Handelsgericht Aargau, 05.11.2002, CISG-online no: 715.

sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanabilecek durumdadır. Alıcıya teslim edilen taklar, bir sezon boyunca kullanılmak üzere satın alınmıştır. Bu bakımdan, alıcının satım sözleşmesi uyarınca ulaşmayı beklediği menfaatin bütünü dikkate alınmalı ve bir yarış neticesinde uğradığı olumsuzluğun, kendisini bütün bu menfaatten önemli ölçüde yoksun bırakıp bırakmadığı değerlendirilmelidir. Şu hâlde, prensip olarak, ilk yarışın sonunda alıcının uğradığı olumsuzluğun esaslı ihlal oluşturmaya henüz elverişli olmadığı kabul edilirse<sup>180</sup> alıcının sözleşmeden dönme hakkına sahip olmadığı anlaşılacaktır. Öyleyse olayda esaslı ihlalin oluşmamasının ve dolayısıyla da alıcının sözleşmeden dönme hakkını henüz elinde bulunduramamasının gerekçesi, salt satıcının sözleşmeye aykırılığı giderebilecek olması değil; fakat CISG m. 25 hükmünün öngördüğü kıstasların henüz sağlanmaması olabilir. Esaslı ihlalin şartlarının sağlanmadığı bir durumdaysa satıcının CISG m. 48/I hükmü uyarınca sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanabileceğini zaten ifade etmiş bulunmaktayız.

CISG m. 25 hükmünün aradığı kapsamda bir olumsuzluğun fiili olarak henüz oluşmadığı bir durumda satıcıya, ileride gerçekleşmesi beklenen böyle bir olumsuzluğa engel olma imkânı tanımak, CISG'in genel ilkeleri ile uyum içerisinde olacaktır. Zira bu hâlde, alıcının sözleşmeden dönebilmesinden önce satıcıya bir şans daha tanınmakta ve böylece sözleşmeden dönmenin makul olarak karşılanamayacağı durumların önüne geçilmektedir. Satıcının ifada gecikmesi durumu ile kıyaslırsak, vadede malların teslim edilmemesi alıcıyı meşru menfaatlerinden önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluğa derhal sebebiyet veriyorsa ihlal esaslıdır ve vadeden sonra malların teslim edilebilecek olması, alıcının sözleşmeden dönebilmesini engellemez. Nitekim sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi, CISG m. 25 kapsamında aranan bir olumsuzluğa derhal yol açmışsa yine ihlal esaslıdır ve alıcı beklemeksizin sözleşmeden dönebilir. Malların vadede teslim edilmemiş olması derhal esaslı ihlale yol açmamışsa satıcı, bu gecikmenin esaslı ihlal sayılacağı ana kadar sözleşmeyi ifa

---

<sup>180</sup> Buna karşın, olayların olağanın dışında gelişimi, ilk yarış sonunda dahi alıcı aleyhine esaslı ihlalin oluşumuna yol açabilir. Örneğin, alıcının ticari itibarının zedelenmesi veya bir yarış içerisinde düştüğü menfi durum nedeniyle yarışlara ilişkin içinde bulunduğu sözleşme ilişkisinin öteki yarışlara yönelik olarak da tehlikeye girmesi, esaslı ihlal oluşturmaya yeterli bir olumsuzluğa sebebiyet verebilir. Böyle bir olumsuzluk oluştuğundan ve öngörülebilirlik kıstası da yerine getirildikten sonra ise satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı, alıcının sözleşmeden dönmesini engelleyemez.

etmek, yani malları geç de olsa teslim etmek, hakkına sahiptir. Benzer şekilde, satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi ancak fiilen ileride gerçekleşmesi beklenen olumsuzluklarla birlikte hükmün aradığı seviyede bir olumsuzluğa neden oluyorsa satıcı, sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanarak bu olumsuzlukları önleyebilir. Sözleşme ihlali sebebiyle süre giden olumsuzluk, alıcının meşru menfaatlerinden önemli ölçüde yoksun kalmasına sebebiyet verdiği andan itibaren sözleşmeden dönme hakkı doğar. Bu andan önce alıcı ancak, mallardaki aybın giderilebilir olmadığını veya satıcının bu yönde bir niyet ya da yeterlilik taşımadığını veya CISG m. 48/I hükmü uyarınca sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına satıcının zaten başvuramayacağını ispatlamak suretiyle esaslı ihlale dayanarak sözleşmeden dönebilir. Zira ancak bu takdirde alıcı, ileriye yönelik söz konusu olumsuzlukları, gerçekleşmesi beklenen objektif olumsuzluklar olarak ortaya koyabilir<sup>181</sup>. Alıcı, satıcı tarafından makul şekilde teklif edilen sözleşmeye aykırılığı gidermeye yönelik ifayı reddederse sözleşmeden dönme ve ikame mal teslimini isteme haklarını kullanamamalıdır (CISG m. 80)<sup>182</sup>.

Sözleşmenin esaslı ihlali oluştuğundan sonra, alıcının ikame mal teslimini talep etmesi ve buna karşılık da satıcının ikame mal teslimi yerine sözleşmeye aykırılığı onarım yoluyla gidermeyi önermesi hâli ise daha farklı bir durum olarak karşımıza çıkabilmektedir. Zira CISG m. 48/I hükmü, alıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanmasını, satıcının ikame mal teslimini istememiş olmasına bağlamış değildir. Şu durumda, ikame mal tesliminin doğurabileceği bazı ek masraflar nazara alınarak mallardaki sözleşmeye aykırılığın onarım yoluyla giderilmesi mümkün olduğunda, CISG m. 48/I hükmündeki şartların sağlanması ve bu durumun alıcı için makul olmayan bir elverişsizliğe yol açmaması koşuluyla, dürüstlük kuralı uyarınca satıcının onarım hakkına üstünlük tanınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>183</sup>. Yine

---

<sup>181</sup> Nitekim doktrinde, malların geç teslim edilmesi hâlinde esaslı ihlal derhal oluşmuyorsa sözleşmeden dönmek isteyen alıcının ek süre tanımak zorunda olması dikkate alınarak sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi hâlinde de ifasını düzeltmek hususunda satıcıya bir olanak tanınması gerekeceği belirtilmektedir. Zira malların hiç teslim edilmemiş olması hâlinde satıcıya bu olanak tanınırken sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi hâlinde bu imkânın tanınmaması tutarlı kabul edilmemektedir; *inc.* Atamer, **a.g.e.**, s. 354, 355; Leisinger, **a.g.e.**, s. 60.

<sup>182</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 46 N. 26.

<sup>183</sup> Koch, **Fundamental Breach**, s. 340 - 344.



benzer bir ekonomik bakış açısıyla, her iki yöntem eşit derecede etkili olduğu müddetçe ve onarım yöntemi alıcı için makul olmayan sonuçlara yol açmadıkça masrafları üstlenecek olan satıcının onarım yolunu seçebilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>184</sup>. Fakat belirtmemiz gerekir ki böyle hâllerde satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkına üstünlük tanındığı kabul edilse dahi bu sonuç, esaslı ihlal değerlendirmesinin her durumda satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı çerçevesinde yapılacağı anlamına gelmemeli; aksine, esaslı ihlalin oluşumuna rağmen alıcının ikame mal teslimini isteyebilmesine ilişkin bir engelin ortaya konulması olarak görülmelidir<sup>185</sup>. Şüphesiz, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanarak esaslı ihlalin oluşumunu engelleyebildiği durumlarda inisiyatif öncelikle satıcı da olacak ve bu bağlamda, onarım ile ikame mal teslimi arasında bir seçim hakkına kendisi sahip olacaktır. Esaslı ihlalin oluştuğu kabul edildikten sonra ise *kanımızca* bir ayırım yapılması gerekmektedir: Sözleşme ihlali sebebiyle doğrudan esaslı ihlali haklı kılan fiili bir olumsuzluğun oluşması sebebiyle satıcı, sözleşmeye aykırılığı giderme hakkından faydalanamamışsa alıcının ikame mal teslimini istemesi durumunda, onarım da alıcı için eşit derecede etkili ve makul bir yöntem olacaksa satıcıya onarım yoluyla sözleşmeye aykırılığı giderme hakkının tanınması dürüstlük kuralı gereği savunulabilecek durumdadır. Zira alıcı, esaslı ihlale rağmen sözleşmenin ayakta kalmasını ve sözleşme gereği beklemekte haklı olduğu edimi elde etmeyi tercih etmiştir. İkame mal tesliminin de belirli bir zaman gerektireceği göz önüne alındığında, her iki yöntemin başarıyla ifası bakımından gerekli zaman da dâhil olmak üzere alıcı için eşit koşullar oluşacaksa satıcının kendisi için daha makul olan onarım yöntemine başvurması mümkün görülebilir<sup>186</sup>. Buna karşın, esaslı ihlalin oluşumdan evvel satıcının CISG m. 48/I kapsamında kendi tercihine uygun olarak sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı bulunmasına rağmen, bu olanağın gereği gibi kullanılmaması sebebiyle esaslı ihlal oluşmuşsa artık alıcının tercihinin ön planda

<sup>184</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 46 N. 42.

<sup>185</sup> Ayrıca *inc.* Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 48 N. 3.2.2. *Karş. Koch, Fundamental Breach*, s. 341, 343: Yazar, ikame mal tesliminin istenmesi durumunda dürüstlük kuralının ve makulluk ilkesinin, esaslı ihlal değerlendirmesinde sözleşmeye aykırılığı giderme teklininin de dikkate alınmasını gerektirdiğini ifade etmektedir. Oysa esaslı ihlal değerlendirmesinde kullanılan kıstasların, buna bağlı tüm sonuçlar bakımından özdeş olması gerekir. Bu sebeple esaslı ihlal değerlendirmesi, sözleşmeden dönme ile ikame mal teslimini isteme bakımından farklı kıstaslara sahip olmamalıdır.

<sup>186</sup> *Inc. ve karşı. Atamer, a.g.e.*, s. 357 dn. 401.

tutulması gerektiği kanaatindeyiz<sup>187</sup>. Keza aksi takdirde, ikame mal teslimini isteme hakkının kullanılabilmesi, onarım imkânının bulunmaması gibi oldukça sınırlı durumlarda mümkün kalabilecektir<sup>188</sup>.

#### d. Aliud İfa

Satıcının, ayıplı mal teslim etmesinin ötesinde (*peius*), sözleşmede kararlaştırıldan farklı bir mal teslim etmesi (*aliud*) hâlinde, farklı bir sorumluluğa tabi olup olmayacağı sorusu gündeme gelir. Örneğin, Türk Borçlar Hukuku'nda aliud ifa, ifa etmeme olarak değerlendirilmekte ve buna bağlanan sonuçlar gündeme gelmektedir<sup>189</sup>. Buna karşın, doktrin ve içtihatlarda CISG'in bu ayrımı kaldırmaya cevaz verdiği ifade edilmektedir<sup>190</sup>. Bu bağlamda, aliud ifanın da CISG sisteminde sözleşmeye uygun olmayan mal teslimi olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>191</sup>. Nitekim CISG sisteminde aliud ifa da kendiliğinden sözleşmenin

---

<sup>187</sup> Bkz.: ve *karş.* Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 46 N. 35.

<sup>188</sup> Ayrıca bkz.: ve *karş.* Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 48 N. 3.2 - 3.2.2.

<sup>189</sup> Bkz.: Tandoğan, **a.g.e.**, s. 172, 173; Aral/Ayrancı, **a.g.e.**, s. 104; Gümüş, **a.g.e.**, s. 84, 85.

<sup>190</sup> Bridge, **a.g.m.**, s. 927. İchtihatlarda bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-online no: 841; Handelsgericht Zurich, 30.11.1998, CISG-online no: 415; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135.

<sup>191</sup> Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 46 N. 2.1.1.1; Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 45 N. 7; Graffi, **a.g.m.**, s. 342; Kaşak, **a.g.m.**, s. 350. İchtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135. Aliud ifa, sözleşme konusu malların teslim edilmemesi olarak değil, sözleşmeye aykırı mal teslim edilmesi olarak görüldüğünde, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönme imkânı da olmayacaktır. Bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Stuttgart, 12.03.2001, CISG-online no: 841 (Kararda, aliud ifanın CISG m. 49/I.b kapsamında "teslim etmeme" olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.). Bu bakımdan, Oberlandesgericht Düsseldorf tarafından verilen 10.02.1994 tarihli karar (Bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 10.02.1994, CISG-online no: 115.), aliud ifa hâlinde alıcının ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönebileceğini belirtmesi bakımından isabetli değildir. Bu yönde ayrıca bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 49 dn. 221; Lubbe, **a.g.m.**, s. 456 ve orada dn. 74. Nitekim Pauly, söz konusu kararda Mahkeme'nin Alman Hukuku'nda (o dönemde) kabul edilen prensibi uygulayarak aliud ifayı "malların teslim edilmemesi" olarak değerlendirdiği görüşündedir; Pauly, **a.g.m.**, s. 231. Bununla beraber, aliud ifa sözleşmeye aykırı mal teslimi olarak kabul edildiğinde sözleşme aykırılık ihbarına ilişkin kurallar da (CISG m. 39 vd.) uygulanacaktır. Nitekim bkz.: Oberster Gerichtshof, 21.03.2000, CISG-online no: 641; Handelsgericht Zurich, 30.11.1998, CISG-online no: 415. Yine aliud teslim hâlinde alıcı, CISG m. 46/II kapsamında satıcıyı ifaya zorlayabilecek ve böylece esaslı ihlal hâlinde ikame mal teslimi isteyebilecektir; Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 46 N. 20; Kröll/Mistelis/ Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 46 N. 6; Huber, **Alıcının Hakları**, s. 275; Atamer, **a.g.e.**, s. 366, 374; Başoğlu, **a.g.e.**, s. 231; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 52.

esaslı ihlali olarak kabul edilmemektedir<sup>192</sup>. *Ferrari*, aliud ifa hâlinde, alıcının özellikle belirli malları elde etmekte özel bir menfaatinin bulunup bulunmadığını sorgulamaktadır<sup>193</sup>. *Kanımızca*, bu durumda da teslim edilen malların kullanılması suretiyle sözleşmede öngörülen amacın ne ölçüde gerçekleştirilebileceği belirleyici olacaktır. Dolayısıyla teslim edilen malların, alıcının sözleşme uyarınca meşru görülen menfaatlerini gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı araştırılmalıdır. Nitekim *Bridge*, teslim edilen malların alıcının iş faaliyetlerinde kullanılması mümkün değilse veya bu malların kullanılması ticari itibarın zedelenmesine yol açacaksa sözleşme ihlalinin esaslı olacağını ifade etmektedir. Yine yazara göre, alıcının bu malları belli bir indirim ile elinden çıkarabilecek olması, esaslı ihlalin gerçekleşmesine engel olarak görülmemelidir<sup>194</sup>. *Kanımızca* burada ifade edilen "iş faaliyetlerinin" de ilgili sözleşmenin ifası ile bağlantılı olan faaliyetler şeklinde sınırlı olarak okunması gerekir.

"Sözleşme ihlali" kıstası incelenirken açıklandığı üzere, CISG m. 25 hükmü kapsamında esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken ifanın sözleşme hükümlerinden ne ölçüde saptığı doğrudan belirleyici olmamakta; bunun yerine, ihlalin yarattığı sonuçların ağırlığı önem kazanmaktadır<sup>195</sup>. Esasen aliud ifanın kendiliğinden esaslı ihlal olarak kabul edilememesinin sebebi de bu durumdur. Bununla beraber, teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığın derecesi büyüdükçe, olağan koşullar altında alıcının bu mallardan sözleşmeden beklediği şekilde yararlanmasının güçleşeceği de bir vakıadır. Nitekim aliud ifa, teslim edilen mallardaki sözleşmeye aykırılığın en ağır şekilde görüldüğü sözleşme ihlali olarak karşımıza çıkar. Bu anlamda, aliud ifayı genel olarak esaslı ihlale hayli yakın bir sözleşme ihlali olarak görmekteyiz<sup>196</sup>.

---

<sup>192</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 50, (Müller-Chen), Art. 46 N. 24; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 503; Paiva, **a.g.m.**, § 5.2.4.9; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 42. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135. Ayrıca *inc.* Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3.4.

<sup>193</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 503. Aynı yönde bkz.: Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 42.

<sup>194</sup> Bridge, **a.g.m.**, s. 928.

<sup>195</sup> Bkz.: yuk. II. A. 2. b.

<sup>196</sup> *Inc. ve karşı.* Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 46 N. 2.2.1.2; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 49 N. 3; Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 46 N. 24; Bridge, **a.g.m.**, s. 928. Satıcı tarafından teslim edilen malların piyasa değerinin sözleşmede kararlaştırılan maldan daha yüksek olması da tek başına esaslı ihlalin oluşumunu engelleyememelidir. Belirleyici olan husus, teslim edilen malların alıcının meşru menfaatini sağlamaya ne ölçüde elverişli olduğudur. Buna karşın,

## e. Malların Kararlaştırılan Miktarda Teslim Edilmemesi

Satıcının kararlaştırılandan az veya çok mal teslim etmesi, sözleşmeye aykırı mal teslimi olarak değerlendirilir (CISG m. 35/I). Sözleşme konusu malların kararlaştırılan miktardan az teslim edilmesi, sözleşmenin bütünü bakımından her zaman esaslı ihlale yol açmaz (CISG m. 51/I, II)<sup>197</sup>. Özellikle edimin cüzi bir kısmının ifa edilmediği durumlarda bu sözleşme ihlali esaslı olmaya genellikle uzaktır<sup>198</sup>. Fakat alıcının sözleşmeden beklediği menfaati gerçekleştirebilmesi için sözleşme konusu malları bir bütün olarak elde etmesinin önemi belirleyici rol oynayabilir<sup>199</sup>. Bu anlamda, sözleşmenin ifa edilmeyen kısmı olmaksızın alıcının, sözleşme uyarınca beklediği menfaati tamamen kaybetmesi durumunda ihlalin sözleşmenin bütünü anlamında esaslı olacağına şüphe yoktur<sup>200</sup>. Fakat sözleşme ihlalinin esaslı sayılabilmesi için objektif olarak beklenen menfaatlerin tümünden kesin olarak yoksun kalmanın gerekli olmadığı da bu noktada hatırlanmalıdır. Dolayısıyla, satıcının gerçekleştirdiği eksik teslimat alıcı için tamamen faydasız olmasa da sözleşmenin bütününden beklenen menfaatin önemli ölçüde kaybolduğu anlaşılıyorsa ihlalin esaslı olduğunu kabul etmek gerekir<sup>201</sup>. Şüphesiz bu hususun satıcı yönünden de öngörülebilir olması gerekir. Genel olarak ifade edilebilecek

---

satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanmak suretiyle esaslı ihlalin oluşmasını önleyebileceği durumlar, aliud ifa hâlinde de söz konusu olabilecektir. Bunun için satıcının tabiatıyla yeni bir mal teslim etmesi gerekecektir.

<sup>197</sup> *Inc.* Landgericht Heidelberg, 03.07.1992, CISG-online no: 38 (Karara konu olan uyuşmazlıkta alıcı, diğer bir sözleşme ile üstlendiği yükümlülüğü yerine getirebilmek amacıyla 11 adet bilgisayar parçasının satımı konusunda satıcı ile anlaşıldığını iddia etmektedir. Satıcı belirtilen bilgisayar parçalarından 5 adetini alıcıya teslim etmiştir. Mahkeme, alıcının diğer sözleşme ile üstlendiği yükümlülüğü yerine getirebilmesi için ikame işlem yapmış olduğunu ve böylece satıcı tarafından teslim edilmeyen parçaların temin edilmiş olduğunu dikkate alarak sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlal oluşmadığına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, satıcı tarafından sözleşmenin ihlali hâlinde, sözleşme ile ulaşılmak istenen amacın elde edilebilmesi için alıcıdan ikame işlem yapmasının beklenebileceğini ve bu ikame işlem nedeniyle uğranılan zararın tazmininin satıcıdan istenebileceğini belirtmiştir.); Oberlandesgericht Celle, 24.05.1995, CISG-online no: 152. *Mullis*, alıcıya sözleşmeye aykırılığı giderme yükü getirmesinden dolayı belirtilen ilk içtihatı (Landgericht Heidelberg, 03.07.1992, CISG-online no: 38.) eleştirmektedir; *Mullis*, **a.g.m.**, s. 354.

<sup>198</sup> Magnus, **Avoidance of Contract**, s. 433.

<sup>199</sup> *Inc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 42; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 365; Kaşak, **a.g.m.**, s. 348. Pretura di Parma-Fidenza, sözleşme konusu malların bir bölümünün tesliminde makul olmayan bir gecikmenin yanı sıra, teslim edilmesi gereken miktarın üçte birinin hâlen teslim edilememiş olmasını da esaslı ihlale sebebiyet veren bir hâl olarak görmüştür. Bkz.: Pretura di Parma-Fidenza, 24.11.1989, CISG-online no: 316.

<sup>200</sup> Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 248; Dayıoğlu, **a.g.e.**, s. 41; Kaşak, **a.g.m.**, s. 348.

<sup>201</sup> Ayrıca *inc.* Yelkenci, **a.g.m.**, s. 1362, 1363. *Karş.* Kaşak, **a.g.m.**, s. 348.

husus, sözleşme gereği teslim edilmesi gereken mal miktarından uzaklaşıldığı nispette, sözleşmenin esaslı ihlali olasılığının artabileceğidir. Eksik teslim edilen kısım, sözleşmenin bütünü bakımından esaslı ihlal teşkil ediyorsa alıcı, sözleşmenin bütününden dönebilecek (CISG m. 51/II); ilgili kısmın vaktinde teslim edilmemesi bu kısım bakımından esaslı ihlal teşkil ediyorsa alıcı, bu kısım sınırlı olarak sözleşmeden dönebilecektir (CISG m. 51/I).

Sözleşmede kararlaştırılan miktardan daha fazla mal teslim edilmek istenmesi durumunda da ihlalin esaslı olacağını kabul etmek güçtür<sup>202</sup>. Zira alıcının, sözleşmeden beklemekte haklı olduğu menfaati önemli ölçüde kaybettiğini ispat etmesi zor görünmektedir<sup>203</sup>. *Kanımızca*, alıcıya tanınmış olan mallardaki fazla kısmı reddetme hakkı da esaslı ihlale dayanabilme pozisyonunu zayıflatmaktadır (CISG m. 52/II). Buna karşın, kararlaştırılan miktardan fazla mal teslim edilmek istenmesi sebebiyle esaslı ihlal; tüm malların tek bir konşimento ile temsil edilmesi örneğinde olduğu gibi, sözleşmeye uygun miktar ile teslim edilmek istenen fazla miktarın ayrılmadığı durumlarda gündeme gelebilir<sup>204</sup>. Ayrıca böyle bir durumda da sözleşmeye uygun miktarda malın, esaslı ihlale yol açmayacak bir süre içerisinde tesliminin mümkün olup olmadığı yine önemlidir<sup>205</sup>.

## 5. Teslim Edilen Mallarda Hukukî Ayıp Bulunması

Satıcı, sözleşme konusu malları maddi ayıplardan arı şekilde teslim etmekle yükümlü olduğu gibi, bu mallardaki hukukî ayıplardan da sorumludur. Bu kapsamda satıcının teslim ettiği mallar, üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerden arı olmalıdır; meğer ki alıcı sözleşme konusu malları bu hak ve taleplere bağlı olarak

---

<sup>202</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 52 N. 9; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Bach), **a.g.e.**, Art. 52 N. 47 dn. 53; Leisinger, **a.g.e.**, s. 130.

<sup>203</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 52 N. 9.

<sup>204</sup> Bkz.: Bianca/Bonell/(Will), **a.g.e.**, Art. 52 N. 2.2.1; Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 52 N. 4; Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 52 N. 8, 9.

<sup>205</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 52 N. 9.

almayı kabul etmiş olsun<sup>206</sup>. Alıcının malları kullanmasını engelleyen ya da kısıtlayan hakkın, aynı veya şahsi bir hak olması yönünden ayırım yapılmamaktadır<sup>207</sup>. Bununla beraber, satıcının sınaî veya diğer fikri mülkiyete dayanan taleplerden ari mal teslim etme yükümlülüğü daraltılarak özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre satıcının, söz konusu hak veya talepleri sözleşmenin kuruluşu sırasında bilmesi veya bilmemesinin mümkün olmaması gerekmektedir. Ayrıca bu hak veya taleplerin, sözleşmenin kuruluşu sırasında malların satılabileceği veya kullanılabileceği devlet olarak hesaba katılan devlet hukukuna göre mevcut olması gerekmektedir. Fakat satıcının her hâlde, alıcının iş yerinin bulunduğu devletin hukukuna göre mevcut hak veya taleplerden ari mal teslim etmesi gerekmektedir<sup>208</sup>. Böylece, diğer ülkelerin fikri mülkiyet hukukuna dayanan öngörülemez taleplerin kapsam dışı bırakıldığı ifade edilmektedir<sup>209</sup>. Nihayet sözleşmenin kuruluşu anında alıcı tarafından bilinen veya bilinmemesi mümkün olmayan hak veya taleplerin ve alıcı tarafından satıcının kullanımına sunulan teknik çizim, tasarım ya da benzeri verilerden kaynaklanan hak veya taleplerin satıcının bu yükümlülüğüne dâhil olmadığı ayrıca düzenlenmiştir<sup>210</sup>. Yine, satıcı tarafından üçüncü kişinin hak veya talebi ve bunun mahiyeti bilinmedikçe, satıcının sorumluluğu için alıcının, bu hak veya talebi öğrendiği veya öğrenmesinin gerektiği andan itibaren makul süre içinde söz konusu hak veya talebin mahiyetini satıcıya bildirmesi gerekmektedir<sup>211</sup>.

---

<sup>206</sup> CISG m. 41: "Satıcı, üçüncü kişilerin her türlü hak ve taleplerinden ari mallar teslim etmek zorundadır, meğerki, alıcı bu hak ve taleplere konu malları almayı kabul etmiş olsun. Bununla birlikte, bu hak veya talep sınaî ya da diğer bir fikri mülkiyete dayanmaktaysa, satıcının borcu 42. maddeye tabidir."

<sup>207</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 247; Erkan, a.g.t., s. 95.

<sup>208</sup> CISG m. 42/I: "Satıcı, üçüncü kişilere ait sınaî veya diğer bir fikri mülkiyete dayanan ve sözleşmenin akdedilmesi sırasında bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı hak veya taleplerden ari mallar teslim etmek zorundadır, şu şartla ki, hak ya da talep, (a) malların yeniden satılacağı veya diğer bir şekilde kullanılacağı devletin hukukuna göre mevcut olan bir sınaî veya fikri mülkiyete dayansın ve taraflar sözleşmenin kurulması sırasında malların bu devlette yeniden satılacağını veya kullanılacağını hesaba katmış olsun; veya (b) bunun dışındaki her halde, alıcının işyerinin bulunduğu devletin hukukuna göre mevcut olan bir sınaî veya fikri mülkiyete dayansın."

<sup>209</sup> Welser/Welser, **a.g.m.**, s. 132.

<sup>210</sup> CISG m. 42/II: "Satıcının fıkra I uyarınca yükümlülüğü, (a) sözleşmenin kurulduğu anda alıcının hakkı ya da talebi bildiği veya bilmemesinin mümkün olmadığı halleri; veya (b) hak ya da talebin, alıcının, satıcının kullanımına sunduğu teknik çizim, tasarım, veya başkaca veriden kaynaklandığı halleri kapsamaz."

<sup>211</sup> CISG m. 43: "(1) Alıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini öğrendikten veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren, makul bir süre içinde satıcıya bu hak veya talebin mahiyetini belirten bir bildirimde

Doktrinde yazarlar, malların ayıplı teslimi için kabul edilen prensipleri, kural olarak, CISG m. 41 vd. altında düzenlenen hukukî ayıp bakımından da geçerli görmektedirler<sup>212</sup>. *Huber* tarafından, örneğin üçüncü kişinin iddia ettiği hakkı tasfiye etmek suretiyle veya cins borçlarında üçüncü kişinin hak iddiasından ari aynı türden mallar teslim etmek suretiyle satıcının sözleşmeye aykırılığı düzeltip düzeltmeyeceği, esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından ilgili görülmektedir<sup>213</sup>. Nitekim *Enderlein/Maskow* da teslim edilen mallarda maddi ayıp bulunması durumundaki görüşlerine paralel olarak, bu durumda da söz konusu eksikliğin giderilmemesi ve malların sözleşmeye uygun kullanımının önemli derecede engellenmesi hâlinde, esaslı ihlalin oluşacağını belirtmektedir. Keza sözleşmeye aykırılık giderilebilecek ise esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından belirleyici olan faktörün, yine bu eksikliğin giderilmesi için gerekli olan zamanın mahiyeti olduğu yazarlarca ifade edilmektedir<sup>214</sup>.

Belirtmek gerekir ki üçüncü kişilerin hak iddiası sebebiyle alıcının kendisine teslim edilen malı bırakmak zorunda kalması, esaslı ihlal sonucuna yol açabilecektir<sup>215</sup>. Yine malların kullanımını sağlayabilecek bir lisans elde edilemezse üçüncü kişinin fikri mülkiyete dayanan hakları esaslı ihlal sebebi olabilir<sup>216</sup>. Bununla beraber, alıcının malları sözleşmeye uygun şekilde kullanabilmesi doğrudan engellenmiyorsa üçüncü kişinin iddia ettiği hak ve talep bertaraf edilerek esaslı

---

*bulunmazsa 41. veya 42. madde hükümlerine dayanma hakkını kaybeder. (2) Satıcı, üçüncü kişinin hakkını ya da talebini ve bunun mahiyetini biliyor idiye fıkra 1'e dayanamaz."* Bununla beraber CISG m. 44 hükmü, CISG m. 39/I veya m. 43/I hükümlerinde öngörülen külfeti yerine getirmeyen alıcının, makul bir özrü varsa semenin tenzilin veya yoksun kalınan kâr dışındaki zararlarının tazminini isteyebileceğini düzenlemektedir.

<sup>212</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3.4; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 503; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 232; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 44.

<sup>213</sup> (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 232; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 44.

<sup>214</sup> Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 25 N. 3.4.

<sup>215</sup> Bkz.: Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 363; Atamer, **a.g.e.**, s. 400. Satıcının CISG m. 41 hükmüne uygun olarak üçüncü kişilerin hak ve taleplerinden ari mal teslim etmemesi, CISG m. 30 kapsamında öngörülen; malların mülkiyetini alıcıya geçirme borcunu da ihlal edebilir; bkz.: Landgericht Freiburg, 22.08.2002, CISG-online no: 711 (Karara konu olan olayda Alman satıcı, sözleşme konusu ikinci el arabayı İtalyan alıcıya teslim etmiş; fakat çalıntı olduğunun anlaşılması üzerine bu arabaya polis tarafından el konmuştur. Bunun üzerine alıcı, sözleşme konusu araba için ödediği semenin ve yaptığı masrafların iadesini satıcıdan talep etmiştir. Kararda her ne kadar esaslı ihlal değerlendirmesine yer verilirse de çalıntı arabanın mülkiyetinin ne Alman Hukuku uyarınca ne de İtalyan Hukuku uyarınca alıcıya geçebileceği Mahkeme tarafından saptanmış ve CISG m. 49'a uygun olarak alıcının sözleşmeden döndüğüne karar verilmiştir.).

<sup>216</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Kröll), **a.g.e.**, Art. 42 N. 52.

ihlalin oluşumu önlenabilir<sup>217</sup>. Örneğin, teslim edilen araçta üçüncü bir kişinin rehin hakkı bulunuyorsa ilgili borcun ödenmesi suretiyle esaslı ihlalin oluşumu engellenebilir<sup>218</sup>. Üçüncü kişinin iddiasının asılsız olması hâlinde satıcı, söz konusu talebi nihayete erdirerek esaslı ihlalin önüne geçebilecek durumdadır<sup>219</sup>. Zira alıcının fiilen esaslı ihlali haklı kılan bir olumsuzluğa uğramasından evvel satıcı, sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırarak esaslı ihlalin oluşumunu önleyebilir. Yine üçüncü kişinin iddia ettiği hak veya talebi alıcı makul bir sürede bertaraf ederek malların sözleşmeye uygun kullanımını sağlama alabilecek durumdaysa ve satıcı yeterli güvence ile alıcının uğradığı masrafları tazmin etmeyi üstleniyorsa sırf bu prosedürün sebep olduğu işlemler esaslı ihlali haklı kılmaktan uzak olabilir<sup>220</sup>; meğer ki alıcının maruz kaldığı diğer elverişsiz sonuçlar aksi bir sonuca işaret etsin.

Oberster Gerichtshof tarafından görülen 06.02.1996 tarihli davada ise sözleşme konusu propan gazın Belçika'da teslim edilmesi gerekmektedir. Ayrıca alıcı bu gazın tekrar satımı konusunda Hollandalı bir şirket ile anlaşmıştır. Buna rağmen satıcı taraf; gazın Hollanda, Belçika ve Lüksemburg'a ihracı konusunda kendi tedarikçilerinden yetki alamamaları sebebiyle sözleşme konusu gazın tesliminin artık mümkün olmadığını belirtmiş ve gazın Benelüks ülkelerindeki müşterilere satılamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme, özel koşulların bulunmaması hâlinde alıcının, sözleşme konusu malları herhangi bir sınırlamaya tabi olmadan kullanabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, satıcının tedarikçisinin ihracat sınırı koymasını CISG m. 41 hükmüne aykırı görmüş ve böyle bir kısıtlamaya tabi mal teslim edilmesi hâlinde, sözleşmenin ihlal edileceğini belirtmiştir. Keza Mahkeme, buradaki sözleşmeye aykırılığı esaslı ihlal oluşturmaya elverişli görmüştür<sup>221</sup>.

---

<sup>217</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 41 N. 24.

<sup>218</sup> Atamer, **a.g.e.**, s. 400.

<sup>219</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schwenzer), **a.g.e.**, Art. 41 N. 11; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Kröll), **a.g.e.**, Art. 41 N. 19, Art. 42 N. 9.

<sup>220</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Kröll), **a.g.e.**, Art. 41 N. 43.

<sup>221</sup> Oberster Gerichtshof, 06.02.1996, CISG-online no: 224.



## 6. Belgelere İlişkin Yükümlülüklerin İhlali

### a. Genel Açıklamalar

CISG m. 30 hükmü uyarınca satıcı, mallara ilişkin belgeleri de vermekle yükümlüdür. Nitekim, CISG m. 34 hükmü de verilmesi gereken belgelerin; sözleşmede öngörülen zamanda, yerde ve şekilde verilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bu bağlamda satıcının, sözleşme hükümleri veya bağlayıcı olan alışkanlar ya da teamüller veya dürüstlük kuralı uyarınca mallara ilişkin bazı belgeleri vermekle yükümlü olabileceği belirtilmektedir<sup>222</sup>. Bu tür belgeler, örneğin konşimento gibi kıymetli evrak olabileceği gibi; menşe şahadetnamesi, analiz raporu, gümrük belgeleri, fatura veya kullanım kılavuzu gibi mallara ilişkin diğer belgeler de olabilir<sup>223</sup>.

Belgelere ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilmesi hâlinde, her zaman esaslı ihlalin oluştuğunu belirtmek imkânsız olsa da<sup>224</sup> bu yükümlülüklerin ihlali de esaslı ihlale sebebiyet veren sonuçların oluşmasına yol açabilir<sup>225</sup>. Bu bağlamda, mallara ilişkin belgelerin teslim edilmemesi, geç teslim edilmesi veya sözleşmeye aykırı teslim edilmesi esaslı ihlale yol açan sonuçların oluşmasına sebebiyet verebilir. Belgelere ilişkin yükümlülüğün ihlali sebebiyle, alıcının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalıp kalmadığı sorusu sorulacaktır<sup>226</sup>.

---

<sup>222</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 59; H. Ercüment Erdem, Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu, **Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)**, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 152, 153; Atamer, **a.g.e.**, s. 166.

<sup>223</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 60.

<sup>224</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 46.

<sup>225</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 61, (Müller-Chen), Art. 49 N. 11; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 503; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 232, 233; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 45; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 251; Kaşak, **a.g.m.**, s. 350.

<sup>226</sup> Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135.

Genel olarak ele alındığında, satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi durumunda yapılan esaslı ihlal değerlendirmesine ilişkin ilkeler, satıcının mallara ilişkin belgeleri teslim etme borcu bakımından de geçerli kabul edilmektedir<sup>227</sup>. Keza bu noktada da esaslı bir sözleşme ihlalinin bulunup bulunmadığı araştırılırken belgelere ilişkin sözleşmeye aykırılığın giderilip giderilemeyeceği ve belgelere ilişkin sözleşmeye aykırılığa rağmen malların ne ölçüde kullanılma olanağının bulunduğu doktrinde sorgulanmaktadır<sup>228</sup>. Bu noktada, belgelerin eksik veya yanlış teslim edilmesi hâlinde, sözleşmeye uygun belgelerin alıcı tarafından kolaylıkla temin edilebilmesi de dikkate alınabilmektedir<sup>229</sup>. *Kanımızca*, mallara ilişkin belgelerin sözleşmeye uygun olarak teslim edilmemesi sebebiyle malların sözleşmede amaçlanan şekilde kullanımının mümkün olmadığı durumlarda esaslı ihlal oluştuğu kabul edilebilir<sup>230</sup>. Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı nazara alındığında, malların sözleşmeye aykırı teslimine ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar burada da geçerli kabul edilebilecek durumdadır<sup>231</sup>.

Satıcının sözleşmeye uygun şekilde ilgili belgeyi teslim etmemesine rağmen alıcı, sözleşme konusu malları amaçladığı şekilde kullanarak menfaatini gerçekleştirebilecek durumdaysa esaslı ihlal oluşmayacaktır<sup>232</sup>. Burada, ilgili belgenin bizzat satıcı tarafından teslim edilmemesinin sebep olduğu olumsuzluk belirleyici olacaktır. Dolayısıyla alıcı, gerekli belgeyi kendisi kolaylıkla temin edip sözleşme konusu malları meşru menfaatlerine uygun şekilde kullanabilecek

---

<sup>227</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 61, (Müller-Chen), Art. 49 N. 11; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 232; **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.9; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 45.

<sup>228</sup> *Inc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 49 N. 11; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 503, 504; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 232; **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.9; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 45; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 251; Kaşak, **a.g.m.**, s. 350.

<sup>229</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 49 N. 11; Kaşak, **a.g.m.**, s. 350; Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135 (Alıcının, doğru menşe şahadetnamesini kendisinin elde edebileceği belirtilmiştir.). *Karş.* Mullis, **a.g.m.**, s. 348, 349; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 45.

<sup>230</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 61. Örn. *inc.* Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, 05.07.2005, CISG-online no: 1361 (Satıcının kalite belgesini zamanında alıcıya teslim etmemesi sebebiyle bir süre gümrük muayenelerinin yapılamaması ve bu nedenle malların teslim alınamaması esaslı ihlal kabul edilmiştir.).

<sup>231</sup> Bkz.: yuk. III. B. 4. c.

<sup>232</sup> **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.9.

durumdaysa esaslı ihlali haklı kılan bir olumsuzluğun ortaya çıkmadığı kabul edilmelidir<sup>233</sup>. Dolayısıyla, böyle bir durumda satıcının sözleşme ihlali, CISG m. 25 hükmünün kıstaslarını karşılayan bir ihlal değildir. Fakat ilgili belgeye özellikle belirli bir zaman diliminde ihtiyaç duyulması farklı bir sonuca yol açabilir. Ayrıca her durumda, ilgili belgenin alıcı tarafından temin edilmesinin dürüstlük kuralı gereği beklenebilir olması gerekir.

İlgili belgeler malı temsil eden belgeler ise bunların teslim edilmesinden temelli kaçınılması durumunda, alıcının bu belgeler olmaksızın sözleşme konusu mallar üzerinde hak sahipliği iddia etmesi mümkün olmayacağından, sözleşme ihlali esaslı kabul edilecektir<sup>234</sup>. Bu tür belgelerin geç teslimi hâlinde ise satıcının malları teslim borcunda gecikmesine kıyasen, ifa tarihinin alıcı açısından taşıdığı öneme<sup>235</sup> ve ihlalin yarattığı sonuçlara binaen değerlendirme yapılmalıdır<sup>236</sup>. Yine akreditif gibi ödeme metodlarında, alıcıya malların usulüne uygun sunulması için gerekli belgelerdeki sözleşmeye aykırılıklar esaslı ihlal sebebi olabilir<sup>237</sup>. Bu tür belgelerin

---

<sup>233</sup> *Inc.* (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 233; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 47.

<sup>234</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 49 N. 11; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 144; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 251; Kaşak, **a.g.m.**, s. 350.

<sup>235</sup> Incoterms 2010 CIF ve CFR terimlerinin A8 klotlarına göre satıcı, mutad taşıma belgesini alıcıya gecikmeksizin ("*without delay*") temin etmelidir. Bkz.: **Incoterms 2010**, s. 102, 114. Ayrıca bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 150, 151.

<sup>236</sup> Bkz.: ve *karş.* Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 251; Kaşak, **a.g.m.**, s. 350.

<sup>237</sup> *Inc.* ve *karş.* Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen), **a.g.e.**, Art. 49 N. 11; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 233; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 43, 46, (Huber), Art. 49 N. 46. UCP 600 kuralları uyarınca akreditif ödeme metodunda alıcı, kendi bankasına başvurarak akreditif açtırmakta ve alıcının bankası, akreditif metnini satıcının bankasına (muhabir bankaya) göndermektedir. Bunun üzerine satıcı malları yüklemekte ve akreditif metnine uygun olarak gerekli belgeleri kendi bankasına vermektedir. Akabinde bu belgeler alıcının bankasına gönderilmekte ve alıcı, akreditif bedelini ödeyip bu belgeleri alarak gümrükten sözleşme konusu malları teslim alabilecek duruma gelmektedir; Ekşi, **a.g.e.**, s. 261, 262; Bijl, **a.g.m.**, s. 20. Akreditif ilişkisi, semeni ödenmesi konu olan satım sözleşmesinden bağımsızdır. Banka, akreditifin şartlarına uygun belgelerin sunulması ile ödeme yapmaktadır. Satım sözleşmesine taraf olmayan banka, sözleşmenin ifasıyla ilgili olarak alıcının ortaya koyabileceği itirazları öne sürememektedir; Bijl, **a.g.m.**, s. 20. Nitekim UCP 600 Art. 4 düzenlemesi bu yöndedir. Dolayısıyla, bankanın satıcı tarafından sunulan belgeleri reddetmesi ile bu belgelerin sözleşmeye aykırı olması sebebiyle esaslı ihlal oluşturmasını birbirinden ayırt etmek gerekir. Örneğin, akreditifin geçerlilik süresi içerisinde belgelerdeki eksikliğin giderilmesi suretiyle esaslı ihlalin oluşumunun engellenmesi mümkün olabilir. Fakat bankanın belgeleri reddetmesi, alıcının sözleşmeden beklediği menfaati ve dolayısıyla esaslı ihlal değerlendirmesini etkileyecektir. Akreditife dayanan işlemlerde, satıcının ödemeyi elde edebilmesi için teslim ettiği belgelerin, akreditif şartları ile sıkı bir uyum içerisinde olması gerektiği belirtilmektedir; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 43; Bijl, **a.g.m.**, s. 21. Dahası, belgelerde aranan bu sıkı uygunluk üzerinde tarafların, CISG m. 9/II kapsamında ticari teamül olarak zimnen anlaştıkları ifade edilmektedir; Bijl, **a.g.m.**, s. 26. Fakat buradan hareketle, akreditif ile ödeme

teslim edilmesine ilişkin sözleşmeye aykırılıklar özellikle belgeye dayanan emtia satımları bakımından tartışma konusu olmaktadır. Dolayısıyla bu konunun daha ayrıntılı ele alınmasında fayda görmekteyiz.

## **b. Belgeye Dayalı Emtia Satımlarında Esaslı İhlal Değerlendirmesi**

Belgeye dayanan emtia satımlarının sahip olduğu bazı özellikler, CISG kapsamında esaslı ihlal değerlendirmesinin özel olarak ele alınmasını gerektirebilmektedir<sup>238</sup>. Emtia piyasalarında<sup>239</sup> ("*commodity market*") fiyatların değişken yapısı<sup>240</sup>, bu piyasalarda vaktinde ifanın önemini artırmaktadır<sup>241</sup>. Belgeye dayanan satımlarda ise malları temsil eden belgelerin sözleşmeye uygun olması önem arz etmektedir<sup>242</sup>. Öyle ki satıcının belgeleri teslim borcunun, en az malları teslim borcu kadar önem taşıdığı ifade edilmektedir<sup>243</sup>. Bir görüşe göre, bu tür işlemler bakımından belgelerin tesliminde aranan sözleşmeyle sıkı bağılılık, CISG m.

---

kararlaştırıldığında CISG m. 6 uyarınca CISG m. 25 hükmünün uygulamasından ayrıldığı ve önemsiz eksiklerin esaslı ihlal sayılacağı hususunda anlaşıldığının belirtilmesi (Bkz.: Bijl, **a.g.m.**, s. 27, 28), CISG m. 6 hükmü uyarınca esaslı ihlal değerlendirmesinin değiştirilmesine ilişkin şartlara uygun değildir. Bu konuda bkz.: yuk. I. E. 2. Alman Federal Mahkemesi tarafından verilen 03.04.1996 tarihli kararda, vesaik mukabili ödeme ("*cash against documents*") kararlaştırılmış olmasına rağmen, alıcı tarafından doğru belgelerin kolaylıkla elde edilebileceği ve bu şekilde beklenen menfaatin sağlanabileceği belirtilmiştir. Bkz.: Bundesgerichtshof, 03.04.1996, CISG-online no: 135.

<sup>238</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 62; Efe Direnisa, "Avoidance under the CISG and Termination under English Law in Documentary Sales", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VIII, S. 1, 2011, b.a. Bu satım türünün özellikle İngiliz Satım Hukuku'nda sahip olduğu önem konusunda bkz.: Direnisa, **a.g.m.**, s. 92.

<sup>239</sup> Bahsedilen emtia satışları temel olarak tahıl, pamuk, yağ, şeker, kahve, altın, bakır gibi tarımsal ürünleri ve doğal kaynakları kapsamaktadır. Bunların ortak özelliği, çok sayıda satıcı tarafından büyük miktarlarda üretilebilmeleri ve piyasada her zaman benzerlerinin bulunabilmesidir. *İnc.* Singh/Leisinger, **a.g.m.**, s. 173; Leisinger, **a.g.e.**, s. 115, 116; Paiva, **a.g.m.**, § 5.2.7; Direnisa, **a.g.m.**, s. 93.

<sup>240</sup> Bu piyasalarda görülen günlük fiyat dalgalanmaları hususunda bkz.: Leisinger, **a.g.e.**, s. 120.

<sup>241</sup> *İnc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 62, 65; Bridge, **a.g.m.**, s. 931, 932; **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.17; Leisinger, **a.g.e.**, s. 126; Direnisa, **a.g.m.**, s. 94.

<sup>242</sup> *İnc.* Bridge, **a.g.m.**, s. 932; **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.13.

<sup>243</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 62.

9 hükmünde öngörülen anlamda uluslararası ticarete yaygın şekilde görünen bir teamül oluşturmaktadır<sup>244</sup>.

Emtia satımlarının da bu şekilde belgeye dayalı olarak gerçekleşmesi; nihai alıcı malları fiziken teslim alana dek, bu belgelerin devredilmesi yoluyla zincirleme sözleşmelerin ("*string sales*") kurulabilmesine imkân vermektedir<sup>245</sup>. Ayrıca bu tür satım sözleşmelerinde sıklıkla "CIF" veya "FOB" klotuna yer verildiği, ödemenin akreditif ile gerçekleştirildiği belirtilmektedir<sup>246</sup>. Bu sebeple, diğer tacirler veya bankalar gibi üçüncü kişilerin de bu tür satım işlemlerine dâhil olabilmesi, belgelere ilişkin yükümlülüklerde sözleşme ile sıkı bir bağılılığı gerektirmektedir<sup>247</sup>. Özellikle zincirleme sözleşmelerde, alıcının bir sonraki alıcıya karşı yükümlülüklerini yerine getirebilmesi bakımından da sözleşmeye tamamen uygun belgeleri teslim alması önem taşımaktadır<sup>248</sup>. Yine bu tip işlemlerde satım zincirindeki alıcıların bir çoğunun aslında sözleşme konusu mallara değil, bu işlem neticesinde ekonomik kâr elde etmeye ilgi duyması<sup>249</sup> hasebiyle, özellikle piyasada fiyatların düştüğü durumlarda alıcıların, satıcının önemsiz sözleşme ihlallerinden dolayı dahi sözleşmeden dönme konusunda istek gösterdiği ifade edilmektedir<sup>250</sup>.

Belgeye dayanan emtia satımlarının arz ettiği bu özellikler karşısında, CISG m. 25 hükmüne göre esaslı ihlal değerlendirmesinin ne şekilde gelişeceği, ihtimam hak eden bir konu hâline gelmektedir. Bir görüş uyarınca, sözleşme ihlalinin ağırlığının, sözleşmeden ve sözleşmeyi çevreleyen koşullardan anlaşılabilmesi mümkündür<sup>251</sup>. Buna göre, bu tür satım sözleşmelerinde satıcının belirli belgeleri

---

<sup>244</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 63. Yazar bu kuralın ayrıca CISG m. 8/II, III hükümleri uyarınca, satım sözleşmesine dâhil edildiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 63. *K.g.*: Bridge, **a.g.m.**, s. 935.

<sup>245</sup> *Inc.* Bridge, **a.g.m.**, s. 932; Singh/Leisinger, **a.g.m.**, s. 182; Direnisa, **a.g.m.**, s. 94, 95.

<sup>246</sup> *Inc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 62; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 29; Singh/Leisinger, **a.g.m.**, s. 183, 184; Direnisa, **a.g.m.**, s. 93, 94.

<sup>247</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 63. Ayrıca bkz.: Direnisa, **a.g.m.**, s. 94.

<sup>248</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 63, 65. Bu tür satım sözleşmelerinde görülen diğer özellikler hakkında bkz.: Direnisa, **a.g.m.**, s. 94, 95.

<sup>249</sup> Mullis, **a.g.m.**, s. 329; Bridge, **a.g.m.**, s. 932.

<sup>250</sup> Direnisa, **a.g.m.**, s. 95. Ayrıca bkz.: Koji Takahashi, "Right to Terminate (Avoid) International Sales of Commodities", **Journal of Business Law**, Sweet & Maxwell, Mart 2003, s. 104.

<sup>251</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 22, 23; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 223, 224, 232 - 234; **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.1.

teslim borcu esaslı bir öneme sahip olup teslim edilen belgelerin (herhangi bir şekilde) sözleşmeye aykırı olması durumunda alıcı, esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönebilecektir<sup>252</sup>. Benzer şekilde, fiyatlardaki hızlı dalgalanma ihtimali sebebiyle, belgelerin sunumunda gecikilmesi hâlinin her zaman esaslı ihlale yol açacağı ifade edilmektedir<sup>253</sup>. Keza vaktinde ifanın öneminden dolayı, satıcının genellikle belgelerdeki ayıbı giderme imkânına sahip olamayacağı ortaya konmaktadır<sup>254</sup>.

*Bridge*, bu yaklaşımı eleştirmektedir<sup>255</sup>. Bu noktada yazar, esaslı ihlal değerlendirmesindeki odak noktasının, ihlal edilen sözleşme hükmünün niteliğinden uzaklaşıp ihlalin yarattığı sonuçlara kaymasına dikkat çekmektedir. Bu bakımdan yazar, CISG m. 25 hükmü altında yapılacak değerlendirmede, ihlalin sonuçlarından bağımsız olarak, bazı önemli sözleşme hükümlerinin esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından ayrı tutulmasını doğru bulmamaktadır. Buna göre, doğrudan sözleşmenin ve bunu çevreleyen koşulların, ihlali esaslı hâle getiremeyeceği vurgulanmaktadır. Şu hâlde yazara göre, vaktinde teslim etmemenin veya belgelere ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilmesinin, CISG m. 25 kapsamında her zaman esaslı ihlal oluşturacağını kabul etmek güçtür. *Paiva* ise emtia satımlarında esaslı ihlal değerlendirmesinin, diğer mallardan farklı bir şekilde yapılmasını gerekli görmemekte ve fiyatlardaki değişimin alıcının lehine de olabileceğine temas etmektedir<sup>256</sup>.

CISG m. 25 hükmü okunduğunda, *kanımızca* da sözleşme ihlalinin sonuçlarından soyutlanmış şekilde esaslı ihlal değerlendirmesi yapılabilmesi mümkün değildir. Söz konusu satım sözleşmelerinde, satıcının belgeleri teslim borcunu gereği gibi yerine getirememesi, bu işlemlerin kendi özellikleri gereği olayların büyük çoğunluğunda esaslı ihlale sebebiyet verebilecek neticelerle

---

<sup>252</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 63, 64; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 232, 233; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 46.

<sup>253</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 65. Ayrıca bkz.: (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 223, 224; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber), **a.g.e.**, Art. 49 N. 29.

<sup>254</sup> **CISG-AC Opinion No. 5**, N. 4.17.

<sup>255</sup> *Bridge*, **a.g.m.**, s. 932 vd.

<sup>256</sup> *Paiva*, **a.g.m.**, § 5.2.1.7 dn. 370, 5.2.7.

sonuçlanabilir<sup>257</sup>. Buna karşın, diğer sözleşmeye aykırılık hâllerinde belirttiğimiz gibi, burada da önceden genelgeçer bir kural koyulamayacağını ifade edebiliriz<sup>258</sup>. Zira CISG m. 25 hükmü esaslı ihlal değerlendirmesi bakımından satım sözleşmesinin türüne göre de herhangi bir ayırım yapmamaktadır<sup>259</sup>. Bu anlamda, belgeye dayanan emtia satımlarında alıcıların, her durumda kolaylıkla sözleşmeden dönebilme eğilim ve istekleri, CISG m. 25 hükmü ile bağdaşmamaktadır<sup>260</sup>. Belgelere ilişkin yükümlülüklerle sıkı bir bağlılığın, ilgili ticari branşta ve sözleşme tipinde genel kabul gören bir teamül olduğu ispatlansa dahi sözleşme ihlali neticesi ortaya çıkan gerçek olumsuzluğun, esaslı ihlali haklı kılması gerekir. Buna karşın bu özelliğin, CISG'da gözlenen bir yetersizlik olup olmadığı tartışılabilir<sup>261</sup>. CISG m. 25 hükmü, sözleşme ihlali neticesinde sözleşme ihlaline maruz kalan taraf aleyhine gerçekten

---

<sup>257</sup> ICC International Court of Arbitration, 01.03.1995, CISG-online no: 844 (Uyuşmazlık konusu olayda, sözleşmede Incoterms 1990'da yer alan CFR klotuna yer verilmiş ve Tahkim Heyeti, sözleşmenin belgeye dayalı işlem özelliğine dikkat çekmiştir. Özellikle malların tekrar ticareti açısından konşimentoda tanzim tarihinin önemini dikkate alan Tahkim Heyeti, alıcının tanzim tarihini gösteren ve sözleşmeye tamamen uyan bir konşimento teslim almaya hakkı olduğunu; fakat satıcı tarafından teslim edilenin bu koşulları sağlamadığını belirtmiştir. Alıcının en azından, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderebileceği farazi ek sürenin sonunda sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğuna karar verilmiştir.).

<sup>258</sup> *Karş. Drenisa, a.g.m.*, s. 100, 101.

<sup>259</sup> *Paiva* tarafından yapılan tespit göre, kararların azımsanmayacak bir kısmına, emtia satımı olarak nitelendirilebilecek sözleşmeler konu olduğu hâlde, farklı bir esaslı ihlal değerlendirmesi yapma yönünde bir eğilim ve ihtiyaç gözlenmemektedir. Bkz.: *Paiva, a.g.m.*, § 5.2.7.

<sup>260</sup> 1978 tarihli Antlaşma Taslağı'na ilişkin Sekretarya Şerhi, bu hususun zaten farkında olduğunu göstermektedir. Zira bugünkü CISG m. 49 hükmünün karşılığı olan 45. maddeye ilişkin olarak yapılan açıklamalarda, esaslı ihlal şartına bağlı sözleşmeden dönme hakkına sahip olunmasının, CIF ve diğer belgeye dayalı satımların pratiğine uymadığı belirtilmiştir. Zira belgeye dayalı işlemlerde, satıcı tarafından temin edilen belgelerin sözleşmeyle sıkı bir bağlılık içinde olmasının arandığı ve alıcıların, belgelerdeki pratikte önemi düşük uyumsuzluklardan dolayı dahi bunları reddedebildiği ifade edilmiştir; **Official Records**, s. 41. CIETAC bünyesinde görülen tahkim yargılamasında, konşimentonun tarihi 1998 yerine yanlışlıkla 1999 olarak yazılmış ve bu sebeple satıcının akreditifi ibraz ettiği banka ödemeyi reddetmiştir. Satıcı alıcıdan sözleşmeyi ifa etmesini istediğinde, alıcı semenin indirilmesini talep etmiş; fakat satıcı bu talebi reddetmiştir. Buna karşılık, alıcı da ödemeyi reddetmiştir. Alıcı, satıcının teslim etmesi gereken belgelerin sözleşmeyle sıkı bir uygunluk içerisinde olması gerektiğini belirtmiş ve satıcının esaslı şekilde sözleşmeyi ihlal ettiğini savunmuştur. Alıcı ayrıca, belgelerdeki tutarsızlığı kabul etmesi hâlinde zarara uğrayabileceğini ve bu bakımdan, semenin tanzimini istemesinin makul olduğunu belirtmiştir. Yine alıcının iddialarına göre, bir iş adamının düşüncesi her zaman kârlılık temelinde şekillendiğinden, piyasa fiyatına mukabil alıcının davranışı makuldur. Tahkim heyeti, olağan koşullarda belgelerde sıkı bir uygunluğun arandığını belirtmiş; fakat konşimentoda 1999 yazılmasının, uluslararası ticaret bilgisi olan herkes için açık bir yazım hatası ifade ettiğini vurgulamıştır. Bu noktada Tahkim Heyeti, sözleşmenin 1998 yılında imzalanması ve ifa edilmesi, satıcı tarafından belgelerin yine aynı yıl içerisinde bankaya ibraz edilmesi gibi somut olayın özelliklerini göz önüne almıştır. Konşimentodaki söz konusu yazım hatası, alıcının tekrar satım imkânı açısından bir engel olarak görülmemiş ve esaslı ihlal iddiası reddedilmiştir. Tahkim Heyeti'nin kanaatine göre, alıcının semenin tanzimini istemeksizin sözleşmeyi ifa etmesi gerekmektedir. Bkz.: CIETAC, 04.06.1999, CISG-online no: 1806.

<sup>261</sup> *Karş. Bridge, a.g.m.*, s. 934.

önemli ölçüde bir olumsuzluk ortaya çıkmış ise sözleşmeden dönebilmeye gerekli zemini hazırlamaktadır. Bununla beraber hükmün, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaati nazara aldığı unutulmamalıdır. Bu meşru menfaat saptanırken şüphesiz sözleşmeyi çevreleyen teamüller ve bu sözleşmenin dayanağı ticari zemin de dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda, satım zincirinde yer alan bir alıcı tamamen ekonomik kâr elde etme amacıyla sözleşme yapmış ise ve bu durum sözleşmeyi çevreleyen koşullardan anlaşılıyorsa satıcı tarafından belgelere ilişkin yükümlülüğün ihlali neticesinde bu alıcı, beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun kaldığında CISG m. 25 hükmü anlamında esaslı ihlal oluşacaktır. Belgelere ilişkin yükümlülüklerle sıkı bir bağlılığı arayan teamülün sözleşme içeriği olduğunun ortaya konabilmesi de bu yükümlülüğün gereği gibi ifasından beklenen menfaatin önemli olduğunu ve bu menfaatten yoksun kalınması hâlinde CISG m. 25 kapsamında önemli ölçüde bir olumsuzluğun ortaya çıktığının ispatlanabilmesinde önemlidir. Böyle bir olumsuzluk ortaya çıkmadığı takdirde, alıcının esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönme veya belgeleri reddetme imkânı yoktur<sup>262</sup>. Bu bakımdan, teslim edilen belgelerdeki sözleşmeye aykırılığın, malların sorunsuz şekilde ticaretine engel olması<sup>263</sup> veya belgelerin geç teslim edilmesi sebebiyle bu işlemde beklenen menfaatin sağlanamaması, esaslı ihlale sebebiyet verebilecektir. Esasen söz konusu işlemlerin belirtilen karakteristik özellikleri dikkate alındığında, belgelere ilişkin yükümlülüklerin ihlalinin genellikle bu tür bir olumsuzluğa yol açmaya müsait olduğu anlaşıldığından, yapılması gereken şey; sözleşmenin türüne ve ihlalin sınıflandırmasına bakarak esaslı ihlalin oluştuğunu belirtip incelemeyi kesmek yerine, hükmün gereklerine uygun şekilde bu sonucu CISG m. 25 hükmünün

---

<sup>262</sup> *Direnisa*, CISG kapsamındaki belgeye dayanan satımlarda, belgelere ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilmesi hâlinde esaslı ihlalin oluşacağı yönünde bir karinenin kabul edilmesini ve CISG'in belgelere dayanan satımlara uygulanmasında İngiliz Hukuku tecrübesinin dikkate alınmasını önermektedir; *Direnisa*, **a.g.m.**, s. 101. Bu yönde bir karinenin gerekliliği görüşünde ayrıca bkz.: Takahashi, **a.g.m.**, s. 127 vd. İlk belirtmemiz gerekir ki bu tip sözleşme ihlalleri bakımından esaslı ihlal yönünde önceden kabul edilmiş genelgeçer kurallar koymak veya karineler kabul etmek CISG m. 25 hükmünün ruhuna uymamaktadır. Üstelik, belgeye dayalı satımlar bakımından İngiliz Hukuku uygulamasının dikkate alınması yaklaşımı, CISG m. 7/I hükmüne açıkça aykırı düşmektedir. Zira CISG'in yorumlanmasında ulusal hukuk sistemlerinin esaslarına başvurulması, CISG'in milletlerarası karakteri ile uyumlu olmadığı gibi, genel anlamda yeknesak uygulaması için de ciddi bir tehlike oluşturmaktadır. Bu hususta açıklamalar için bkz.: yuk. I. E. 3.

<sup>263</sup> Bkz.: ve *karş.* Mullis, **a.g.m.**, s. 349, 350.



kıstasları ile teyit etmek olmaktadır. İstisnaen bu sonuç teyit edilemiyorsa ihlal esaslı değildir. Dolayısıyla belgeye dayanan emtia satımlarının yukarıda bahsedilen özellikleri, CISG m. 25 kapsamında esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken dikkate alınması gereken "somut olayın şartlarını" teşkil etmektedir. Buna karşın taraflar, CISG m. 25 hükmünün getirdiği standartlara bağlı olmaksızın sözleşmeden dönebilmek hususunda bir iradeye sahip iseler bu hususu CISG m. 6 uyarınca düzenlemekte serbesttirler<sup>264</sup>.

## C. Alıcının Borçlarına İlişkin Olarak Görülen Tipik Sözleşme İhlalleri

### 1. Semeninin Ödenmemesi

Alıcının temel borçlarını öngören CISG m. 53 hükmü uyarınca alıcı, sözleşmeye ve Antlaşma'ya uygun şekilde semeni ödemek ve malları teslim almakla yükümlüdür<sup>265</sup>. CISG m. 54 hükmüne göre ise alıcının semeni ödeme borcu, sözleşmenin ve ilgili ulusal hukukun gerektirdiği tüm önlemleri almayı ve formaliteleri yerine getirmeyi de ihtiva eder<sup>266</sup>. Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, alıcının semeni ödeyebilmesi için yerine getirmesi gereken yan edim yükümlülüklerinin ifası, asli borç olan semeni ödeme borcunun bir parçasıdır<sup>267</sup>.

Satıcının malları teslim etme borcunda olduğu gibi, alıcının asli borcu olan semeni ödeme borcundan temelli kaçınması da prensip olarak esaslı ihlal sonucunu doğurur<sup>268</sup>. Alıcının hangi davranışlarının ifadan temelli kaçınma anlamına geldiği

---

<sup>264</sup> Bu konuda bkz.: yuk. I. E. 2.

<sup>265</sup> CISG m. 53: "*Alıcı, sözleşme ve bu Antlaşmanın gerektirdiği şekilde semeni ödemek ve malları teslim almakla yükümlüdür.*"

<sup>266</sup> CISG m. 54: "*Alıcının semeni ödeme borcu, sözleşmede veya mevzuatta öngörülmiş olan, semeninin ödenmesini sağlayacak önlemleri almayı ve formaliteleri gerçekleştirmeyi içerir.*" Bkz.: Kanışlı, **a.g.e.**, s. 20, 21.

<sup>267</sup> Kaya, **a.g.e.**, s. 101.

<sup>268</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 66, (Mohs), Art. 64 N. 6; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 366, 367; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 326; Schlechtriem/

noktasında yine CISG m. 8 hükmünden yararlanılması mümkündür. Örneğin, alıcının semeni ödemek bakımından sözleşmede kararlaştırılmamış olan koşullar öne sürmesi bu anlama gelebilir<sup>269</sup>. Yine alıcının haksız şekilde sözleşmeden dönmesi, bu anlamda esaslı ihlal sebebi olabilecektir<sup>270</sup>. Alıcının semeni ödeme borcunu ifa etmesi, örneğin devlet tarafından uygulanan döviz yasağı gibi bir sebepten imkânsızlaşmışsa yine esaslı ihlal ortaya çıkabilir<sup>271</sup>. Fakat alıcının, kararlaştırıldan farklı bir para birimi ile sözleşmeyi ifa etmesinin mümkün olup olmadığı ve bu şekilde bir ifanın satıcının menfaatlerini önemli ölçüde korumaya yetip yetmeyeceği de önemlidir.

İfa tarihi geçmiş olmasına rağmen alıcının yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması hâlinde, bu durumun ne zaman temelli ifa etmeme anlamına geldiği

---

Butler, **a.g.e.**, s. 103; Kaşak, **a.g.m.**, s. 351. İçtihatlarda bu yönde bkz.: United States District Court, Southern District of New York, 29.05.2009, CISG-online no: 1892 (Semenin ancak %20'sinden az bir kısmının ödenmiş olması esaslı ihlal kabul edilmiştir.); Oberlandesgericht Graz, 29.07.2004, CISG-online no: 1627 (Alt derece mahkemesi, bütün olarak teslimata taraflarca önem atfedildiğinden bahisle, satım konusu bazı parçaların teslim alınmasından ve bunların bedellerinin ödenmesinden kaçınılmasını CISG m. 25 kapsamında esaslı ihlal olarak kabul etmiştir.); United States District Court for the Western District of Michigan, 17.12.2001, CISG-online no: 773; Oberlandesgericht Braunschweig, 28.10.1999, CISG-online no: 510; Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 05.10.1998, CISG-online no: 1831 (Karara konu uyuşmazlıkta alıcının taksitler hâlinde semeni ödemesi gerekiyordu. İlk ödemenin yapılması gereken 06.10.1993 tarihinden karar tarihine kadar ödeme yapılmadığı dikkate alınmış ve hem sözleşme uyarınca taraflardan birinin yükümlülüklerini yerine getirmemesi hâlinde diğerinin sözleşmeden dönebileceğinin düzenlenmesine hem de CISG m. 25 hükmüne yer verilerek satıcının sözleşmeden dönme talebinin haklı olduğuna kanaat getirilmiştir.); Handelsgericht Aargau, 26.09.1997, CISG-online no: 329.

<sup>269</sup> *Inc. Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter)*, **a.g.e.**, Art. 25 N. 66. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry, 04.04.1998, CISG-online no: 1334. *Kanımızca* Landgericht Kassel tarafından verilen ve alıcının akreditif açılacağına dair banka onayı sağlaması borcunu konu edinen kararda ortaya konan görüş, doğrudan semeni ödeme borcu (ve hatta satıcının sözleşme konusu malları teslim borcu veya sözleşme ilişkisinden doğan diğer herhangi bir borç) için de ifadan temelli kaçınma değerlendirmesinde yol gösterici olabilir. Olayda taraflar, söz konusu yükümlülüğe ilişkin sözleşmenin kurulmasından sonra da müzakerelerde bulunmuş ve alıcı, bu müzakereler sonucunda ilgili yükümlülüğün düzenlendiği sözleşme hükmünün değişikliğe uğradığını ve artık bu yönde bir yükümlülüğü bulunmadığını belirtmiştir. Mahkeme, bu yönde müzakerelerin geliştiğini dikkate almış ve alıcının ifade ettiği şekilde bir varsayım yapmasının bütünüyle anlamsız olmadığını vurgulamıştır. Bu gerekçeyle Mahkeme, alıcı tarafından hatalı bir çıkarım yapıldığı görüşünde olan satıcının, dürüstlük kuralı gereği alıcının bu anlayışını düzeltmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, somut olayda olduğu gibi yalnızca sözleşmenin içeriğine ilişkin bir anlaşmazlığın, yükümlülüklerin kesin olarak inkarı olarak görülemeyeceğini belirtmiştir. Bkz.: Landgericht Kassel, 21.09.1995, CISG-online no: 192.

<sup>270</sup> *Slechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen)*, **a.g.e.**, Art. 49 N. 14; *Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Huber)*, **a.g.e.**, Art. 49 N. 83.

<sup>271</sup> *Slechtriem/Schwenzer/(Mohs)*, **a.g.e.**, Art. 64 N. 11.

noktasında yine satıcının malları teslim etme borcundaki açıklamalar geçerli kabul edilebilecektir<sup>272</sup>. Buna göre, alıcının sözleşmeyi ifa etmeye yönelik bir niyet taşımadığı, satıcının sözleşmenin ifasına ilişkin güveni kaybettiği anlaşılıyorsa - ne şekilde adlandırılacağına bakılmaksızın - ihlalin esaslı olduğu kabul edilebilir<sup>273</sup>. Örneğin, kararlaştırılan periyotta akreditif açılmamasının ardından, talep edilen ek sürede de semenin tamamen ödenmemesi ve malların geri kalanının teslim alınmaması esaslı ihlal oluşturabilecektir<sup>274</sup>. Nitekim alıcının iflas etmiş olması da esaslı ihlalin oluşması noktasında etkili olabilir<sup>275</sup>. Alıcının geç de olsa semeni ödemesi hâlinde satıcı, bu ifayı öğrendiği andan itibaren sözleşmeden dönme hakkını kaybettiğinden (CISG m. 64/II.a), ihlalin esaslı olup olmadığını ifanın gerçekleşmesinden önce değerlendirebilmek fiili olarak önemlidir<sup>276</sup>.

## 2. Semen'in Geç Ödenmesi

Alıcının semeni ne zaman ödeyeceği de yine öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine, alışkanlıklara ve teamüllere bakılarak belirlenir. Bu kaynaklardan, semeni ödeme borcunun ifa edilmesi gereken zaman saptanamıyorsa CISG m. 58 hükmüne başvurulacaktır. Buna göre, semeni ödeme borcunun, satıcı tarafından malların veya malları temsil eden belgelerin alıcının tasarrufuna hazır bulundurulmasıyla ifa edilmesi gerekir<sup>277</sup>. Bununla beraber alıcı, taraflar arasındaki

---

<sup>272</sup> Bkz.: yuk. III. B. 1.

<sup>273</sup> Örn. *inc.* Supreme Court of Queensland-Court of Appeal, 12.10.2001, CISG-online no: 955; CIETAC, 08.04.1999, CISG-online no: 1114; CIETAC, 01.03.1999, CISG-online no: 1136.

<sup>274</sup> Hof van Beroep Antwerpen, 22.01.2007, CISG-online no: 1585.

<sup>275</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 66, (Mohs), Art. 64 N. 12; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 366, 367; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 103; Yelkenci, **a.g.m.**, s. 1366. Örneğin, Federal Court of Australia, South Australia Registry, tarafından verilen bir kararda, vadesi geçen faiz borçlarını ödememiş olan alıcı şirkete ulusal hukuk kapsamında bir idareci atanmasının şirketin iflas ettiğini veya iflas etmesinin muhtemel olduğunu gösterdiği gerekçesiyle, sözleşmenin esaslı ihlalinin oluştuğuna karar verilmiştir. Bkz.: Federal Court of Australia, South Australia Registry, 28.04.1995, CISG-online no: 218. Daha evvel belirttiğimiz üzere, *kanımızca* bu karar, taraflar arasındaki güven ilişkisinin kaybolması olgusuyla yakından ilgilidir. Bkz.: yuk. II. D. Ayrıca *inc.* United States District Court, Southern District of New York, 29.05.2009, CISG-online no: 1892.

<sup>276</sup> *Inc.* Flechtner, **a.g.m.**, s. 86.

<sup>277</sup> CISG m. 58/I: "*Alıcının semeni belirli başka bir anda ödeme yükümlülüğü yoksa, satıcının sözleşme veya bu Antlaşma uyarınca malları veya malları temsil eden belgeleri tasarrufuna hazır*

teslim ve ödeme usulüne ilişkin anlaşma aksini gerektirmedikçe, malların kısa bir muayenesini<sup>278</sup> yapmadan semeni ödemekle yükümlü değildir<sup>279</sup>.

Yine satıcının malları teslim etme borcuna paralel olarak, alıcının semeni ödeme borcunda gecikmesi, her zaman esaslı bir sözleşme ihlali ile sonuçlanmaz<sup>280</sup>. Alıcının semeni ödeme borcunda gecikmesi durumunda genellikle, satıcının menfaatlerini yeterli ölçüde koruyan başka olanakların da bulunduğunu düşünülmektedir. Buna göre, satıcı faiz talep ederek<sup>281</sup> ve ifa için ek bir süre belirlemek suretiyle sözleşmeden dönme prosedürünü başlatarak<sup>282</sup> menfaatlerini koruyabilir. Fakat sırf bu imkânların varlığı, şartları oluşmuş ise satıcının esaslı ihlale dayanabilmesine mâni değildir. Sözleşme ihlalinin, alıcının semeni ödeme borcunda gecikmesi şeklinde ortaya çıktığı bazı durumlar da esaslı ihlale sebebiyet verebilir. Örneğin, semenin belirlendiği para birimi değerinin değişken olması durumunda, alıcının ifada geciktiği süreç içerisinde para birimi değerinde yaşanan düşüş, satıcının sözleşme uyarınca beklediği menfaatten önemli ölçüde yoksun kalmasına yol

---

*bulundurduğu anda ödemeyi yapması gerekir. Satıcı, malların veya belgelerin verilmesini, ödemenin yapılması koşuluna bağlayabilir."*

<sup>278</sup> Bu muayenenin CISG m. 38 hükmünde öngörülenden farklı olduğuna dikkat edilmelidir. Ayrıntılı bir muayene sonucu ortaya çıkan ayıplardan dolayı, CISG m. 38 ve m. 39 kapsamında muayene ve ihbar prosedürü işleyecektir; Zeytin, **a.g.e.**, s. 200; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 30 dn. 56.

<sup>279</sup> CISG m. 58/III "*Alıcı, semeni, malları muayene olanağına sahip olmadan önce ödemekle yükümlü değildir, meğerki taraftarca üzerinde anlaşılmış olan teslim veya ödeme usulleri buna olanak tanımasın.*" Bkz.: Zeytin, **a.g.e.**, s. 200; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 30. Malların veya belgelerin alıcının tasarrufuna hazır bulundurulması ve bunu takiben malın muayenesinin tamamlanmasıyla, bedelin ödenmesine yönelik işlemlerin yapılacağı ödeme zamanının başladığı ve bu andan itibaren işleyen makul bir sürenin sonunda borcun muaccel olduğu yönünde bkz.: Kaya, **a.g.e.**, s. 109 vd. *Karş. Zeytin, a.g.e.*, s. 199.

<sup>280</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 66, (Mohs), Art. 64 N. 7; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 505; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 367; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 326, 327; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 36; Graffi, **a.g.m.**, s. 342; Kaşak, **a.g.m.**, s. 351; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 73; **Digest**, Art. 25 N. 7. İctihatlarda bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 22.07.2004, CISG-online no: 916. Nitekim *Huber'e* göre, alıcının semeni ödeme borcunda gecikmesini her zaman esaslı ihlal olarak kabul etmek, CISG m. 63/I ve m. 64/I.b uyarınca kullanılabilir ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönme imkânını büyük ölçüde işlevsiz hâle getirebilecektir; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 327.

<sup>281</sup> CISG m. 78: "*Taraflardan biri semeni veya muaccel diğer bir meblağı ödemezse diğer taraf, 74. madde uyarınca talep etme hakkına sahip olduğu tazminata hâle gelmeksizin, bu meblağ üzerinden faize hak kazanır.*" Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 7; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 505, 506; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 73.

<sup>282</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 7; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 505, 506; Ferrari/Flechtner/Brand/ (Garro), **a.g.e.**, s. 367.

açabilir<sup>283</sup>. Yine satım konusu malların fiyatında yaşanan dalgalanmalar da semenin ödenmesinde gecikmeyi esaslı ihlal sebebi hâline getirebilir<sup>284</sup>. Örneğin, kendi tedarikçisinden mal temin ederek müşterilerine satım yapan satıcı, semeni geç elde etmesinden ve bu arada ilgili malın fiyatının yükselmesinden dolayı, tedarikçisinden ancak çok daha az miktarda malı tekrar temin edebilecek bir pozisyona gelmişse ticaretinde önemli ölçüde olumsuzluğa uğramış olacaktır. Nitekim semenin özellikle belirli bir tarihte ödenmesi noktasında satıcının özel bir menfaate sahip olduğu anlaşılıyorsa alıcının semeni ödemekte gecikmesi, esaslı ihlale yol açan durumlara daha sıklıkla sebebiyet verecektir<sup>285</sup>. Yine genel olarak ifade etmek gerekirse alıcının semeni ödeme borcunda gecikme süresinin uzaması, esaslı ihlal sonucunun ortaya çıkması olasılığını kuvvetlendirmektedir<sup>286</sup>.

Yine sözleşmede ödeme şekli olarak akreditif kararlaştırılmış olmasına rağmen, alıcının bu yükümlülüğü sözleşmeye uygun yerine getirmemesi esaslı ihlale sebep olabilir<sup>287</sup>. Zira akreditif açılması semeni ödeme borcunun bir parçası olarak görülmekte (CISG m. 54) ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi de "sözleşme ihlaline" bağlı sonuçlara yol açabilmektedir<sup>288</sup>. Ne var ki alıcının akreditife ilişkin yükümlülüğünü vaktinde yerine getirmemesi de ihlalin her zaman esaslı olduğu

---

<sup>283</sup> *İnc.* Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 64 N. 3; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 66, (Mohs), Art. 64 N. 8; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 327. *Kanımızca*, bu durumda esaslı ihlalin oluşumu için sözleşmede ödeme zamanının sahip olduğu önemin açıkça düzenlenmiş olması şartı yoktur. *Karş.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 66.

<sup>284</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 8.

<sup>285</sup> *İnc.* Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 66, (Mohs), Art. 64 N. 8; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 327; Lubbe, **a.g.m.**, s. 452; Kanişlı, **a.g.e.**, s. 73.

<sup>286</sup> *İnc.* Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 64 N. 3; Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 66, (Mohs), Art. 64 N. 7; Kanişlı, **a.g.e.**, s. 73 dn. 166; CIETAC, 10.05.2005, CISG-online no: 1022; Schiedsgericht der Handelskammer Hamburg, 21.03.1996, CISG-online no: 187.

<sup>287</sup> Örn. bkz.: Hof van Beroep Antwerpen, 22.01.2007, CISG-online no: 1585; Supreme Court of Queensland-Court of Appeal, 12.10.2001, CISG-online no: 955; CIETAC, 08.04.1999, CISG-online no: 1114; CIETAC, 01.03.1999, CISG-online no: 1136; CIETAC, 21.07.1997, CISG-online no: 1071. Ayrıca bkz.: CIETAC, 23.04.1995, CISG-online no: 1031 (Alıcı tarafından temin edilen akreditifin süresinin sözleşmeye uygun olmaması hâlinde satıcının, bunun değiştirilmesini isteyebileceği ve alıcının bu talebi yerine getirmemekte ısrar etmesinin esaslı ihlale sebebiyet verebileceği belirtilmiştir.).

<sup>288</sup> Liu, **a.g.m.**, § 5.2 (b); Kaya, **a.g.e.**, s. 101, 102; Oberster Gerichtshof, 06.02.1996, CISG-online no: 224. Bu anlamda, yalnız öne alınmış sözleşmeye aykırılıklara ilişkin sonuçlar (CISG m. 71 vd.) değil, sözleşme ihlaline bağlanan sonuçlar (CISG m. 61 vd.) da gündeme gelebilecektir; Kaya, **a.g.e.**, s. 102 dn. 2; Oberster Gerichtshof, 06.02.1996, CISG-online no: 224.

anlamına gelmez<sup>289</sup>. Bu yükümlülüğün ifasında kararlaştırılan süreye uyulmaması hâlinde, satıcının kendi ediminin ifasını askıya alabileceği belirtilmektedir<sup>290</sup>. Fakat doktrinde ifade edildiği veçhile, akreditif açılması yoluyla semenin ödenmesi kararlaştırıldığında bu yükümlülüğün vaktinde ifa edilmemesi, satıcının malları göndermesine tesir etmesi sebebiyle esaslı addedilebilir<sup>291</sup>. Bu gibi işlemlerde satıcı, malları göndermeden önce ödemeye ilişkin bir güvence elde etmeyi haklı olarak beklemekte ve akreditif açılmadan evvel malları göndermeye zorlanamamaktadır<sup>292</sup>. Bu bakımdan, *kanaatimizce* satıcının semeni geç elde etmesinin sebep olabileceği olumsuzluğun yanı sıra, malları gönderme borcunu kararlaştırılan periyot içerisinde serbestçe ifa edememesinin ifade ettiği olumsuzluk da esaslı ihlal değerlendirmesinde belirleyici olabilir<sup>293</sup>. Dolayısıyla, alıcının akreditif açmaması sebebiyle, sözleşmede öngörülen plan çerçevesinde malların gönderilememesinin, satıcı üzerindeki etkisi önemlidir. Yine alıcının vaktinde akreditif açmaması sebebiyle, semeni ödeme borcunu yerine getirmeyeceği anlaşılıyorsa ihlal esaslı kabul edilebilecektir<sup>294</sup>.

### 3. Malları Teslim Alma Borcunun İhlali

CISG m. 60 uyarınca, alıcının malları teslim alma borcu, malların fiilen devralınmasını ve satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için alıcıdan makul olarak beklenebilecek her türlü eylemde bulunmayı kapsamaktadır<sup>295</sup>. Alıcıdan beklenen makul eylemler, taraflar arasındaki anlaşmaya ve somut olayın şartlarına göre

<sup>289</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 9; Clausson, **a.g.m.**, s. 106; CIETAC, 23.04.1995, CISG-online no: 1031; ICC International Court of Arbitration, 01.01.1992, CISG-online no: 105.

<sup>290</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 9; Kanişlı, **a.g.e.**, s. 74.

<sup>291</sup> Bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 9; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 327, 328. İçtihatlarda bu yönde *inc.* Supreme Court of Queensland-Court of Appeal, 12.10.2001, CISG-online no: 955; CIETAC, 21.07.1997, CISG-online no: 1071.

<sup>292</sup> (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 327; CIETAC, 21.07.1997, CISG-online no: 1071 (Bu husus, uluslararası ticari teamül olarak değerlendirilmiştir.).

<sup>293</sup> Bununla beraber *kanımızca*, akreditifin temin edilmesi gereken tarihin kaçırıldığı ilk günden itibaren ihlalin esaslı olduğunu, en azından her zaman için, kabul etmek şüpheli olur. Nitekim *inc.* CIETAC, 23.04.1995, CISG-online no: 1031.

<sup>294</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 9; Zeytin, **a.g.e.**, s. 215.

<sup>295</sup> CISG m. 60: "Alıcının teslim alma borcu (a) satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için kendisinden makul olarak beklenebilecek her türlü eylemde bulunmayı ve (b) malları fiilen devralmayı kapsar."

belirlenmektedir. Malların ithalatı için gerekli işlemlerin yürütülmesi bu kapsamda örnek gösterilebilir<sup>296</sup>. Yine teslim edilecek olan malların özelliklerinin alıcı tarafından belirlenmesi gerekiyorsa alıcının bu yükümlülüğü (CISG m. 65), malı teslim alma borcunun bir parçasını oluşturur<sup>297</sup>.

Alıcının malları teslim alma borcunu ihlal etmesi, özellikle bu borcun ifasında kısa süreli gecikilmesi hâlinde, esaslı ihlal oluşturmayacaktır<sup>298</sup>. Satıcı, alıcının geciktiği süre boyunca malların muhafazası için yaptığı masrafları alıcıdan isteyebilmektedir (CISG m. 85)<sup>299</sup>. Alıcının malları teslim almakta gecikmesinin esaslı ihlale sebebiyet vermesi için bir takım ek şartların varlığı aranmaktadır. Bu bağlamda, malların münhasıran belirli bir tarihte teslim alınması hususunda satıcının özel bir menfaatinin bulunması, sözleşmeye aykırılığın bu görünüm şekline esaslı ihlal vasfını yükleyebilir<sup>300</sup>. Özellikle malların bozulma ihtimalinin bulunduğu veya saklanma ya da taşıma işlemlerinin özellik arz ettiği durumlarda, alıcının malları teslim almakta gecikmesi hâlinde esaslı ihlale karar verilebileceği ifade edilebilir<sup>301</sup>. Örneğin, satıcının sözleşmeden beklediği önemli bir menfaat deposunu belirli bir tarihte boşaltmak ise malları teslim almakta gecikilmesi esaslı ihlal olarak görülebilir<sup>302</sup>. Dolayısıyla, karşılaştırılan vadeden sonra malların teslim alınması hâlinde, satıcının bu sözleşmede bir menfaatinin kalmayacağı (veya menfaatinin önemli ölçüde kaybolacağı) anlaşılıyorsa bu ihlal esaslı olabilecektir<sup>303</sup>. Özellikle

---

<sup>296</sup> Kaya, **a.g.e.**, s. 36; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 32.

<sup>297</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 65 N. 1; Zeytin, **a.g.e.**, s. 219; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 104.

<sup>298</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 14; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 506; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 36; Zeytin, **a.g.e.**, s. 215; Kaşak, **a.g.m.**, s. 352. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Tribunal de Grande Instance de Strasbourg, 22.12.2006, CISG-online no: 1629; Oberlandesgericht Düsseldorf, 22.07.2004, CISG-online no: 916; Cour d'appel de Grenoble, 04.02.1999, CISG-online no: 443.

<sup>299</sup> Kanışlı, **a.g.e.**, s. 75, 76.

<sup>300</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 67, (Mohs) Art. 64 N. 14; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 506; Ferrari/Flechner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 367; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 328; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 36; Zeytin, **a.g.e.**, s. 215; Kaşak, **a.g.m.**, s. 352; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 75.

<sup>301</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 67, (Mohs) Art. 64 N. 14; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 328; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 36; Zeytin, **a.g.e.**, s. 215. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Oberlandesgericht Düsseldorf, 22.07.2004, CISG-online no: 916 (Modaya uygun çocuk ayakkabılarının satımı tek başına bu kapsamda kabul edilmemiştir.).

<sup>302</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 14; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 176; Kaşak, **a.g.m.**, s. 352.

<sup>303</sup> Bianca/Bonell/(Knapp), **a.g.e.**, Art. 64 N. 3.1.

satıcının henüz semeni elde edemediği durumlarda, alıcının malları teslim alma borcundan kaçınması süresinin uzaması *kanımızca*, esaslı ihlali gündeme getirebilir<sup>304</sup>.

Alıcının, sözleşme gereği malların şeklini, ölçüsünü veya diğer niteliklerini belirlemesi gerekiyorsa ve bu yükümlülük vaktinde yerine getirilmezse satıcı, CISG m. 65 hükmünde kendisine tanınan malların özelliklerini belirleme hakkını kullanarak<sup>305</sup> menfaatini elde edebilecek durumda olduğu müddetçe, ihlal esaslı sayılmamalıdır<sup>306</sup>. Zira böyle bir durumda satıcının; sözleşmeden beklediği menfaati sağlaması mümkün kaldığından, esaslı ihlali haklı kılan ölçüde bir olumsuzluğa uğradığını savunmak güçtür. Fakat bu yükümlülüğün ifa edilmesi gereken zamanın taşıdığı önemden dolayı farklı bir sonuca varılabilir. Yine satıcı, alıcının işbirliği yapmaktan uzak tavrı ve CISG m. 65 hükmünün aradığı kriterlerin karşılanıp karşılanmadığının belirsizliğinden dolayı, malların özelliklerini bağlayıcılığı güvenilir şekilde belirleyemiyorsa esaslı ihlale dayanabilecek pozisyona gelebilir.

Alıcının malları teslim almaması, bu borcun ifasından temelli kaçınma anlamına geliyorsa sözleşme ihlali yine prensip olarak esaslıdır<sup>307</sup>. *Kanımızca* alıcı

<sup>304</sup> Bkz.: Enderlein/Maskow, **a.g.e.**, Art. 64 N. 3. K.g.: Graffi, **a.g.m.**, s. 342.

<sup>305</sup> CISG m. 65/I: "*Sözleşme uyarınca malların şeklini, ölçüsünü veya diğer niteliklerini alıcının belirlemesi gerekiyor ise ve alıcı bu belirlemeyi kararlaştırılan tarihte veya satıcının talebinin ulaşmasından itibaren makul bir süre içinde yapmamışsa, satıcı, sahip olduğu diğer haklara halel gelmeksizin, alıcının, kendisi tarafından bilinebilecek ihtiyaçlarına göre bu belirlemeyi bizzat yapabilir.*" Bununla beraber Antlaşma, malların özelliklerinin bizzat alıcı tarafından belirlenebilmesi adına alıcıya bir şans daha tanımaktadır. Zira malların özelliklerini belirleyen satıcının, bunun ayrıntıları hakkında alıcıyı bilgilendirmesi ve alıcı tarafından yeni bir belirleme yapılabilmesi için makul bir süre tanınması aranmaktadır. Ancak bu açıklamanın ulaşmasının ardından da alıcı kendisine tanınan süre içerisinde bir belirleme yapmazsa satıcının yaptığı belirleme bağlayıcı olmaktadır; CISG m. 65/II: "*Satıcı belirlemeyi bizzat yaparsa, bunun ayrıntıları hakkında alıcıyı bilgilendirmesi ve ona farklı bir belirleme yapması için makul bir süre tanınması gerekir. Alıcı, satıcının açıklamasının ulaşmasından sonra, bu olanağı, verilmiş süre içinde kullanmazsa, satıcı tarafından yapılmış belirleme bağlayıcı olur.*"

<sup>306</sup> Ayrıca bkz.: Schlechtriem/Schwenzer/(Mohs), **a.g.e.**, Art. 64 N. 16.

<sup>307</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 67, (Mohs), Art. 64 N. 13; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 506; Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 367; (Huber)/Mullis, **a.g.e.**, s. 328; Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 36; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 103; Graffi, **a.g.m.**, s. 342; Kaşak, **a.g.m.**, s. 352; Kanışlı, **a.g.e.**, s. 75. İçtihatlarda bu yönde bkz.: Hof van Beroep Gent, 20.10.2004, CISG-online no: 983 (Alıcı, malların teslim tarihine uyulmadığını savunarak sözleşmeyi ortadan kaldırmak mecburiyetinde olduğunu bildirmişti.); Oberlandesgericht Graz, 29.07.2004, CISG-online no: 1627 (Alt derece mahkemesi, bütün olarak teslimata taraflarca önem atfedildiğinden bahisle, satım konusu bazı parçaların teslim alınmasından ve bunların



semeni ödemiş olsa ve malları elinde bulundurmak satıcı için ek bir külfete yol açmasa dahi satıcının içinde bulunacağı hukukî belirsizlik sebebiyle aynı sonuca varılabilir<sup>308</sup>. Keza alıcının malları teslim almaması, bu borcun ifasının imkânsızlığından kaynaklanıyorsa yine esaslı bir sözleşme ihlali oluşacaktır<sup>309</sup>. Buna karşın, alıcının malları reddetme hakkı bulunuyorsa malların teslim alınmaması "sözleşme ihlali" oluşturmaz. Örneğin, vadeden önce teklif edilen malların CISG m. 52/I kapsamında reddedilmesi veya sözleşme ihlali esaslı ise alıcının malları en baştan reddetmesi böyledir<sup>310</sup>.

#### D. Alıcının ve Satıcının Yan Edim Yükümlülüklerinin İhlali

CISG sisteminde tarafların, satım sözleşmelerinde tipik olarak görülen yükümlülüklerin dışında kararlaştırılmış olan ek yükümlülükleri ihlal etmesi de sözleşmenin esaslı ihlalini gündeme getirebilir. Bu tür borca aykırılıkların esaslı ihlal oluşturup oluşturmadığı bakımından da CISG m. 25 hükmünde öngörülen kıstaslar çerçevesinde bir değerlendirme yapılarak sonuca varılmalıdır. Dolayısıyla, sözleşme ihlaline maruz kalan tarafın ağır bir ispat yüküne bağlı olarak ortaya konabileceğine işaret edilmekle birlikte<sup>311</sup>, yan edim yükümlülüklerinin ihlal edilmesi de sözleşmenin esaslı ihlaline sebebiyet verebilmektedir<sup>312</sup>. Örneğin, münhasırlığın

---

bedellerinin ödenmesinden kaçınılmasını CISG m. 25 kapsamında esaslı ihlal kabul etmiştir.); Kantonsgericht Zug, 12.12.2002, CISG-online no: 720; CIETAC, 22.03.2001, CISG-online no: 1442 (FOB terimi içeren sözleşme kapsamında alıcı, malları teslim almak üzere gemi göndermeyeceğini bildirmiştir. Sözleşmeye uygun bulunmayan inceleme sertifikasına dayanarak bu borcun ifasından kaçınılması esaslı ihlal oluşturmuştur.); Oberlandesgericht Braunschweig, 28.10.1999, CISG-online no: 510; Schiedsgericht der Börse für landwirtschaftliche Produkte in Wien, 10.12.1997, CISG-online no: 351 (Alıcı, sonraki teslimatları kabul etmeyeceğini açıklamıştır. Mahkeme, alıcının sözleşmeden dönme talebinin CISG m. 73/II kapsamında dinlemeyeceğini tespit ederek satın alınan malların teslim alınmasından kaçınılmasını esaslı ihlal olarak yorumlamıştır.); Handelsgericht Aargau, 26.09.1997, CISG-online no: 329; Oberlandesgericht Hamm, 22.09.1992, CISG-online no: 57 (Kararda sözleşme konusu malların yarısından fazlasının [116.6/200] teslim alınmaması esaslı ihlal kabul edilmiştir.).

<sup>308</sup> Örneğin, sözleşmeye uygun malların teslimi teklif edilmesine rağmen alıcı, sözleşmeye aykırı olduğu gerekçesiyle bunları reddetmiş ve daha yüksek kalitede malların teslimini istemiştir.

<sup>309</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 67; Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 506; Ferrari/Flechtnner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 367; Schlechtriem/Butler, **a.g.e.**, s. 103.

<sup>310</sup> Kanışlı, **a.g.e.**, s. 75.

<sup>311</sup> Kröll/Mistelis/Viscasillas/(Björklund), **a.g.e.**, Art. 25 N. 42.

<sup>312</sup> Bu konuda "sözleşme ihlali" kıstasına ilişkin ilgili açıklamalar için bkz.: yuk. II. A. 2. a..

korunması anlaşmalarının ihlal edilmesi<sup>313</sup>, malların tekrar satımına ilişkin sınırlamalara uyulmaması<sup>314</sup>, karşılaştırılan ödeme planına uygun fatura gönderilmemesi<sup>315</sup> mahkeme kararlarına esaslı ihlale sebebiyet veren durumlar olarak yansımıştır. Taraflar arasında geçmişte gerçekleşen satımlardan doğan ödemeler hususundaki uyuşmazlığı çözmek için kurulan sulh anlaşmasında, ayıplı malların yerine ikame mal teslim etmekle yükümlü olan satıcının, ikame malları teslim edip ayıplı malları geri almaması esaslı ihlal oluşturmaya elverişli görülmemiştir<sup>316</sup>.

Burada da esaslı ihlale sebep olan örnekler sınırlı sayıda değildir. Diğer taraftan, belirli tür yükümlülüklerin ihlalinin her zaman esaslı ihlal oluşturacağını kabul etmek yine mümkün olmayacaktır. Somut sözleşme ilişkisi içerisinde, ilgili yükümlüğün ihlalinin sebep olduğu olumsuzluk belirleyicidir. Bu tür yükümlülüklerin ihlali hâlinde de bu ihlal sebebiyle alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati gerçekleştirilmesinin ne derece engellendiğine bakılmalıdır. Örneğin, alıcının fabrikasında kullanılacak bir teçhizatın satımı ve bunun kurulumu taahhüt edilmişse satıcının kurulum borcunu sözleşmeye uygun ifa etmemesi hâlinde farklı olasılıklar ortaya çıkacaktır. Satıcının bu borcu ihlal etmesi, sözleşme konusu teçhizatın alıcı tarafından kullanımını imkânsız kılıyor veya çok güç bir hâle

---

<sup>313</sup> Örneğin, Oberlandesgericht Frankfurt am Main tarafından verilen bir kararda alıcı, özellikleri kendisi tarafından belirtilen ve belirli bir markayı taşıması konusunda anlaşılan ayakkabıların üretimi ve satımı konusunda satıcı ile anlaşmıştır. Taraflar arasındaki anlaşmaya göre alıcı, belirtilen markayı taşıyan ayakkabıları pazarlamak konusunda münhasıran yetkili olacaktır. Satıcı 130 parça ayakkabıyı örnek olarak alıcıya teslim etmiş ve ayrıca bir ticaret fuarında bu ayakkabıları sergilemiştir. Alıcı bu ayakkabıların sergiden kaldırılmasını talep etmiş; fakat satıcı bu talebe uymamıştır. Olayda mahkeme, sözleşme ihlalinin asli edim yükümlülüklerine ilişkin olmamasına rağmen, esaslı ihlalin oluştuğuna karar vermiştir. Bkz.: Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 17.09.1991, CISG-online no: 28. Handelsgericht des Kantons Aargau tarafından verilen bir kararda ise alıcının bulunduğu ülkede münhasıran alıcıya satış yapılacağı hususunda anlaşmanın satıcı tarafından ihlal edilmesi hâlinde esaslı ihlalin oluşacağı belirtilmiş; ancak alıcı tarafından bu hususun ispat edilemediğine karar verilmiştir. Bkz.: Handelsgericht Aargau, 26.09.1997, CISG-online no: 329. Oberlandesgericht Koblenz tarafından görülen bir davada ise Mahkeme, münhasır dağıtıcılık anlaşmasının ihlal edilmesinin esaslı ihlale yol açabileceğini belirtmiş; fakat olay özelinde bu varsayımda dahi alıcının makul sürede sözleşmeden dönmediğini belirtmiştir. Bkz.: Oberlandesgericht Koblenz, 31.01.1997, CISG-online no: 256.

<sup>314</sup> Cour d'appel de Grenoble, 22.02.1995, CISG-online no: 151.

<sup>315</sup> Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, 25.11.2002, CISG-online no: 1267 (Kararlaştırılan ödeme planının şartlarını değiştiren bir mektupla birlikte, bu ödeme planına uygun olmayan bir fatura gönderilmesi esaslı ihlal kabul edilmiştir.).

<sup>316</sup> Handelsgericht Zürich, 24.10.2003, CISG-online no: 857.

getiriyorsa ihlalin esaslı olduğu kabul edilecektir. Örneğin, bu kurulumun satıcının özel bilgisini gerektirmesi böyle bir sonuca yol açabilir. Fakat alıcı, söz konusu teçhizatın kurulumunu kendi imkânlarıyla kolaylıkla gerçekleştirebilecek ve bu şekilde sözleşmeden beklediği menfaati sağlayabilecek durumdaysa ihlalin esaslılığı kabul edilmeyecektir<sup>317</sup>. Zira satıcının sözleşme ihlali, CISG m. 25 hükmünün kıstaslarını karşılayacak şekilde önemli ölçüde olumsuzluğa yol açan bir ihlal olarak ortaya çıkmamaktadır. Yan edim yükümlülüklerinin ihlali hâlinde, sözleşmenin ifası için gerekli güven ilişkisinin bozulması; esaslı ihlale sebebiyet verebilecek bir durum olmakla birlikte, bu sonucu ortaya çıkarabilecek tek gerekçe değildir<sup>318</sup>.

Yine, tarafların asli borçlarının ifasıyla bağlantılı bir takım yan yükümlülüklerin ihlal edilmesi hâlinde de esaslı ihlalinin gündeme gelmesi mümkündür<sup>319</sup>. Bu tür yükümlülükler taraflarca kararlaştırılmış olabileceği gibi CISG tarafından öngörülmüş de olabilir. Örneğin, malların sözleşmeye uygun paketlenmemiş olması (CISG m. 35/I, II.d), kendiliğinden esaslı ihlal sonucunu doğurmaz<sup>320</sup>. Buna karşın alıcının, malların münhasıran sözleşmede kararlaştırılan şekilde paketlenmesinde özel bir menfaati bulunup bulunmadığı önem taşıyabilir<sup>321</sup>. Keza uygun bir paketleme yapılmaması sebebiyle taşıma sırasında zarar gören mallar, alıcı için herhangi bir değer ifade etmiyorsa ihlal esaslıdır<sup>322</sup>. Bunun yanında, sözleşme konusu kimyasal gübrenin konulacağı çantaları hazırlayan alıcıya, bu çantaların taşınması gereken özellikler hakkında bilgi verilmemesi<sup>323</sup> ve sözleşmede kararlaştırılan taşıma şekline riayet edilmemesi<sup>324</sup> esaslı ihlal olarak mahkeme

---

<sup>317</sup> *Inc. Schlechtriem/Schwenzer/(Müller-Chen)*, **a.g.e.**, Art. 49 N. 12; Oberlandesgericht Hamburg, 25.01.2008, CISG-online no: 1681.

<sup>318</sup> Bkz.: ve *karş.* Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 507; Bernstein/Lookofsky, **a.g.e.**, s. 125.

<sup>319</sup> Schlechtriem/Schwenzer/(Schroeter), **a.g.e.**, Art. 25 N. 69.

<sup>320</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 503, 504. Ayrıca bkz.: Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 367, 368.

<sup>321</sup> Ferrari, **Fundamental Breach**, s. 503, 504. Ayrıca bkz.: Ferrari/Flechtner/Brand/(Garro), **a.g.e.**, s. 367, 368. Örneğin, malın tekrar satılabilmesi için belirli şekilde paketlenmesinin gerekmesi, bu yükümlülüğün ihlali hâlinde esaslı ihlale yol açabilir; Atamer, **İfa Engelleri Sistemi**, s. 242. Ayrıca bkz.: Schlechtriem, **a.g.e.**, s. 60; Leisinger, **a.g.e.**, s. 133.

<sup>322</sup> Oberlandesgericht Koblenz, 14.12.2006, CISG-online no: 1408.

<sup>323</sup> ICC International Court of Arbitration, 01.01.1995, CISG-online no: 526.

<sup>324</sup> Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukraine Chamber of Commerce and Trade, 05.07.2005, CISG-online no: 1361 (Sözleşmede kararlaştırılan aksine hava yolu yerine deniz yolu ile malların taşınması ve bu sebeple malların teslim tarihine ilişkin koşulun sağlanamaması esaslı ihlal kabul edilmiştir.).

kararlarına yansımıştır. Fakat teslim edilecek olan malların incelenmesinin ardından alıcı tarafından akreditif açılacağına dair banka onayı sağlanamaması, esaslı ihlal kabul edilmemiştir<sup>325</sup>.

---

<sup>325</sup> Landgericht Kassel, 21.09.1995, CISG-online no: 192 (Kararda, somut olayın koşulları ağırlıklı olarak göz önünde tutulmuştur. Diğer gerekçelerin yanı sıra özellikle, satıcının önceki davranışlarıyla söz konusu yükümlülüğe bağlı olmaksızın sözleşmeyi ifa etme konusunda istek göstermesi; bu yükümlülüğün ihlal edilmesi hâlinde, akdi ilişkinin esaslı ihlal iddiasında bulunulabilecek ölçüde bozulmayacağına delalet kabul edilmiştir. Mahkeme ayrıca somut olayda, akreditif açılacağına dair banka onayının, CISG m. 54 kapsamında "seminin ödenmesini sağlayacak önlemler" olarak kabul edilmesinin güç olduğunu belirtmiştir.).

## SONUÇ

CISG m. 25 hükmü çerçevesinde esaslı ihlal kavramının kapsamını, Antlaşma'daki konumunu ve önemini incelemeyi hedeflediğimiz çalışmamızın neticesinde varılan temel sonuçları şu şekilde ortaya koymak mümkün görülmektedir:

1. Antlaşma, ifa engelleri sisteminde *civil law* ve *common law* sistemlerine ilişkin prensipleri sentezlemiş, herkes için kabul edilebilir olan çözümler üretmeye çalışmıştır. İfa engelleri sisteminde, sözleşmenin nasıl ihlal edildiğinden çok, ihlalin sonuçlarının nasıl düzeltilebilir olduğu üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu bakımdan, sözleşme ihlaline bağlanan sonuçlar, temelde bu ihlalin görünüm şekline göre belirlenmemektedir. Ayrıca sözleşme ihlaline bağlı hakların kullanımı noktasında kusur şartı aranmaması önemlidir.
2. Bu sistemde esaslı ihlal kavramı, ortaya çıkan sözleşme ihlallerini bunların görünüm şekillerinden öte, sebep olduğu sonuçlar bakımından sınıflandırabilmemiz için gereklidir. Bu sınıflandırmanın önemi ise alacaklının sözleşme ihlaline bağlı olarak kullanabileceği hakları tespit etmektir. Zira ikame mal tesliminin istenebilmesi (CISG m. 46/II) ile - ek süre vererek sözleşmeden dönmeye imkân tanıyan ihlaller bir kenara bırakılacak olursa - sözleşmeden dönülebilmesi (CISG m. 49/I.a, m. 64/I.a, m. 51/II, m. 72/I, m. 73/I, II) esaslı ihlal şartına bağlı olarak kullanılabilir. Ayrıca satıcının esaslı ihlali hâlinde, hasarı alıcıya intikal ettiren normların alıcının haklarını kullanmasını engelleyemeyeceği de düzenlenmiştir (CISG m. 70). Bu bakımdan, ihlalin niteliği üzerine yoğunlaşmakta ve alacaklıya tanınacak haklar buna göre belirlenmektedir.
3. Sözleşmeden dönmenin ve ikame mal teslimini isteyebilmenin esaslı ihlal koşuluna bağlanmış olması, temelde bu hukukî çarelerin sonuçları

bakımından diğerlerinden daha ağır olmasından ileri gelir. Zira bu hakların kullanılması hâlinde, satım konusu malın uluslararası bir rotada tekrar taşınması ve buna bağlı olarak ek risklerin ve maliyetin ortaya çıkması tehlikesi vardır. Ayrıca sözleşmeden dönme hakkının kullanımı bakımından, ahde vefa ilkesi bu hakkın kullanımının sınırlandırılmasını gerektirir. Bu çerçevede, CISG uygulamasında özellikle sözleşmeden dönme hakkına son çare olarak başvurulabilmesi gerektiği yerleşik kanıdır.

4. Buna karşın, CISG m. 25 hükmündeki esaslı ihlal formülü, belirsiz bir yapıya sahip oluşu noktasında eleştiri alabilmektedir. Bu hükme göre sözleşme ihlalinin esaslı addedilmesi, alacaklının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalması ve bu sonucun da borçlu açısından öngörülebilir olması hâlinde mümkündür.
5. CISG m. 25 hükmü ile mukayese edilebilir düzenlemelere bakıldığında, hukuk uyumlaştırması projelerinin de ihlalin esaslı olması yaklaşımına göre sözleşmeden dönmeye olanak tanıdığı görülür. Bu bakımdan PICC, PECL ve DCFR metinleri, ifa etmemenin ne zaman esaslı sayılacağına ilişkin hükümler öngörmüştür. Bu hükümler, CISG m. 25 hükmüne göre ek kriterler içermekte ve ayrıca kendi aralarında da farklılaşabilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda ise CISG m. 25 hükmü ile doğrudan mukayese edilebilir bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yerine kanun koyucu, sözleşme ihlaline bağlanan sonuçların, sözleşme ihlalinin ilgili görünüm şeklinden takip edilebilmesini tercih etmiştir. Buna karşın, CISG m. 25 hükmü ile düşünsel bir paralellik kurabileceğimiz bazı örnek düzenlemelerin tespit edilebilmesi mümkün olmaktadır.
6. Taraf iradelerinin önceliği Antlaşma'nın en önemli özelliklerinden biri olduğundan, sözleşme taraflarının esaslı ihlale ilişkin kıstasları kendilerinin belirlemesi mümkündür (CISG m. 6). Bu anlamda taraflar, CISG m. 25 hükmünün uygulamasından sapabilir, ihlalin esaslı olmasına ilişkin kendi ölçütlerini getirebilirler. Fakat taraflarca sırf belirli yükümlülüklerle önem

atfedilmiş olması ve bunların sözleşmeye uygun ifası ile sıkı bir bağılık aranması, CISG m. 6 uyarınca CISG m. 25 hükmünün kıstaslarından ayrılmak anlamına gelmemelidir.

7. Antlaşma hükümlerinin yorumlanması noktasında CISG m. 7/I hükmü temel ölçütleri ortaya koymaktadır. Bu bakımdan, Antlaşma'nın milletlerarası niteliğinin, yeknesak uygulamasının teşvikinin ve milletlerarası ticarete dürüstlük kuralının korunmasının gözetilmesi gerekmektedir. Bu ölçütler esaslı ihlale ilişkin CISG m. 25 hükmüne de yol göstermektedir. Dolayısıyla esaslı ihlal kavramının otonom olarak yorumlanması, anlamını tespit etmek noktasında ulusal hukukların ilke ve kurallarından hareket edilmemesi gerekmektedir. Ayrıca hukuk uyumlaştırması projelerindeki muadil düzenlemeler de CISG m. 25 hükmünün yorumunda doğrudan bir başvuru kaynağı olarak kabul edilmemelidir. Bunun yerine hükmün hazırlık tarihçesi ve düzenleniş şekli dikkate alınabilir. Ayrıca uluslararası doktrinin ve yargı kararlarının takip edilmesi de bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.
8. Esaslı ihlal değerlendirmesi yapılırken özellikle tarafların ilgili yükümlülüğe atfettiği önemi ve bu yükümlülük vasıtasıyla beklenen menfaati tespit etmek noktasında sözleşmenin yorumlanması gerekebilmektedir. Bu noktada CISG m. 8 hükmü yol gösterici olmaktadır. Hükmün ilk fıkrasına göre öncelikle tarafların ortak olarak paylaştığı gerçek iradenin araştırılması gerekir. Fakat fiilen uygulama alanı daha geniş olan ikinci fıkra düzenlemesine göre, irade açıklamasında bulunan tarafın gerçek iradesi karşı tarafça bilinmiyor ve bilinmesi mümkün görülemiyorsa objektif olarak, bu irade açıklamasına karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda vereceği anlam araştırılacaktır. Tarafların iradesini ve makul bir kişinin anlayışını tespit etmek noktasında; sözleşme görüşmeleri, taraflar arasında yerleşik alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları başta olmak üzere, olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınacaktır (CISG m. 8/III).

9. CISG m. 9 hükmü ise tarafların alışkanlıklarla ve teamüllerle bağlı olmasının koşullarını ortaya koymaktadır. Bu sayede, açık sözleşme hükümlerinin yanı sıra, taraflar için bağlayıcı olan bu diğer kuralların da tespit edilebilmesi ve akdi ilişkisinin kapsamının tam olarak ortaya konabilmesi mümkün olmaktadır. Öncelikle taraflar, geçmişte aralarındaki sözleşmenin ifa edilişi bakımından hep belirli bir yol izlemişlerse aralarında yerleşik bu alışkanlıkla bağlıdırlar. Keza tarafların açıkça veya zımnen uygulamasını kararlaştırdıkları teamüllerle de aynı şekilde bağlayıcıdır (CISG m. 9/I). Bu bakımdan, taraflar için bağlayıcı olduğu anlaşılan alışkanlık veya teamül, örneğin esaslı ihlale bağlı olarak kullanılabilen haklar bakımından belirli bir kural öngörüyor veya belirli esneklikler tanıyorsa bunların gözetilmesi gerekecektir. Bunun yanında CISG m. 9/II hükmü uyarınca taraflar, aksi bir irade tespit edilmedikçe, bildikleri veya bilmelerinin gerektiği ve milletlerarası ticarete aynı tür sözleşmeleri ilgili ticari branşta akdedenler tarafından yaygın olarak bilinen ve düzenli olarak uygulanan teamüllerin uygulanmasını zımnen kabul edilmiş varsayılmaktadırlar (CISG m. 9/II).
10. Hükmün hazırlık tarihçesine bakıldığında, esaslı ihlal yaklaşımının değişik formlarda 1930'lu yıllarda hazırlanan taslaklardan bu yana mevcut olduğu fark edilir. Fakat esaslı ihlal kavramının nasıl düzenlenmesi gerektiği her zaman tartışmalı bir konu olmuş ve hükmün içeriği objektifleştirilmeye çalışılmıştır. Tarihi gelişim içerisinde, "esaslı sözleşme hükümlerinin ihlali" yaklaşımının yerini, "sözleşme hükümlerinin esaslı ihlaline" bırakması önemlidir. Zira bu dönüşüm ile esaslılık şartı, sözleşme hükümleri arasında daha baştan yapılan bir ayırım yerine, ihlalin fiili sonuçlarına bağlanmış olmaktadır.
11. Esaslı ihlalin kıstasları incelendiğinde, öncelikle bir "sözleşme ihlalinin" bulunmasının ön koşul olduğu ifade edilmelidir. Bu anlamda, Antlaşma'dan veya akdi ilişkiden doğan herhangi bir yükümlülüğün ihlal edilmesi bu şartı sağlayabilmektedir. Taraflar için bağlayıcı olan alışkanlıklardan veya teamüllerden doğan yükümlülükler de bu kapsamdadır. Dahası ihlal edilen



yükümlüğün, yan edim yükümlülüğü olması da mümkündür. Keza borçlunun CISG m. 79 kapsamında kontrol edilemez bir engel sebebiyle edimini ifa edememiş olması, bu bakımdan borçlunun tazminat sorumluluğuna gidilemiyor olması (CISG m. 79/V) da sözleşme ihlalinin varlığını etkilemez. Esaslı ihlale bağlı hakların kullanımı mümkün kalmaktadır. Borcun ifa edilmemesinin, alacaklının eylemlerine veya eylemsizliğine dayanması durumunda ise (CISG m. 80) ihlal esaslı olsa dahi buna bağlanan sonuçların bir anlamda donmuş kalacağı ifade edilebilir. Buna karşın, Antlaşma kapsamında borçlunun ifadan kaçınma hakkı var ise edimin ifa edilmemesi sözleşme ihlali olarak görülmez.

12. Sözleşme ihlalinin mevcut olduğu tespit edilirse bu noktadan sonra ihlalin esaslı olup olmadığına bu ihlalin sonuçlarına göre karar verilecektir. Ancak çoğu zaman sözleşme hükümlerinin gereklerinden uzaklaşıldığı ölçüde, bu ihlalin sonuçlarının da borçlu adına ağırlaşacağı yönünde mantıklı bir ilişki söz konusu olacaktır. Ayrıca esaslı ihlali haklı kılan durumun ortaya çıkması, sözleşmenin birden çok sebeple veya birden çok defa ihlal edilmesine dayanabilir.
13. Saptanan sözleşme ihlalinin esaslı addedilebilmesi için bu ihlalin önemli bir olumsuzluğa sebebiyet vermesi gerekmektedir. Burada öncelikle "olumsuzluk" kıstasının geniş olarak okunması gerektiği, ihlalin sebep olduğu parasal/ekonomik kayıplar ile eş tutulmasının hatalı olacağı belirtilmelidir. Bu geniş manasıyla olumsuzluk, sözleşmeden beklenmekte haklı olunan bir menfaatin gerçekleşmemesi olarak ifade edilebilir. Sözleşme ihlalinin karşı taraf nezdinde yarattığı veya fiilen ileride yaratması objektif olarak beklenen tüm mali ve mali olmayan menfi sonuçlar bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Bir sözleşme ihlali ortaya çıkmasına rağmen, bu kapsama dâhil edilebilen bir olumsuzluk ortaya konamıyorsa daha baştan esaslı ihlal değerlendirmesi kesilecektir.

14. CISG m. 25 hükmü kapsamında olumsuzluğun konusu, sözleşme uyarınca beklenmekte haklı olunan menfaatlerdir. Bu menfaatlerin saptanması noktasında, sözleşmenin yorumuna bağlı objektif bir değerlendirme yapılır. Dolayısıyla alacaklının meşru menfaatleri, sözleşmeyi ihlal eden taraf veya bu taraf ile aynı konum ve koşullardaki makul bir kişi için de sözleşme ilişkisine girerken anlaşılır olmalıdır. Taraflardan birinin kendisi için önem arz eden konularda karşı tarafın dikkatini çekmiş olması, belirli bir yükümlüğün önemini ve özellikle belirli bir şekilde ifa edilmesi gerektiğini vurgulamış olması, bu yükümlülüğe bağlı olarak beklenen menfaati sözleşme kapsamında haklı bir menfaat olarak görmemizde etkili olacaktır. Alacaklının sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu menfaati tespit etmemiz, uğranılan olumsuzluğun ölçülmesi noktasında da önem arz etmektedir. Zira ortaya çıkan olumsuzluğun önemli olup olmadığı, alacaklının meşru menfaatlerinden ne derece yoksun kaldığına göre saptanmaktadır.

15. Esaslı ihlali haklı kılan bir olumsuzluğun oluşup oluşmadığı noktasında, meşru menfaatlerden yoksun kalmanın ulaşması gerektiği "önemli ölçü" somut rakamlar ile ifade edilebilecek bir mahiyete sahip değildir. Bu değerlendirme temelde olay özelinde yapılır. Fakat esaslı ihlale karar kılmak için aranan ölçü yüksektir. İhlal sebebiyle alacaklı, sözleşmeden beklediği menfaati ağırlıklı olarak kaybetmiş olmalıdır. Akdi ilişki içerisinde, alacaklının sözleşmeden beklediği menfaatin bütününe veya esaslı bir kısmının belirli bir yükümlülüğün gereği gibi ifasına bağlı olduğu anlaşılıyorsa bu yükümlülüğün ihlali neticesinde fiilen de bu menfaatten yoksun kalma durumu ortaya çıktığı takdirde, sözleşme ihlali esaslı kabul edilebilecektir.

16. Sözleşme ihlalinin, meşru menfaatlerden önemli ölçüde yoksun bırakan bir olumsuzluğa sebebiyet verdiği, bu ihlale maruz kalan tarafça ispatlanır ise bu kez sözleşmeyi ihlal eden taraf, belirtilen sonucun öngörülebilir olmadığını ispatlayarak ihlalin esaslı olarak değerlendirilmesini önleyebilir. Fakat bu sonucu borçlunun kişisel olarak öngörememiş olması yeterli değildir. Aynı

konum ve koşullardaki makul bir kişi için de bu sonucun öngörülemez olması gerekmektedir.

17. Bununla beraber öngörülebilirlik değerlendirmesi çoğu zaman sözleşmenin yorumlanmasıyla bağlantılıdır. Zira belirli bir yükümlülüğün önemi akdi ilişkiden anlaşılıyorsa bu yükümlülüğün ihlali sebebiyle ortaya çıkan olumsuzluğun öngörülebilir olmadığını ispat etmek pek olası değildir. Ancak alacaklının kendine özgü bir takım hassasiyetleri açıklamaması ve ihlal sebebiyle ortaya çıkan ağır durumun bu hassasiyetlerden etkilenmiş olması sebebiyle istisnai durumlar ortaya çıkabilir.

18. ngrlebilirlik değerlendirmesinde dikkate alınması gereken zaman dilimi hükümde düzenlenmiş değildir. Bu durum Antlaşma'yı hazırlayanların bilinçli bir tercihidir. Fakat doktrinde de baskın olarak kabul edildiği üzere, asıl olarak sözleşmenin kurulduğu an dikkate alınmalıdır. Zira taraflar, sözleşmeyi ihlal etmeleri hâlinde karşı karşıya gelebilecekleri yaptırımları sözleşmenin kuruluşu anında hesaba katmaktadırlar. Fakat bu prensibin dürüstlük kuralının etkisiyle bazı durumlarda uygulanmaması söz konusu olabilir. Özellikle, sözleşmenin kurulmasından sonra borçluya aktarılan bilginin dikkate alınmaması alacaklının mahvına sebep olabileceken; borçlu açısından bu yeni durumu gözetmek fazla bir zorluğa yol açmıyorsa öngörülebilirlik kıstasında dikkate aldığımız zaman dilimini sarkıtmamız söz konusu olabilir.

19. Esaslı ihlal değerlendirmesinin belirtilen genel kıstaslarının yanında, bu değerlendirmede özellikle dikkate alınması gereken diğer bazı unsurları da şu şekilde ortaya koymak mümkündür: Sözleşmenin açık ve kendisine özellikle önem atfedilen hükümleri, alacaklının bu hükümlere bağlı olarak beklediği menfaatin ve bu menfaatin akdi ilişkideki ağırlığının saptanması bakımından önemlidir. Sözleşmenin bu tür hükümleri ayrıca, borçlunun öngörülemezlik savunmasını ileri srememesinde çoğunlukla ne çıkmaktadır. Fakat borçlunun, akdi ilişkide kendisine özel önem atfedilen bir yükümlülüğü ihlal

etmesi hâlinde de ihlalin esaslı kabul edilebilmesi için alacaklının söz konusu yükümlülüğe bağlı olarak beklediği menfaati gerçekten de ağırlıklı olarak kaybetmesi aranır. Borçlunun sözleşmeyi kasıtlı ihlali, kendiliğinden esaslı ihlal sonucuna yol açmamaktadır. Fakat akdi ilişki içerisinde güven ilişkisinin korunmasının hâlen önem arz ettiği durumlarda, borçlunun kasıtlı ihlali bu güvenin kaybedilmesine yol açan bir etken olabilir. Antlaşma'nın, bazı yükümlülüklerin ihlali hâlinde, ek süre tanımak yoluyla da alacaklıya sözleşmeden dönme imkânı tanımış olması, vaktinde ifa etmeme durumlarını esaslı ihlal kapsamında çıkarmamaktadır. Ek süre tanımak yoluyla sözleşmeden dönme olanağı, alacaklının esaslı ihlal sebebiyle sözleşmeden dönebilmesinden bağımsız bir yol olarak düşünülmalıdır.

20. Sözleşme ihlalinin görünüm şekilleri özelinde esaslı ihlal değerlendirmesi incelendiğinde, öncelikle satıcının malları teslim borcunu temelli ifa etmemesinin esaslı ihlale yol açacağı ifade edilebilir. Bu durum, ifanın objektif veya sübjektif olarak imkânsız olmasından ileri gelebilir. Borçlunun kusurlu olup olmadığı önemli değildir. Nitekim haklı bir sebep olmaksızın satıcının bu borcun ifasından kesin olarak kaçınması durumunda da ihlal esaslıdır.
21. Buna karşın malların tesliminde gecikme, ihlalin her zaman esaslı olduğu anlamına gelmez. İhlalin esaslı olması, alıcının sözleşme konusu malları özellikle belirli bir tarihte elde etmesinin önemli olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Bu bağlamda ifa tarihinin önemi kesin vade kararlaştırılmak suretiyle gösterilmiş olabilir. Böyle bir durumda alıcı, sözleşmenin vaktinde ifasına bağlı olarak beklediği menfaati ihlal sebebiyle kaybediyorsa esaslılık şartı sağlanmış olacaktır. Yine satım konusunun sezonluk mallar olması hâlinde, sezonun sona ermesinden sonra yapılan bir teslim ihlalin esaslı olmasını engellemeyecektir. Ayrıca malları teslim borcunun ifasında gecikme süresi uzadıkça, ihlalin esaslı addedilme olasılığı artmaktadır.

22. Satıcının sözleşmeye aykırı mal teslim etmesi, esaslı ihlal doktrininin en zor alanı olarak kabul edilebilir. Bu ihtimalde özellikle, alıcının sözleşme konusu mallardan makul şekilde istifade etme olanağı ve satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı (CISG m. 48) önem kazanır. Alıcı, teslim aldığı malları sözleşmeyi yaparken öngördüğü şekilde kullanarak bu sözleşmeden beklediği menfaati önemli ölçüde kaybetmiyorsa ihlal esaslı kabul edilmeyecektir. Buna karşın, alıcının sözleşmeyi yaparken öngördüğü kullanım şeklinin dışına çıkmasını beklememek gerekir. Satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme hakkı bakımından ise özellikle ihlalin sonuçlarının hangi anda fiilen esaslılık çitasını aştığı belirleyici olacaktır. Esaslı ihlali haklı kılan bir olumsuzluk, fiilen derhal ortaya çıkmış ise alıcı, satıcının sözleşmeye aykırılığı giderme teklifini kabul etmek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilmelidir. Böyle bir olumsuzluğun fiilen derhal ortaya çıkmadığı durumlarda ise satıcı, sözleşmeye aykırılığı giderme hakkını kullanarak esaslı ihlalin oluşumunu önleme konusunda bir şansa sahip olacaktır.
23. Satıcının belgelere ilişkin yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda da bu ihlal sebebiyle alıcının, sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalıp kalmadığı sorusu sorulacaktır. Belgelere ilişkin sözleşmeye aykırılığın giderilip giderilemeyeceği ve belgelerdeki bu sözleşmeye aykırılığa rağmen malların ne ölçüde kullanılma olanağına sahip olduğu, esaslılık değerlendirmesinde ilgili görülmektedir. Belgelerdeki sözleşmeye aykırılık sebebiyle, malların sözleşmede amaçlanan şekilde kullanımı mümkün olmuyorsa ihlal esaslı kabul edilebilecektir. Nitekim malı temsil eden belgelerin hiç teslim edilmemesi hâlinde, bu belgeler olmaksızın mallar üzerinde hak iddia etmek mümkün olmayacağından ihlal esaslı addedilebilecektir. Belgeye dayalı emtia satımlarının özellikleri gereği, belgelere ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilmesi, bu işlemlerde genellikle esaslı ihlal ile sonuçlanabilecektir. Fakat bu sonucu CISG m. 25 hükmünün kıstasları ile teyit etmeksizin, mutlak bir kural kabul etmek de hatalı olacaktır.

24. Alıcının semeni ödeme yükümlülüğüne ilişkin esaslı ihlal değerlendirmesi, satıcının malları teslim etme yükümlülüğüne paraleldir. Alıcının bu yükümlülüğü temelli ifa etmemesi esaslı ihlal kabul edilir. Buna karşın semenin ödenmesinde yalnız gecikme, prensip olarak, esaslı ihlal kabul edilmez. Fakat satıcının, semenin kararlaştırılan tarihte ödenmesinde özel bir menfaati varsa alıcının gecikmesi sebebiyle bu menfaatin kaybedilmesi esaslı ihlal oluşturabilir.
25. Alıcının malları teslim alma borcu bakımından da benzer bir durum vardır. Bu yükümlülüğün temelli ifa edilmemesi hâlinde sözleşme ihlali esaslı kabul edilir. Fakat özellikle kısa süreli bir gecikme bu sonucu doğurmaya uzaktır. Yalnız satıcının vaktinde ifaya bağlı olarak beklediği özel bir menfaat varsa aksi sonuca ulaşılabilir.
26. Tarafların yan edim yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda da bu ihlal sebebiyle alacaklının sözleşmeden beklediği menfaati elde etmesinin ne derece engellendiği belirleyici olacaktır. Örneğin, münhasırlığın korunmasına ilişkin anlaşmanın ihlal edilmesi, birden çok mahkeme kararında esaslı ihlal sebebi olarak tartışılmıştır. Burada örnekler sınırlı sayıda değildir. Belirli bir yükümlülüğün ihlal edilmesinin her zaman esaslı kabul edileceğini ifade etmek de imkânsızdır. Yine ihlalin sebep olduğu olumsuzluğun kapsamı belirleyicidir.

## KAYNAKÇA

- Akkanat, Halil: "İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü", **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, Beta, 2000, s. 1 - 49.
- Aral, Fahrettin/  
Ayrancı, Hasan: **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 9. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Atamer, Yeşim M.: "İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik", **Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 317 - 360. ("*İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek*")
- Atamer, Yeşim M.: "Satıcının Sözleşmeye Aykırı Davranışı Ekseninde CISG'in İfa Engelleri Sistemine Genel Bakış", **Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)**, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 221 - 265. ("*İfa Engelleri Sistemi*")
- Atamer, Yeşim M.: **Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları**, İstanbul, Beta, 2005.

- Babiak, Andrew: "Defining 'Fundamental Breach' Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods", **Temple International and Comparative Law Journal**, C. VI, S. 1, Spring 1992, s. 113 - 143.
- Basedow, Jürgen: "Towards a Universal Doctrine of Breach of Contract: The Impact of the CISG", **International Review of Law and Economics**, C. XXV, S. 3, Eylül 2005, s. 487 - 500.
- Başoğlu, Başak: **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.
- Bernstein, Herbert/  
Lookofsky, Joseph: **Understanding the CISG in Europe**, 2. Bası, The Hague, Kluwer Law International, 2003.
- Bianca, C. M. (Ed.)/  
Bonell, M. J. (Ed.): **Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention**, Milan, Giuffrè, 1987. (Bianca/Bonell/[İşleyen])
- Bijl, Maartje: "Fundamental Breach in Documentary Sales Contracts The Doctrine of Strict Compliance with the Underlying Sales Contract", **European Journal of Commercial Contract Law**, C. I, S. 1, 2009, s. 19 - 28.
- Bingöl, F. İtir: **Uluslararası Ticarî Satım Sözleşmelerinde Mücbir Sebep: Türk Borçlar Hukuku'nda ve Viyana**



**Satım Antlaşması'nda Mücbir Sebep**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.

Bridge, M. (General Ed.): **Benjamin's Sale of Goods**, 8. Bası, London, Sweet & Maxwell, 2010. (Benjamin/[İşleyen])

Bridge, M. G.: **The International Sale of Goods**, 3. Bası, Oxford, Oxford University Press, 2013.

Bridge, Michael: "Avoidance for Fundamental Breach of Contract under the UN Convention on the International Sale of Goods", **International and Comparative Law Quarterly**, C. LIX, S. 4, Ekim 2010, s. 911 - 940.

CISG Advisory Council  
Opinion No. 5:

**The buyers right to avoid the contract in case of non-conforming goods or documents**, Rapporteur: Ingeborg Schwenzer, Badenweiler (Germany), 7 May 2005, (Çevrimiçi) <http://www.cisgac.com/default.php?ipkCat=128&ifkCat=147&sid=147>, 29.06.2013. ("*CISG-AC Opinion No. 5*")

Clausson, Olof: "Avoidance in Nonpayment Situations and Fundamental Breach under the 1980 U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods", **New York Law School Journal of International and Comparative Law**, C. VI, S. 1, 1984, s. 93 - 117.

The Commission of  
European Contract Law:

**Principles of European Contract Law: Parts I**

**and II Combined and Revised**, Ed. Ole Lando, Hugh Beale, The Hague, Kluwer Law International, 2000.

Çetiner, Bilgehan: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile BM Satım Hukuku'nun Satıcının Sorumluluğu Bakımından Karşılaştırmalı İncelemesi", **Legal Hukuk Dergisi**, Y. 5, S. 58, Ekim 2007, s. 3139 - 3152.

Dayıoğlu, Yavuz: **CISG Uygulamasında Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları ve Özellikle Alıcının Tazminat Talep Etme Hakkı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011.

DiMatteo, Larry A./

Dhooge, Lucien J./

Greene, Stephanie/

Maurer, Virginia G./

Pagnattaro, Marisa Anne: **International Sales Law: A Critical Analysis of CISG Jurisprudence**, New York, Cambridge University Press, 2005.

Direnisa, Efe: "Avoidance under the CISG and Termination under English Law in Documentary Sales", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VIII, S. 1, 2011, s. 91 - 103.

Ekşi, Nuray: **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, İstanbul, Beta, 2010.

El-Saghir, Hossam: "Fundamental breach of contract: Remarks on the

manner in which the Principles of European Contract Law may be used to interpret or supplement Article 25 of the CISG", **An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law**, Ed. John Felemegas, New York, Cambridge University Press, 2007, s. 335 - 339.

Enderlein, Fritz/

Maskow, Dietrich:

**International Sales Law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods**, New York, Oceana Publications, 1992.

Eörsi, Gyula:

"A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", **American Journal of Comparative Law**, C. XXXI, S. 2, Spring 1983, s. 333 - 356.

Erauw, Johan/

Flechtner, Harry M.:

"Remedies Under the CISG and Limits to their Uniform Character", **The International Sale of Goods Revisited**, Ed. Petar Šarčević, Paul Volken, The Hague, Kluwer Law International, 2001, s. 35 - 75.

Erdem, H. Ercüment:

**Sif Satışlar**, İstanbul, Beta, 1999.

Erdem, H. Ercüment:

"Viyana Satım Antlaşması'nda Sözleşmeden Dönme",

**Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan**, C. I, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 857 - 894. (*"Sözleşmeden Dönme"*)

Erdem, H. Ercüment: "Satıcının Malları ve Belgeleri Teslim Borcu", **Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)**, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 105 - 161.

Erkan, Kutluhan: "Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Gereğince Alıcının Sözleşmeden Dönmesi", İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2012.

Fawcett, James J./

Harris, Jonathan M./

Bridge, Michael:

**International Sale of Goods in the Conflict of Laws**, New York, Oxford University Press, 2005.

Ferrari, Franco:

"Fundamental Breach of Contract Under the UN Sales Convention - 25 Years of Article 25 CISG -", **Journal of Law and Commerce**, C. XXV, S. 2, Spring 2006, s. 489 - 508.

Ferrari, Franco:

"Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler", Çev. Candan Yasan, **Milletlerarası Satım Hukuku:**

**Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG),** Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 37 - 81. ("*Yorum ve Boşluk Doldurma*")

Ferrari, Franco (Ed.)/

Flechtner, Harry (Ed.)/

Brand, Ronald A. (Ed.):

**The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention,** München, Sellier European Law Publishers / London, Sweet & Maxwell, 2004. (Ferrari/Flechtner/Brand/[İşleyen])

Flechtner, Harry M.:

"Remedies Under the New International Sales Convention: The Perspective from Article 2 of the U.C.C.", **Journal of Law and Commerce**, C. VIII, S. 1, 1988, s. 53 - 108.

Fountoulakis, Christiana:

"Remedies for breach of contract under the United Nations Convention on the International Sale of Goods", **ERA Forum**, C. XII, S. 1, 2011, s. 7 - 23.

Graffi, Leonardo:

"Case Law on the Concept of 'Fundamental Breach' in the Vienna Sales Convention", **International Business Law Journal**, S. 3, 2003, s. 338 - 349.

Grebler, Eduardo:

"Fundamental Breach of Contract under the CISG: A Controversial Rule", **The American Society of International Law: Proceedings of the Annual Meeting**, C. CI, The Future of International Law,

March 28 - 31, 2007, s. 407 - 413.

Gümüş, Mustafa Alper: **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, C. I, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

Günderdu, Fatih: "Birleşmiş Milletler Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Viyana Konvansiyonuna Göre İmkânsızlık ve Hukuki Sonuçları", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 2, Temmuz 2011, s. 331 - 355.

Honnold, John O.: **Documentary History of the Uniform Law for International Sales: The studies, deliberations, and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations**, Deventer, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1989.

Honnold, John O.: **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**, 4. Bası, Edited and updated by Harry M. Flechtner, AH Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009. (Honnold/Flechtner)

Huber, Peter: "CISG - Sözleşmeye Aykırılık Halinde Alıcının Hakları", Çev. Başak Başoğlu, **Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)**, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2008, s. 267 - 285.

Huber, Peter: "CISG - The Structure of Remedies", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, C. LXXI, 2007, s. 13 - 34.

Huber, Peter/  
Mullis, Alastair: **The CISG: A new textbook for students and practitioners**, München, Sellier European Law Publishers, 2007. ([Huber/İşleyen]/Mullis)

International Chamber of  
Commerce: **Incoterms 2010: ICC rules for the use of domestic and international trade terms**, ICC Publication No. 715E, Paris, 2010. ("*Incoterms 2010*")

International Institute for  
the Unification of  
Private Law: **Unification of Law: A general survey of work for the unification of private law (Drafts and Conventions)**, Rome, Editions "Unidroit", 1948.

International Institute for  
the Unification of  
Private Law: **Unification of Law: Year-Book 1956, A general survey of work for the unification of private law (Drafts and Conventions)**, C. I, Rome, Editions "Unidroit", 1957.

International Institute for  
the Unification of  
Private Law: **Unification of Law: Year-Book 1964: A general**

**survey of work for the unification of private law (Drafts and Conventions)**, Rome, Editions "Unidroit", 1965.

Kanışlı, Erhan: **CISG Uyarınca Alıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılık Halinde Satıcının Hakları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Karacan, Hatice: "Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Konvansiyonu'nda (CISG) Satıcı Açısından İfa Yeri ve Zamanı (Türk Borçlar Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak)", **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. II, S. 3-4, 2007, s. 243 - 270.

Kaşak, Esra: "Viyana Satım Sözleşmesi'nde Esaslı İhlâl Kavramı", **Ersin Çamoğlu'na Armağan**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 335 - 356.

Kaya, Cansu: **CISG (Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması) Gereğince Alıcının Satım Bedelini Ödeme Borcu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

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. ("*Fundamental Breach*")



- Koch, Robert: " 'Fundamental Breach': Commentary on whether the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts may be used to interpret or supplement Article 25 CISG", **An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law**, Ed. John Felemegas, New York, Cambridge University Press, 2007, s. 124 - 133. (*"Unidroit Principles and CISG m. 25"*)
- Kröll, Stefan (Ed.)/  
Mistelis, Loukas (Ed.)/  
Viscasillas, Pilar  
Perales (Ed.): **UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)**, München, C.H.Beck - Hart - Nomos, 2011.
- Kuyucu, Aslıhan Sevinç: **INCOTERMS: Uluslararası Ticari Terimler**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2011.
- League of Nations  
International Institute  
in Rome for the  
Unification of Private Law: **Draft of An International Law of the Sale of Goods**, Roma, La Libreria Dello Stato, 1935.
- Leisinger, Benjamin K.: **Fundamental Breach Considering Non-Conformity of the Goods**, München, Sellier European Law Publishers, 2007.

- Liu, Chengwei: "The Concept of Fundamental Breach: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles and PECL and case law (2nd edition: Case annotated update [May 2005])", (Çevrimiçi) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/liu8.html>, 29.06.2013.
- Lorenz, Alexander: "Fundamental Breach under the CISG", (Çevrimiçi) <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/lorenz.html>, 29.06.2013.
- Lubbe, Gerhard: "Fundamental breach under the CISG: A source of fundamentally divergent results", **Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht**, C. LXVIII, 2004, s. 444 - 472.
- Magnus, Ulrich: "CISG Uyarınca Tazminat, Faiz, Sorumluluktan Kurtulma", Çev. Cüneyt Süzel, **Milletlerarası Satım Hukuku: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)**, Ed. Yeşim M. Atamer, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 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**, C. XXV, S. 1, Fall 2005, s. 423 - 436. ("*Avoidance of Contract*")
- Michida, Shinichiro: "Cancellation of Contract", **American Journal of Comparative Law**, C. XXVII, S. 2/3, Unification of

International Trade Law: UNCITRAL's First Decade,  
Spring - Summer 1979, s. 279 - 289.

Mullis, Alastair: "Avoidance for Breach under the Vienna Convention: A Critical Analysis of Some of the Early Cases", **Anglo-Swedish Studies in Law**, Ed. Mads Andenas, Nils Jareborg, Uppsala, Iustus Förlag, 1999, s. 326 - 355.

Oğuzman, M. Kemal/

Öz, M. Turgut:

**Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, C. I, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.

Özsunay, Ergun:

"1980 Tarihli 'Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Hakkında Viyana Antlaşması' (CISG) ve Türk Teşebbüslerinin Taraf Olduğu Uluslararası Mal Satımı Sözleşmeleri Üzerindeki Yansımaları", **İstanbul Barosu Dergisi**, C. LXXVIII, S. 3, 2004, s. 906 - 959.

Paiva, Roberto Martin:

"Fundamental Breach under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980)", Haziran 2004, (Çevrimiçi)  
<http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/paiva.html>,  
29.06.2013.

Pauly, Clemens:

"The Concept of Fundamental Breach as an International Principle to Create Uniformity of Commercial Law", **Journal of Law and Commerce**,

C. XIX, S. 2, 2000, s. 221 - 243.

Peacock, Darren: "Avoidance and the Notion of Fundamental Breach Under the CISG: An English Perspective", **International Trade and Business Law Review**, C. VIII, 2003, s. 95 - 133.

Reiley, Eldon H.: **International Sales Contracts: The UN Convention and Related Transnational Law**, Durham, North Carolina, Carolina Academic Press, 2008.

Schlechtriem, Peter: **Uniform Sales Law: The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1986.

Schlechtriem, Peter/  
Butler, Petra:

**UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods**, Berlin - Heidelberg, Springer, 2009.

Schlechtriem, Peter (Ed.)/  
Schwenzer, Ingeborg (Ed.):

**Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**, 2. BasI, New York, Oxford University Press, 2005.  
(Schlechtriem/Schwenzer/[Işleyen], [2. BasI])

Schlechtriem, Peter/  
Schwenzer, Ingeborg (Ed.):

**Commentary on the UN Convention on the**

**International Sale of Goods (CISG)**, 3. Bası, New York, Oxford University Press, 2010.  
(Schlechtriem/Schwenzer/[İşleyen])

Serozan, Rona: "CISG'a ve TBK'na Göre Alıcının Dönme Hakkının Sınırları", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXX, S. 2, 2012, s. 207 - 220.

Singh, Lachmi/

Leisinger, Benjamin: "A Law for International Sale of Goods: A Reply to Michael Bridge", **Pace International Law Review**, C. XX, S. 1, Spring 2008, s. 161 - 189.

Study Group on a European  
Civil Code/  
Research Group on EC  
Private Law

(Acquis Group): **Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition**, C. I, Munich, Sellier European Law Publishers, 2009.

Süral, Ceyda: **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak UNIDROIT Prensipleri**, İzmir, Güncel Yayınevi, 2008.

Takahashi, Koji: "Right to Terminate (Avoid) International Sales of Commodities", **Journal of Business Law**, Sweet & Maxwell, Mart 2003, s. 102 - 130.

Tandoğan, Halûk: **Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri**, C. I/1, Tümü

Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş Beşinci Basım'dan  
Altıncı TıpkıBasım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.

Tekinay, Selâhattin Sulhi/

Akman, Sermet/

Burcuoğlu, Halûk/

Altop, Atillâ:

**Borçlar Hukuku: Genel Hükümler**, Yeniden  
Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı,  
İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Toker, Ali Gümrah:

**11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal  
Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin  
(Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı**, Ankara,  
Seçkin Yayıncılık, 2005.

Torsello, Marco:

"Remedies for Breach of Contract under the 1980  
Convention on Contracts for the International Sale of  
Goods (CISG)", **Quo Vadis CISG: Celebrating the  
25th Anniversary of the United Nations  
Convention on Contracts for the International  
Sale of Goods**, Ed. Franco Ferrari, Bruxelles,  
Bruylant / Paris, Forum Européen de la  
Communication, 2005, s. 43 - 87.

Treitel, G. H.:

**Remedies for Breach of Contract: A Comparative  
Account**, New York, Clarendon Press Oxford, 1991.

Ulus, Ayşe Elif:

**Milletlerarası Mal Satımına İlişkin BM  
Antlaşmasında ve Avrupa Borçlar Hukuku  
Prensiplerinde Tazminat Sorumluluğunun  
Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi**,

İstanbul, Beta, 2011.

United Nations: **United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods: Vienna, 10 March - 11 April 1980: Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees**, New York, United Nations, 1991. (*"Official Records"*)

United Nations  
Commission on  
International Trade Law: **UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, 2012 BASISI, New York, United Nations, 2012. (*"Digest"*)

United Nations  
Commission on  
International Trade Law: **Yearbook**, C. I: 1968 - 1970, New York, United Nations, 1971.

United Nations  
Commission on  
International Trade Law: **Yearbook**, C. II: 1971, New York, United Nations, 1972. (*"Yearbook II"*)

United Nations  
Commission on  
International Trade Law: **Yearbook**, C. III: 1972, New York, United Nations, 1973.

United Nations  
Commission on  
International Trade Law: **Yearbook**, C. VI: 1975, New York, United Nations,  
1976. ("*Yearbook VI*")

United Nations  
Commission on  
International Trade Law: **Yearbook**, C. VII: 1976, New York, United Nations,  
1977. ("*Yearbook VII*")

United Nations  
Commission on  
International Trade Law: **Yearbook**, C. VIII: 1977, New York, United Nations,  
1978. ("*Yearbook VIII*")

United Nations  
Commission on  
International Trade Law: **Yearbook**, C. IX: 1978, New York, United Nations,  
1981. ("*Yearbook IX*")

Vogenauer, Stefan (Ed.)/  
Kleinheisterkamp,  
Jan (Ed.): **Commentary on the UNIDROIT Principles of  
International Commercial Contracts (PICC)**, New  
York, Oxford University Press, 2009.  
(Vogenauer/Kleinheisterkamp/[İşleyen])

Welser, Rudolf/  
Welser, Irene: "Legal Remedies in Breach of Contract by the Seller  
under CISG", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk**



**Fakültesi Dergisi**, C. V, S. 1-2, Aralık 2006, s. 125  
143.

Yavuz, Cevdet/

Özen, Burak/

Acar, Faruk:

**Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş  
7. Baskı, İstanbul, Beta, 2007.

Yelkenci, Işıl:

"Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler  
Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG)  
Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali", **Prof. Dr.  
Mustafa Dural'a Armağan**, İstanbul, Filiz Kitabevi,  
2013, s. 1333 - 1372.

Zeller, Bruno:

"Fundamental Breach and the CISG - A Unique  
Treatment or Failed Experiment?", **Vindobona  
Journal of International Commercial Law and  
Arbitration**, C. VIII, S.1, 2004, s. 81 - 94.

Zeytin, Zafer:

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

Ziegel, Jacob S.:

"The Remedial Provisions in the Vienna Sales  
Convention: Some Common Law Perspectives",  
**International Sales: The United Nations  
Convention on Contracts for the International  
Sale of Goods**, Ed. Nina M. Galston, Hans Smit,  
New York, Matthew Bender, 1984, Ch. 9, s. 1 - 43.